

James Reátegui Sánchez

MANUAL DE DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

Delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros

Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud •
Delitos contra el honor • Delitos contra la familia •
Delitos contra la libertad • Delitos contra el
patrimonio • Delitos contra el orden financiero y
monetario • Delitos contra la seguridad pública •
Delitos contra el medio ambiente • Delitos contra
la tranquilidad pública • Delitos contra el Estado y
la Defensa Nacional



James
Reátegui Sánchez

MANUAL DE DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

Delitos contra la vida,
contra el patrimonio
y otros

INSTITUTO PACÍFICO
**Actualidad
Penal**
Penal • Proceso Penal • Penitenciario • Criminología

INSTITUTO PACÍFICO

JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ

MANUAL DE DERECHO PENAL
PARTE ESPECIAL



INSTITUTO PACÍFICO

James Reátegui Sánchez

MANUAL DE DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

Delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros

Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud • Delitos
contra el honor • Delitos contra la familia • Delitos
contra la libertad • Delitos contra el patrimonio •
Delitos contra el orden financiero y monetario • Delitos
contra la seguridad pública • Delitos contra el medio
ambiente • Delitos contra la tranquilidad pública •
Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional





MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL
Delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros

Autor:
James Reátegui Sánchez

Primera Edición - Julio 2015

Copyright 2015
© Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martínez
Georgina Condori Choque
Anyela Aranda Rojas
Ricardo De la Peña Malpartida
José Carrascal Quispe
Diego Camasca Borja

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C. - 2015
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Central: 332-5766
E-mail: prerensa@aempresarial.com

Tiraje: 7000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 11501051500722

ISBN : 978-612-4265-46-4

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° : 2015-08925

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

*A mi esposa Liseth Otazu,
por haber estado siempre "al lado mío".*



AGRADECIMIENTOS

A los doctores César Augusto Paredes Vargas, Rafael Eduardo Castillo Ismordes y Dino Carlos Caro Coria, y a su Estudio Caro & Asociados. A mis colegas de la Corte Superior de Justicia de Junín en Huancayo. A todos ellos les agradezco la oportunidad, en distintas épocas y momentos de mi vida, de poder realizar un abordaje mucho más “terrenal” —si cabe el término— del derecho penal.

A quienes de una u otra manera han brindado su colaboración, una vez más, principalmente en la recopilación y corrección de algunos de los temas tratados en la presente obra.



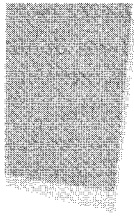
PRESENTACIÓN

Esta obra, que ahora hemos denominado *Manual de Derecho penal. Parte especial (Delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros)*, responde a una idea mucho más ambiciosa desde el punto de vista del análisis e interpretación de la norma positiva del Código Penal peruano, ya que representa una idea orgánica de algunos ilícitos penales descritos en la Parte especial nuclear y, por supuesto, de la legislación penal complementaria de nuestro complicado Derecho penal.

La novedad de esta edición es que hemos podido analizar casi la totalidad de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; los delitos contra el patrimonio y otros. Además hacemos referencia a las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales más actuales, que lo hace idóneo para los abogados, jueces y fiscales por encontrar en él una obra de consulta que desborda el campo de lo puramente académico.

Espero que esta entrega pueda generar en la población y, obviamente en los operadores del derecho, un mayor y alturado debate académico y evidentemente en el ejercicio profesional, con el fin de mejorar en la interpretación y aplicación de los “viejos” y “nuevos” tipos penales incorporados en nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Lima, 4 de junio de 2015



INTRODUCCIÓN

SOBRE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL MATERIAL

I

1. El Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi*, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. Como ha señalado la doctrina, el Derecho penal es un instrumento de control social cuya principal característica es la sanción. Desde el ángulo jurídico, el Derecho penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad¹. En otras palabras, el Derecho penal es un instrumento de aplicación inmediata y directa sobre los hombres; por tanto, sus planteamientos no tienen el simple carácter de una disquisición teorizante o metafísica, sino una significación eminentemente práctica².
2. En ese contexto, una parte del sistema penal —o sea el llamado Derecho penal material— se organiza en dos partes importantes: la Parte general y la Parte especial³. Dicha división que representa un progreso en la sistematización y utilidad funcional, la separación hoy es apreciable en la mayoría de los códigos penales modernos. En la Parte general, se dividen en la teoría del delito⁴, tipicidad y antijuricidad, teoría de la

1 VILLAVICENCIO T. Felipe; *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Lima, 1990, pp. 28-29.

2 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*, Bogotá, 1982, p. 2.

3 La tradicional separación que ofrecen los códigos penales entre una parte general y otra especial es, a no dudarlo, un producto conceptual-jurídico del siglo XIX, que condensa lo más logrado del pensamiento y la capacidad sistematizadora de la ilustración europea en el ámbito específico del derecho penal especial. Cuerpos legales anteriores no habían logrado realizar tal proeza sistemática expositiva. En efecto, ni el Código Penal revolucionario francés de 1791 ni el prusiano de 1750 ofrecieron tal diseño de construcción. Lo mismo puede señalarse respecto de la *Constitutio Criminalis Theresiana*, las *Siete Partidas* y las demás formas jurídicas feudales regladas o, ya más antiguamente, el libro XLVIII del Digesto. En todos ellos, las figuras delictivas expresadas con los lenguajes inherentes a sus épocas están normativizados y clasificados de forma directa, sin el previo marco dogmático teórico que hoy conocemos como parte general de los códigos penales (ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra el patrimonio*, Lima, pp. 35).

4 Para el análisis de las distintas figuras delictivas, mantengo una adhesión con la postura funcionalista moderada de la estructura sistemática del delito, es decir, una postura neofinalista con tendencia “hacia” al neoclásico porque sin aceptar la estructura pura de la teoría final de la acción para las restantes modalidades conductuales, acepto, sí, su consecuencia más importante, la incorporación del dolo en la tipicidad. Los títulos de *imputación subjetiva*, que se origina a través de las dos únicas formas: el dolo y la culpa. La llamada preterintencionalidad (es decir, abortos, lesiones ambos con subsecuente muerte) y los elementos subjetivos distintos del dolo (el *animus* de lucro en delitos patrimoniales) suelen manejarse en ámbitos cuestionables para la dogmática jurídico-penal

culpabilidad y la teoría de la pena; asimismo comprende temas relacionados a la aplicación de la ley penal, el tipo de lo injusto del delito doloso de comisión, el tipo de lo injusto del delito culposo y omisivo, formas imperfectas de ejecución-tentativa, participación delictiva. En cambio, la Parte especial se dedica al estudio concreto de los delitos y las penas designados en el Código Penal, por ej. homicidio⁵ –art.106 CP.–; aborto⁶ –art.114–; secuestro –art.152– etc. Nuestro Código Penal aglutina en su Parte Especial los hechos jerárquicamente de acuerdo con los intereses jurídicos amparados; la escala va desde los bienes altamente valorados como la vida hasta aquellos de íntima estimación a que se refieren las contravenciones⁷.

3. En los últimos tiempos, vivimos una suerte de reforma del sistema penal en todas las esferas que ella comprende, pero la parte que más resulta manipulable por el legislador es la referida a la Parte Especial, es decir, resulta más eficaz –en la protección del bien jurídico– que se reforme los delitos ya sea en la conducta típica o en la parte de las consecuencias jurídicas. Así, lo demuestra el Poder Ejecutivo al promulgar importantes reformas en la Parte Especial de nuestro derecho penal económico⁸.

5 Véase: VILLA STEIN, Javier; *Derecho penal. Parte especial I– A delitos contra vida el cuerpo y la salud*, Lima, 1997, p. 31 quien sostiene que “Por motivos de política criminal y concepción filosófica vigente, le asigna el derecho y la sociedad en su conjunto a la vida humana, bien jurídico tenido en la más alta estima y merecedor por tanto de una justa y enérgica protección y tutela”.

6 En líneas generales, la vida humana en la expresión más amplia que denota su transcendencia en la vida social no solo como valor autónomo, sino también en manifestación fisiológica gestación, como es el fenómeno de la preñez. Asimismo, todos los actos criminales que vayan en contra de este estado de realidad biológica y jurídica, merece protección por parte de los mecanismos que prevé el derecho, sobre todo el punitivo. Es por esta razón que los códigos penales a nivel mundial, ya sean los más antiguos o los más actuales, consagran en su sistemática junto a las infracciones penales que protegen la vida humana independiente como es el caso del homicidio, parricidio, infanticidio, etc., se positiviza al delito de aborto que lesiona aquella parte de la vida humana en germinación biológica, aquella vida todavía no independizada.

7 PEÑA CABRERA, Raúl; *Derecho penal. Parte especial*, T. I, Lima, 1994, p. 67.

8 En efecto, en primer lugar debemos citar el Decreto Legislativo N.º 1034 publicado con fecha 25 de junio de 2008 en el diario oficial *El Peruano* que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; en este mismo orden debemos citar, en segundo lugar, la dación del Decreto Legislativo N.º 1044 publicado con fecha 26 de junio de 2008 en el diario oficial *El Peruano*, la cual aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Con estas nuevas normas aprobadas con la finalidad de adecuar nuestra legislación al Tratado de Libre Comercio, se estaría sacando del ámbito jurídico-penal todas las conductas anticompetitivas y de competencia desleal. En el plano jurídico-penal, la despenalización de los delitos de abuso de poder económico en el mercado (232 CP), acaparamiento (233 CP), publicidad engañosa (238 CP), fraude a los consumidores (239 CP), competencia desleal (240 CP) y licitaciones colusorias (241 inciso 3 CP), implicaría decir que estos hechos no tienen ya desvalor jurídico-penal relevante. El referido decreto legislativo, en su parte inicial y considerativa, menciona lo siguiente: “...resulta pertinente la dación de una nueva ley de control de conductas anticompetitivas que precise su finalidad en consonancia con el objetivo previsto en el acuerdo de promoción comercial antes mencionado; clarifique su ámbito de aplicación (subjeto, objetivo y territorial); destaque el principio de primacía de la realidad; establezca conceptos claros y criterios de análisis que generen mayor predictibilidad en su aplicación al establecer las conductas consideradas como anticompetitivas, como prohibir de manera absoluta aquellas conductas colusorias consideradas a nivel interna-

Todo ello enmarcado en el Tratado de Libre Comercio (TLC) suscrito con los Estados Unidos de América ha traído como consecuencia ciertos “ajustes” en el sistema penal de protección ambiental, específicamente todo lo concerniente a la represión de lo forestal.

cional como inherentemente anticompetitivas; refina y mejora sustancialmente el procedimiento administrativo, incorporando plazos razonables y realista, la preclusión en el ofrecimiento de pruebas pero sin afectar el derecho de defensa, un mejor tratamiento de las medidas cautelares y una diferenciación más clara entre el rol instructor y el resolutorio; dote de mayor capacidad disuasiva el esquema de sanciones, mejorando los criterios para establecerlas, incrementando el tope para casos de infracciones muy graves y desarrollando la facultad de la autoridad de competencia para dictar medidas correctivas; entre otras”.

Esto demuestra, una vez más, la tendencia a la progresiva despenalización de algunas conductas económicas y dar paso a la tutela del derecho administrativo (sancionador), lugar, dicho sea de paso, donde siempre “habitaron” desde sus inicios tanto la conducta anticompetitiva y de la conducta de competencia desleal. Puede merecer muchas críticas desde todo punto de vista, pero el objetivo es muy claro: la firmeza en la administrativización de los temas económicos y no la penalización del derecho penal económico. Sin embargo, la política criminal de despenalización de dichas conductas sigue en el Perú, a mi entender, una línea absolutamente contraria a lo que sucede en el derecho comparado. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, país con el que se ha celebrado el Tratado de Libre Comercio, la represión de las conductas anticompetitivas y de competencia desleal se realiza a través del sistema penal; mientras que en el Perú, constituye, a partir de ahora, solo un ilícito administrativo pasable de una sanción administrativa. En otras palabras, si las empresas de un determinado sector del mercado acuerdan un precio perjudicando gravemente a los consumidores, no podrán recibir una sanción jurídico-penal, sino una multa administrativa. Habrá que advertir que la multa no sólo tiene una potencialidad intimidatoria limitada, sino que le da a la infracción un carácter de neutralidad que lo libra del reproche jurídico-social que merece este tipo de conductas. El mensaje de esta reforma legal es que Indecopi perseguirá mejor y está en capacidad de poder castigar más que el Poder Judicial (y Ministerio Público). Como se sabe el Indecopi fue creado para promover en la economía peruana una cultura de leal y honesta competencia, asimismo para proteger todas las formas de propiedad intelectual: desde los signos distintivos y los derechos de autor hasta las patentes y la biotecnología. Creemos que la presente reforma legal del Estado peruano desnuda una enorme falencia del propio Estado en relación a sus deberes de una mejor justicia penal. En otras palabras, no ha cumplido con su rol permanente en cuanto custodio del bien jurídico-penal “socioeconómico”, por varios factores, entre los cuales destaca por ejemplo, la ausencia de una justicia penal especializada en temas económicos, lo que tendría que llevar la solución a dotar al Poder Judicial –y Ministerio Público y Policía Nacional– de una adecuada infraestructura y capacitación para luchar contra la delincuencia económica, muchas veces organizaciones en personas jurídicas nacionales y transnacionales. La decisión política de la despenalización tiene, actualmente, un propósito “desproporcional” de cara al principio de proporcionalidad (adecuada protección del bien jurídico desde el ámbito legislativo). Así aquel que lesiona a otra persona tendrá una pena privativa de libertad hasta de 8 años (bien jurídico individual) en tanto el que, por ejemplo, defrauda a los consumidores o al propio Estado en licitaciones colusorias solamente podrá recibir una multa administrativa (bien jurídico colectivo-institucional). Las conductas anticompetitivas tienen un efecto excluyente, es decir, de sacar del mercado a otros competidores o en el caso de la competencia desleal el perjudicado es siempre otro competidor. Desde el punto de vista de prevención, los delitos económicos generan un efecto lesivo en los agentes económicos del mercado; sin embargo, utilizar ahora un mecanismo de reacción puramente jurídico-administrativo asegura quizá un fracaso en la lucha contra este tipo de criminalidad. Ojalá que esté equivocado. Finalmente, la decisión política de la despenalización de las conductas concursales en el derecho penal peruano pone en evidencia una tendencia actual no ya una huida al derecho penal como usualmente pasaba en otros tiempos, sino podría decirse que se trata de una huida del derecho penal económico, sobre todo en materia concursal.

4. La Parte Especial del Derecho Penal sustantivo debe representar la idea más firme del respeto al principio de legalidad, es decir, lo que indica y reprime los tipos penales, solo dichas conductas podrán ser consideradas como delitos. La Parte Especial de un Código Penal muestra de modo claramente definido lo que se considera malo en una sociedad. La concepción de que los hechos punibles de la parte especial son lesiones del bien jurídico, o puestas en peligro del bien jurídico, es una clave para entender la *praxis* actual y desarrollo del derecho penal⁹. Cada sección normativa de la Parte Especial de los códigos penales requiere formulaciones y recreaciones que posibiliten al juez, fiscal, abogado, asistente y justiciable aprehender en el mayor y mejor sentido posible los mensajes comunicativos tanto descriptivos, normativos y culturales implícitos y explícitos en la norma jurídica de Parte Especial. Esto permite que la dogmática penal especial se convierta así en el más directo, práctico y útil vínculo entre la dogmática general, y el vasto y enriquecedor contexto de las decisiones jurisprudenciales¹⁰. La Parte Especial del derecho penal estudia sistemática y metodológicamente el catálogo de las conductas delictivas que en casi todos los textos punitivos incorpora en el capítulo primero el bien jurídico vida humana independiente y su forma más convencional de agresión hacia ella, como es el delito de homicidio¹¹.

9 NAUCKE, Wolfgang; *Derecho penal. Una introducción*, traducción de Leonardo Germán Brond, Buenos Aires, 2006, p. 242. El mismo autor señala que sería "...mucho más cercano a la realidad decir, por ejemplo, que cada hecho punible es una inflexión de voluntad y avasallamiento de libertad, que cada hecho punible es la imposición de una conducta que no se quiere. El autor de un robo, de una violación, de un hurto desatiende la libertad y la voluntad de la víctima de no querer ser robada ni violada ni que le hurten algo. El autor ejerce poder sobre la libertad de la víctima. En esta formulación se pone de relieve nuevamente la concepción antes mencionada de que con el hecho punible se sobrepasan los límites de tolerancia de la mayoría de los ciudadanos" (p. 236).

10 ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra el patrimonio*, Lima, p. 36.

11 Véase en este sentido: HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho penal. Parte general*, T. I, 2005, Lima, p. 12, para quien "El Derecho penal especial, enuncia y describe los actos punibles, indicando cual es la pena aplicable al autor según la gravedad del acto cometido. Cabe lamentar la falta de análisis sistemático de la parte especial, sea para integrar o complementar la parte general, sea con la finalidad de superar la interpretación singular de los tipos legales y elaborar así principios o criterios generales. La parte especial está consagrado a las 'disposiciones especiales' y constituye un catalogo de infracciones sistematizadas según el bien jurídico dañado o puesto en peligro". En esta misma línea: HUGO VIZCARTO, Wilfredo; *Derecho penal general*. Instituto de investigaciones, Lima, 2007, p. 47 "...la parte especial contiene clases concretas de delitos y disposiciones complementarias referentes a los mismos. Por otro lado, desde una perspectiva material, la parte especial contiene descripciones de delitos y preceptos constitutivos de los hechos punibles, todo lo cual permite la fundamentación del injusto penal; en cambio, la parte general con sus prescripciones relativas al injusto (por ejemplo: causas de justificación, tentativa, participación, etc.) cumple una función complementaria de los tipos delictivos y se constituye en un producto de la abstracción; contiene todo lo que de los presupuestos y consecuencias de la actuación punible se puede extraer y anteponer a los delitos concretos descritos en la parte especial. Por su parte, NUÑEZ, Ricardo C, *Derecho penal argentino*, T. III. Parte especial, Buenos Aires, 1965, p. 15 nos dice que la Parte especial "Está dedicada al tratamiento concreto de los delitos y de las penas que les corresponde. Este sistema que hoy parece simple en su concepción y su estructura, recién fue conscientemente expuesto y aplicado a partir de

5. Quizá, y sin temor a equivocarme, la Parte Especial de los Códigos Penales sea la parte del derecho penal donde se encuentra la mayor dinámica y conocimiento de los agentes jurídicos (principalmente de jueces, fiscales y abogados). Con esta apreciación no estamos señalando que sea un craso error de apreciación; por el contrario, si esto así, los intérpretes debemos poner el máximo esfuerzo en realizar una labor seria en el marco exegético de la ley penal de la Parte Especial, obviamente a través de los instrumentos y métodos que la ciencia penal considera como válidos actualmente. En esta primera versión de la Parte Especial del derecho penal que presentamos ahora a toda la comunidad jurídica, nos hemos impuesto como objetivo primordial la estrecha vinculación y coherente que debe existir con los principios político-criminales que alimentan y orientan a la Parte General; así, los hechos que aparecen como delito se engarzan dentro una óptica global del sistema de todo el control social en el cual la Parte Especial y la Parte General se involucran.
6. A nuestro entender, cuando se estudia la Parte Especial del Derecho penal, dos conceptos cobran especial relevancia: en primer lugar, el concepto de bien jurídico-penal; y el segundo, el concepto de dogmática jurídico-penal. Sobre el primer concepto el bien jurídico cumple un protagonismo central en la interpretación de los tipos penales pues a partir de él se definen los elementos que forman el supuesto típico; de allí que deba considerársele como el más importante elemento de interpretación. Los bienes jurídicos no son tales porque el legislador los haya catalogado abstractamente en una norma jurídica, que puede estar supeditada quizá a un evento o situación coyuntural, sino porque representan presupuestos indispensables para la vida en común. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, solo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad)¹².

las enseñanzas de *Carmignani* sobre la necesidad de dividir la parte especial del Derecho penal de acuerdo con el derecho ofendido por los distintos delitos".

- 12 ROXIN, Claus; "La parte general del Derecho penal sustantivo", traducción y notas españolas de Luis Arroyo Zapatero, en: ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, *Introducción al Derecho penal y al Derecho Penal Procesal*, Barcelona, 1989, p. 22. TOZZINI, Carlos A.; *Garantías constitucionales en el Derecho penal*, Buenos Aires, 2005, pp. 78 y ss. LUZÓN CUESTA, José María; *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2000, p. 49 principio de bien jurídico, como lesión o potencial. GÓMEZ URSO, Juan Facundo; *Tipicidad penal*, Buenos Aires, 2005, p. 90. La Sala Penal de la Corte Suprema de la República, Recurso de Nulidad N.º 5269-97, de fecha 17 de noviembre de 1997, ha dicho "Que, el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Penal establece el principio de lesividad, en virtud del cual en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal, de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en el aspecto objetivo, que por tanto, al no encontrarse identificado trae como consecuencia la atipicidad de la conducta delictiva" (Extraído: ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal*, T. I, Lima, 1999, p. 81).

Como resulta evidente, solo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental¹³. Los bienes jurídicos son presupuestos indispensables para la realización del hombre a través de la funcionalidad social, los que son objetivados mediante su captación en el ordenamiento positivo.

7. Sin embargo, por más manipulable que parezca la Parte Especial del Derecho Penal, considero que su estudio y aplicación debe regirse bajo ciertas reglas y condiciones. En efecto, la dogmática jurídico-penal debe ser la regla y condición indispensable para tal cometido. La dogmática resulta ser el método más usual y cotidiano, al menos en esta parte del continente, para la interpretación jurídica de los diferentes tipos penales que contiene un ordenamiento jurídico. La encargada de la interpretación del derecho penal positivo es la dogmática penal, vinculándose el conocimiento dogmático "a la tarea de la aplicación del derecho penal a los casos que juzgan o deben juzgar los tribunales"¹⁴. Sobre el concepto de la dogmática jurídico-penal habrá que decir que para un análisis crítico de permanente elaboración y/o revisión, ya sea de *lege lata* (tal como el derecho está) o de *lege ferenda* (tal como el derecho debería ser) de las categorías dogmáticas y de las distintas estructuras típicas incriminadoras, se hace necesario tener una regulación expresa en un cuerpo normativo. Para hacer dogmática (y ella jamás debería ser considerada como conclusión absoluta, sino como modelo para una mejor ordenación del estudio metódico del hecho criminal), el penalista o intérprete ha de partir ineludiblemente de la ley positiva. Así, Bustos Ramírez nos señala que la dogmática ha pasado de "un sistema cerrado de verdades absolutas, para elevarse a un sistema abierto de conocimientos en continua profundización y reelaboración no solo en razón de los cambios de la legislación, sino también en virtud de los cambios de la realidad social recogidos por las ciencias sociales, en especial la criminología, y, además, por una mayor precisión en los planteamientos ético-sociales-normativos y por una mayor claridad en

13 Como correctamente apunta CARBONELL MATEU, "Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte, la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional". (*Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 37).

14 BACIGALUPO, Enrique; *Manual de Derecho penal. Parte general*, Santa Fe de Bogotá, 1994, p. 19.

las finalidades político-criminales”¹⁵. Concluye indicando el profesor Bustos que la dogmática ha dado “un gran paso adelante, que permite llamarle ahora con razón dogmática creadora: de un sistema cerrado en verdades absolutas e inmutables se ha pasado a un sistema abierto, en continua rediscusión y profundización de sus planteamientos, cuyo objetivo fundamental solo puede ser la dignidad del ser humano”¹⁶. Por su parte, Muñoz Conde nos indica que “la Dogmática jurídico-penal, si no quiere merecer el calificativo de ‘reaccionaria’, tiene que ser también una dogmática crítica del Derecho penal”¹⁷ y precisa que la “misión de la Dogmática crítica del Derecho penal consiste, por tanto, en interpretar y sistematizar el Derecho penal vigente, poniendo, al mismo tiempo, de relieve los problemas que todavía quedan por resolver o que están mal resueltos, abriendo así la puerta a la reforma, para que dichos problemas puedan ser satisfactoriamente solucionados. De este modo la Dogmática jurídico-penal cumple también una *función político-criminal*”¹⁸. Por ello, la presente publicación lo que pretende es colaborar en una mejor interpretación y aplicación –judicial– de las diferentes figuras delictivas que prevé nuestro Código Penal. Propiciar en la medida de lo posible –y en esto sigo al profesor español Gimbernat– a una práctica judicial mucho más previsible y racional en cuanto a sus argumentos y también en sus resultados. Asimismo, a la mayoría de los temas tratados he incorporado material jurisprudencial de la Corte Suprema de nuestro país porque entiendo que solo así podemos obtener un diálogo más real y fidedigno entre lo que significa “ley penal” y lo que verdaderamente se viene aplicando en la “sociedad”.

8. Por todo lo anterior, debemos tener en consideración que las líneas maestras del Código Penal de 1991 reposaban –entre otras cosas– en la pena con un máximo de 25 años. La proscripción de la reincidencia y habitualidad, y el concurso de leyes que se regía por el criterio de la acumulación de la pena en el delito más grave se transformó en un modelo sumatorio o de adición que finalmente se convirtió en una

15 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Introducción al Derecho penal*, Bogotá, 1986, p. 226.

16 BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 226

17 MUÑOZ CONDE, Francisco; *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, p. 184.

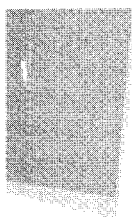
18 MUÑOZ CONDE, 1975, p. 187. WELZEL, Hans; “La dogmática en el Derecho penal”, en: *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Buenos Aires-Montevideo, 2004, p. 51: “...se tomó el camino hacia el ‘futuro’ en forma más rápida y radical de lo que yo preveía. No es dable pensar, en absoluto, que podamos contar con seguridad con que la nueva evolución conserve los conocimientos dogmáticos de los últimos cien años. Todos lo contrario precisamente, esos conocimientos dogmáticos a juicio de algunos ponen de relieve el pecado en que ha caído la ciencia del Derecho penal alemán. La disciplina jurídica del Derecho penal fue cultivada, precisamente en Alemania, como el arte por el arte, el delito no fue considerado como un problema humano o político, sino como problema jurídico. Los efectos protectores del Derecho penal, inherentes al Estado de Derecho, dejaron de ser trascendentes porque ahora se sobreentendían. [...] En lugar de las finezas jurídicas dogmáticas, deberían aprovecharse en el futuro los conocimientos científicos racionales de la antropología, de la medicina, de la psicología y de la sociología”.

agravante punitiva que rompe todos los esquemas que habían sido recogidos en los Códigos penales precedentes. En la Parte Especial de nuestro derecho tenemos la progresiva reconversión, ampliación, y una nueva percepción de algunos delitos y contenido punitivo. En ese sentido, podemos mencionar –aunque no son los únicos– los que se desenvuelve en el ámbito de los delitos sexuales y los delitos contra la Administración Pública¹⁹.

II

9. La presente publicación agrupa una serie de trabajos míos publicados sobre diferentes tópicos relacionados con la Parte Especial del Derecho penal, que van desde los comentarios a determinados delitos de relativa cotidianidad en el fuero judicial peruano (por ejemplo: delitos de receptación y delitos contra la fe pública) hasta abarcar aquellos delitos inusuales porque brillan por su ausencia en la práctica (por ejemplo: el delito de contaminación ambiental y rebelión).
10. Por último, tengo que advertir que la presente publicación no guarda una rigurosa sistematicidad de todos y cada uno de los diferentes títulos y capítulos que prevé nuestro Código Penal (eso será una labor que espero alcanzarlo más adelante); sin embargo, he tratado que las diferentes figuras delictivas comentadas sean agrupadas de acuerdo a la sistemática protección del bien jurídico protegido que nuestro texto punitivo. Espero que en una tercera edición pueda ampliar el marco de abordaje de algunos delitos de la Parte Especial –sobre todo en lo que respecta a los delitos que conforman el denominado “Derecho penal nuclear”– y completar, así, un trabajo mucho más orgánico de acuerdo, claro está, a la estructura sistemática de la Parte Especial del Código Penal peruano.

19 Véase, en este mismo sentido, URQUIZO OLAECHEA, José; “El Código Penal de 1991”, en: Urquizo Olaechea, José (Director), *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 23, Lima, p. 27.



ABREVIATURAS

A. P.	Acuerdo Plenario
Art. / Arts.	Artículo /Artículos
Cas.	Casación
CC	Código Civil (Decreto Legislativo N.º 295 del 25 de julio de 1984)
CdePP	Código de Procedimientos Penales (Ley N.º 9024 del 16 enero de 1940)
CEP	Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N.º 654 del 2 de agosto de 1991)
Cfr.	Confróntese
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Cir.	Circular
cit.	Obra citada
CJMP	Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.º 961 del 11 enero del 2006)
CoNA	Código de los Niños y Adolescentes (Ley N.º 27337 del 7 agosto del 2000)
Const.	Constitución Política del Perú
CP	Código Penal (Decreto Legislativo N.º 635 del 8 abril de 1991)
CPC	Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N.º 010-93-JUS del 23 abril de 1993)
CPCo.	Código Procesal Constitucional (Ley N.º 28237 del 31 mayo del 2004)
CSJLN	Corte Superior de Justicia de Lima Norte
CT	Texto Único Ordenado del Código Tributario (Decreto Supremo N.º 135-99-EF del 19 agosto de 1999)
D. Leg.	Decreto Legislativo
D. L.	Decreto Ley
D. S.	Decreto Supremo
D. T.	Disposición Transitoria
D. U.	Decreto de Urgencia
DC	Disposición Complementaria
DCF	Disposición Complementaria y Final
DCTF	Disposición Complementaria, Transitoria y Final

DCTU	Disposición Complementaria Transitoria Única
DCU	Disposición Complementaria Única
DD	Disposición Derogatoria
DDSF	Disposición Derogatoria, Sustitutoria y Final
DF	Disposición Final
DM	Disposición Modificatoria
DMD	Disposición Modificatoria y Derogatoria
DOEP	Diario Oficial <i>El Peruano</i>
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 1948)
ed.	Edición
Exp.	Expediente
f. / ff.	Foja / fojas
f.j. /ff.jj	Fundamento jurídico / fundamentos jurídicos
HC	Hábeas corpus
inc. / incs	Inciso / incisos
JIP	Juez de investigación preparatoria
LC	Ley de Conciliación (Ley N.º 26872 del 13 noviembre de 1997)
LDA	Ley de Derecho de Autor (Decreto Legislativo N.º 822 del 24 abril de 1996)
LGA	Ley General de Arbitraje (Ley N.º 26572 del 5 enero de 1996)
LGS	Ley General de Sociedades (Ley N.º 26887 del 9 diciembre de 1997)
LGSC	Ley General del Sistema Concursal (Ley N.º 27809 del 8 agosto del 2002)
LIR	Ley de Impuesto a la Renta
LMV	Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores (Decreto Supremo N.º 093-2002-EF del 15 junio del 2002)
LN	Ley de Notariado (Decreto Ley N.º 26002 del 27 diciembre de 1992)
LOP/LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo N.º 052 del 18 marzo de 1981)
LOPJ	Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo N.º 017-093-JUS del 2 junio de 1993)
LOTG	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N.º 28301 del 23 julio de 2004)
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N.º 27444 del 11 abril de 2001)
LPT	Ley Procesal de Trabajo (Ley N.º 26636 del 22 setiembre de 1996)
LPVF	Texto único Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar (Decreto Supremo N.º 006-97-JUS del 27 junio de 1997)
LTO	Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos (Ley N.º 28189 del 18 marzo de 2004)
LTV	Ley de Títulos Valores (Ley N.º 27287 del 19 junio de 2000)

n.	Número marginal
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.º 957 del 29 de julio de 2004)
Of. Cir.	Oficio Circular
Ord.	Ordenanza
p. / pp.	Página / páginas
PA	Proceso de amparo
PI	Proceso de inconstitucionalidad
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PJ	Poder Judicial
R. / Res.	Resolución / Resoluciones
R. A.	Resolución Administrativa
RCEP	Reglamento del Código de Ejecución Penal (Decreto Supremo N.º 015-2003-JUS del 11 de setiembre de 2003)
R. D.	Resolución Directoral
reimpr.	Reimpresión
R. J.	Resolución Jefatural
R. Leg.	Resolución Legislativa
R. M.	Resolución Ministerial
Res.	Resolución
RTC	Resolución de Tribunal Constitucional
RTF	Resolución de Tribunal Fiscal
R. VM	Resolución Viceministerial
s. / ss.	Siguiente / siguientes
S. C.	Sala Civil
STC	Sentencia de Tribunal Constitucional
T.	Tomo
T. C.	Tribunal Constitucional
T. P.	Título Preliminar
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TLO	Técnicas de litigación oral
TUO	Texto Único Ordenado
Vol.	Volumen

EL DELITO DE FEMINICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

I. FÓRMULA LEGAL DEL FEMINICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Hasta antes de la Ley N.º 30068, el delito de feminicidio estaba regulado por el artículo 107 del Código Civil peruano bajo el siguiente texto:

“Artículo 107. Parricidio / Feminicidio

El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.

Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio”.

La incorporación del delito de feminicidio en el Código Penal resultaba oportuna y pertinente. Sin embargo, dicha inclusión normativa debía realizarse respetando la lógica de la legalidad de la conducta y bajo un criterio restrictivo para evitar arbitrariedades por parte de quienes tenían la obligación de aplicarlo a los casos concretos (los fiscales y juzgadores). Efectivamente, la propuesta de que el autor de dicho delito pueda ser un varón o una mujer, es acogida por la Comisión, debiéndose precisar que la víctima tendrá que ser siempre una mujer en las relaciones conyugales o de concubinato.

Sin embargo, considero pertinente la incorporación del delito en mención con un criterio restrictivo, pues deberá existir, en el marco del conflicto que concluye en el resultado muerte, una relación que puede ser de varios tipos, entre ellos, o bien “conyugal” o bien “de concubinato”, o de cualquier otro vínculo de pareja entre el autor y la víctima. Esta apreciación tiene coherencia con el delito de parricidio, que a su vez se está modificando, ya que el parricidio estará referido, en las relaciones conyugales o de concubinato, a la muerte solo de un varón. El legislador penal de 1991 ha creído conveniente proteger a aquellas relaciones de carácter afectivo que tienen reconocimiento en nuestro sistema jurídico (hasta reconocimiento constitucional): el matrimonio y el concubinato. En otras palabras, la relación conyugal, de concubinato o de cualquier otro vínculo de pareja, es la condición de tipo objetivo que presenta la tipicidad que se pretende incorporar al Código Penal referido al feminicidio, esto es, que si no se llegara a comprobar en el proceso penal dicha relación, por más que la víctima sea una mujer, se trataría solo de un homicidio simple o de un asesinato, de acuerdo al caso.

II. LA INCORPORACIÓN DEL DELITO DE FEMINICIDIO AGRAVADO A TRAVÉS DE LA LEY N.º 30068

1. Consideraciones generales y descripción legal

El *nomen juris* por el que empieza la Ley N.º 30068, de fecha 18 de julio de 2013, resulta ser bastante sugerente en función a objetivos y finalidades, pues señala: “Ley que incorpora el artículo 108-B al Código Penal y modifica los artículos 107, 46-B y 46-C del Código Penal y el artículo 46 del Código de Ejecución penal, con la finalidad de *prevenir, sancionar y erradicar el Feminicidio*”. Resulta ser un total contrasentido que mediante una norma se pretenda “prevenir” y sobre todo “erradicar” todos y cada uno de los actos de muertes contra las mujeres en el Perú. En todo caso, lo que sí estaría dentro de las posibilidades es que la norma se aplique y por supuesto se “sancione” a su autor, porque es la naturaleza misma de toda norma, máxime si es jurídico-penal. Pues el tema de la prevención y la erradicación tiene que ser con políticas de orden extrapenal y hasta extrajurídico: en otras palabras, le pertenece al Poder Ejecutivo, Fuerzas Policiales, políticas de Estado, entre otros.

Como es de conocimiento público, a través de la Ley N.º 30068, se incorporó el artículo 108-B, luego del delito de asesinato (artículo 108), al Código Penal peruano, el llamado delito de feminicidio agravado, en los siguientes términos:

“Artículo 108-B. Feminicidio

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar;
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual;
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad;
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación;
3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente;
4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación;
5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padecía cualquier tipo de discapacidad;
6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas;
7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.

La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes.

En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36°.

(Último párrafo modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 30323, publicada el 7 de mayo 2015).

2. Comentarios a las circunstancias agravantes del primer nivel

Llamamos circunstancias agravantes del primer nivel a las que tienen una pena privativa de libertad no menor de quince años, siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias:

2.1. Violencia familiar

CAP. I

La violencia doméstica, violencia familiar o violencia intrafamiliar es todo patrón de conducta asociado a una situación de ejercicio desigual de poder que se manifiesta en el uso de la violencia física, psicológica, patrimonial y/o económica o sexual. La violencia familiar incluye toda violencia ejercida por uno o varios miembros de la familia contra otro u otros miembros de ella.

[La muerte de la mujer, no importando su edad –aunque si es menor de edad se aplicaría la agravante del segundo párrafo–, debe producirse en un determinado contexto, que puede ser previo o durante, la causación de la violencia –física o psicológica– en el ámbito conyugal.

En otros rubros de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud de nuestro texto penal ya se observa la represión de figuras delictivas teniendo en cuenta la violencia entre familiares; así véase el artículo 121-B del C.P. –lesiones graves por violencia familiar: “El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud *por violencia familiar...*”; y el artículo 122-B del C.P. –lesiones leves por violencia familiar: “El que causa a otro daño en el cuerpo o en la salud *por violencia familiar...*”. En este punto, para verificar el tema de violencia familiar previamente tendría que existir denuncias presentadas –ya sea verbal o por escrito– ante las autoridades policiales, fiscales o judiciales competentes; en el sentido de que la mujer era maltratada física y psicológicamente por su pareja.

2.2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual

Por coacción se entiende la violencia física, psíquica o moral para obligar a una persona a decir o hacer algo contra su voluntad.

En cambio, por hostigamiento se entiende como una conducta destinada a perturbar o alterar. Hostigar es molestar a alguien o burlarse de él insistentemente. En el sentido jurídico, es el comportamiento que se encuentra amenazante o perturbador.

Por otro lado, se ha entendido que el acoso sexual es genéricamente la manifestación de una serie de conductas compulsivas de solicitud de favores sexuales con distintas formas de proceder dirigidas a un(a) receptor(a) contra su consentimiento. Se puede aplicar a ambos sexos o personas del mismo sexo.

Tenemos que advertir que sobre todo la “coacción” y el “hostigamiento” no tienen que darse dentro del contexto familiar, porque si no sería una especie de violencia en el ámbito familiar, y se confundiría con el primer inciso del artículo 108-A, anteriormente comentado. Por ejemplo, el jefe o gerente de una empresa privada hostiliza permanentemente a su secretaria para que acceda a tener relaciones sexuales, no obstante ello, luego procede a matarla.

En este punto, la coacción, el hostigamiento o el acoso sexual deben realizarse durante o previo a la producción de la muerte de la mujer. Aquí, tiene que evidenciarse el flagelo de orden psicológico que padece previamente la víctima en manos de su victimario; de todas maneras, nada de esto tiene sentido si es que luego no se produce la muerte de la mujer.

2.3. Abuso de poder, confianza o de cualquiera otra posición o relación que le confiera autoridad al agente

En este punto, para la verificación de la agravante, tiene que haber un abuso de poder, un abuso de confianza o simplemente cualquiera otra posición o relación, que puede incluso ser una relación laboral, que le confiera especial autoridad al sujeto activo.

Generalmente los abusos de poder, los abusos de confianza o cualquier otra posición están en función con las relaciones parentales o consanguíneas entre los sujetos involucrados. Así, por ejemplo, la sobrina que vive en el departamento del su tío carnal por varios años, con lo cual existen entre ellos, un cierto grado de confianza.

2.4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente

La discriminación contra la mujer, según el tipo penal en comentario, puede ser de cualquier índole, es decir de tipo sexual, religioso, laboral, etc., incluso independientemente de que haya existido o no una relación matrimonial o convivencial. Definitivamente con la presente agravante se quiebra el principio de taxatividad y determinación de las normas penales. En todo caso, lo que se ha pretendido poner en evidencia con mayor claridad es la vigencia del principio de igualdad entre el hombre y la mujer.

3. Comentarios a las circunstancias agravantes del segundo nivel

Llamamos circunstancias agravantes del segundo nivel por la pena privativa de libertad que no será menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

3.1. Si la víctima era menor de edad

Aquí simplemente se tendrá que verificar la edad de la víctima, es decir, que sea menor de edad, que tenga menos de 18 años de edad, y obviamente tiene que tratarse siempre de una mujer.

3.2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación

Cuando el tipo penal habla de “estado de gestación” en realidad aquí se produce un doble agravio (delito de pluriofensividad): por una parte, a la vida de la mujer, y por otra, al proceso de formación del feto humano; y como resulta obvio, resultará indiferente el sexo o el género del feto, porque lo que aquí se protege en realidad es la vida humana de la mujer en estado de gravidez.

La presente agravante típica se debe por la especial circunstancia que tenía la víctima, o sea la mujer, al momento de producirse su deceso; quizá porque con el estado de gestación o de gravidez que padece momentáneamente la mujer, las posibilidades de aseguramiento del resultado típico –muerte– por parte del sujeto activo, se acrecientan.

3.3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente

Para la verificación de la presente agravante tiene que comprobarse que la víctima –una mujer– estaba o tenía una relación de cuidado o responsabilidad, que no necesariamente tiene que haber una relación contractual por escrito, sino simplemente que exista enfáticamente una relación fáctica entre “autor” y “víctima”. En la mayoría de veces, en estos casos, la víctima por sí misma no tendría las posibilidades de valerse –porque es menor de edad, porque es incapaz–, por eso es que necesita estar al cuidado, o en su defecto de la responsabilidad del sujeto activo, circunstancia que es aprovechada por este, para la comisión del delito.

3.4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación

Para la aplicación de la presente agravante típica se tiene que verificar tres cuestiones puntuales: en primer lugar, que exista la muerte de una mujer; en segundo lugar, que exista la comisión del delito de violación sexual o actos de mutilación física en el cuerpo de una mujer; y en tercer lugar, que dichos actos de violación o de mutilación tienen que ser antes o previamente a la producción de la muerte.

3.5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad

Aquí la agravante típica precisa el momento en que debe producirse la muerte de la mujer, en el sentido de que tiene que ser al “momento” de dicha muerte, no antes ni mucho menos después; y que al momento de producirse la muerte la víctima tiene que padecer una discapacidad, la misma que puede ser física o mental.

La discapacidad o “incapacidad” es aquella condición bajo la cual ciertas personas presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, y en igualdad de condiciones con las demás.

3.6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas

En este punto tenemos que mencionar que previo a la producción de la muerte de la mujer, resultará indispensable la comprobación judicial que la víctima haya estado inmersa en el tráfico ilícito de trata de personas²⁰.

20 El supuesto de hecho en este delito involucra cuatro conductas típicas. Promoción que implica un comportamiento que estimule, instigue, anime o induzca; favorecimiento que refiere a cualquier conducta que permite la expansión o extensión; financiación que conlleva a la subvención o contribución económica; y facilitación que involucra cualquier acto de cooperación, ayuda o contribución. Estas conductas se vinculan y expresan en la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de personas en el territorio nacional o para su salida o ingreso al país, para lo cual se emplean medios violentos o fraudulentos. En el plano subjetivo el agente actúa dolosamente y orientado por fines ilícitos que constituyen la esencia de la trata, como el ejercicio de la prostitución, explotación laboral, esclavitud o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, etcétera [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho penal. Parte especial – Volumen I*, Grijley, Lima, 2010, p. 487 y ss.].

La trata de personas o comercio de personas (en inglés *human trafficking*) es el comercio ilegal de personas con propósitos de esclavitud reproductiva, explotación sexual, trabajos forzados, extracción de órganos, o cualquier forma moderna de esclavitud. Como es sabido la trata de personas constituye una infracción penal, la misma que se encuentra sancionada en el artículo 153, primer párrafo, del CP, en los siguientes términos: “El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlos a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos...”. Asimismo, el segundo párrafo del mismo articulado señala conceptualmente lo siguiente: “La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior”.

Finalmente, tenemos que advertir que para la aplicación judicial de la presente agravante del delito de Feminicidio, el concepto de Trata de Personas (descrito en el artículo 153 del Código penal) tiene que estar relacionado siempre con el género femenino.

3.7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108²¹

Según el artículo 108 del Código Penal –delito de asesinato– se establece un conjunto de circunstancias típicas agravantes que son: por ferocidad, por lucro, por placer, para facilitar u ocultar otro delito, con gran crueldad o alevosía, por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas; o si la víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el cumplimiento de sus funciones. Por ejemplo, cuando el varón mata a una mujer (enamorada) durmiendo durante la noche en su habitación, con un cuchillo por la espalda; aquí existe un Feminicidio cometido *por alevosía*; o en el caso de

21 Aunque debemos de tener en cuenta que la Ley N.º 30068 prevé en el *artículo 1* modificaciones del artículo 107 del Código Penal, en el sentido de agravar las penas en el delito de parricidio, bajo el siguiente tenor:

“Artículo 107. Parricidio

El que a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una situación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravadas previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108”.

un temible sicario, que recibe dinero de otra persona, para que mate a una mujer saliendo de su trabajo; aquí existe un feminicidio cometido *por lucro*.

3.8. Si el agente tuviere hijos con la víctima

Recientemente, la Ley N.º 30068, publicada el 18 de julio de 2013, ha incorporado un último párrafo al artículo 108-B, en caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36.

El supuesto básico, para la aplicación de la sanción de inhabilitación de derechos (art. 36, inc. 5: “*incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela*”), es que el sujeto activo tenga descendencia conjuntamente con la mujer-víctima, y que en realidad dicha mujer-víctima sería lamentablemente la madre de los hijos del autor. Pero la idea del legislador patrio es sancionar al padre, esto es, al autor del feminicidio, retirándole, mediante sentencia condenatoria, la patria potestad y tenencia de los hijos, no interesando la edad de ellos, ni mucho menos el número, ni la forma cómo lo ha concebido a sus hijos (natural o adoptivo); basta que la acción delictiva se haya producido previo –y no posterior– a la ejecución del evento delictivo.

Finalmente, la incorporación del último párrafo en el artículo 108-B del Código penal responde también a la idea de salvaguardar los intereses de los hijos que, ante una situación complicada y apremiante de los padres, la Ley penal tiene que tomar una posición al respecto: proteger física y psicológicamente la integridad de los hijos ante la incapacidad del padre de poder seguir ejerciendo la patria potestad y tenencia de su hijo.

4. Comentarios a las circunstancias agravantes del tercer nivel

Llamamos circunstancias agravantes del tercer nivel por la pena impuesta, que ahora es de cadena perpetua, a las que se generan en el siguiente supuesto.

4.1. La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes

En efecto, se trata de la sanción penal más grave a imponerse, la cual es de cadena perpetua (prevista en el artículo 29 del Código Penal), por el supuesto de la concurrencia de circunstancias agravantes de dos o más circunstancias típicas del mismo grado o de distinto grado contenido en el reciente artículo 108-A. Por ejemplo, el novio que mata a su novia adolescente que tiene 16 años de edad, al enterarse que la adolescente se encontraba en estado de gestación; en este punto resultará irrelevante para efectos de la aplicación de la agravante, si el sujeto activo es el padre o no. Otro ejemplo será aquel empresario de una casa de citas de la ciudad, en la cual somete a varias mujeres para fines obviamente de trata de personas. Luego de un tiempo, dicho empresario abusa sexualmente de una de las mujeres; posteriormente, después de recibir varios maltratos, la mujer lo denuncia ante las autoridades. Ante esta situación, y en represalia, el empresario decide matar a dicha mujer.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA INCORPORACIÓN DE LOS CRÍMENES DE ODIO EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Los crímenes de odio, conocidos en inglés como *hate crimes*, se configuran cuando el acto delictivo cometido por el agente está motivado por el odio o desprecio a la pertenencia de la víctima a un determinado grupo social o minoría, sea por edad, raza, género, religión, etnia, condición económica, nacionalidad, afiliación política u orientación sexual o identidad de género. Los crímenes de odio son conductas violentas generadas por prejuicios y se han venido sucediendo a lo largo de la historia.

Son innumerables los casos de actos de violencia en la sociedad peruana, sociedad caracterizada por agudas diferencias, teniendo como única motivación el considerar a la víctima como “diferente”. Muchas organizaciones sociales que defienden derechos de minorías han expresado su voz de preocupación por estos hechos y de protesta por la carencia de respuestas ante este fenómeno social, que hace sentir más vulnerable a los que por una condición natural sean objeto de delitos y en muchos casos de muerte. La prensa se ha encargado de ventilar muchos supuestos en las víctimas que resultaron como tal, por poseer la característica de pertenecer a un grupo minoritario o de solo ser distinto o diferente al entendido estándar social.

Los crímenes de odio son muchas veces no reportados como se debería, pues muchas víctimas optan por mantener silencio. Los crímenes de odio violan derechos civiles de las víctimas. Las víctimas pueden sufrir de miedo, degradación y sentirse sin autodefensa. Los crímenes de odio tienen efectos inmediatos en las víctimas y estos a largo plazo afectan a toda una comunidad. Los crímenes de odio son expresiones violentas de discriminación. La historia nos manifiesta diversos niveles de dicha manifestación y si bien la existencia de los “delitos de odio” puede ser tan antigua como la humanidad, su reconocimiento como delito específico no comienza sino hasta hace pocas décadas, en diferentes ordenamientos legales.

Son innumerables los casos de delitos como de lesiones y homicidios que se llevan a cabo teniendo como motivación el odio o desprecio hacia las características particulares de la víctima y la permanencia de esta en un grupo social o minoritario. Entre otros, podemos citar el “Informe Anual sobre Derechos Humanos de personas

trans, lesbianas, gays y bisexuales 2008”, elaborado por la Red Peruana TLGB y el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), documento que señala que uno de los mayores problemas que enfrenta dicha población es la afectación del derecho a la vida, problemática que consideran se inserta en una dinámica caracterizada por la violencia y el silencio y que es coadyuvada por la falta de registros oficiales sobre denuncias y procesos²².

Es muy importante resaltar lo señalado por la Defensoría del Pueblo y en la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre la especial característica de los efectos de este tipo de delitos motivados por el odio, que difieren de los delitos ordinarios no solo en la motivación del infractor, sino también en el impacto sobre la víctima. A diferencia de las víctimas de muchos otros actos delictivos, las víctimas del odio se seleccionan sobre la base de lo que ellas representan más que sobre lo que ellas son. El mensaje que se transmite no solo alcanza a la víctima inmediata sino también a la comunidad de la que la víctima es miembro. Estos delitos envían a las víctimas el mensaje de que no son bienvenidas. También envían el mensaje a los miembros de la comunidad que comparten esas características de que ellos no pertenecen a la sociedad e igualmente podrían ser un objetivo criminal.

Es necesario hacer referencia a lo expuesto por la Defensoría del Pueblo²³ lo cual manifiesta que la discriminación es uno de los graves problemas que afectan a la sociedad. Tales prácticas deshumanizan a las personas por atacar la dignidad misma del ser humano y son un obstáculo para la integración y cohesión social. De esta manera, los individuos que pertenecen a determinados grupos valorados en razón a prejuicios que la sociedad generaliza el Derecho debe ocuparse de manera inmediata. Los prejuicios son actitudes arraigadas en el ámbito de las convicciones personales que considera a un determinado grupo humano como inferior y, al mismo tiempo desprovisto de relevancia para ser considerado como un sujeto de derecho.

Proyecto de Ley N.º 3584/2009-CR presentado por el Congresista Carlos Bruce.

Tiene como objeto tipificar la figura de los crímenes de odio por ser un fenómeno social existente, en crecimiento en la sociedad peruana que debe ser considerado y castigado por nuestra legislación penal. El proyecto define a los crímenes de odio cuando una persona comete un delito teniendo como motivación el odio o desprecio a la raza, género, edad, discapacidad mental o física, condición económica, religión, etnicidad, nacionalidad, afiliación o simpatía política o de cualquier índole, orientación sexual o identidad sexual de la víctima. En ese sentido, el Proyecto propone incorporar un numeral 6 en el artículo 108 del **Código Penal** – Homicidio Calificado – Asesinato, a los que se comentan por crímenes de odio. Asimismo, propone considerar formas agravadas de lesiones graves y de lesiones leves las cometidas por crímenes de odio para lo cual se incorpora un artículo 121-C y 122-C en el Código Penal.

22 RED PERUANA TGLB Y PROMSEX. *Informe anual sobre derechos humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales 2008*. Martín Jaime Ballero/Relator. Lima: Erre & erre artes gráficas, 2009, p.81

23 Defensoría del Pueblo *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*. Documento de Trabajo N.º 2 Lima: 2007; p. 19.

Opiniones recibidas

Ministerio de Justicia. Mediante el Oficio N.º 699-2009-JUS/AT del 27 de noviembre de 2009 de su Jefe de Gabinete de Asesores, efectúa un análisis del Proyecto bajo el principio que la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a la integridad moral, psíquica y física. Asimismo, establece que todo individuo tiene derecho a la igualdad ante la Ley; en ese sentido, corresponde al Estado el otorgarle al individuo de las mayores garantías para el adecuado ejercicio de todos sus derechos. Por otro lado, señala que el Código Penal reprime con mayor rudeza las conductas que por extensión pueden resultar atentatorias al libre desarrollo y la preservación de la integridad física, moral y psicológica del individuo. Asimismo, refiere, que la historia de la humanidad revela la existencia de crímenes de odio en diferentes niveles de manifestación, destacándose por la particular evidencia de brutalidad al cometerse este tipo de delitos del cual destacan en nuestro país los cometidos contra individuos cuya opción sexual es diferente a la convencionalmente aceptada como normal. Como conclusión el Ministerio de Justicia considera procedente la introducción de la figura de los crímenes de odio, su definición y como móvil agravado en el delito de homicidio. Considerando que el delito de lesiones al ser un delito de resultado no corresponde su incorporación.

Dr. Arsenio Ore Guardia – Consejo Consultivo de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos. Mediante carta S/N del 3 de diciembre de 2009, señala que estas circunstancias agravantes existen en el Derecho comparado. Si bien considera innecesario incluir como agravantes específicas de los delitos de homicidio y lesiones la motivación de odio, pues el mayor valor de conducta debe ser abarcado actualmente, mediante el concurso ideal de homicidio y lesiones (según sea el caso) con el delito de discriminación, agrega que en España, se incluye como agravante genérica en el artículo 22 inc. 4 CP: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca”. Considerando que es ese el mismo tratamiento que debe seguirse en la legislación nacional.

Colegio Abogados de Lima (CAL). Mediante el Oficio N.º 540-2009-CAL/DDHH del 11 de enero de 2010, emitido por la Directora del área de Derechos Humanos, expresa el respaldo de su Institución al citado Proyecto de Ley, toda vez que permitirá brindar especial protección a grupos vulnerables o potencialmente vulnerables, sancionando en forma agravada las conductas calificadas como crímenes de odio, ya que por su definición es un atentado contra los derechos Humanos. De la misma manera indica que debería ampliarse los Títulos IV, V y los artículos 376, 376-A, 377, 378 del Título XVIII, del Libro Segundo del Código Penal. Solicita a su vez a la Presidencia de la Comisión, promover la aprobación del proyecto de Ley y velar por su adecuada implementación a través de acciones de coordinación con el Ejecutivo.

Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX). Mediante Carta N.º 001-2010 del 16 de febrero de 2010, de su Directora, considera necesario en el plano técnico jurídico efectuar los siguientes aportes al proyecto de ley: Que en el texto de redacción no solo debiera referirse a la intención del agresor sino también a que de las características de la comisión del delito se desprenda que este fue cometido con una motivación de odio o desprecio por razones diversas. Lo correcto es colocar “sexo” como categoría agravante porque el género, entendido como uno de los elementos constitutivos de las relaciones sociales basado en las diferencias que distinguen los sexos. Lo que respecta al término iden-

tividad sexual debe referirse como identidad de género. Este término está aprobado en la sesión plenaria de la asamblea general de la OEA el 3 de junio de 2008. En la propuesta la agravante se aplica solo para los delitos de homicidio, lesiones leves y graves, para estos tres casos se aplican las observaciones descritas en la definición Crímenes de Odio, PROMSEX, considera que la agravante debería estar presente en otros delitos como los de violación a la libertad sexual.

II. IMPORTANCIA DE UNA AGRAVANTE EN LOS DELITOS MOTIVADOS POR EL ODIO DEL AGENTE

El Derecho tiene una gran eficacia simbólica para lograr cambios socio-culturales pues es una de las instituciones que contribuye a fijar, mediante las categorías complementarias de legal/ilegal, lo que es bueno y malo. Por esta razón, una Ley contra crímenes de odio es importante: contribuye a establecer en el imaginario social que los prejuicios y la violencia no son tolerables en nuestra sociedad y promueve, paralelamente, la idea de la convivencia social basada en la tolerancia como un valor positivo en el universo simbólico. Una Ley penal contra los crímenes de odio, y la necesaria difusión que debe hacerse de ella, contribuye a generar una mayor tolerancia y auto-control dentro de la sociedad, al hacer notar como ciertas conductas e ideas, que pueden parecer inofensivas, contribuyen a generar o promover el rechazo, la exclusión o el aniquilamiento (físico o simbólico) de ciertos grupos, por el solo hecho de ser diferentes a quienes se sienten mayoría.

En el ámbito de la comunicación social, donde el autocontrol es preferible a la penalización, una Ley contra crímenes de odio contribuirá a crear conciencia respecto del papel de los medios de comunicación en el mantenimiento / reforzamiento de los prejuicios y en la generación de un clima social favorable o tolerante con el abuso hacia las minorías. También, debería contribuir a generar un cambio en esta situación, si es acompañada de políticas públicas necesarias para la lucha contra el prejuicio y la discriminación, incluyendo incentivos para los medios que más contribuyan a incrementar la tolerancia y a instalar en el sentido común los valores del respeto a la diferencia y a las minorías.

En el caso específico de la población gay, travesti y bisexual, en 2009 se registraron diez asesinatos por odio en la prensa escrita peruana. No se cuenta con información de crímenes de odio contra mujeres lesbianas y no porque no existan sino porque suelen darse dentro del ámbito familiar, lo que contribuye a su invisibilización. Además, muchos de los crímenes de odio contra la población LGBT permanecen impunes y silenciados porque las víctimas no los denuncian, ya sea por temor a represalias o por desconfianza en las instituciones encargadas de administrar justicia, o porque el entorno familiar prefiere esconder la orientación sexual o identidad de género de las víctimas. Además, los medios de comunicación contribuyen a la “justificación” del crimen reforzando los prejuicios respecto de la “promiscuidad”, “escándalo” o “pasión” que caracterizan las relaciones afectivo-sexuales de las personas no-heterosexuales.

La necesaria preparación del personal policial y judicial en la identificación del prejuicio y odio como agravantes de los delitos, contribuirá a que se pueda regis-

trar mejor la verdadera magnitud de su incidencia en nuestra sociedad y se pueda trabajar en la eliminación de las causas sociales detrás de los actos individuales. En consecuencia, consideramos conveniente incorporar en la Parte General de nuestro Código Penal, específicamente en el artículo 46-D una agravante genérica. Además, se está incorporando una norma jurídica de definición en un segundo párrafo, y ahí podemos observar que el odio motivado por el agente se puede generar por "...por el desprecio a la raza, etnia, ideología, religión, o alguna enfermedad o discapacidad de la víctima, orientación o identidad de sexual de la víctima". La posibilidad de tener una cláusula de agravante genérica en el *Código Penal* es que se pueda aplicar dicha agravante para todos los hechos punibles que se cometen en la Parte Especial o en la legislación complementaria, y no solo para el delito de asesinato o lesiones como se proponía en el Proyecto de Ley.

Debemos advertir que el Código Penal no es ajeno a las circunstancias agravantes reguladas desde la Parte General aplicables a todos los delitos ubicados en la Parte Especial y legislación complementaria; en efecto, en el artículo 46-A del Código Penal peruano se regula lo siguiente: "*Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal* si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público". Asimismo, el mismo artículo 46-A, segundo párrafo señala una agravante genérica bajo el siguiente tenor: "La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible". Finalmente, el artículo 46-A, en el tercer párrafo señala expresamente lo siguiente: "*Constituye circunstancia agravante*, cuando el sujeto activo desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro".

La Comisión Revisora del Código Penal realizado en el Congreso de la República también ha incorporado una circunstancia que el Juez Penal debe tener en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena en la Parte General, referida a los llamados crímenes de odio que realiza el agente. Así puede verse en el artículo 46 que expresa lo siguiente: "Son *circunstancias de agravación*, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes", y en especial el inciso 4 que señala lo siguiente²⁴: "Efectuar la ejecución de la conducta punible inspirándose el agente

24 Artículo 46.º. Circunstancias de agravación

Son circunstancias de agravación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

1. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad;
2. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos;
3. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil, o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria;

en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, etnia, ideología, religión, o las creencias, sexo o alguna enfermedad o discapacidad de la víctima”.

Debemos advertir que la Comisión Revisora del Código Penal del Congreso de la República considera a los crímenes de odio del agente como una circunstancia (genérica) agravante de los hechos punibles; es decir, no los considera simplemente como un “parámetro” judicial al momento de la mensuración de la pena dentro del marco punitivo de los tipos de la Parte Especial del Código Penal o leyes complementarias; sino todo lo contrario, el Juez Penal tendrá en cuenta la circunstancia del desprecio que ha expresado el agente al momento de la ejecución del hecho punible para precisamente incrementar la dosis de pena dentro de los marcos penales que permiten los tipos legales (homicidios, lesiones, etc.).

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

Las legislaciones existentes contra crímenes de odio se pueden agrupar de la siguiente manera:

- Leyes que definen crímenes motivados por el prejuicio como una categoría específica.
- Leyes que endurecen las penas para delitos ya tipificados (lesiones, asesinato) cuando son motivados por el prejuicio.
- Legislaciones que consideran como una agravante general los delitos cometidos por discriminación, prejuicio u odio.

Veamos el ejemplo de algunos países que contemplan dentro de su ordenamiento legal penal, iniciativas como la propuesta en el Proyecto de Ley bajo análisis:

- *Colombia*. El Código Penal colombiano considera como circunstancias de mayor punibilidad el hecho de que la ejecución de la conducta esté

4. *Efectuar la ejecución de la conducta punible inspirándose el agente en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, etnia, ideología, religión, o las creencias, sexo o alguna enfermedad o discapacidad de la víctima;*
5. Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común;
6. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe;
7. Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito;
8. Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función;
9. La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito;
10. Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable;
11. Cuando la conducta punible fuere dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien estuviere privado de su libertad o se encontrare fuera del territorio nacional;
12. Cuando se produjere un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales; y
13. Cuando para la realización de la conducta punible se hubieren utilizado explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.

inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo, orientación sexual, o alguna enfermedad o discapacidad de la víctima.

- *Argentina.* El Código Penal argentino de dicho país señala el “odio racial o religioso” como circunstancias agravantes del delito de homicidio. Sanciona también a las asociaciones ilícitas que tengan un plan de acción destinado a la propagación del odio étnico, religioso o político. Asimismo, la Ley N.º 23.592, de agosto de 1988, eleva en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o las leyes complementarias cuando es cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.
- *Ecuador.* El Código Penal ecuatoriano considera como circunstancias agravantes de responsabilidad penal, el ejecutar la infracción por motivos de discriminación, referente al lugar de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole. Igualmente, contiene diversas disposiciones que sancionan los delitos de odio, estableciendo agravantes para los casos en que los actos de violencia provoquen la muerte de la víctima o le ocasionen lesiones. Finalmente, considera como asesinato el homicidio cometido con odio o desprecio en razón de raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.
- *México,* como una experiencia reciente de una sociedad parecida a la nuestra que ha visto la necesidad de contemplar esta figura en su tipificación penal, en la legislación penal mexicana del Distrito Federal de México, la Asamblea Legislativa aprobó y publicó la reforma del Código Penal para el Distrito Federal de México, considerando como delitos de homicidio y lesiones como calificados, cuando estos se cometan en estado de odio, señalando que existe odio cuando el agente lo comete por la condición social o económica; vinculación, pertenencia, o relación con un grupo social definido; origen étnico o social; la nacionalidad o lugar de origen; el color o cualquier otra característica genética; sexo; lengua; género; estado civil; ocupación o actividad de la víctima.
- *Estados Unidos.* Aunque muchos estados contaban ya con legislación contra estos crímenes, la aprobación de una ley federal contra crímenes de odio tardó más de diez años. Allí, como en muchos otros Estados, la necesidad de contar con esta legislación solo hizo evidente tras un crimen de odio que sacudió y conmovió a la opinión pública, como fue el caso del brutal asesinato de Matthew Shephard en 1998.

La ley Matthew Shepard, oficialmente llamada Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act (Ley para la prevención de los delitos de odio

Matthew Shepard y James Byrd, Jr.), fue aprobada por el Congreso de los Estados Unidos el 22 de octubre de 2009, y ratificada por el presidente Barack Obama el 28 de octubre de 2009 como parte de la ley de autorización de defensa nacional para 2010 (H.R. 2647). Esta medida amplía la ley federal de delitos de odio de 1969 para incluir los crímenes motivados por el género, orientación sexual, identidad de género o discapacidad de las víctimas, sea real o supuesta.

La ley también dispone:

- Eliminar el requisito de que la víctima esté realizando una actividad protegida federalmente, como ir a votar o ir a la escuela;
- Da a las autoridades federales mayor capacidad de involucrarse en la investigación de delitos de odio que las autoridades locales decidan no perseguir;
- Provee de 5 millones de dólares por año en fondos para los años de 2010 al 2012 para ayudar al Estado y a las agencias locales a pagar las investigaciones y la persecución de los delitos de odio;
- Exige al FBI elaborar estadísticas por los delitos de odio contra las personas transexuales (ya se realizaban estadísticas de los otros grupos).

La nueva norma sanciona como crímenes de odio, los daños en el cuerpo ocasionados por medio del uso de ciertos elementos: fuego, armas de fuego, armas peligrosas, explosivos o dispositivos incendiarios, por los motivos señalados en la Ley Federal de crímenes de odio de 1969, adicionándose a ese conjunto de motivos el género, la orientación sexual, la identidad sexual y la discapacidad. Además se considera como agravante provocar la muerte de la víctima, o que el ilícito incluya el secuestro, tentativa de secuestro, abuso sexual agravado, tentativa de abuso sexual agravado o tentativa de muerte.

La citada Ley para la Prevención de los Crímenes de Odio autoriza al departamento de justicia (en la figura del *attorney* general) acudir a las jurisdicciones locales y estatales para tomar acciones judiciales respecto a los crímenes de odio violentos, señalando que si estas no están dispuestas o no tienen capacidades para hacerlo, sea el departamento de justicia el que se encargue de ello. La norma prevé además el concurso para acceder a fondos que permitan entrenar a los oficiales locales para la identificación, investigación, enjuiciamiento y prevención de los crímenes de odio.

- *España.* El Código Penal español establece como circunstancias agravantes generales de la responsabilidad penal, el cometer un delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencia de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o discapacidad que padezca. Dicha norma penal también sanciona a las asociaciones ilícitas que se promueven para cometer conductas basadas en la discriminación, el odio o la violencia contra las personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencia, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza

o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.

- *Canadá.* Desde 1966, el Código Penal canadiense considera una agravante de las penas en delitos ya tipificados el odio o prejuicio motivado por la raza, nacionalidad, etnia, idioma, color, religión, sexo, edad, discapacidad física o mental, orientación sexual, o cualquier otro factor similar. En su Sección 319 el código castiga a cualquiera que “promueva o abogue por el genocidio”. El Genocidio se define como cualquier acto realizado con la intención de destruir en todo o parte cualquier grupo identificable. Y Grupo Identificable es definido como “cualquier parte del público al que puede distinguirse por el color de su piel grupo racial, religión, origen étnico u orientación sexual”. Se prevé reparaciones civiles para estos crímenes.

Otros casos de legislación comparada en diversas realidades del mundo:

- *Francia.* El odio motivado por la etnia, nacionalidad, raza, religión u orientación sexual, real o percibida, de la víctima es un agravante de las penas en delitos ya tipificados. Un asesinato por odio es castigado con cadena perpetua y una agresión que resulta en lesiones graves con 15 años de cárcel.
- *Irlanda.* La Ley de Prohibición de la Incitación al Odio de 1989 “convierte en crimen incitar al odio contra cualquier grupo de personas por razón de su raza, color, nacionalidad, religión, orientación sexual, origen étnico o nacional, pertenencia a la comunidad de viajeros, o a algún grupo indígena minoritario”.
- *Italia.* La Sección 3 de la Ley N.º 205/1993, considera una agravante de las penas en delitos ya tipificados si son motivados por prejuicio racial, étnico, nacional o religioso.
- *Suecia.* El artículo 29 del Código Penal considera una agravante de las penas en delitos ya tipificados el odio o prejuicio motivado por la raza, color, nacionalidad, etnia, orientación sexual, religión, u “otras circunstancias” de la víctima.
- *Bélgica.* La ley del 25 de febrero de 2003, destinada a combatir la discriminación, establece que el odio motivado por sexo, raza supuesta, color, origen étnico o nacional, orientación sexual, estatus civil, nacimiento, fortuna, edad, creencias religiosas o filosóficas, actual o futuro estado de salud, discapacidad o rasgos físicos es una agravante de las penas en delitos ya tipificados contra la vida, el cuerpo y la salud. La ley también prevé reparaciones civiles y mantiene un Centro oficial (que ya existía desde 1993) encargado de recoger las cifras sobre crímenes por discriminación o racismo y publicarlas periódicamente.
- *Inglaterra y Gales.* Los crímenes de odio pueden ser ataques físicos o verbales, amenazas o insultos si son motivados por la raza, color, origen étnico o nacional, religión, género o identidad de género, orientación sexual o discapacidad

- *Grecia*. Se penaliza la incitación al odio o la discriminación hacia individuos o grupos a causa de su raza, nacionalidad, etnia o religión, a través de expresiones orales o escritas. Se prohíbe la creación o afiliación a organizaciones de propaganda o acciones racistas.
- *Austria*. El odio motivado por racismo o xenofobia es una agravante de las penas en delitos ya tipificados contra la vida, el cuerpo y la salud (Sección 33(5), Código Penal).
- *Azerbaiyán*. El odio motivado por racismo, xenofobia o religión es una agravante de las penas en delitos ya tipificados contra la vida, el cuerpo y la salud (artículo 61, Código Penal), pero en el caso de que el resultado sea lesiones graves o la muerte, se convierte en un tipo de crimen específico con una pena distinta.
- *Armenia*. El odio motivado por razones étnicas, raciales o religiosas, es una agravante de las penas en delitos ya tipificados contra la vida, el cuerpo y la salud (artículo 63, Código Penal).
- *Bielorrusia*. El odio motivado por racismo, xenofobia, o religión es una agravante de las penas en delitos ya tipificados.
- *Bosnia Herzegovina*. El Código Penal de 2003 contiene disposiciones que prohíben a los servidores públicos discriminar por razones de raza, color de piel, origen étnico o nacional, religión o idioma (artículo 145/1 y 145/2).
- *Bulgaria*. La ley castiga los crímenes motivados por el racismo y la xenofobia.
- *Republica Checa*. El odio motivado por racismo es una agravante de las penas en delitos ya tipificados. Se castiga la violencia contra grupos o individuos motivada por la raza, nacionalidad, convicciones políticas o religiosas.
- *Finlandia*. El odio motivado por la nacionalidad, raza o etnia o equivalentes es una agravante de las penas en delitos ya tipificados (Código Penal de 2003, 515/2003).
- *Hungría*. La violencia, crueldad o coerción realizadas por causa del estatus nacional, étnico o religioso, real o percibido de la víctima son castigadas por el artículo 174/B del Código Penal.
- *Islandia*, la Sección 233 del Código Penal establece que “cualquiera que ridiculice, calumnie, insulte, amenace o de cualquiera otra manera ataque públicamente a una persona o grupo de personas sobre la base de su nacionalidad, raza, religión u orientación sexual, sufrirá pena de cárcel de hasta 2 años”.

IV. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 46-D EN EL CÓDIGO PENAL REFERIDO A LOS DELITOS MOTIVADO POR EL ODIOS DEL AGENTE

CAP. II

Artículo 1. Incorporación del artículo 46-D en el Código Penal

Incorpórese al Código Penal el artículo 46-D con el siguiente tenor:

Artículo 46-D. Circunstancia agravante motivado por el odio del agente

Constituye circunstancia agravante la comisión de un delito doloso motivado por el odio del agente. En estos casos el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

Entiéndase por odio cuando el agente comete el delito motivado por el desprecio a la raza, etnia, ideología, religión, o alguna enfermedad o discapacidad de la víctima, orientación o identidad sexual de la víctima.

EL DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO (BÁSICO Y AGRAVADO)

I. SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Como es sabido, el bien jurídico protegido en esta tipología de delito se considera genéricamente a la vida, el cuerpo y la salud de las personas, aunque específicamente lo sea la vida de las personas (independientes).

II. DESCRIPCIÓN LEGAL

Para configurar típicamente el delito de homicidio culposo agravado del tercer párrafo, tiene que cumplirse, previamente, con la tipicidad básica del artículo 111 del Código Penal. Así el citado artículo señala: “El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas”. El codificador utiliza la palabra culpa comprendiendo en esta la negligencia, imprudencia e impericia²⁵.

III. TIPICIDAD OBJETIVA

1. Sujeto activo y sujeto pasivo

El delito en comentario puede ser vulnerado por cualquier persona, es decir, no se necesita una calidad especial en el sujeto activo.

En cuanto al sujeto pasivo será la vida humana independiente.

2. Conducta típica

Los elementos objetivos del delito culposo son los siguientes:

2.1. La infracción del deber de cuidado

Para el tipo imprudente (en este caso el artículo 111) hay que tener en cuenta lo señalado en la doctrina en el sentido de que actúa culposamente el que omite la

25 GARCÍA DEL RÍO, Flavio; *Manual de Derecho penal. Parte general y Parte especial*, Lima, 2004, p. 135.

debida diligencia; se trata, por lo tanto de una infracción de cuidado, o sea de las normas de conducta exigibles para el caso, las cuales se extraen de la experiencia común, y no dependen necesariamente de la transgresión de leyes o reglamentos. Se trata de un deber objetivo en cuanto que es el que hubiera observado un conocimiento específico del agente.

El deber de cuidado, una vez que se haya advertido el peligro en virtud de la previsibilidad objetiva, cuya infracción da lugar a la imprudencia, tiene tres planteamientos fundamentales²⁶:

- El deber de omitir acciones peligrosas,
- El deber de preparación e información previa antes de emprender acciones peligrosas; y
- El deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas, cuando el riesgo creado es socialmente necesario.

2.2. El resultado lesivo

El resultado lesivo es la muerte de una persona. Nótese algo relevante en el tipo penal: “El que, por culpa, *ocasiona* la muerte de una persona...”. La frase ocasionar equivale a algo circunstancial de los hechos, esto es, que el agente no debe haber provocado la muerte de la persona, ya que sería un delito doloso. En los delitos culposos necesariamente debe alcanzarse el resultado muerte, desde que no existe la tentativa.

3. Entre la acción y el resultado se debe constatar una relación de imputación objetiva

En primer lugar, la producción del resultado debe haber sido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido, y en segundo lugar, que el resultado producido está comprendido en el ámbito de protección de la norma objetiva de cuidado infringida por el autor, porque pertenece a la clase de resultado que pretende ser evitado con esta norma de cuidado vulnerada²⁷.

3.1. Imputación objetiva del resultado

Existe un amplio acuerdo doctrinal por considerar que la imprudencia es un problema que corresponde al tipo. Entonces, debe entenderse que lo que no está cubierto por el riesgo permitido, no es imprudente, por lógica, un riesgo permitido trae como consecuencia la desaparición del injusto²⁸. En consecuencia, toda imputación imprudente, cuyo contenido corresponda a una actuación en el marco de un riesgo permitido será atípica, puesto que, como he señalado, la imprudencia es un elemento que pertenece al ámbito del injusto. La imputación objetiva del resultado, en los delitos imprudentes, exige la aplicación de dos criterios o elementos de juicio:

26 Véase: R N N.º 4744-2007-Lima

27 GARCÍA DEL RÍO, 2004, p. 137

28 ROXIN Claus. *La imputación objetiva en el Derecho penal*. Trad. Manuel Abanto Vázquez. Ideosa. Lima 1997. p. 161

i) la creación de un peligro no cubierto por un riesgo permitido y comprendido por el fin de protección del tipo, y ii) que el resultado se haya obtenido como consecuencia del peligro creado.

3.2. Creación de un peligro no cubierto por un riesgo permitido y relación de causalidad con el resultado

CAP. III

En los delitos imprudentes de resultado lesivo, debe mediar entre la acción imprudente y el resultado lesivo, en primer lugar, una relación de causalidad, es decir, una conexión que permita imputar ya en el plano meramente causal, ese resultado concreto que se ha producido al autor de la acción imprudente realizada²⁹.

3.3. Realización del resultado como consecuencia de la creación de un peligro

Este elemento de la imputación objetiva está determinado por el hecho de que el resultado obtenido se haya realizado en la situación de peligro creado. Como señala Bacigalupo: "...en la doctrina se tiende a vincular la gravedad de la imprudencia con la importancia del bien jurídico que resulte lesionado. Tal criterio, en realidad, más que caracterizar la gravedad de la imprudencia, la reemplaza por la gravedad del hecho. Otro criterio se refiere a la creación de un peligro elevado no seguido del empleo de suficientes medidas de control. Se trata en realidad de un único elemento, la creación de un peligro elevado, dado que la insuficiencia del control es, precisamente, lo que define la imprudencia como tal..."³⁰

IV. TIPICIDAD SUBJETIVA

Sobre este punto, la doctrina³¹ nos señala que el sujeto activo puede ser un agente que no ha previsto el posible resultado antijurídico, pudiendo y debiendo preverlo (homicidio por culpa inconsciente) o, habiendo previsto, se confía sin fundamento en que no se producirá el resultado que se representó (culpa consciente)

V. TIPICIDAD OBJETIVA DEL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 111 DEL CÓDIGO PENAL

1. Descripción legal

El artículo 111, tercer y último párrafo, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 29439 (19/11/2009) del Código Penal, señala lo siguiente:

"La pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación según corresponda, conforme al artículo 36 –incisos 4), 6) y 7)–, si

29 MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanck.Valencia, 1998, p. 323.

30 BACIGALUPO, Enrique; *Derecho penal. Parte general*, p. 334

31 ÁNGELES GONZALES, Fernando; *Código Penal comentado*; Ediciones Jurídicas. Lima, 1996. p. 702.

la muerte se comete utilizando vehículo motorizado o arma de fuego, estando el agente bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, o con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, en el caso de transporte particular, o mayor de 0.25 gramos litro en el caso de transporte público de pasajeros, mercancías o cargas en general, o cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito”.

2. Tipicidad objetiva

El tercer y último párrafo del artículo 111 tiene a su vez tres circunstancias típicas, que a continuación pasamos a comentar:

- a. ***Si la muerte se comete utilizando vehículo motorizado o arma de fuego, estando el agente bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.*** Aquí el agente debe cometer, o mejor dicho, ocasionar, culposamente, la muerte de la víctima, que es un presupuesto indispensable para la comisión de un delito contra la vida humana independiente. Sin embargo, para verificar dicha muerte en forma culposa debe acreditarse dos cosas: en primer lugar, que el agente debe utilizar un vehículo motorizado, el mismo que debe estar en plena circulación al menos relativamente; puede ser un vehículo menor (motocicletas, mototaxis o algo semejante) o un vehículo mayor (bus, camión, etc.); y en segundo lugar, que el agente estando al interior del vehículo motorizado esté bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas. Si de acuerdo a las circunstancias antes mencionadas, el autor ocasiona la muerte de varias víctimas se aplicará la agravante dispuesta en el segundo párrafo del mismo artículo 111 del Código Penal.

Ahora bien, cuando el tipo penal señala lo siguiente: “Si la muerte se comete *utilizando vehículo...*”, se refiere únicamente a aquel sujeto que esté conduciendo el vehículo, es decir, que esté físicamente en el volante, sería la única circunstancia relevante desde el punto de vista jurídico-penal, ya que él sería el que estaría incumpliendo las reglas básicas de conducción al ir bajo los efectos de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas (infracción del deber objetivo de cuidado). Este tipo penal también sanciona a aquel sujeto que utilizando un arma de fuego ocasiona la muerte de la víctima estando bajo los efectos de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.

El arma de fuego debe estar en perfectas condiciones para su respectivo uso, para producir una posible lesión al bien jurídico, siempre en el marco de la vida humana independiente. Aquí el legislador nacional entiende que no solo existe riesgo inminente por vehículos motorizados, sino también cuando el sujeto manipula un arma de fuego estando alterada su manifestación de voluntad producto de drogas, sería más propenso a cometer delitos; claro, siempre en el entendido que el agente actué imprudentemente.

- b. Si la muerte se comete utilizando vehículo motorizado o arma de fuego, estando el agente con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, en el caso de transporte particular, o mayor de 0.25 gramos litro en el caso de transporte público de pasajeros, mercancías o cargas en general.** Aquí, el agente debe manipular culposamente un vehículo motorizado o un arma de fuego, estando no bajo los efectos de la droga, sino bajo los efectos del alcohol; sin embargo, para la relevancia penal el alcohol debe superar un estándar mínimo, de acuerdo a la condición del vehículo en el tema del transporte: así en el caso de transporte particular el alcohol en la sangre en proporción debe ser mayor de 0.5 gramos-litro; en cambio, en el caso de transporte público de pasajeros, mercancías o cargas en general el alcohol en sangre debe ser mayor de 0.25 gramos litro.
- c. Si la muerte se comete utilizando vehículo motorizado estando el agente inobservando reglas técnicas de tránsito.** Los dos supuestos anteriores son supuestos específicos, en este tercera variante se trata de un supuesto genérico, en el sentido, que la muerte se cometa utilizando obviamente un vehículo motorizado, con la condición que el agente inobservando reglas técnicas de tránsito, de forma negligente o imprudente, pues si se tratase de inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria, distintas al tránsito automotor, se aplicaría el segundo párrafo del artículo 111 del Código Penal, con una pena menor. Qué criterio habrá tenido el legislador nacional al momento de redactar esta circunstancia agravatoria del tercer párrafo, sancionándolo con una pena más grave que la del segundo párrafo; acaso las reglas de tránsito son más importantes para la sociedad que las reglas de la profesión, ocupación o industria.

En este supuesto el legislador peruano anuncia una mayor represión por tratarse de un mayor desvalor de la acción, cuando el agente no tiene en cuenta, al momento de manejar un vehículo motorizado, las normas mínimas de seguridad vial (por ejemplo, manejar sin licencia de conducir). Obviamente no será suficiente acreditar la contravención de una norma técnica (por ej., el Código Nacional de Tránsito), sino que esta conducta debe haber creado un peligro jurídicamente desaprobado, que finalmente ha dado concreción al resultado lesivo. Asimismo, debe acreditarse, en el proceso penal, que la muerte de la víctima debe estar en relación de causalidad con la inobservancia de reglas de tránsito propiciada por el autor; caso contrario, si la muerte se debe, por ejemplo, a la inobservancia de reglas básicas de seguridad vial de la propia víctima, el delito no se cometerá.

En las tres circunstancias típicas analizadas el delito se consuma con la respectiva muerte de la persona. Sabido es que en los delitos culposos no se admite la tentativa (artículo 16), puesto que este concepto solo puede concebirse en los delitos dolosos.

3. Tipicidad subjetiva

Al margen de la discusión en el sentido si es posible o no la concurrencia de un aspecto subjetivo en el delito culposo³²; a nuestro entender se requiere la presencia de la culpa consciente o inconsciente del agente, en este caso, delito de homicidio culposo. Cuando se habla de culpa hay que partir de la idea de que el sujeto no quiso producir ese resultado, por eso, la doctrina especializada exige la realización de una acción sin la “diligencia debida”, lesionando el llamado deber objetivo de cuidado. Se requiere la previsibilidad en la producción del resultado muerte.

CAP. III

32 NARDIELLO, Angel Gabriel; *Estructura del hecho punible*, Buenos Aires, 2012, pp. 130 y ss.

EL DELITO DE ABORTO EN EL CÓDIGO PENAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El aborto no siempre ha tenido la problematización tan grande que tiene en la actualidad. En los pueblos antiguos el aborto no fue un problema. Platón y Aristóteles lo recomendaban como el medio más indicado para evitar los excesos de población. Lo interesante es que las sanciones que se aplicaban se hacían atendiendo más a los derechos del padre o a la posible muerte de la madre.

En cuanto a su evolución histórica, en el Derecho romano, el aborto (*procuratio abortus*) fue, en un principio, impune: al niño naciente (embrión, feto) se lo consideraba como *pars ventris*, como parte de la madre. Conminaciones estatales de penas se encuentran a partir de Septimio Severo alrededor del año 200 después de Cristo, dado que la pérdida del hijo defraudaba al hombre en sus esperanzas de padre. En el derecho alemán, el aborto fue considerado una forma de hechicería o un crimen especial de homicidio. Especialmente la iglesia se adhirió a este último criterio y consideró el aborto como *homicidium*. La Constitutio Criminalis Carolina de 1532 distinguía entre un niño vivo y un niño sin vida³³.

La vida humana en su expresión más amplia denota su transcendencia en la vida social no solo como valor autónomo, sino también en manifestación fisiológica gestación, como es el fenómeno de la preñez. Y todos los actos criminales que vayan en contra de este estado de realidad biológica y jurídica, merece protección por parte de los mecanismos que prevé el Derecho, sobre todo el punitivo. Es por esta razón que los Códigos penales a nivel mundial, ya sean los más antiguos o los más actuales, consagran en su sistemática junto a las infracciones penales que protegen la vida humana independiente, como es el caso del homicidio, parricidio, infanticidio, etc., se positiviza al delito de aborto³⁴ que lesiona aquella parte de la vida humana en germinación biológica, aquella vida todavía no independizada.

33 MEZGER, Edmund; *Derecho penal. Parte especial*, T. II, Edit. Valletta Ediciones, Buenos Aires-2004, p. 38.

34 La palabra "aborto" se deriva del latín *abortus*, *ab.* partícula privativa, y *ortus*, nacer; significa, pues no nacer, o también significando parto anticipado, nacimiento antes de tiempo, privación de nacimiento, cuestión aparte merece tener en consideración, y recapitulando lo dicho líneas arriba, aquellas conductas de expedición de abortivos y la difusión de prácticas abortivas en relación al delito de aborto, que para la definición, la previsión legal siempre ofrece vacíos o ambigüedades

En otras palabras, el delito de aborto está constituido por la interrupción del embarazo, siempre y cuando esa interrupción se haya producido matando al feto³⁵. Para la definición legal del delito de aborto, tenemos al Código Penal para el Distrito Federal (México), que en su artículo 144 dispone lo siguiente: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo".

CAP. IV

Es por ello que las legislaciones penales protegen de modo exclusivo y principal la esperanza de que esté con vida el feto antes de producirse el itinerario delictivo por parte del sujeto activo, caso contrario no será delito si el feto ya estaba muerto. Como ha elaborado la doctrina, los requisitos comunes del delito de aborto son: primero, que haya preexistencia del estado fisiológico de un embarazo; segundo, la interrupción del mismo; y tercero, los medios de ejecución.

Hay que distinguir un sinnúmero de particularidades negativas que se pueden ir presentando en el transcurso de la evolución del feto y su vinculación orgánica con la embarazada. De esta manera conviene advertir la prevención de la concepción, esto es, de evitar que el óvulo sea fecundado, como son los procesos anticonceptivos que no configuran la infracción penal abortiva.

En tal sentido pueden entrar en conflicto de intereses que deben solucionarse conforme al principio de salvaguarda del interés preponderante. Entonces el *quid* del asunto será determinar cuál es el interés preponderante. Para algunos será el feto, y la mujer que es condición *sine qua non* para que exista el feto. El feto es un simple receptáculo de un ser superior a que debe estar por encima de los demás bienes jurídicos como la vida de la mujer, su salud y su libertad. Esta postura es pregonada por la Iglesia Católica que impulsa una total penalización del aborto.

Otros en cambio, ven en la mujer embarazada dicho interés superior, de manera que merece la máxima protección, constituyendo el feto una simple prolongación del vientre de la mujer. Esta postura sostiene por el contrario una total despenalización del aborto, en el sentido que tiene como principio rector: el derecho irrestricto de disposición del cuerpo de la mujer, mediando el consentimiento de la embarazada. Ante estas dos posturas, en tiempos actuales existe una postura mixta que intenta conciliar las dos posturas, en la que parte de la protección penal de la vida en formación procura tener en cuenta los intereses de la mujer embarazada, admitiendo la configuración de instrumentos legales.

La muerte del feto deja de ser un aborto para transformarse en un homicidio. Las leyes que lo admitan son leyes sin validez jurídica y el Estado que las dicta es un Estado tirano que pretende poder disponer de la vida de los más débiles y sin defensa³⁶.

por su descripción general en el supuesto de hecho y fijación de penalidades, quedando como siempre lo ha hecho, a la hermeneútica y los criterios jurisprudenciales lo puede verdaderamente se entiende por aborto, es así pues que técnicamente hablando no es un atentado la persona, pero tampoco no es un objeto de interés colectivo, es un atentado contra el feto, el mismo que "... es vida humana en formación que se proyecta, temporal y espacialmente, hacia la obtención de su reconocimiento jurídico como persona".

35 CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte especial*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 62.

36 HURTADO POZO, José; "Aborto y Constitución", disponible: <http://bit.ly/1H832IH>

Esta concepción no se encuentra en la base de los sistemas constitucionales y penales peruanos. Aun cuando hubiera podido hacerlo, a condición que no afecte de esta manera los intereses de otras personas, el Estado peruano no ha declarado que el concebido es una persona humana. Si lo hubiera hecho en la Constitución de 1993, esto hubiera significado que las normas del Código Penal de 1991, referentes al aborto, deberían ser consideradas como anticonstitucionales.

Esto en razón a que no se protege de la misma manera al concebido y a las personas. Así, cuando se autoriza el sacrificio de la vida del concebido para evitar que la madre sufra grave daño en su salud; o cuando se disminuye la protección del feto al atenuar la represión del aborto en consideración a circunstancias o intereses personales o sociales: desarrollo y perfeccionamiento de la personalidad de la madre, se habría contradicho así el principio fundamental de que no hay vidas menos valiosas que otras³⁷.

La regulación del aborto en el sistema legal peruano solo puede ser comprendida si se reconoce que, en el art. 2, inc. 1 de la Constitución, la protección del concebido no se basa en el reconocimiento de su condición de persona. De esta manera, se ha considerado correctamente que el problema central no es el de determinar si el concebido es o no una persona, sino que se trata más bien de saber cómo el Estado puede reconocer y proteger mejor el bien jurídico vida, sobre cuyo carácter esencial existe unanimidad. La vida humana tiene un valor intrínseco cualquiera que sea la etapa de su evolución³⁸.

De modo que la prohibición del aborto significa la preocupación legítima de la comunidad por proteger la vida humana, exigiendo a sus miembros que le reconozcan un valor intrínseco al tomar decisiones individuales, ya que estos actúan irresponsablemente cuando atentan contra la vida del concebido sin tener una justificación suficiente. Situación que debe ser apreciada considerando que cualquiera que sea la razón de abortar, la decisión es tomada casi siempre en un contexto complejo de intereses y responsabilidades en conflicto³⁹.

Como es sabido, el artículo 1 de la Ley N.º 27716, publicada el 08-05-2002, incorpora el delito de lesiones al concebido, mediante el artículo 124-A del Código Penal peruano, el mismo que señala lo siguiente: *"El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres"*. Es decir, nuestra legislación penal no solo castiga los actos de "matanza" en contra del concebido, que sería el delito de aborto, sino que también castiga, con buen criterio, los actos previos a la muerte del concebido, que es precisamente la "lesión" al cuerpo y/o a salud del concebido; lo cual va a conllevar una problemática de orden de protección, pues lesionar al concebido es en otras palabras, lesionar el cuerpo de la madre que lo lleva en su vientre.

37 HURTADO POZO; "Aborto y Constitución", disponible: <http://bit.ly/1H832IH>.

38 HURTADO POZO; "Aborto y Constitución", disponible: <http://bit.ly/1H832IH>.

39 HURTADO POZO, José; "Aborto y Constitución", disponible: <http://bit.ly/1H832IH>.

II. SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Existe acuerdo que el bien jurídico protegido en las figuras del aborto es la vida del que está por nacer, esto es, la vida humana dependiente, que se sitúa en un conjunto previo a la protección de la vida humana independiente dispensa el Código a través de las distintas formas de homicidio punibles⁴⁰.

CAP. IV

La vida humana en formación es un bien jurídico indudablemente constitucional, pero su protección deriva de los Derechos que se le reconocen a la madre, (artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política), agregándose otros Derechos fundamentales de la mujer, como los derechos a la integridad corporal, a la salud y a la libertad personal.

Para algunos la protección jurídico-penal se inicia desde la concepción; esto siguiendo lo señalado por el Código Civil en su art. 1 considera que la vida humana comienza con la *concepción*. Y como tal el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La Constitución de 1979 en su art. 2, inc. 1, establece que al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece. Con la concepción comienza la vida humana y nace el derecho a la salud. El cuidado de la salud durante la gestación comprende tanto a la madre como al concebido (art. 17, Código Sanitario). El que está por nacer, tiene el Derecho al cuidado de su salud (art. 18, Código Sanitario).

Para otros, como el Código Penal peruano no especifica cuál es el momento en el que la destrucción del fruto de la concepción dará lugar al aborto. Si lo que se protege es la vida del concebido, pero no nacido, habría que considerar aborto a la destrucción producida desde el momento de la *fecundación*.⁴¹

Empero, si existe un reconocimiento de un sistema de indicaciones concatenado con singulares excepciones, debemos concluir que de forma, eso sí, subsidiaria, también son objeto de tutela de intereses de la madre gestante, en cuanto al libre desarrollo de su personalidad, su dignidad e intimidad; empero no por ello, puede superponerse dichos intereses a los del *nasciturus*. Lo que se protege es una vida que, aunque se desarrolla en las entrañas y expensas de la madre, merece una protección independiente de la vida de esta, pero no de su salud⁴².

III. EL DELITO DE AUTOABORTO

1. Consideraciones sobre la legislación comparada

En cuanto al Derecho comparado citaremos el Código Penal español, que en el artículo 145, numeral 2, dispone lo siguiente: "La mujer que produjere su aborto

40 POLITOFF, L, Sergio, MATUS A., Jean Pierre Matus, RAMÍREZ, G María Cecilia; *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, Edit. Editorial Jurídica de Chile, Santiago-2004, p. 85.

41 De la misma manera para el Derecho español: SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial* 10.º Edición, Edit. DYKINSON, Madrid, 2002, p. 77

42 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho penal. Parte especial*, T. I, edit. Idemsa, Lima 2010, p. 186.

o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses”.

Enseguida podemos citar al Código Penal para el Distrito Federal (México), que en el artículo 147 regula el autoaborto, de la siguiente manera: “Se impondrá de uno a tres años de prisión a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar. En este caso, el delito de aborto solo se sancionará cuando se haya consumado”.

Asimismo, el **Código Penal** de Costa Rica, que lo denomina el aborto procurado, el mismo que lo regula el artículo 119, de la siguiente manera: “Será reprimida con prisión de uno a tres años, la mujer que consintiere o causare su propio aborto. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina”.

2. Descripción legal

En el artículo 114 del Código Penal se regula el delito del autoaborto en los siguientes términos:

“Artículo 114. La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas”.

3. Tipicidad objetiva

3.1. Sujeto activo y sujeto pasivo

Se trata de un delito especial, en la medida que el sujeto activo solo puede ser la mujer gestante. Sujeto pasivo lo será el embrión y el feto.

3.2. Conducta típica

El artículo 114 describe dos comportamientos típicos específicos: en primer lugar, la mujer que causa su propio aborto; y en segundo lugar, la propia mujer gestante consciente de que otra persona le practique el aborto.

En cuanto a la mujer que causa su aborto, este comportamiento puede realizarse tanto por acción, por ejemplo cuando la mujer gestante utiliza sus propias manos golpeándose en su vientre; o también puede ser utilizado por omisión: por ej., no tomando ciertas indicaciones médicas a las que está obligada a cumplir la mujer para impedir el aborto⁴³.

43 BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María Del Carmen; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Edit. San Marcos, Lima, 2006, p. 85.

Debemos tener en consideración que los medios puede usarlos la propia mujer o un tercero, siempre y cuando la mujer tenga el dominio del hecho, es decir, tenga la condición de autora. Por ej., si la mujer se hace introducir por parte de Gonzalo unas tenazas, aquella será castigada según el artículo 114 del Código Penal, y a Gonzalo por el artículo 115 del Código Penal⁴⁴.

Nuestra Legislación penal no contempla, a diferencia de la legislación española la figura del delito imprudente de aborto⁴⁵. Si, en cambio ha regulado el delito de lesiones dolosas al feto (artículo 124-A), el cual para ser catalogado jurídico penalmente supone descartar la hipótesis de tentativa de aborto. El único caso en el que se legaliza el aborto (aborto terapéutico, artículo 119), se produce cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar un mal grave permanente en su salud; sin embargo, ello está condicionado al consentimiento de la gestante o de su representante legal. La gestante puede optar por salvar el producto de la concepción en detrimento de su vida.

Es muy discutible que el representante legal (casos en los que la gestante por diversas razones de origen o advenidas, que le imposibilitaban consentir, traslada por mandato legal dicha función a dicho representante) pueda también asumir esta competencia para sacrificar el bien jurídico vida de la gestante.⁴⁶

La verificación de la tipicidad objetiva está condicionada a varios requisitos que son los siguientes:

- i. La existencia de un embarazo real
El embarazo debe ser real, con prescindencia del estado de desarrollo del embrión o del feto, esto es, de su viabilidad o presencia de malformaciones detectadas⁴⁷.
- ii. Que el feto o embrión esté con señales de vida
Esta condición es relevante en la medida es que estamos en un delito contra la vida, es decir, estamos protegiendo una vida en formación, una vida dependiente de la madre gestante, de lo contrario, se protegería a un “objeto” y no un “sujeto” de Derecho.

44 BRAMONT ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO, 2006, p. 85.

45 La imprudencia en el delito de aborto se sanciona en el artículo 146 del Código Penal español, el mismo que señala lo siguiente: “El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto”.

El artículo 146 del Código Penal español castiga la realización del aborto por imprudencia grave, viniendo a resolver la vieja polémica doctrinal en torno a la admisibilidad o no del aborto imprudente: cabe el aborto imprudente realizado por tercero, pero es impune el autoaborto imprudente, esto es, la realización de actividades peligrosas por parte de la embarazada, si bien debe entenderse que el dolo eventual; esto es, la asunción del resultado abortivo, podría dar lugar a la aplicación del número 2 del artículo 145. Es igualmente impune la imprudencia leve. (CARBONELL, Mateu, GONZALES, Cussac, *en autores varios, Derecho penal. Parte especial*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 119)

46 ROJAS VARGAS, Fidel; *El delito, preparación, tentativa y consumación*, Edit. Idemsa, Lima, 2009, p. 587.

47 ROJAS VARGAS, 2009, p. 586.

iii. Que exista relación de causalidad entre la acción y el resultado abortivo

Resulta indudable sostener que debe existir una relación de causalidad directa —entendida en términos normativos— entre la acción positiva del sujeto activo, que será la propia mujer gestante, y el resultado lesivo que desea provocar, es decir, el de abortar al feto o embrión; todo ello para verificar la correspondiente tipicidad objetiva de la conducta del artículo 114 del Código Penal.

En este punto importante a saber, a efectos de descartar cualquier otro factor causal que pudo haber sido el desencadenante del resultado lesivo; v. gr., si la actora ingirió ciertos medicamentos —supuestamente abortivos—, pero los tomó cuando ya el feto había fallecido por problemas orgánicos, habrá que descartar la imputación delictiva.

Si lo queremos decir así: el resultado lesivo (aborto=muerte del feto) debe ser la concreción última de la conducta de la madre que generó el riesgo no permitido, y no de otros cursos causales que hayan podido incidir también en la provocación de dicho causación, a fin de dar por acreditada la relación normativa referida a la imputación objetiva⁴⁸.

4. Tipicidad subjetiva

La comisión de este delito es de ejecución inminentemente dolosa; es decir, debe existir conciencia y voluntad en la mujer gestante de querer realizar todos y cada uno de los objetivos del tipo penal (artículo 114 del Código Penal).

5. Grados de desarrollo del delito

La destrucción del embrión o el feto mediante dichas maniobras define la consumación del delito de aborto. Poco interesa en este supuesto, para dicha consumación que la muerte del producto de la concepción se produzca al interior de la cavidad uterina o fuera del claustro materno.

En cuanto a las formas de ejecución, además de la consumación es posible la tentativa, pues puede ocurrir que en la última fase de la gestación se expulse al feto con intención de que muera, y, sin embargo, nace vivo y mantiene su viabilidad. También se castigarían como tentativa las manipulaciones infructuosas para dar muerte al feto dentro del claustro materno naciendo el niño más tarde, o en su momento con plena viabilidad.⁴⁹

Cuando la maniobra abortiva no produjo ese resultado por haber sido interrumpido el proceso causal por circunstancias extrañas al autor, estaremos en presencia de una tentativa, pero si la muerte del feto no se produjo por la idoneidad de la maniobra (ineficacia abortiva del específico administrado, expulsión de un feto que sigue viviendo a pesar de ello), estaremos ante una tentativa de delito imposible.

48 PEÑA CABRERA FREYRE, T. I, 2010, p. 189.

49 SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 10.^a Edición, Edit. Dykinson, Madrid, 2002, p. 80

Pero si el resultado no se produjo porque la maniobra se realizó sobre un feto ya muerto, será un caso de atipicidad por carencia de sujeto pasivo.⁵⁰

En el caso que las maniobras abortivas sean ineficaces y el feto con rangos de viabilidad para desarrollar vida exterior (a partir de los cinco meses), sea expulsado al exterior y en tal supuesto el sujeto activo (sea la madre, fuera del caso especial de configuración de infanticidio, o un tercero) lo ultime, estaremos frente a un caso de concurso real de tentativa de aborto y consumación de homicidio simple, no de un aborto a secas como se sostiene por parte de un sector de la doctrina peruana.⁵¹

IV. EL DELITO DEL ABORTO CONSENTIDO

1. Sobre la legislación comparada

En la legislación penal comparada, podemos citar el **Código Penal** español, que en el artículo 145, numeral 1, señala lo siguiente: “El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado”.

Por su parte, el Código Penal para el Distrito Federal (México), artículo 145, señala lo siguiente: “Al que hiciere abortar a una mujer, se le impondrá de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años. Si mediare violencia física o moral se impondrá de seis a ocho años de prisión”.

En esta misma lógica se ubica el Código Penal argentino, que en el artículo 85 señala lo siguiente: inciso 2 Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer”.

2. Descripción legal

En el artículo 115 del Código Penal se regula el delito del aborto consentido en los siguientes términos:

Artículo N.º 115. “El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años”.

50 CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte especial*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 64.

51 ROJAS VARGAS, Fidel; *El delito, preparación, tentativa y consumación*, Edit. Idemsa, Lima, 2009, p. 586.

3. Tipicidad objetiva

3.1. Sujeto activo y sujeto pasivo

El sujeto activo puede ser cualquier persona y sujeto pasivo lo será el feto o el embrión.

3.2. El consentimiento de la mujer gestante como condición necesaria para la tipicidad

CAP. IV

El consentimiento puede ser prestado explícita o implícitamente; el consentimiento tácito es aquel cuyo otorgamiento está constituido por actos que implican, con claridad, la voluntad de la mujer de someterse a la práctica abortiva (internarse en una clínica de la “especialidad”, pagar por adelantado la tarifa; son ejemplos de Núñez); pero el consentimiento tácito no debe confundirse con el consentimiento presunto (el que permite conjeturar que la mujer podría prestarse a la maniobra abortiva, sin que demuestre con claridad esa voluntad ; p. ej., las quejas sobre las consecuencias perjudiciales que puede producirle el parto), que no tiene valor como elemento tipificante del art. 85, inc. 2⁵².

La capacidad de consentimiento ha de convenirla a los catorce años, pues a dicha edad la persona cuenta ya con un discernimiento libre, no sujeto entonces, a la capacidad de goce y de ejercicio que se hace alusión en el Derecho civil, y si tiene la mujer menos de catorce años así como una mujer inimputable, será su representante legal; por lo que fuera de estos casos cabe hablar de un aborto no consentido⁵³.

En el caso de la madre, será penalizada como autora del delito contemplado en el tipo penal de autoaborto, no obstante ser considerada una instigadora de la figura delictiva *in comento*, pero por razones de política criminal amerita una tipificación penal autónoma⁵⁴.

4. Tipicidad subjetiva

En la primera parte del artículo 115 del Código Penal, se sanciona definitivamente la conducta típica como de ejecución dolosa.

En la segunda parte del artículo 115 del Código Penal se regula el delito del aborto consentido en los siguientes términos: “Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años”. Como es sabido, se sanciona una conducta preterintencional de la mujer, es decir, la conducta abortiva tiene que ser ejecutada de manera dolosa, sin embargo, la muerte de la mujer tiene que ser previsible subjetivamente en la mente del sujeto activo –a título de imprudencia consciente o con representación–;

52 CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte especial*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 64.

53 PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO Raúl; *Derecho penal. Parte especial*, IDEMSA, Lima-2010, p. 194.

54 PEÑA CABRERA FREYRE, 2010, p. 196.

de lo contrario, si no existe tal previsibilidad subjetiva el hecho no será imputado por esta segunda parte del artículo 115 del Código Penal, pues sería un caso de la responsabilidad objetiva.

5. Grados de desarrollo del delito

CAP. IV

En cuanto a los grados de desarrollo del delito lo ubicamos en la siguiente parte: “El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante...”, es decir, el delito quedará consumado cuando el sujeto activo efectivamente cause la muerte del feto o embrión; como estamos ante un delito de resultado lesivo la tentativa o la interrupción de la ejecución típica es posible: por ejemplo, el marido se encuentra en la habitación conjuntamente con la mujer gestante, dicho marido se encuentra ya con las tenazas en sus manos procurando el aborto a la mujer, y en ese preciso instante, entra un familiar de la mujer e interrumpe el proceso abortivo.

6. Los delitos cualificados por el resultado y el delito de aborto

En el artículo 115 del Código Penal se regula en el último párrafo el llamado delito preterintencional en el caso del aborto consentido en los siguientes términos: “(...) Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años”.

El dolo y la culpa son las únicas y exclusivas formas de imputación subjetiva⁵⁵, de tal forma que cualquier otra modalidad interna o propósito de un evento criminal que no adopte cualquiera de estos dos componentes, quedará rezagado del campo jurídico-penal, concordante con la concepción de un Derecho penal garantista de un Estado democrático, que descansa todo el arsenal de la responsabilidad penal en una visión antropológica, es decir, solo interesarán aquellas conductas humanas que dominan el proceso causal de manera final y consciente. Antiguamente, tanto el dolo y la culpa eran considerados como formas de culpabilidad y como tal, de acuerdo a un amplio sector de la doctrina, se les consideraba dentro del *principio de culpabilidad*. Ahora, es unánime que tanto el dolo y la culpa son las formas subjetivas cohabitantes del tipo de injusto y su no ausencia dará pie a una *causa de exclusión del tipo subjetivo*.

En la mayoría de ordenamientos jurídico-penales la responsabilidad objetiva está proscrita, caso contrario de lo que sucede en el Derecho civil, donde se conserva la responsabilidad objetiva como criterio imputativo de la responsabilidad civil extracontractual. La responsabilidad objetiva tiene su fundamento en que anula por completo la función motivadora que toda norma penal conlleva implícitamente. El origen de tal responsabilidad puede encontrarse en el hoy rechazado principio *versari in re illicita*, procedente del Derecho canónico medieval, según el cual basta con que se inicie la realización de la acción para que se le impute el resultado acaecido a su autor, independientemente de su intención, previsibilidad o finalidad, puede ser fortuito. La responsabilidad por el mero resultado se conecta a través del hecho inicial, comúnmente un delito doloso, aunque puede ser culposo: una vez

55 Este postulado se encuentra positivizado en el art. 11° del Código Penal peruano: “Son delitos y faltas las acciones u omisiones *dolosas o culposas* penados por la ley”.

iniciado el hecho ilícito básico, el sujeto respondía de todas sus consecuencias, aunque estas fueran fortuitas.

Desde la teoría de la causalidad adecuada, se viene sosteniendo que solo son imputables, y por tanto deben estar dentro del ámbito de lo penalmente relevante, aquellos resultados que son obtenidos producto de acciones que en su momento fueron previsibles y guardando la debida diligencia. Pero no solamente cuando falte la exigencia vinculante subjetiva en el agente se verifica el cumplimiento irrestricto de la responsabilidad subjetiva, sino también cuando falte una voluntad final que haya dirigido la ejecución del ilícito penal. En consecuencia, por más que haya finalidad, pero si no existe conciencia, jamás generará responsabilidad penal.

Ahora, los delitos cualificados por el resultado existen y tienen alguna razón de ser en la medida en que con ellos el legislador ofrece, para sectores de la criminalidad que le resultan especialmente odiosos o son proclives a desembocar en resultados lesivos más graves, una respuesta penal más contundente de la que resultaría de aplicar las reglas generales del concurso de delitos. En este sentido, Hormazábal Malareé, acudiendo a la jurisprudencia española, explica que para la aplicación de estos tipos cualificados por el resultado se necesita: 1. dolo en el delito base; 2. relación de causalidad entre tipo base y resultado; 3. vinculación personal con el resultado más grave⁵⁶. Los delitos cualificados por el resultado son delitos compuestos, dolosos sometidos a un marco penal más elevado en virtud a que una conducta típica se le asocie un ulterior resultado más grave que, o que por lo menos pueda ser a nivel de culpa.

Acá destaca nítidamente los casos de delitos preterintencionales, que tienen su principal campo de ejecución, por no decir el único, en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, por estar en una misma línea cualitativa de ataque; en otras palabras, donde existe una acción inicial en lesiones corporales, con tendencia dolosa ya sea directa, indirecta o eventual (bien jurídico "salud personal") y terminan finalmente produciendo resultados de homicidios ("vida humana" independiente). Los delitos cualificados por el resultado muerte abarcarían como delito base dolosos solo acciones altamente riesgosas para la vida humana que suponen un grado intermedio entre el homicidio doloso y el homicidio culposo, que justifica político-criminalmente hablando un marco penal especial.

En conclusión, si se cumple todos y cada uno de los presupuestos establecidos en el artículo 115, último párrafo del Código Penal ; es decir, si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, obviamente la pena no será aquella establecida en el tipo básico del artículo 115, que sería una pena benigna; ni tampoco la establecida en el delito de homicidio doloso del artículo 106,

56 HORMAZABAL, "Imputación objetiva y ..." *Cit. p. 51 y sgtes.* Este autor siguiendo a la doctrina alemana específicamente a WOLTER indica una consecuencia de carácter dogmático restrictiva de los delitos cualificados por el resultado en el sentido que entre el resultado más grave y el delito base ha de haber una relación de "inmediatez", este requisito de la "forzada inevitabilidad de la inmediatez" a la que hay que agregar la relación causal y a la imputación objetiva. p. 50.

que sería una pena maligna; sino en todo caso, al autor le correspondería una pena intermedia, esto es, no menor de dos ni mayor de cinco años.

V. EL DELITO DEL ABORTO SIN CONSENTIMIENTO

1. Consideraciones generales

CAP. IV

El practicar un aborto sin mediar consentimiento de la mujer supone, no solo un atentado contra la vida en formación, sino que también es un atentado contra la propia mujer específicamente en su libertad y voluntad de actuación, por eso se ha dicho con razón que estamos ante un delito pluriofensivo. Por el contrario si ha existido consentimiento, el médico ha actuado en cumplimiento de una voluntad, que tendrá que evaluarse en la graduación de la penalidad.

En cuanto a la legislación comparada podemos citar el Código Penal español, que en el artículo 144, señala lo siguiente: “El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a 10 años. Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño”.

Asimismo, el Código Penal argentino en el artículo 85 señala lo siguiente: “El que causare un aborto será reprimido: 1 Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer”.

2. Descripción legal

En el artículo 116 del Código Penal se regula el delito del aborto sin consentimiento, en los siguientes términos:

Artículo 116. “El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años”.

3. Tipicidad objetiva

3.1. Sujeto activo y sujeto pasivo

Sujeto activo puede ser cualquier persona que practica el aborto sin consentimiento de la mujer.

En cuanto al sujeto pasivo lo será el feto o embrión y a la vez la mujer gestante.

3.2. Comportamiento típico

El comportamiento típico estará enmarcado en la ausencia del consentimiento de la mujer, no importando en realidad la edad de la mujer, basta que sea una edad fértil. La ausencia del consentimiento de la mujer es para que le practiquen el aborto; por ejemplo, cuando el sujeto activo duerme mediante narcóticos a la gestante, y luego durante el sueño profundo, dicho sujeto le practica el aborto; o en aquella situación donde la mujer en todo momento se resiste a que se le practiquen el aborto, sin embargo, el sujeto, a través de su fuerza física, igualmente el aborto se lleva a cabo.

En otras palabras, el sujeto activo procede a realizar la práctica abortiva en contra de la voluntad de la mujer, constituyente el acto más grave de casi todas las figuras delictivas del aborto.

Por ello se justifica un incremento de la pena en relación a las anteriores figuras delictivas, pues esta se reprime con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

A fin de poder establecer la imputación de la muerte de la mujer, por vía de la preterintencionalidad, debe descartarse que dicho resultado, fuese ocasionado por factores que no podían ser conocidos por el autor; v. gr., cierta enfermedad de la gestante o que estaba consumiendo determinados fármacos⁵⁷.

4. Tipicidad subjetiva

En cuanto a la figura típica básica se reprime la conducta de manera dolosa.

Sin embargo, la norma penal precisa de una conducta preterintencional en el sentido que si sobreviene la muerte de la mujer, siempre y cuando el agente pudo prever este resultado, la pena se incrementará.

5. Grados de desarrollo del delito

En cuanto a los grados de desarrollo del delito, lo ubicamos en la siguiente parte: "El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento,..." , es decir, el delito quedará consumado cuando el sujeto activo efectivamente cause la muerte del feto o embrión con la agravante que sin el previo consentimiento de la mujer gestante; como estamos ante un delito de resultado lesivo la tentativa o la interrupción de la ejecución típica es posible: por ejemplo, el marido se encuentra en la habitación conjuntamente con la mujer gestante, dicho marido se encuentra ya con las tenazas en sus manos para procurar el aborto a la mujer gestante, dicha mujer se resiste en todo momento a que se practique el aborto, el marido se enfurece y con agresión física procede a fricción con fuerza el vientre de la mujer; y en ese preciso instante, entra un familiar de la mujer e interrumpe el proceso abortivo.

57 PEÑA CABRERA FREYRE, 2010, p. 197.

VI. LA AGRAVANTE DE LA PENA POR LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO

1. Legislación comparada y descripción legal peruana

CAP. IV

En cuanto a la Legislación comparada podemos citar el Código Penal para el Distrito Federal (México), que en el artículo 146, señala lo siguiente: “Si el aborto lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme al artículo anterior, se le suspenderá por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta en el ejercicio de su profesión u oficio”.

En cuanto a la legislación nacional en el artículo 117 del Código Penal se incorpora una agravante de la pena por la calidad del sujeto activo, en los siguientes términos:

Artículo 117. “El médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto, será reprimido con la pena de los artículos 115 y 116 e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8”.

2. Comentarios

La agravante aquí lo constituye aquellas personas que normalmente pertenecen a la Ciencias de la Salud, y están al servicio de la gestante en este caso; sin embargo, apartándose de tal objetivo noble, ayudan, colaboran y en muchos casos, tomando el protagonismo material a la realizan personalmente la práctica abortiva, en algunos casos con asentimiento de la propia gestando y otros casos, aun sin consentimiento de ella, tornándose mucho más grave esta situación.

Por ello el Código Penal peruano ha creído conveniente, con razón, incorporar esta agravante típica por la calidad de los agentes intervinientes como son: “El médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario...”, ahora el solo de poseer un título de un profesional sanitario no lo convierte en una agravante típica, sino que tiene que verificarse un parámetro fundamental, que es que el profesional sanitario tendrá que “...abusar de su ciencia o arte para causar el aborto”, y abusar de su ciencia significa poner en práctica todos y cada uno de los conocimientos científicos que han adquirido en los claustros universitarios y/o técnicos, asimismo como habilidades y destrezas en el desempeño profesional, que en principio sería para el servicio de la Salud de los pacientes y de la Comunidad en general, por el contrario, dichos conocimientos y habilidades especiales son utilizados para causar, en este caso, el aborto.

Lo más interesante es que al profesional sanitario se le impondrá, además de la pena criminal asignada al delito cometido, una inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8 del Código Penal.

3. Excurso: La responsabilidad jurídica del médico⁵⁸

La responsabilidad médica constituye, un capítulo particular de la responsabilidad profesional y, al igual que esta, se sujeta a los principios generales de la institución. Existen profesiones en que por su propia naturaleza tiene que tener una rigurosa cautela el sujeto que realiza tal profesión “La profesión, por tanto, puede influir, y de hecho influye, para determinar no pocas veces la culpa, o para

CAP. IV

58 El tema de la responsabilidad médica data de algún tiempo atrás, es así que aparece ya en los años 2392 a. de J.C. cuando el Código del rey Hamurabi dedicaba en sus articulados conceptos primitivos de contrato entre el médico con el enfermo, asimismo también determinados delitos y faltas para los médicos. Por ejemplo se establecía que *“Si un médico abre a alguien una gran herida con el cuchillo de bronce y lo mata, o si vacía a alguien una cavidad con el cuchillo de bronce y le deja sin ojo, se le deberán cortar las manos”*. Desde el Derecho Romano se establecía la culpabilidad del médico, en el supuesto aun de que el médico obró con la diligencia debida, sin embargo el resultado era fallido a consecuencia del abandono, que era el equivalente a negligencia. El Fuero Juzgo que era una especie de Tribunal Judicial como lo conocemos ahora, le podía en ocasiones delegar su facultad de administrar justicia a los familiares del enfermo perjudicado para que se hagan justicia con sus propias manos con relación al médico infractor. La diferenciación entre responsabilidad civil y penal se debe en parte a las orientaciones del Código del rey Hamurabi, es así que los dictámenes o fallos no intencionales ni mucho menos graves acarrearán sanciones de carácter económico o con pretensiones indemnizatorias a los familiares o al enfermo mismo, mientras que los fallos con resultados graves con resonancia social, el médico podía perder irremediamente una o ambas manos si era cirujano, con el objetivo de prevenir que siguiese operando.

Así pues, tradicionalmente se concibe que la profesión sanitaria que tiene como objetivo la preservación de la especie humana cuando esta se encuentra mermada en su funcionamiento por cualquier causa pues su fuente de inspiración es justamente la de ayudar al prójimo. Asimismo, la profesión sanitaria sobre el campo del médico-cirujano cobra especial importancia porque está relacionado o su punto de actuación gira en torno en conservación de los dos bienes jurídicos más importantes del ser humano como es la vida y la salud. Por eso es que el Derecho penal debe ocuparse de esta parcela de la realidad social cuando cualquier intervención de los profesionales de la actividad médica o sanitaria ejecuta una mala *praxis* de su arte o ciencia así como quien abusa de la misma, o en el caso más grave de que una persona ajena a la profesión médica prescriba una medicina; práctica muy cotidiana en nuestro medio. Estas y otras circunstancias es la que colinda con el terreno criminal merezca una especial consideración en nuestra dogmática jurídica-penal.

En el ejercicio de la medicina en el aspecto jurídico es necesario examinar objetivamente la posición del médico ante ley. Si bien resulta un tanto difícil interpretar el espíritu de las leyes de acuerdo a cada materia, sin embargo resulta relativamente claro determinar los niveles de responsabilidad médica-jurídica; en ese sentido se puede mover desde diferentes ámbitos jurídicos en cuanto a la responsabilidad profesional se refiere, así a nivel del Derecho administrativo en cuanto a una infracción disciplinaria, también el sector del Derecho civil en cuanto a la responsabilidad contractual o extracontractual, y el temible y siempre polémico Derecho penal para la configuración de los delitos.

Sería necesario positivizar en nuestro texto punitivo descripciones legales en torno a describir las distintas modalidades de conductas en las que el médico puede incurrir como la legislación comparada. Todo un rubro ubicado o en disposiciones específicas, claro está dentro de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, como sería en el homicidio culposo, en el delito de aborto, el delito de lesiones, y también en los delitos de omisión y exposición de personas en peligro.

graduar su intensidad, pues la que puede ser simple para un particular, es susceptible de adquirir proporciones de notoriedad para un profesional de un arte o ciencia determinada⁵⁹.

3.1 Los niveles de responsabilidad en el ámbito profesional

CAP. IV

En la actualidad existe una gran preocupación por todos los temas relacionados con la responsabilidad profesional de los médicos; dicha preocupación viene ligada por las mala praxis por el ejercicio de la medicina; No obstante es innegable que una de las ramas de la ciencia que ha tenido mayor desarrollo en lo que va de este siglo es precisamente la medicina, todo ello significa un acrecentamiento de la actividad médica y por ende de los riesgos propios de la misma. Ya que en los últimos tiempos ha devenido una deshumanización en la relación médico enfermo; una disminución del temor y el respeto frente a determinadas profesiones, que no son vistas más como status quo por la que ha pasado a ser objeto de exigencia social en todos las ordenes; En fin la existencia misma de una concepción mercantilista de las profesiones y en este caso de la profesión médica, donde se paga para obtener un servicio (así es visto por el médico y el paciente) por lo que el servicio es inadecuado puede dar lugar al resarcimiento de daños y perjuicios y las demás responsabilidades civil, penal, disciplinaria, deontológicas.

La presente tesis tiene la intención de dar a conocer el actual problema de la determinación de las responsabilidades de un profesional del ejercicio de la medicina en el desarrollo de su actividad, cuando está produzca lesión, daños que no han sido asumidos por el riesgo relativo al acto efectuado por el médico. Debemos hacer hincapié "que hablar de responsabilidad en el ejercicio profesional no incumbe solamente a un profesional sino a todas. Y cada una será sujeta a un tratamiento distinto por la ley debido a diferentes servicios que presta la comunidad, y a las diferentes circunstancias que rodean a cada profesión dentro de una sociedad determinada"⁶⁰. La presente no trata de encontrar culpables pero si de asumir necesariamente el principio de que todo profesional responde por el indebido e inadecuado servicio frente a un particular ya que la práctica de medicina por ser una actividad humana está expuesto a resultados adversos y es por ello que dicha mala praxis médica o también denominada negligencia médica y que dicha responsabilidad puede ser exigida por los particulares.

Con esto no pensamos en querer solucionar los problemas médicos mediante la incorporación de tipos penales concretos, pues eso sería irse por la vía más fácil, sino que alrededor del tipo correspondiente debe existir todo un conjunto de criterios y de doctrina jurisprudencial para una mejor aplicación de la ley al caso concreto. Ya que así como el código recoge toda una amplia gama de conductas delictivas que actualmente casi ningún código las margina como son los delitos económicos, tributarios, ambientales, fiscales, monetarios entre otros, así también debe ampararse legalmente las conductas de los médicos cuando estos han infringido flagrantemente su *lex artis*.

59 QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Barcelona, 1958, p. 501

60 RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique; "Responsabilidad en el ejercicio profesional a propósito de la denominada mala praxis médica", N.º 3 Setiembre -diciembre 1999. p. 2.

En los planteamientos actuales se distingue un triple nivel de responsabilidad ya que posiblemente en la responsabilidad penal del profesional de la medicina viene por un diagnóstico erróneo, un tratamiento equivocado que empeore la situación del paciente produciendo en algunos casos una merma en su salud (lesión, daño) y a veces produciendo la muerte, desarrollaremos entonces el triple enfoque en materia de responsabilidad.

3.1.1. Responsabilidad político-administrativa

CAP. IV

Este primer nivel considera que la administración (Estado), y las autoridades políticas son las encargadas de la correcta planificación de la asistencia médica y sanitaria y vienen a ser disponibles los medios necesarios para llevarla a efectos sin riesgo. Aquí prima el cumplimiento derecho a la salud, según Gherzi una sociedad jurídicamente organizada tiene delegada en el Estado, el fomento y la protección de la salud. El mal funcionamiento en un servicio, la falta de funcionamiento o demora en la prestación del mismo son causas de posibles daños cometidos por el Estado.

El Título Primero, Capítulo Segundo, artículo nueve de la Constitución política del Perú que a la letra dice: "El Estado determina la política Nacional de salud. El poder ejecutivo norma y supervisa su aplicación es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud". Por otro lado, Ley General de Salud N.º 26842 en título preliminar artículo segundo dice la protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla. El artículo 4 de la ley prescribe la salud pública es responsabilidad del Estado, del estipulado se puede afirmar que el Estado tiene responsabilidad ante la sociedad ya que este goza de la política y medios necesarios para garantizarla es así por ejemplo si el Estado Peruano construye un hospital debe implementarlo con los instrumentos necesarios para el ejercicio de la práctica médica de la *lex artis*, el incumplimiento de esta norma acarrea su responsabilidad.

3.1.2. La responsabilidad institucional

Cuando un enfermo acude a un Hospital contrata de forma tácita dos tipos de servicios diferentes: los servicios del médico y del resto de equipo y personal auxiliar, así como servicios generales del hospital. En estos centros se dan conjuntamente la responsabilidad del médico que actúa individualmente o más frecuentemente en equipo, junto a una responsabilidad genérica de la institución o de las personas que la dirigen o representan.

En consecuencia, si la institución se ha obligado a proporcionar atención médica por medio de profesionales de su cuerpo médico (sea pública o privada la institución), no solamente es responsable del servicio que se preste, sino también en cuanto a la intervención del profesional, que aquel que no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida. Carrasco Gómez dice que es exigible a la institución por el médico que pone al servicio del enfermo y con el cual el enfermo no contrata directamente. Este especialista debe contar con los conocimientos y pericia suficiente, tener diligencia profesional y disponer de los medios necesarios

(diagnósticos y terapéuticos) para realizar su cometido profesional. Es así que del análisis se puede establecer que desde el momento en que el enfermo ingrese a un centro hospitalario (estatal) o clínica (privada), le es exigible a la institución contar con profesionales con capacidad para la práctica de su especialidad, caso contrario, será civilmente responsable de la negligencia médica por parte de este.

CAP. IV

3.1.3. Responsabilidad del médico

Habiendo hecho un estudio de los niveles de la responsabilidad antes anotadas nos toca centrarnos en el tema de investigación de la presente tesis como es la responsabilidad del médico; Pero debemos anotar que la negligencia, impericia y malparáis médica no acarrea solo la responsabilidad penal sino también civil, disciplinaria, deontología. Lacassagne define la responsabilidad médica como “la obligación de los médicos de asumir las consecuencias de algunos hechos por ellos cometidos en el ejercicio de su arte, hechos que pueden acarrear una doble acción, civil y penal”.

En este lugar el médico debe tener en cuenta la exigencia del deber de cuidado, entendida esta como la diligencia y pericia, aquí el profesional médico debe actuar con celo profesional en el cuidado del enfermo, la falta de ello constituye negligencia. Por otro lado el médico debe poseer los conocimientos necesarios o básicos dentro de un grupo profesional, y cuya ausencia constituye impericia. Finalmente necesita tino, discreción en sus actos, no caer en el exceso o en la temeridad. Su olvido constituye imprudencia. A lo antes dicho, es decir al actuar de manera distinta del médico, ya sea con imprudencia, impericia y negligencia, lo podemos denominar culpa, esta estriba en un obrar de un modo distinto del debido y exigible. En tener un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias ordinarias, cuya omisión implica la responsabilidad de responder de los daños derivados de la ignorancia de los conocimientos necesarios y de pericia.

Respecto de la responsabilidad médica se distingue en la doctrina tres teorías a) De la responsabilidad absoluta del médico, b) De la responsabilidad dolosa del médico; Y, c) De la responsabilidad en todo acto médico ejecutado con negligencia, imprudencia, impericia o error. La responsabilidad penal del médico, señalaba el profesor Jiménez de Asúa “El médico que aplica métodos aún no bastante comprobados, el que descuida por prisa o pereza las debidas precauciones al medicinar u operar y el ignorante de su acto, deben ser responsable por imprudencia, negligencia o impericia⁶¹

3.2. Conclusiones

En primer lugar, debemos señalar por un lado las cuestiones jurídico-legales y las éticas-humanitarias por otro. Comenzando con las primeras, habrá que evaluar caso por caso, ¿efectivamente se torna imprescindible el “aborto terapéutico” en el segundo trimestre de la gestación siendo posible la viabilidad fetal fuera del útero en estos momentos? Los trabajos actuales en neonatología indican que contando

61 Citado por RODRÍGUEZ MELÉNDEZ Roberto Enrique: “Responsabilidad en el ejercicio profesional : a propósito de la denominada mala praxis médica.” N.º 3 Setiembre – diciembre 1999”.

con la mayor tecnología disponible y condiciones óptimas para el mantenimiento y maduración de los fetos sanos, estos son viables a partir de la semana 26/28. La pregunta aquí consistiría ¿podría esperarse de 6 a 8 semanas para realizar el tratamiento quirúrgico? Esto llevaría a la evaluación del ritmo de invasión del tumor, lo cual hace poco probable la espera, aunque no imposible. Aquí entraría en juego el deseo natural de ser madre, para lo cual *siendo ella autónoma*, considero que debería tener más peso su decisión por continuar o no con la gestación aunque ello ponga en riesgo su propia vida y la posibilidad de un tratamiento con intención curativa, más que la ejecución de un “aborto terapéutico”.

Considero que el médico deberá actuar con cautela, debiendo proporcionar la información necesaria a la mujer, esposo y/o familiares sobre su situación, los riesgos de no hacer nada, o de actuar las posibilidades de falla terapéutica, y dejar en claro que no podrá volver a gestar, aunque continuar con esta gestación hasta alcanzar la viabilidad teórica del feto, no pudiendo garantizarse la vida del mismo, ya que como se explicó anteriormente deben contarse con las condiciones ideales y ni siquiera esto garantiza la vida; por otro lado se debe facilitar la relación médico-paciente-familia, y solicitar el consentimiento informado para realizar dicho procedimiento.

En el supuesto que el médico realizara una conducta que vaya en contra de la integridad física de la mujer durante la práctica del aborto terapéutico, por ejemplo causarle esterilidad a la mujer posteriormente. Aquí habría que distinguir varios supuestos: en primer lugar, si la intervención médica abortiva se hizo con la finalidad de salvar la vida de la mujer, y para ello tuvo que realizar la muerte del feto, el médico no podrá ser pasable de una sanción penal por el delito de aborto, desde que existe una causal de atipicidad que vuelve lícito la conducta del médico. Por otro lado, si como consecuencia de la práctica abortiva lícita se causara un mal irreversible a la mujer (por ejemplo esterilidad) aquí queda la posibilidad de iniciarle una acción penal al médico por un delito culposo por lesiones gravísimas, si se llegara a comprobar efectivamente una vulneración a su deber objetivo de cuidado por parte del médico. Entendemos que el médico no ha actuado con un comportamiento intencionado y de mala fe al momento de “causar” la esterilidad, pero debió tener más cuidado al momento de la práctica abortiva lícita-terapéutica.

Para concluir este apartado quiero agregar que este es un tema que merece la pena tratar más allá de las cuestiones éticas y legales, como un tema social ya que aun contando con un sin fin de medios profilácticos tanto los embarazos no deseados como las enfermedades de transmisión sexual son moneda corriente en todos los estratos sociales, por lo cual cabe la pregunta abierta que espero algún día poder responderme ¿es el aborto una de las caras visibles de involución de la sociedad o es nuestra condición humana la que nos lleva a la destrucción del milagro natural de la vida en todos los aspectos?

VII. EL DELITO DE ABORTO PRETERINTENCIONAL

1. Descripción legal

En el artículo 118 del Código Penal peruano se regula la figura del aborto preterintencional bajo los siguientes términos:

CAP. IV

Artículo 118. “El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas”.

En la legislación comparada podemos citar, en este punto, al **Código Penal argentino**, que en el artículo 87 señala lo siguiente: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare”.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Sujeto activo y sujeto pasivo

El sujeto activo puede ser cualquier persona. El sujeto pasivo lo será el feto o embrión.

2.2. Conducta típica

La conducta típica tiene que ser realizada mediante “violencia” por parte del agente, ahora se puede entender que dicha violencia puede ser tanto una violencia física como violencia psicológica.

En todo caso, la violencia debe tener como relación de causalidad resultante la de “ocasionar” el aborto a la mujer.

Sin embargo, debemos precisar que la violencia no debe tener como objetivo principal el de realizar el aborto a la mujer gestante, pues el propio tipo penal aclara que la conducta típica es “...sin haber tenido el propósito de causarlo...”; aunque resulta relevante destacar que la condición para la aplicación judicial de este tipo “atenuado”, es que sea “notorio” o que le “conste” el embarazo.

3. Tipicidad subjetiva

En cuanto a la tipicidad subjetiva, el sujeto activo no tiene que tener el propósito de causarlo, es decir, no tiene que tener el dolo de abortar; sin embargo, de las circunstancias se tiene que desprender la notoriedad o la constancia indubitable del embarazo.

4. Grados de desarrollo del delito

Como se trata de un delito de resultado material la admisión de la tentativa resulta positiva.

VIII. SOBRE EL ABORTO TERAPÉUTICO

1. Consideraciones generales y descripción legal

CAP. IV

El aborto terapéutico debe ser realizado necesariamente por un médico titulado y colegiado de acuerdo a nuestra normatividad de manera que no es suficiente que el facultativo disponga presuntivamente su ejecución, sino que verdaderamente lo haga, ahora esto no quiere decir que asuma una ejecución material y directa con la maniobra abortiva, basta que esté al mando de un equipo profesional. El Código Penal argentino lo regula en el art. 86 en los siguientes términos: *“...el aborto no será punible en caso de : a) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. Esto se conoce como aborto terapéutico. No siendo necesaria la autorización judicial porque es una decisión médica...”*.

Asimismo, el Código Penal de Costa Rica lo denomina el aborto impune, el mismo que se encuentra ubicado en el artículo 121, de la siguiente manera: “No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y este no ha podido ser evitado por otros medios”.

En este mismo contexto tenemos el Código Penal del Paraguay, artículo 109. Muerte indirecta por estado de necesidad en el parto. “No obra antijurídicamente el que causara indirectamente la muerte del feto mediante actos propios del parto si ello, según los conocimientos y las experiencias del arte médico, fuera necesario e inevitable para desviar un peligro serio para la vida o la salud de la madre”. Bajo este línea, también podemos mencionar el Código Penal para el Distrito Federal (México), que en el artículo 148 dispone lo siguiente: “No se impondrá sanción: II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo este el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora”.

En la misma lógica, se ubica el artículo 119 del Código Penal peruano, en el cual se incorpora una eximente llamada el aborto terapéutico, bajo los siguientes términos:

Artículo 119. “No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”.

1.1. Situación concreta desde el punto de vista médico para verificar un aborto terapéutico

1.1.1. Caso problema

Una mujer de 25 años, primigesta, se encuentra cursando la semana 20 de gestación, concurre a la consulta obstétrica para verificar su estado de embarazo. Al interrogatorio refiere "pérdidas hemorrágicas", astenia y adinamia desde hace algunas semanas, en el examen físico general se hallan gangliopatías inguinales, durante el examen toco ginecológico se observa por colposcopia imágenes compatibles con leucoplasias, alternadas con áreas erosionadas y ulceradas en hora 3 y 6 del cervix, no detectables en controles anteriores. Se procedió a toma de muestra de biopsia de las lesiones observadas, y PAP; se indicó exámenes complementarios: ecografía abdominal, laboratorio de rutina. Se obtienen los siguientes resultados: PAP informa: lesiones intraepiteliales de alto grado, anatomía patológica: células neoplásicas indiferenciadas, compatibles con carcinoma cervical indiferenciado. Resto sin particularidades. (Solo se contemplan datos positivos). Se determina patología cervical neoplásica Estadio IIA. (Invasión más allá del útero, pero no la pared pelviana ni el tercio inferior de vagina, sin invasión de parametrios)⁶²

De acuerdo al tratamiento indicado para este tipo de patología es la cirugía de Wertheim-Meigs en la cual se realiza la anexo hysterectomía total ampliada con linfadenectomía pelviana⁶³, esto incluiría la extirpación en el mismo acto quirúrgico del útero con los anexos, porción superior de la vagina en su tercio superior y/o medio, los parametrios y ganglios tributarios. En otras palabras, es imprescindible la realización de un aborto terapéutico-lícito para salvarle la vida a la mujer embarazada.

El caso planteado, además de las distintas connotaciones que presenta, cabe responder la sgte pregunta: *La realización de aborto terapéutico (contemplado en el artículo 86^a del Código Penal argentino) indicado para salvar la vida de la mujer de acuerdo a la patología indicada⁶⁴, al momento de la realización del aborto terapéutico el médico causa de manera negligente lesiones⁶⁵ irreversibles a la mujer*

62 Estadificación Ca. Cuello Uterino de la FIGO; p. 326; *Manual de ginecología*; CORPUS; Provenzano-Lange-Tatti.2006.

63 Ginecología de Gori; El ATENEO; Jorge R. Gori-Antonio Larusso y col.2001.

64 a) *La ley N.º 25189, Art. N.º 94* explica que se impondrá prisión o multa a quien *causare a otro daño en el cuerpo o la salud*,

b) *Lesiones gravísimas artículo 91 Código Penal argentino*: dado a que se deberá proceder radicalmente causando la esterilidad de la paciente. Causando así daño irreparable, incapacidad para la concepción futura. Pudiendo ser esto suelo fértil para desencadenar una demanda judicial con reparación civil (*artículo 1109 del Código Civil argentino*) y penal por mal ejercicio de su profesión, lo cual el vulgo llama "juicios por mala praxis médica".

c) Violación del *Código de Ética de la AMA*, el cual establece en su *art. 477* que el aborto en cualquiera de las épocas de la gestación se encuentra éticamente prohibido así como está penado por la ley su realización.

65 *Art. N.º 84*: Será reprimido con prisión de 6 meses a 5 años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte.

embarazada... la pregunta en este caso sería: ¿el médico podrá ser sancionado penalmente por este hecho?

Será necesario que haya consentimiento de la mujer gestante que va a posibilitar un ejercicio legítimo del profesional médico y la par un establecer un efecto justificante de este aborto. Dicho consentimiento debe ser en forma expresa, no cabiendo el consentimiento presunto ni el tácito, empero la ley prevé una supletoriedad en el sentido que los representantes legales de la mujer pueden consentir, cuando esta no pueda otorgarlo válidamente por estar incapacitada psicológicamente. Por último que la práctica del aborto sea el único medio para poner a salvo la vida de la mujer embarazada o en todo caso para prevenir un mal grave e inminente en su salud. Se requiere, en otras palabras la necesidad del aborto que debe medirse en cada caso concreto, y no en abstracto. En el mismo criterio debe plantearse la gravedad del riesgo para la vida o salud de la embarazada.

CAP. IV

IX. SOBRE EL ABORTO SENTIMENTAL

1. Consideraciones generales

Como es sabido, el Derecho penal peruano incorpora la polémica figura delictiva del aborto sentimental, y quizá lo más llamativo de esta figura es que será solo reprimida con una pena totalmente atenuada, es decir, reprimida con privativa de libertad no mayor de tres meses; lo cual conlleva una impunidad absoluta de las conductas, lo ideal desde el punto de vista de la represión, hubiera sido la exclusión o destipificación de esta figura, pues lo normal es que el proceso penal una vez ya iniciado, prescribiría —extraordinariamente— a los cuatro meses y medio, y como sabemos, un proceso dura mucho más que ese lapso.

En el Derecho comparado encontramos la figura del aborto sentimental, con algunos matices, por ejemplo en el Código Penal para el Distrito Federal (México), que en el artículo 148 dispone lo siguiente: “No se impondrá sanción: I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código”.

En otros sistemas jurídicos se incorpora figuras delictivas en el delito de aborto en forma atenuada, pero no en función a elementos “sentimentales” o “eugenésicos”; así por ejemplo, en el Código Penal de Costa Rica se integra una figura delictiva en el aborto, que no lo tenemos en nuestro Código penal, que se llama el aborto en

El mínimo de la pena se elevara a dos años si fueran más de una las víctimas fatales o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor.

Art. N.º 94: se impondrá prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, al que por impudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, *causare a otro daño en el cuerpo o la salud*.

Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 y 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 84, el mínimo de pena prevista en el primer párrafo. Será de seis meses o multa de tres mil pesos e inhabilitación especial por dieciocho meses.

función a *honoris causa*, la misma que se regula en el artículo 120 del texto punitivo Costarricense, en los siguientes términos: “Si el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será de tres meses hasta dos años de prisión”.

2. Descripción legal

CAP. IV

En el artículo 120 del Código Penal se incorpora la polémica figura del aborto sentimental en los siguientes términos:

Artículo 120. “El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o
2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”.

3. Tipicidad objetiva

La tipicidad objetiva supone al menos dos condiciones concurrentes:

- En primer lugar, que la mujer esté definitivamente en estado de gravidez, sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio, o en su defecto, a consecuencia de inseminación artificial no consentida, también ocurrida fuera de matrimonio. Como puede verse, ambas situaciones tienen que darse fuera del matrimonio, ahora la pregunta sería ¿qué pasa si el marido abusa sexualmente de su mujer, y cómo consecuencia de ello, la mujer sale embarazada?, ¿igualmente cometería el delito de aborto sentimental si el marido o la propia mujer decide realizar el aborto?

En mi opinión, si somos estrictos al principio de legalidad, el marido no cometería ningún delito desde que el tipo penal solo describe la conducta “...*fuera de matrimonio*...”; ahora si aplicamos una analogía *in bonam partem* podemos señalar que la conducta atenuativa de esta figura podemos extenderla a aquellas personas convivientes.

- En segundo lugar, la norma penal precisa y exige que los hechos abortivos hubieren sido denunciados o investigados ante la autoridad, cuando menos policialmente, es decir, que la mujer haya decidido llevar el caso a la justicia formal, normalmente sucede en la comisaría del lugar o en la Fiscalía Provincial de la zona.

4. Tipicidad subjetiva

La conducta debe practicarse a título de dolo.

5. Grados de desarrollo del delito

Se trata de un delito de resultado lesivo, ya que para la aplicación de la sanción penal al autor es requisito indispensable que se haya realizado la muerte del embrión o feto en el vientre la mujer, es decir, que exista materialmente un aborto.

En ese sentido, mientras no se llegue efectivamente a realizar la finalidad de la muerte del feto o del embrión en el vientre de la mujer, cabe la posibilidad de la interrupción del curso causal, y por lo tanto la tentativa.

X. SOBRE EL ABORTO EUGENÉSICO

1. Consideraciones generales

Como en la anterior figura delictiva, este delito de aborto eugenésico también representa una sanción exigua para la madre gestante, desde que la pena igual que la anterior figura será solo reprimida con una pena totalmente atenuada, es decir, reprimida con pena privativa de libertad no mayor de tres meses.

La eugenesia, como idea de estudio y puesta en práctica de mecanismos para la búsqueda del perfeccionamiento de la especie humana, nació en la década de 1860 con las teorías que el inglés Francis Galton (1822-1911) comenzó a elaborar y volcar en sus trabajos. Héctor Palma explica: "...Introduce este término derivado del vocablo griego utilizado que designa a los individuos 'bien nacidos, de noble origen y de buena raza'. Definió a la eugenesia como la ciencia que trata de todas las influencias que mejoran las cualidades innatas, o materia prima, de una raza y aquellas que la pueden desarrollar hasta alcanzar la máxima superioridad." (Palma, 2002, p. 55.)

En la legislación comparada citaremos al Código Penal para el Distrito Federal (México), que en el artículo 148 dispone lo siguiente: "No se impondrá sanción: III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada".

2. Descripción legal

En el artículo 120 del Código Penal se incorpora la polémica figura del aborto sentimental y eugenésico, en los siguientes términos:

Artículo 120. "El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: 2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico".

3. Tipicidad objetiva

La tipicidad objetiva está condicionada a los siguientes requisitos:

En primer lugar, la norma penal en comento no exige la certeza de las graves taras que pueda existir al momento del nacimiento del bebé, sino que solo se exige la existencia de una *probabilidad* de que el ser en formación que lleva la madre gestante presente al momento del nacimiento características de graves taras físicas o psíquicas.

En segundo lugar, la norma penal impone una condición que es hasta un determinado tiempo en el marco de gestación de la madre, y lo ubica en el momento del *nacimiento*, el mismo que conllevaría a un nacimiento; este momento es solo una probabilidad— con características lamentable de graves taras físicas o psíquicas.

En tercer y último lugar, la norma penal precisa la existencia de *diagnósticos médicos* en el tema de la comprobación de las graves taras en el momento de la gestación; en otras palabras, la sustentación, como no podía ser de otra manera, es desde el punto de vista médico-obstétrico (por ej., ecografías).

4. Tipicidad subjetiva

La conducta tiene que ser realizada a título de dolo, es decir, tiene que existir conciencia y voluntad por parte del autor en tres cosas puntuales: en primer lugar, de un conocimiento “efectivo” enmarcado sobre la causación del aborto; y en segundo lugar, de un conocimiento “probable” enmarcado en la posibilidad de que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas; y en tercer lugar, volvemos al conocimiento “efectivo”, esta vez sobre el diagnóstico médico.

Ahora bien, la posibilidad del dolo eventual es también posible.

5. Grados de desarrollo del delito

Como se trata de un delito de resultado lesivo, ya que para la aplicación de la sanción penal al autor es requisito indispensable que se haya realizado *la muerte del embrión o feto en el vientre de la mujer, es decir, que exista materialmente un aborto*; por más que en la norma penal describa una probabilidad de que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.

Por lo tal motivo, es totalmente admisible la sanción por tentativa (artículo 16 del Código Penal peruano) cuando el autor o la misma mujer intenta causar un aborto, el mismo que no se produce, ya sea por causas propias o ajenas del autor.

EL DELITO DE OMISIÓN DE SOCORRO Y EXPOSICIÓN A PELIGRO CONSIDERACIONES A PARTIR DE LAS FUENTES DE GARANTÍA DE LA ASUNCIÓN VOLUNTARIA Y LA LLAMADA “INJERENCIA”

I. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 126 del Código Penal peruano regula el delito de omisión de socorro y exposición a peligro, bajo los siguientes términos:

Artículo 126. “El que omite prestar socorro a una persona que ha herido o incapacitado, poniendo en peligro su vida o su salud, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años”.

A partir del texto presente se puede extraer algunas consideraciones a partir de las fuentes de garantía de la asunción voluntaria y la llamada “injerencia”.

II. EL DELITO DE PRESTACIÓN DE SOCORRO Y SU VINCULACIÓN CON EL COMPORTAMIENTO PRECEDENTE. ANÁLISIS COMPA- RATIVO

No cabe duda que la incriminación de la “no prestación de socorro” trae consigo una fórmula legislativa que tiene como característica ser un delito propio de omisión. Pero cuando el autor se representó la muerte de la víctima o al menos ratificó las consecuencias personales que sufriría la víctima, deje de aplicarse el específico texto de la omisión de socorro y se acuda a la descripción típica de homicidio por omisión impropia, o en el mejor de los casos, lesiones personales. Esto se dificulta, cuando algunos ordenamientos jurídicos tienen en su descripción básica —como la omisión de socorro— un aspecto agravatorio. En otras palabras, de lo que se trata es de saber si estas descripciones legales de “socorrer a determinadas personas” son tipos de omisión propia, son una expresión encubierta de delitos de omisión impropia.

El delito de abandono de personas se encuentra tipificado en el Capítulo VI, que es el final del título de los delitos contra las personas, en el art. 106 del Código

Penal argentino⁶⁶, en los siguientes términos: “El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro...abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse...a la que el mismo autor *haya incapacitado*,...”⁶⁷. De esta manera entonces, de la descripción legal pueden presentarse tres figuras diferentes⁶⁸: a) colocar a otro en situación de desamparo, por la cual el sujeto activo puede ser cualquier persona; b) abandonar a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que el autor deba mantener o cuidar, por el que el sujeto activo solo puede ser la persona encargada de mantener o cuidar al incapaz de valerse por sí mismo y c) víctima a la que el mismo autor ha incapacitado, mediante una acción precedente, que es la que crea el deber de asistencia.

El supuesto que nos interesa es donde se dice que el autor con su misma conducta ha colocado en situación de desamparo, que constituye una hipótesis de omisión impropia y también deberá comprenderse las otras hipótesis. La conducta

66 La “injerencia” en el Código Penal peruano que encuentra regulación expresa en la Parte Especial, lo constituye el art. 126, referido al delito de omisión del deber de socorro. En el Derecho español lo encontramos en el artículo 195. 3 (“*si la víctima lo fuera por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, y si el accidente se debiera a imprudencia, la de prisión de seis meses a dos años y multa a seis a veinticuatro meses*”)

67 Por su parte, en el derecho peruano el delito de Exposición o Abandono en Peligro se encuentra tipificado en el art. 125° del Código Penal de la manera siguiente: “El que expone a peligro de muerte o de grave o inminente daño a la salud o abandona en iguales circunstancias a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma que estén legalmente bajo su protección o que se hallen de hecho bajo su cuidado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”. Como es sabido, en el capítulo IV del Código Penal, del Título de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud del texto penal peruano establece un conjunto de conductas desvaliosas agrupadas en los artículos 125°, 126°, 127° y 128 que merecen sanción en nuestro ordenamiento jurídico, por exposición a peligro de personas. Como es de apreciarse, el bien jurídico protegido es la vida el cuerpo y la salud de la persona. Sin embargo, y como bien señala la doctrina, el sujeto activo solo puede ser una persona que, legalmente o de hecho, tenga a la víctima bajo su protección o cuidado, de ahí que cualquier persona y en cualquier circunstancia no pueda ser autora de estos delitos; por requerirse esta vinculación específica con la víctima. Así, se requiere que en estos comportamientos y en estas específicas relaciones se ponga realmente en riesgo la vida o la salud (irrefutable peligro). Pero además, se exige el dolo, dado que el sujeto activo debe de conocer y querer con su comportamiento, realizar la acción y estar conciente de que la misma expone a peligro a la víctima, incumpliendo los deberes especiales de asistencia o protección que el ordenamiento jurídico ha impuesto en las circunstancias específicas mencionadas.

68 Así: FONTAN BALESTRA, Carlos; *Derecho penal. Parte especial. Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma*, Buenos Aires, 1995, p. 130-133. En contra: SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, T. III, Buenos Aires, 1992, p. 187. Este autor afirma que el artículo en mención puede asumir dos formas: o bien llevar a la persona fuera del ambiente de protección en que se encontraba, dejándola sin otra, en cuyo caso se produce trasladando el que luego es abandonado, o bien alejándose el sujeto activo mismo del ambiente de protección y dejando en el mismo lugar abandonado. NÚÑEZ, 1987, p. 300. Este autor manifiesta que el abandono puede consumarse de dos formas: o bien sacando a la víctima fuera del ambiente de protección en que se encuentra y dejándola en otro lugar desamparada y dejándola allí a la víctima esta condición. Este último puede cometerse mediante un hecho positivo (yéndose el autor del lado de la víctima) o negativa de abandono (no acudiendo el autor del lado de la víctima). DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho penal. Parte especial*, Tomo I, Buenos Aires, p. 269. Este autor sostiene que el artículo en mención prevé también dos acciones distintas; la exposición a situación de desamparo y el abandono.

precedente puede ser lícita o ilícita. Así tanto el que secuestra ilegítimamente a una persona, tendrá la obligación de prestarle los cuidados y asistencia necesaria mientras dure su privación de libertad, como aquel que recoge a un niño en la calle, que lo hace de manera lícita, tendrá la obligación de asumir deberes asistenciales de manutención y cuidado. Se han señalado también, como supuestos incluidos en esta fuente de obligación, los casos de los guardadores de hecho (hijos de los concubinos o concubinos entre sí)⁶⁹.

Se ha considerado, asimismo, que no existe abandono de persona, siempre y cuando la víctima pueda recibir asistencia pública o privada inmediata, con lo cual deje de correr peligro⁷⁰. En este sentido, Bacigalupo afirma que es evidente que la ley penal, a pesar de estar en consideración un bien jurídico de importancia de la vida, no considera equivalente la omisión de ayuda que no impide la muerte, con la producción activa de la misma que es sancionada con una pena mucho mayor en el artículo 79 CP⁷¹. El art. 106 no solamente tiene una relación normativa con el art. 108, sino también una relación concursal, es decir, se podría discutir si se trataría de un concurso ideal o aparente de leyes (por consunción o bien por especialidad)⁷².

En tal sentido, se produce aquí una especie de hipertrofia interpretativa, esto es, existe una aplicación idéntica de los artículos 11 inc. 1 del Código Penal de 1995 cuando indica que el sujeto entra en posición de garante: "Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente" y del 195.3 del Código Penal a un mismo supuesto de hecho, sin embargo, tal hipótesis se ventilaría prevaleciendo la norma especial. Para resolver esta situación habría que averiguar si el comportamiento fue provocado de manera fortuita, imprudente o dolosamente⁷³. La *responsabilidad*

69 ESTRELLA, Oscar Alberto/ GODOY LEMOS, Roberto; *Código Penal. De los delitos en particular*, Buenos Aires, 1995, p. 228 y 229

70 Así lo ha entendido la jurisprudencia: "...se ha decidido que no comete delito de abandono de persona quien no auxilia en pleno día a otro, si ello ocurre en lugar donde hay otros individuos que pueden y han prestado el correspondiente socorro" (CCC, 10/5/77, LL, 1978-A-118, Fallos, 2da. Serie, 1977-II-1); en esta misma línea de pensamiento se cita otra ejecutoria: "no incurre en ese delito, tal como ha quedado redactado a partir de la ley 17.567, el conductor de un vehículo automotor que luego de atropellar a un transeúnte en la vía pública, emprende veloz huida, si la víctima inmediatamente después se trasladó a un establecimiento asistencial para ser curado" (CCC, 24/9/68, LL, 135-595), Extraído de: DAYENOFF, David Elbio; *Código Penal*, Buenos Aires, 1998, p. 245.

71 BACIGALUPO, 1970, p. 41.

72 Si es concurso ideal (art. 54, Cód. Penal) es porque se ha infringido dos normas independientes. Pero ocurre —como dice Sancinetti— que, en verdad, el art. 106, Cód. Penal, supone que prácticamente siempre que se abandona quedará infringida también la norma del art. 108, Cód. Penal. Por consiguiente, se trata de un caso de consunción (que es a mi juicio, una forma de subsidiariedad tácita), o bien, inclusive, de especialidad. Empero, en todo caso, el concurso se resolverá a favor de la figura más grave: al art. 106, primer párrafo, Cód. Penal).

73 En este aspecto cobra especial relevancia los conceptos de dolo antecedentes y dolo subsecuents. Con respecto a la primera se dice que la definición del dolo se sabe que este debe ser actual al momento de la ejecución del hecho punible, por lo tanto, las valoraciones subjetivas anteriores a la ejecución delictiva, es decir, aquella etapa que se encuentra en los actos preparatorios, no serían auténticas formas de dolo. Cuando en una riña, por ejemplo, uno de los sujetos tiene como plan criminal usar su revolver y disparar sobre su adversario (dolo homicida) al final de la pelea, sin embargo, luego de un forcejeo, por error se le escapa y efectivamente

subjetiva con la que contó el sujeto al momento de producir el comportamiento anterior (si fue dolosa o culposa), en otras palabras, la solución que se puede plantear a los casos concretos no debería buscarse solamente en la doctrina de la inferencia, eso sería reducir su ámbito de explicación y fundamentación, pues aquella se nutre por ejemplo del delito culposo, ya que se presume primeramente un deber general de comportamiento, que deba ser “cuidadoso” para no originar luego daños a terceros. Por eso no le falta razón a Stratenwerth “este deber, no solamente se relaciona al primer impulso dado al suceso, sino que requiere también la corrección del ‘curso’ del mismo, si más tarde este amenaza con terminar en la lesión de un bien jurídico”⁷⁴.

Lo que sí parece injusto es que quien produce el resultado *peligroso* sin dolo ni culpa deba cargar con la lesión posterior ya sea dolosa o culposa, es decir, si el hecho previo es a consecuencia fortuita, no se puede imputar sin previsibilidad mínima alguna (culpa) para el sujeto, por más que haya existido una acción positiva anterior, no puede “cargar” las responsabilidades que esta acarree⁷⁵.

ocasiona la muerte. Pues como dice ROXIN, 1997, p. 454 dado “...que nunca se puede saber si el sujeto habría pasado realmente a la fase ejecutiva, pretender hacerle responsable por delito consumado doloso cuando se produce el resultado en la fase preparatoria contradiría la valoración legal”.

Tampoco aquel correlativo subjetivo-voluntativo que se manifiesta mediante una actuación no dolosa que sigue como consecuencia un curso causal lesivo que debe ser contrarrestado, y ahora posteriormente no se hace nada para paralizar dicho curso (omisión). es decir, se manifiesta un deseo en el sujeto que provocó el curso causal, de lesionar un bien jurídico, esto se llama dolo subsiguiente o consecutivo que tampoco es dolo en sentido jurídico-penal. Cuando el sujeto que mató por descuido con su arma a su adversario, si luego se alegra porque produjo la muerte, o aquel operario que por imprudencia ocasiona un incendio en una fábrica, que posteriormente se alegra por este resultado típico; estos dos últimos comportamientos (de alegrarse, que se entendería impropriamente como dolo) resultan totalmente irrelevantes para efectos imputativos, porque la valoración subjetiva que se tendrá en cuenta será la manifestada en la ejecución de la conducta, no en algo que ya se ha producido.

Naturalmente a una acción ejecutiva no dolosa puede añadirse a continuación, si hay dolo posterior, un comportamiento ejecutivo doloso en forma de un omitir, así en el ejemplo del que causó la muerte por medio del revolver, si el sujeto tenía como plan criminal el hecho de no prestarle asistencia médica inmediata y dejarlo morir, entonces, el dolo posterior puede explicar y fundamentar una conducta omisiva penal a través de un nuevo homicidio simple, doloso por omisión impropia, pero no convertir la comisión imprudente en un hecho doloso; en otras palabras si el sujeto no evita las consecuencias de su actuar que amenazan producirse, siempre y cuando se tenga una posición de garante y además, que se den los requisitos exigidos por la regulación de la omisión impropia. Pues como dice BACIGALUPO, 1970, p. 25, el hecho de la búsqueda de encontrar un momento causal en la omisión mantuvo al hecho anterior, es decir, a los casos de ingerencia, como única fuente de la causalidad con los intentos de Binding y Glasser por superar las críticas a un inevitable *dolus subsequens*.

74 STRATENWERTH, 1999, p. 297

75 Así, en el caso que un conductor que estaba circulando por la carretera a una velocidad reglamentada y, una persona suicida se tira sobre los ruedas del vehículo, en ese momento, el conductor toma la decisión voluntaria de no socorrerlo y huye del lugar. WELZEL, Hans; *Derecho Penal. Parte General*, Traducción de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, 1956, p. 208, parece que fuera de la opinión contraria, desde que acepta que quien, por un hacer activo, aunque sin culpa, ha creado el peligro cercano de un resultado determinado, debe evitar la producción de ese resultado. Así, en el caso del Jefe que, sin darse cuenta, deja encerrado al empleado al cerrar el negocio, lo deja liberar, si no comete el delito de privación de libertad por

Si la fuente de peligro es realizada de forma dolosa o culposa no tiene mucha importancia, porque el peligro ya se desató, otra cosa es si el peligro se originó en forma fortuita o en causas de exclusión de responsabilidad penal. Ahora lo que importa es que el peligro debe ser asegurado de afectar bienes jurídicos ajenos, y si ya afectó, impedir que siga su curso lesivo. En esta nueva etapa de la conducta punible, es donde verdaderamente se entra en el terreno propio de la imputación omisiva, y su importancia radica en el sentido de estar más cerca del resultado típico. Desde el momento en que el sujeto con su conducta positiva motivó un estado de peligrosidad hacia un bien jurídico, que en principio no estaba obligado a vigilar (en un accidente de tránsito el conductor del vehículo se “encontró” con el peatón que lo atropelló), dicho sujeto adquiere un nuevo estatus personal para el Derecho penal lo que se llama “posición de garante”. Es decir, lo que en principio se le exigía al conductor del vehículo es que conduzca observando todas las reglas del deber objetivo de cuidado, ahora, a raíz de esta nueva situación, se le exige normativamente que impida que la persona atropellada por él, muera. Si por ejemplo se produce un accidente de tránsito de manera casual, el conductor no tendría la obligación de evitar la muerte de la persona, ya que el riesgo inicial es completamente ajeno a ese resultado “muerte”. Y si la acción precedente es de tipo imprudente, estará en concurso real con la omisión de socorro del 195.3 del Cód. Penal. En consecuencia, en el derecho penal español, el delito de omisión impropia por injerencia queda reducido a casos de provocación dolosa de la situación de riesgo para el bien jurídico⁷⁶. Habrá que tener en cuenta una verdad, que entre el delito de comisión por omisión –por ej. homicidio doloso– y el delito de omisión del deber de socorro existen lagunas valorativas. Los casos graves de omisión del deber

omisión. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III, Buenos Aires, 1981, p. 469, en el tema de la problemática del deber de garantía del automovilista, describe el siguiente ejemplo: el que, conduciendo correctamente, protagoniza un accidente y abandona a la víctima: si su conducta precedente de conducir le pone en posición de garante, nos hallaríamos con una omisión impropia. En la ley positiva es claro que se trata de una omisión impropia, puesto que la conducta es típica del art. 106. Por imperativo del principio de culpabilidad, por más resultado gravoso que pueda existir, no puede hacerse una imputación puramente objetivista.

El art. 195, inciso 3, del Código Penal español tipifica el hecho de intentar el salvamento cuando el peligro de la víctima proviene de un “*accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio*”. El párrafo legal citado pone de manifiesto que aún cuando el accidente provenga de una maniobra, por ejemplo, que no se podía evitar en circunstancias normales, si no le brinda auxilio sufrirá el sujeto una sanción penal. Sin embargo, puede haber supuestos de carácter dudosos donde existe una acción previa que sea objetivamente antijurídica, pero que subjetivamente admite una posibilidad de intervención del sujeto para no lesionar los bienes jurídicos. En este sentido: MEZGER, Edmundo; *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, Nueva edición, revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1955, p. 314 pone el siguiente caso: “Yo cierro mi casa de campo, situada en un paraje apartada de todo tráfico y cuyo teléfono solo permite la comunicación con mi domicilio en la ciudad, sin darme cuenta de que al hacerlo dejo encerrado allí a un hombre que se había introducido subrepticamente; en cuanto llego a la ciudad me llama por el teléfono rogándome que vaya a liberarlo”.

- 76 BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZABAL MALAREE, 1999, p. 230. En este mismo sentido: REBOLLO VARGAS, art. cit. p. 665 afirma que “Con ello se pretende limitar al máximo el criterio la posición de garante derivada de la injerencia, circunscribiéndola a los supuestos en los que la actuación inicial es dolosa”.

de socorro por pretender el omitente y víctima a una comunidad de existencia, o de peligro, por seguir a la omisión consecuencias graves, etcétera, son penados insuficientemente. Esto conduce a facilitar la invasión emocional valorativa, del campo reservado a la comisión por omisión⁷⁷.

Otro caso de estado de necesidad puede ser cuando exista *colisión de deberes*, es decir, cuando quien se encuentra ante dos deberes contrapuestos, de los cuales solo puede cumplir con algunos de ellos. Ocurre algo parecido a lo que sucede en el llamado “concurso de leyes”. Ahora el problema radica cuando uno de los deberes es mayor, o siendo de igual jerarquía, cuál de ellos se debe cumplir. La colisión de deberes puede presentarse cuando exista objetivamente un deber de auxilio simple (art. 108 del CPa) y el deber derivado de una posición de garante (art. 106 del CPa). La letra del art. 20, 5 del Código Penal español permite dar entrada expresamente a todas las clases de colisión de deberes, al referirse al que, impulsado por un estado de necesidad, “para evitar un mal ajeno” “infringe un deber”. Los elementos objetivos de esta causa de justificación, según Sancinetti⁷⁸, son:

- La concurrencia de otro deber.
- Que el otro deber sea de mayor jerarquía que aquel que se deja de cumplir o de igual a este.
- Que el autor sea extraño al origen de la colisión de deberes (no haber causado el otro riesgo).

III. LA CONDUCTA PRECEDENTE COMO POSICIÓN DE GARANTÍA ESPECÍFICA EN EL DELITO DE OMISIÓN DE SOCORRO Y EXPOSICIÓN DE PELIGRO

1. Consideraciones generales

No cualquier hecho previo producido por el sujeto puede condicionar una evitación posterior de un resultado típico, si ello fuera de esa manera, acciones que se encuentren alejadas temporalmente de su resultado lesivo nos harían responsables penalmente. Así, en el caso del fabricante de armas de fuego respondería por delito de homicidio en omisión impropia por las eventuales muertes que ocasione su cliente, precisamente por su “acción previa” de fabricar y comercializar aquel arma y por no haberlo evitado. Situación que llegaría a un momento parecida a la *regressum in infinitum* de una teoría causal de la condición llevada hasta sus últimas consecuencias⁷⁹. Por tal motivo, la injerencia se trata de un tema controvertido debido a que una admisión de esta fuente de garantía sin restricciones introduce de

77 TORIO LOPEZ, Angel; “Límites a los delitos de comisión por omisión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, p. 705. Por eso, MIR PUIG, 1996, p. 314 estima que lo más razonable sería prever una pena de gravedad intermedia –no tan grave como la del delito de acción y más grave que la del de omisión pura–. Ello podría conseguirse mediante dos soluciones posibles: agravando la pena de la omisión pura o atenuando la comisión por omisión del delito de resultado correspondiente.

78 SANCINETTI, Marcelo; *Casos de Derecho penal*, Buenos Aires, 1991, p. 147.

79 GIMBERNAT, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, cit. p. 327.

forma solapada componentes propios de la *versari in re illicita*⁸⁰. Para ello, la doctrina penal ha establecido determinados parámetros mediante los cuales se puede decir que solo un actuar precedente peligroso puede generar una responsabilidad penal.

Sin embargo, el peligro no ha sido únicamente la cuestión que ha generado debate en el hecho anterior, también se ha dicho que si el hecho anterior puede ser típico o antijurídico y además el sujeto ha de ser culpable. Creo que la peligrosidad de la conducta es una temática que está vinculada al injusto y con ello delimitamos que es un problema específicamente de tipicidad, y la exigencia de que el sujeto sea todavía culpable, en el sentido de reprocharle el injusto cometido, no tiene nada que ver con la idea del peligro o la fuente de riesgo que se tiene que controlar. Acá habría que hacer una diferenciación para evitar luego confusiones. Una cosa es el hecho previo como generador de posición de garantía, y otra cosa, es la tipicidad de la conducta como omisión impropia. Entonces, el hecho previo solo puede ser un injusto —mas no que aquel sea un injusto culpable— en el sentido de creación del peligro para bienes jurídicos ajenos. En cambio, una vez que se ha verificado la posición cualificada del sujeto a través de una actuación previa peligrosa, y con ello la tipicidad por omisión impropia, estaremos en condiciones, ahora, de avanzar en la estructura analítica del delito, pero no para sancionar penalmente al garante-omitente, ya que para eso hace falta que sea un injusto omisivo y además culpable.

En virtud de ello, la conducta peligrosa por sí misma no es o no puede utilizarse como mecanismo suficiente para configurar la posición de garante⁸¹. En efecto, los límites para una responsabilidad por injerencia debe basarse en los criterios impuestos por la teoría de la imputación objetiva⁸². Entonces, habrá que verificar, en primer lugar que ese hecho precedente sea en todos los casos un riesgo jurídicamente reprobado, y que además se haya realizado en el resultado. Existe cierto consenso en la doctrina en considerar que la aplicación de los criterios de imputación objetiva sirve de mucho, sobre todo, para limitar y fundamentar ciertas instituciones jurídico-penales tanto de la Parte General como de la Especial⁸³.

80 Véase, en este sentido: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / GARCÍA RIVAS, Nicolás; *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 158.

81 REBOLLO VARGAS, Rafael; "Alguna reflexiones sobre los delitos de comisión por omisión en el Código Penal español", *cit.*, p. 664

82 MOLINA, Gonzalo Javier; "Injerencia e imputación objetiva. La función de la teoría de la imputación objetiva como criterio para delimitar los supuestos de un hecho precedente como posición de garantía. Especial referencia a los casos de incremento del riesgo", en *Libro de Ponencias, Tomo I, Universidad de Córdoba, 2003*, p. 196.

83 Por ejemplo en el trabajo del desaparecido VALLE MUÑIZ, José Manuel; "Tipicidad y atipicidad de la comisión por omisión en el delito de estafa", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, p. 870, manifiesta la importancia de la imputación objetiva en el ámbito de los delitos patrimoniales, específicamente para determinar el engaño suficiente en el delito de estafa. Así "... para afirmar del engaño jurídico-penalmente relevante deberán utilizarse los criterios normativos de la moderna teoría de la imputación objetiva... Sin embargo, y sin ánimo de afirmar nada definitivo sobre el tema, las especiales dificultades que en sede contractual presentan determinadas modalidades de engaño para sobrepasar, la mera ilicitud civil (art. 1.269 CC) y configurar el tipo penal de estafa, hacen especialmente fructífero, en este ámbito, la utilización del "criterio del fin de protección de la norma".

Se exige que la responsabilidad sea derivada de un actuar peligroso precedente solo alcanza a los resultados objetivamente previsibles y evitables en la medida en que tiene que existir una adecuada relación entre el peligro creado y el resultado producido⁸⁴. Puede admitir varios supuestos concretos en el comportamiento precedente en función a las modalidades típicas que ofrece el Derecho penal para admitir su relevancia en el sistema de imputación⁸⁵, dicho comportamiento puede ser imprudente, doloso, en ausencia de acción, causa de justificación, hasta pueden alcanzar situaciones fortuitas. Estas particularidades serán analizadas a continuación.

Realizar un análisis jurídico-dogmático a la injerencia⁸⁶, que claramente denota una idea de “intrusión” en la esfera jurídica ajena —la más antigua de las posiciones de garantía y la que genera numerosos problemas aplicativos— es adentrarse a contornos complicados que tienen que ver con la generación de un *nuevo* ámbito de responsabilidad que en principio el sujeto no lo ha cometido activamente. Como se sabrá, serán los supuestos más genuinos de la doctrina de la omisión impropia, pues esta siempre se ha caracterizado, por ser aquel sistema de imputación donde si el sujeto no evita que una fuente de peligro creado por el mismo se transforme en un resultado lesivo, se le puede llegar a imputar aquel resultado como si activamente lo hubiera realizado.

Los supuestos de injerencia tienen su fundamento en el principio *neminem laedere*, es decir, en el principio que establece que todos los ciudadanos son libres de configurar sus propias actividades y tareas personales, con la contrapartida de responder por los daños que ello causare a los demás⁸⁷. Para otros, en cambio, el fundamento de la injerencia se haya en el Derecho natural, que manda no causar daño a otro y dar a cada uno lo suyo⁸⁸. O quienes entienden que la acción precedente no tiene otra significación que la de un hecho que opera la aplicación

84 GÓMEZ BENÍTEZ, Ob. Cit. p. 593. ZUGALDIA ESPINAR, Ob. Cit. p. 575. Por su parte OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOCILDO, Ob. Cit. p. 582, sostienen que el peligro por el imprudente ha de depender, en cuanto a la salvación de tal bien, de la conducta posterior de quien lo ha puesto en peligro. Igual sentido MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, Ob. Cit., p. 264.

85 Así en el Derecho español, en relación al párrafo b) del artículo 11 se han esbozado las siguientes opiniones: la de quienes entienden que dicho artículo tiene encaje absolutamente en todos los supuestos de injerencia cuando el resultado sobreviene como consecuencia de una omisión posterior. Una segunda opción sería la de aquellos autores que acotan la injerencia a supuestos de actuar precedente doloso e imprudente (aun y admitiendo las dudas que este mismo caso suscita) descartando, por otro lado, los supuestos de los comportamientos lícitos y permitidos que aun así generan peligro. Y, por último, un sector doctrinal que defiende la idea de que no es posible sostener la comisión por omisión a través de un actuar precedente que es fortuito o imprudente. (Cfr. REBOLLO VARGAS; cit. p. 665).

86 MEINI, Iván; *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, cit., p. 285 prefiere la expresión “comportamiento precedente” en detrimento del término “ingerencia”, ya que la primera frase abarca tanto las acciones como las omisiones efectivamente, la ingerencia viene del latín “ingerir” y nada tiene que hacer con la posición de garante.

87 BACIGALUPO, Enrique; *La regulación de las conductas omisivas en el nuevo Código Penal*, Buenos Aires, p. 33.

88 NOVOA MONREAL, Eduardo; *Curso de Derecho penal chileno*, Parte General, Santiago de Chile, 1960, p. 345

del derecho, que los deberes jurídicos dimanen de las normas jurídicas, escritos o consuetudinarios y nunca de acciones o hechos⁸⁹. Lo cierto es que la concepción original de injerencia, esto es, en su sentido cotidiano, tiene que ver con el mismo sentido de “responsabilidad” que debe tener toda persona que convive en sociedad. Máxime si este realiza cualquier actividad o tarea que ponga en peligro a los demás, porque si uno causa, independiente de la subjetividad del agente, una intromisión a una esfera jurídica ajena, debe tratar, si se es responsable de sus actos, de hacer lo posible por contrarrestar el riesgo introducido a aquella esfera jurídica, y si está existente, el riesgo deberá controlarlo y mantenerlo en límites tolerables.

CAP. V

La imputación de aquel resultado típico -al sujeto que creo una fuente de peligro anteriormente- como “suyo” cuando fenomenológicamente no realizó ninguna acción positiva tendiente a la producción de este “nuevo” resultado, es la que genera los cuestionamientos en la doctrina y jurisprudencia. El nuevo estadio de la responsabilidad por injerencia, como problema obviamente de la tipicidad, ocasiona una nueva calificación jurídica de la conducta mucho más gravosa que la anterior si el sujeto la hubiese controlado. También habría que tener en cuenta que el hecho de asumir una posición de garantía, trae importantes consecuencias dogmáticas en la teoría de la autoría y participación criminal: el hecho previo puede generar un delito común, pero la omisión subsecuente necesariamente generará un delito especial y con ello quienes estén en calidad de instigadores y cooperadores sufrirán igualmente las consecuencias penales.

Lo que sí resulta cierto es que la injerencia, a pesar de las críticas, ha sido considerada dentro de las clásicas posiciones de garantía referidas a las teorías jurídicas o formales, y aun formando parte de las teorías funcionales o materiales en forma de controlar una fuente de peligro. A mi juicio, creo que la dimensión global de la problemática de la injerencia no solamente debe circunscribirse a aquel nuevo ámbito de riesgo para los bienes jurídicos, que en sucesión temporal ahora es realizado y valorado como omisión (impropia), sino que debe tenerse en cuenta precisamente aquel comportamiento del sujeto que es anterior y, es la que genera esa fuente de riesgo que posibilita la germinación de esa nueva asunción de responsabilidades de salvamento y evitación.

Así en el caso, si una persona tala árboles en un parque de la ciudad tendrá que cerciorarse antes que no existan personas alrededor del mismo, ya que constituye una fuente de peligro; en esta misma lógica, quien prende fuego, sabe que si el fuego se extiende a sectores donde puede comprometer viviendas vecinas, tendrá la obligación no de apagarlo, sino de controlarlo a límites que no produzcan daños, o en aquella circunstancia, siempre citado en esta parte, si un conductor atropella a un peatón, y luego el conductor solo atina a mirarlo sin prestarle ningún tipo de asistencia y decide darse a la fuga. La interrogante sería: ¿puede el sujeto que atropelló al citado peatón ser castigado penalmente por homicidio doloso si no presta ayuda y decide alejarse del lugar? La respuesta es sin duda afirmativa, y es ahí donde se generan los problemas, más aún, en sistemas penales (como por ej. Argentina, Perú, España) donde el legislador ha creado una figura delictiva

89 JIMÉNEZ HUERTA, Mariano; *Derecho penal mexicano*, T. I, México, 1972, p. 113

específica para este tipo de situaciones, pero en estructuras típicas de omisión propia con agravantes de muertes o lesiones personales, creando modalidades concursales aparentes o efectivas. Sin duda el punto de vista que se tenga en función a la conexión existente entre comportamiento activo antecedente y omisivo posterior son las que nos pueden dar mayores luces de cara a si se puede llegar a establecer una verdadera causa de posición de garantía en el terreno jurídico-penal.

No existe discusión alguna que la denominada injerencia o el actuar previo peligroso como forma de establecer una posición de garante y con ello motivar una posible imputación a título de omisión impropia, nos vino importado desde la doctrina alemana, empero la cuestión está en establecer concretamente a quién se le atribuye su origen histórico en el pensamiento jurídico-penal. Para unos, la injerencia nace ya en el primer tercio del siglo XIX, formulada en primer lugar para casos determinados⁹⁰; otros en cambio, atribuyen a que la teoría formal de las posiciones de garantía como la obligación de actuar basada en la ley y el contrato, la incorporación de los casos de injerencia es posterior y solo pudo encontrar un fundamento que permitiera afirmar su equivalencia con la acción mediante la “teoría de la causalidad de la acción ejecutada en lugar de la omitida” de Luden, pues esta afirmaba que la acción positiva realizada en lugar de la impuesta por el orden jurídico era la causa del resultado (teoría del *aliud agere*)⁹¹.

Según Roxin la injerencia “...procede, en realidad, del naturalismo jurídico de la segunda mitad del siglo diecinueve, que, de acuerdo con el modelo de las ciencias naturales, quería la ciencia del derecho a regularidades conforme a leyes causales, y que veía en la causalidad del comportamiento precedente un punto de partida idóneo para la omisión”⁹². Para otros, la germinación de la injerencia se encuentra en los inicios del siglo XX, concretamente a partir de la obra de Stübel en 1928, quien consideraba que en el caso de que una persona colocase a otra en una situación de riesgo de la que no pudiera esta última salir sin la ayuda de aquella, surgía para el causante del peligro un deber de actuar en evitación del resultado⁹³. Finalmente, están quienes atribuyen su origen de la *ingerenz*, a Nagler, quien la utilizó en 1938⁹⁴.

En el proceso legislativo argentino en materia de delitos impropios de omisión se tuvo en cuenta que una de las fuentes de garantía podría ser la actuación precedente (donde el legislador se había adherido a las teorías formales: ley, contrato y actuación precedente). Sin embargo, lo más importante es que los proyectos

90 Así, STRATENWERTH, Gunter; *Derecho penal. Parte general, Hecho punible I*, traducción de la edición alemana de Gladys Nancy Romero, Buenos Aires, 1999. p. 296.

91 BACIGALUPO, Enrique; “La regulación de las conductas omisivas en el nuevo Código penal”, en: Buompadre, Jorge Eduardo (Dir. y Coord.), *Derecho penal y Procesal penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez*, Buenos Aires, 1997, p. 23 y 24.

92 ROXIN, Claus; “*Injerencia e imputación objetiva*”, traducción de Gabriel Pérez Barberá, en: Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Libro Homenaje a Claus Roxin, Córdoba, 2001, p. 142.

93 HUERTA TOCILDO, Susana; “*Injerencia y art. 489, 3, CP*”, en: ADPCP, Madrid, 1985, p. 41, nota 11.

94 RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo; “*El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la ingerencia*”, ADPCP, Madrid, 1973, p. 511

legislativos tenían como intención la regulación expresa de la omisión impropia en la Parte General y no desde la Especial⁹⁵.

Al margen de su nacimiento como posición de garantía, lo cierto es que sirvió durante mucho tiempo para cubrir las lagunas de casos de omisión que aparecían como merecedores de pena y en los que la teoría de la acción no podía apoyarse en las consideraciones y soluciones “clásicas” que ofrecían tanto la ley como el contrato. Los deberes dimanantes de un actuar precedendo sería un problema parcial de uno mucho más genérico de la equiparación de la omisión y la acción positiva.

CAP. V

2. Tratamiento penal de la sucesión temporal comisión-omisión y viceversa y su relación con el comportamiento precedente

En el actuar precedente peligroso o injerencia, como es sabido se presentan comúnmente dos conductas: una comisión antecedente y una omisión subsecuente, la interrogante que se plantea en esta cuestión es que existe una sucesión temporal de conductas punibles, entonces el problema estaría en orden a considerar qué conducta es la que prevalecerá para la calificación jurídica. En primer lugar, habría que averiguar si la acción y la omisión fueron simultáneas o sucesivas, es decir, si algunas de dichas conductas consume o no el disvalor total del hecho enjuiciado, asimismo también tiene que tenerse en cuenta la subjetividad del agente, si la acción es culposa y simultánea, en ese sentido, prevalecerá la modalidad comisiva, dejando a la omisión en un aparente concurso de normas o leyes penales⁹⁶, también

95 Así tenemos que el Anteproyecto de 1960 aludía en su art. 10 lo siguiente: “a quien tenga por ley, obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; a quien con su comportamiento precedente creó el riesgo, y a quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado”. Asimismo, el Proyecto de 1973, en su art. 14, decía así: “le incumbía el deber jurídico de cuidar que ese resultado no se produjera o cuando el riesgo que originara el resultado se hubiera creado con su comportamiento precedente”. El Proyecto de 1979 consignaba en el art. 10 que el “deber de obrar incumbe a quien tenga una obligación especial de cuidado, protección o vigilancia derivada: a) de la ley; b) de un contrato; c) de una actuación precedente que comporte la asunción unilateral de alguna de aquellas obligaciones; d) de una actuación precedente que haya creado el riesgo inminente de que ocurriera el resultado”.

96 RODRÍGUEZ RAMOS, Luis; “Los concursos de leyes en el nuevo Código Penal”, en: *El Derecho Penal español de fin de siglo y el Derecho Penal Latinoamericano*, Homenaje a Enrique Bacigalupo, Buenos Aires, 1999, p. 122, expresa que “Precisamente por existir en estos supuestos incompatibilidad en la aplicación de dos o más normas penales, es por lo que algunos autores prefieren hablar de concurso ‘aparente’ de leyes penales, pues en último término no concurrirán dos o más en la calificación de unos hechos, sino solo la que se haya seleccionado como aplicable en detrimento de la o las restantes que resultarán desplazadas”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; Lecciones de Derecho penal, Biblioteca Clásicos del Derecho penal, Volumen 3, México, 1997, p. 89, dice lo siguiente: “A esto se llama conflicto aparente de disposiciones penales, que no solo se presenta en orden a los tipos delictivos, sino en cuanto a los preceptos de la parte general (una circunstancia agravante o atenuante, por ejemplo). Decimos que es un conflicto aparente, porque el ordenamiento jurídico ofrece, de modo explícito o implícito, criterios para determinar la aplicabilidad de una u otra disposición penal en cada caso concreto. Este conflicto sería verdadero si el ordenamiento jurídico no brindase reglas para resolverlo; pero afortunadamente no es así”. En cambio, MIR PUIG, Santiago; Derecho penal. Parte general, Barcelona, 1996, p. 668, adhiriéndose a la doctrina mayoritaria entiende que en el concurso de leyes existe un efectivo concurso, ya que “...por cuanto permite que el precepto o preceptos desplazados pueden ser

denominado concurso impropio para diferenciarlo de los concursos de delitos, y para solucionar esta “aparente” concurrencia de leyes de saber cuál es la norma preferente y cuál debe quedar desplazada. En este caso, se aplicará el principio de subsidiaridad, es decir cuando interviene un precepto penal solo pretende regir en el caso de que no entre en juego otro precepto penal. El primer precepto es entonces subsidiario respecto del segundo y queda desplazado cuando este aparece (*lex primaria derogat legem subsidiariam*: la ley primaria deroga la subsidiaria)⁹⁷. La relación de subsidiaridad se deduce del tenor de la ley o a través de la interpretación de la conexión del sentido de varios preceptos penales. Se distingue por tanto en subsidiaridad expresa (formal) y tácita (material); para otros será, en cambio, la consunción. Por tanto, si la acción no termina agotando el *disvalor* global del hecho, habrá un efectivo concurso de delitos en la modalidad ideal.

Ahora será necesario establecer las equivalencias en las modalidades conductuales realizadas por el sujeto para fijar la ubicación de la injerencia. En las siguientes líneas anotaremos tres supuestos específicos en las cuales no guarda relación de similitud en las estructuras típicas y, obviamente tendrán un diferente tratamiento penal. Así tenemos: si hay una *comisión dolosa* a la cual sigue una *omisión imprudente*, prevalecerá la comisión dolosa. Luego si existe una supuesta comisión, que luego se verifica que en realidad el sujeto obró una ausencia de acción, o una legítima defensa, o estado inculpable y, luego le sigue una omisión, prevalecerá esta *última, ya sea en la modalidad propia e impropia, desde que no existe relevancia jurídico-penal alguna* en las situaciones precedentes.

Por último, si existe un delito de *comisión precedente culposa* seguido de un delito de *omisión dolosa*, Jescheck sostiene que existe subsidiaridad tácita cuando en una persona concurren autoría y participación o distintas formas de participación con relación al mismo hecho punible, siendo en tal caso subsidiaria la forma de intervención más débil respecto de la más importante, y da el ejemplo de que es subsidiaria “...la comisión imprudente del hecho frente a la dolosa, en relación al mismo objeto de la acción, por ejemplo, cuando un conductor omite dolosamente la salvación de un peatón al que ha lesionado, muriendo el mismo por falta de auxilio inmediato⁹⁸. Esta omisión prevalecerá, es decir, a consecuencia del hecho precedente el sujeto se transforma, para efectos penales, en garante a través de la *injerencia*. Generalmente, la omisión de estos deberes de actuación precedente dará lugar a un delito de omisión impropia imprudente, aunque tampoco esté excluida la

tenidos en cuenta, a determinados efectos, en combinación con el precepto preferente y, sobre todo, que pueda aplicarse en caso de que deje de ser aplicable el precepto preferente pero no el desplazado”. Asimismo STRATENWERTH, 1999, p. 343 apunta que “El concurso ‘aparente’ es un verdadero concurso, en el sentido de que la conducta del autor se subsume bajo varios supuestos de hecho típicos penales. El contenido delictivo del hecho, sin embargo, resulta ya completamente absorbido con la aplicación de uno o de algunos de ellos, de manera que los restantes se deben dejar de lado. Esta es la idea básica sobre la que reposa el concurso aparente (concurso de leyes) en todos sus formas y consecuencias”.

97 MIR PUIG, 1996, p. 670.

98 JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de derecho penal*. Parte general, vol. II, traducción y notas del Derecho español por Muñoz Conde y Mir Puig, Madrid, 1981, p. 1037.

imputación dolosa⁹⁹. También es decisiva la omisión posterior a una acción si el autor ha causado el resultado mediante una conducta adecuada al riesgo permitido, pero no ha tomado, después de la acción peligrosa, los recaudos que eran necesarios para reducir los riesgos¹⁰⁰. Asimismo, es necesario fijar al menos dos fronteras a las formas del deber exigido para evitar confusiones. Una que delimite la omisión simple de la omisión impropia; otra que separa las omisiones de los delitos de comisión, ya que las sanciones de una y otra son significativas.

Por su parte Jakobs llama a la injerencia deberes negativos de *salvamento*, esto es, aquellos en virtud de los cuales hay que retraer un curso dañoso que ya ha alcanzado organización ajena. “En efecto –continúa el autor– si el mundo fue constituido de forma socialmente inadecuada mediante el comportamiento precedente, el responsable tiene que restablecer una configuración adecuada, y verdad, no solo en tanto en cuanto a él le ha sido asignado un mundo para configurarlo libremente (aseguramiento), sino también en tanto él lo ha usurpado, lo que significa que tiene que revocar su usurpación (salvamento)”¹⁰¹.

CAP. V

2.1. Conducta positiva previa

Las situaciones peligrosas que pueden generar una posición de garantía por parte de un comportamiento anterior de manera culposa, serán la gran mayoría casos, específicamente en el ámbito de accidentes tránsito. No puede soslayarse la idea de que la doctrina de la injerencia ha servido como “arma” fundamental para los ordenamientos jurídicos, como programa político-criminal de reforzamiento, para sancionar las acciones que comprometen bienes jurídicos (vida humana e integridad corporal) en el ámbito del tráfico rodado en su forma imprudente. De ahí quizá, puede deducirse una línea de argumentación en el sentido que la injerencia no ha sido considerada en aquellos ordenamientos jurídicos como forma exclusiva de establecer una posición de garantía, porque precisamente dichos cuerpos legales carecen de una regulación expresa de la omisión impropia. Por eso, la injerencia que haya estado vinculada a un tema de responsabilidad ulterior, que si el sujeto no evita el resultado, merecerá una pena mucho mayor por la agravante de lesiones graves o muertes. Es decir, estaría vinculada a un tema de resolución (o conflicto) concursal más que a un tema de asunción de garantía para imputar un delito a través de omisión impropia, con lo cual pierde esencia conceptual y genera serias confusiones.

99 En este sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes; *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1996, p. 263.

100 SANCINETTI, Marcelo; *Casos de derecho penal*, Buenos Aires, 1991, p. 126.

101 JAKOBS, Günther; “La omisión: estado de la cuestión”, Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles, en: VV AA, *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), Madrid, 2000, p. 137

2.2. La necesidad de que el comportamiento previo sea un delito doloso

Cuando el comportamiento previo sea provocado de manera dolosa, la doctrina no ha encontrado cuestionamientos, pues, es indudable que quien crea dolosamente el peligro, quede en posición de garantía¹⁰². En esta línea de pensamiento, si el comportamiento tiene un origen doloso, por supuesto que las consecuencias de este son directamente abarcadas por el dolo: lesiones agravadas por peligro de vida u homicidio por la muerte ulterior del lesionado. El que ha secuestrado a un menor o lo ha privado de su libertad, definitivamente este hecho ha sido cometido en forma dolosa, en consecuencia, esta modalidad subjetiva tiene la obligación de alimentar y cuidar a la víctima para evitar el desamparo. Quien con el ánimo de bromear a una persona, la arroja a una piscina, después se entera que dicha persona, ante la carencia de destreza de saber de nadar, comienza a ahogarse con peligro inminente de producir la muerte, quien lo empuja tendrá la obligación de socorrerlo, sino se le imputará la posible muerte. Es obvio que quien empuja puso en marcha un curso causal lesivo, pero esta situación naturalista es irrelevante para efectos imputativos, sino que tenemos que tener en cuenta la subjetividad del agente, entonces, si tenía la intención desde el inicio de “matar” no hay problema, es un homicidio simple doloso. Pero si no tenía la intención, desde el inicio, de matar, será un delito culposo porque debió cerciorarse que a quien empujaba sabía o no nadar.

Puede ubicarse aquí otro supuesto: quien encierra con ánimo *jocandi*, a un tercero en su domicilio, luego se percata que existe un incendio en la casa, la pregunta sería si tendría la obligación de abrirle la puerta. Creo que antes habría que verificar si hay un riesgo o no para el bien jurídico. Así existe por un lado, un riesgo, llamémosle abstracto, cual es el hecho de encerrar a la víctima y, por otro lado, existe un riesgo inminente, concreto, por el hecho del incendio. Es cierto que si el sujeto conocía *ab initio* –aunque sea eventualmente– la existencia de la producción inminente del incendio, el supuesto se tipifica como un caso de homicidio doloso, porque el hecho de encerrar a una persona en una vivienda peligrosa (incendiándose) constituye un medio comisivo idóneo para el objetivo final: muerte. También aquí debemos precisar que si el sujeto no podría prever el incendio desde el momento del encierro, no tendría por qué imputársele el homicidio doloso. Evidentemente, que al sujeto se le presenta solo una posibilidad, “abrir la puerta”, sino se le imputará el hecho a través de una omisión impropia.

Es indudable que los problemas se ubicarán en aquellas situaciones subjetivas porque al inicio de los hechos era de *dolo de peligro*, en función a la fuente de peligro que el sujeto debe controlar, sin embargo, ahora será *dolo de lesión* si no evitó el resultado típico. Esta clasificación no tendría mayores consecuencias dogmáticas, ya que el problema no está en el contenido del dolo, pues seguirá siguiendo conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, sino fundamentalmente en la estructura típica. En otras palabras, no solamente se

102 En contra BRAMONT ARIAS, Luis; *Derecho penal. Parte general*, Lima, 1978, p. 328.

adquiere una especial vinculación con la eventual producción de un resultado por circunstancias objetivas atendibles (muertes), sino también por motivos psicológicos de infraccionar los objetos protegidos.

2.3. El momento temporal subjetivo en la injerencia

A pesar que la injerencia o actuar precedente peligroso tiene dentro de sus principales objetivos el de otorgar una posición de garantía de un sujeto frente a la evitación de determinados resultados típicos, además, que la conducta humana tiene dos momentos valorativos no equivalentes, debemos mencionar que en la subjetividad también tendrá repercusiones importantes. En este aspecto cobra especial relevancia los conceptos de *dolo antecedentes* y *dolo subsequens*. Con respecto al primero se dice que la definición del dolo se sabe que este debe ser actual al momento de la ejecución del hecho punible; por lo tanto, las valoraciones subjetivas anteriores a la ejecución delictiva, es decir, aquella etapa que se encuentra en los actos preparatorios, no serían auténticas formas de dolo. Cuando en una riña, por ejemplo, uno de los sujetos tiene como plan criminal usar su revolver y disparar sobre su adversario (dolo homicida) al final de la pelea, sin embargo, luego de un forcejeo, por error se le escapa y efectivamente ocasiona la muerte. Pues como dice Roxin dado "...que nunca se puede saber si el sujeto habría pasado realmente a la fase ejecutiva, pretender hacerle responsable por delito consumado doloso cuando se produce el resultado en la fase preparatoria contradiría la valoración legal"¹⁰³.

Tampoco aquel correlativo subjetivo-voluntativo que se manifiesta mediante una actuación no dolosa que sigue como consecuencia un curso causal lesivo que debe ser contrarrestado, y ahora posteriormente no se hace nada para paralizar dicho curso (omisión), es decir, se manifiesta un deseo. en el sujeto que provocó el curso causal, de lesionar un bien jurídico, esto se llama dolo subsiguiente o consecutivo que tampoco es dolo en sentido jurídico-penal¹⁰⁴. Cuando el sujeto que mató por descuido con su arma a su adversario, si luego se alegra porque produjo la muerte, o aquel operario que por imprudencia ocasiona un incendio en una fábrica, que posteriormente se alegra por este resultado típico; estos dos últimos comportamientos (de alegrarse, que se entendería impropriamente como dolo) resultan totalmente irrelevantes para efectos imputativos, porque la valoración subjetiva que se tendrá en cuenta será la manifestada en la ejecución de la conducta, no en algo que ya se ha producido.

Naturalmente a una acción ejecutiva no dolosa puede añadirse a continuación, si hay dolo posterior, un comportamiento ejecutivo doloso en forma de un omitir, así en el ejemplo del que causó la muerte por medio del revólver, si el sujeto tenía como plan criminal el hecho de no prestarle asistencia médica inmediata y dejarlo morir, entonces, el dolo posterior puede explicar y fundamentar una conducta omisiva penal a través de un nuevo homicidio simple, doloso por omisión impropia, para no convertir la comisión imprudente en un hecho doloso; en

103 ROXIN, 1997, p. 454.

104 ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, 2000, p. 506. Parecido: LUZÓN-PENÁ, 1996, p. 429, JAKOBS, 1997, p. 310.

otras palabras si el sujeto no evita las consecuencias de su actuar que amenazan producirse, siempre y cuando se tenga una posición de garante y además, que se den los requisitos exigidos por la regulación de la omisión impropia¹⁰⁵. Pues, como dice Bacigalupo, el hecho de la búsqueda de encontrar un momento causal en la omisión mantuvo al hecho anterior, es decir, a los casos de ingerencia, como única fuente de la causalidad con los intentos de Binding y Glasser por superar las críticas a un inevitable *dolus subsequens*¹⁰⁶.

CAP. V

2.4. Supuestos donde puede presentarse una omisión subsecuente

La conducta culposa del sujeto se manifiesta de manera “anterior” o “previa”, como sinónimo de creación de una fuente peligro que él mismo debe controlar y vigilar. Ahora bien, en este apartado analizaremos —una vez estudiados los supuestos, similitudes y diferencias de la doctrina omisiva culposa— aquella conducta que se manifiesta temporalmente en forma omisiva, pero subjetivamente en forma culposa, la pregunta sería: ¿si tiene alguna relevancia el hecho de que la omisión subsiguiente sea de forma culposa? Es decir: ¿puede configurarse una posición de garantía a través de la ingerencia si la culpa es la que fundamenta el resultado típico? Creo que si la conducta anterior que crea la fuente de peligro es realizada de forma dolosa o culposa no tiene mucha importancia, porque el peligro ya se desató, otra cosa es si el peligro se originó en forma fortuita o en causas de exclusión de responsabilidad penal. Ahora lo que importa es que el peligro debe ser asegurado de afectar bienes jurídicos ajenos, y si ya afectó, impedir que siga su curso lesivo. En esta nueva etapa de la conducta punible, es donde verdaderamente se entra en terreno propio de la imputación omisiva, y su importancia radica en el sentido de estar más cerca del resultado típico. Desde el momento es que el sujeto con su conducta positiva motivó un estado de peligrosidad hacia un bien jurídico, que en principio no estaba obligado a vigilar (en un accidente de tránsito el conductor del vehículo se “encontró” con el peatón que lo atropelló), dicho sujeto adquiere un nuevo estatus personal para el Derecho penal lo que se llama “posición de garante”. Es decir, lo que en principio se le exigía al conductor de vehículo es que conduzca observando todas las reglas del deber objetivo de cuidado, ahora, a raíz de esta nueva situación, se le exige normativamente que impida que la persona atropellada por él, muera.

3. Situaciones irrelevantes de comportamiento precedentes

3.1. El hecho previo justificado

En este apartado serán analizados las causas de justificación más importantes, es decir, la legítima defensa y el estado de necesidad —sin desmerecer las otras que igual generan complicaciones— que tienen como característica el hecho de que estas son acciones anteriores lícitas y cuál sería su relevancia posterior para efectos de verificar una posición de garante a través de la ingerencia. Para que exista una

105 JAKOBS, 1997, p. 310.

106 BACIGALUPO, 1970, p. 25.

legítima defensa debe establecerse objetivamente tres aspectos: en primer orden, una agresión ilegítima; en segundo orden, debe haber una racionalidad o proporcionalidad de los medios; y en tercer lugar, debe existir una falta de provocación por parte de quien se defiende. Subjetivamente el sujeto que es beneficiado por la causal de justificación debe saber qué está defendiendo (*animus defendendi*).

El requisito más importante quizá sea la agresión ilegítima, pues las demás serán consecuencias de esta. Para entender mejor esta situación describimos el siguiente caso: un sujeto golpea a otro en legítima defensa y luego aquel sujeto lo abandona, este tendría obligación de prestarle auxilio, y si no lo hace este tendría alguna sanción penal? Lo que queda justificado para el ordenamiento jurídico son los eventuales resultados típicos que ha ocasionado el defendido. Lo cierto es que si uno tiene el amparo de la legítima defensa hasta donde tenga vigencia la agresión ilegítima, una vez terminada esta, también se terminará la defensa. Por ello, parece razonable sostener que el hecho anterior nunca puede colocar al sujeto en posición de garante si su conducta fue ejercitada al amparo del ordenamiento jurídico: quien en legítima defensa repele una agresión, no queda a continuación obligado a prestar ayuda al agresor¹⁰⁷. Otra opinión sostiene que quien se defiende se encuentra en posición de garante de la vida del asaltante, quien en ejercicio de una legítima defensa, lo lesione con peligro para su vida¹⁰⁸. El autor en estado de necesidad ha dañado un bien jurídico ajeno y debe evitar el peligro surgido de esta lesión para la vida del asaltante. También el autor de una violación de domicilio está obligado a preocuparse por la salvación del morador que, atentando por la entrada del primero, cae al suelo provocándose una lesión; algo similar rige para la víctima lesionada por el ladrón.

El que participa con otras personas en la lesión corporal antijurídica de un tercero, se transforma en garante de la vida del lesionado, independiente de que el peligro para la vida haya surgido de su intervención o incluso si este descansa solo mediatamente en la lesión, pudiendo llegar a darse una complicidad en el homicidio por omisión¹⁰⁹. Puede que la actuación precedente genera entrecruzamientos con las otras fuentes de posición de garantía, ya que en la medida de lo posible todas tienen una cuota de peligrosidad en la conducta previa, pero como habíamos dicho, solo cuando la ley o la libre aceptación, por ej. seguridad en el tráfico, no funden una posición de garante, debe buscarse la solución en la doctrina de la injerencia.

Se pregunta además si la obligación desaparece cuando el cumplimiento de la acción prescrita expone al sujeto a un peligro personal. Ante esta situación hay que responder negativamente, pues el ordenamiento jurídico tiene que enjuiciar al hombre en el caso concreto, es decir, el peligro con que tropiece el obligado, puede hacer cesar la obligación de actuar solo cuando se den los presupuestos exigidos del estado de necesidad. Asimismo, la obligación de impedir el resultado no es

107 RIGHI, Esteban / FERNÁNDEZ, Alberto A.; *Derecho penal. La Ley. El Delito. El proceso y la pena*, Buenos Aires, 1996, p. 265

108 En sentido contrario: JIMÉNEZ DE ASÚA, 1963, p. 426 para quien el límite de este deber de actuar en la naturaleza justificada de nuestra acción precedente: no estamos obligados a prestar auxilio a quien hemos herido en la acción precedente de legítima defensa.

109 MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, Ob. Cit. p. 265

ilimitada ya que esta cesa ante la existencia de una imposibilidad de realizar una acción mandada, pues en el Derecho penal tiene plena vigencia el principio *ultra posse nemo tenetur* (nadie está obligado a más de lo que puede)¹¹⁰.

4. ¿La conducta de la víctima como fuente de peligro?

Una de las características de la operatividad de la omisión de evitar resultados, es que la persona a quien el sujeto-garante tendrá que vigilar o controlar se encuentre en peligro; en tal sentido, muchas veces la propia víctima es quien voluntariamente se coloca en estado de riesgo, así en el caso del bañista inexperto que por su cuenta ingresa a la playa y luego de un momento imprudentemente hace una mala maniobra que produce su ahogamiento. Asimismo, en el tráfico rodado existen muchísimos casos en los cuales el peatón intenta cruzar la calzada de forma imprudente dando lugar a que un auto lo atropelle causándole lesiones y en otros casos, la muerte. Se concibe, entonces, una extensión del deber de cuidado aplicado también para la conducta –en situaciones riesgosas– de la víctima. Si bien en ambas situaciones puede percibirse, sin duda alguna, que el salvavidas y el chofer respectivamente poseen *a priori* la obligación jurídica de impedir que se produzca el resultado lesivo. Sin embargo, no puede dejarse de valorar, sobre todo para efectos no de describir sino de *comprender* globalmente el hecho delictivo, que la conducta activa de la víctima tiene su “cuota de responsabilidad”. Si nos preguntáramos: ¿quién, o mejor dicho qué conducta explicará mejor las lesiones personales o la muerte producida? Definitivamente tendríamos que inclinar la balanza hacia el bañista y el peatón.

De esta misma línea de pensamiento, por ejemplo, Maurach/Gössel/Zipf señala que “por eso es que también el conductor de un vehículo que se comporta correctamente, toma posición de garante en la vida de un sujeto atropellado cuando este complementa ebrio”¹¹¹. Demás está decir que siempre será la víctima quien de inicio al curso causal lesivo, por este motivo no le falta razón a Novoa Monreal cuando afirma que en un delito de omisión con resultado “...la verdadera causa del resultado típico debe buscarse, normalmente en procesos causales ajenos al sujeto y que provienen de otras fuerzas y energías”. Esto es que el omitente, a tenor de los casos planteamos líneas arriba no pueda dominar fácticamente el curso causal lesivo porque le viene impuesto de “afuera”, puesto muchas veces por un tercero: víctima. Esta apreciación es sumamente relevante porque desde el ámbito jurídico-procesal, el *thema probandum* incidirá no solamente en aquella conducta que el omitente dejó de hacer en ese momento, sino también versará sobre aquella conducta que la víctima activamente ejecutó dando lugar inicialmente al curso causal lesivo.

Gómez Benítez¹¹² cita el caso donde debería quedar fuera del ámbito de la injerencia cuando es la propia víctima y no el omitente el que ha creado un riesgo

110 En este sentido: ANTOLISEI, Francesco; *Manual de Derecho penal. Parte general. Traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín*, Bogotá, 1988, p. 157

111 MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, Ob. Cit., p. 263

112 GÓMEZ BENÍTEZ, Ob. Cit., p. 594.

relevante. En ese sentido, apoyándose en el STS 1981, de fecha 13 de mayo, pone el siguiente ejemplo: al ser adelantado incorrectamente por otro vehículo este colisiona con el lateral del que pretendía sobrepasar, se desplaza hacia un terraplén lindante con la carretera y cae por él, produciéndose en el imprudente conductor y sus cuatro acompañantes diversas lesiones. El conductor del vehículo adelantado no auxilió a la víctima. Si alguno de estos hubiere fallecido como consecuencia de la omisión por haber permanecido durante horas sin atención médica ni de ninguna clase, el omitente no respondería por esa muerte a título de homicidio, sino solo por la omisión del deber de socorro (art. 489 bis, 1), porque no fue él la fuente del peligro.

En esta misma línea de pensamiento, apunta que tampoco se tendría una fuente de garantía si la propia víctima es la que ha creado con su actuar precedente una situación justificante, que permita enfrentarse a él de forma típica o conceda a otro un *derecho a intervenir*. Así para hacer frente a una agresión ilegítima se lesiona gravemente al agresor y luego no se le presta auxilio, por lo que el agresor fallece. El omitente no generó con su actuar precedente un deber de garante, ya que su hecho estaba autorizado y el peligro, en realidad, provenía de otro. Su omisión solo podrá enmarcarse en el artículo 489 bis, primer párrafo.

IV. LA CONDUCTA PRECEDENTE PARA GENERAR UN DEBER DE EVITACIÓN DEBE SER CONTRARIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. Generalidades

La realización típica en los delitos de omisión es idéntica a la de los delitos de comisión, en cuanto a la estructura se refiere, no obstante que la conciencia del injusto en la omisión, el objeto se sustenta en un mandato jurídico –a contrario de lo que sucede en los delitos de comisión que es la prohibición– de ejecutar una conducta determinada: el autor debe saber que el derecho no le permite omitir la acción correspondiente¹¹³. Es decir, que también en ellos el tipo importa un indicio de antijuricidad.

2. La contrariedad de la conducta previa con el ordenamiento jurídico

Después, aunque es más discutida en la doctrina, es si el comportamiento previo que fundamenta el deber de garantía debe presentar alguna calificación jurídica, es decir, si es contrario al deber o como tal no permitido. Un importante sector de la doctrina penal exige un especial cuidado o infrinja un deber jurídico relevante para configurar la injerencia¹¹⁴. Para otros se exige que el comportamien-

113 JESCHECK, 1981, p. 877

114 Así BACIGALUPO, 1970, p. 44, precisa que la "...adecuación a Derecho de la conducta `impide que de ella pueda deducirse un deber de garantía" "la posición de garante requiere que el autor haya creado un peligro adicional. JESCHECK, 1981, p. 568 habla de objetivamente antijurídico. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA TOCILDO, Ob. Cit. p. 582. GÓMEZ BENÍTEZ, Ob. Cit. p. 593. ZUGALDIA ESPINAR, 1984, Ob. Cit., p. 575. Un sentido peculiar es MAU-

to previo peligroso sea antinormativo, con lo cual se podría dar sustento y revivir implícitamente a aquella vieja doctrina del *versari in re illicita*. La antinormatividad solo ha de importar en cuanto condicione la posibilidad de imputar al sujeto el peligro creado por su acción. La antinormatividad puede ser dudoso en ciertos casos donde el sujeto busque de manera voluntaria tal situación, aunque el peligro anterior sea causado conciente y lícitamente. Ejemplo: el anfitrión que ha estado sirviendo alcohol a su invitado hasta que este se encuentra completamente ebrio y del todo incapacitado para conducir, es responsable del accidente que se produzca por no haberle impedido tomar el volante¹¹⁵.

En cambio, Bacigalupo en el marco del artículo 106 del Código Penal argentino sostiene que es "...preciso además que la conducta precedente sea contraria al deber"¹¹⁶, pero no cualquier deber sustentaría una posición de garantía, pues "...ese deber no puede deducirse generalizando a partir del caso famoso de la obligación del padre o madre de prever a la supervivencia del hijo. Pues ese deber dice textualmente: 'aliméntalo', 'cuídalo', etc., pero no dice que su no-cumplimiento (omisión) equivale a la acción positiva de matarlo y como tal realiza el tipo del art. 79 C.p. *Una cosa es que exista el deber, y otra muy distinta que su infracción omisiva realice un tipo de comisión*"¹¹⁷. Jakobs afirma una reducción de los comportamientos anteriores si nos centramos que aquella conducta sea antijurídica, pues el sinalagma libertad de comportamiento /responsabilidad por las consecuencias existe también respecto de las formas de comportamiento que supongan un incremento de los riesgos normales de toda manifestación vital, lo que especialmente (aunque no sólo) se puede observar en que el derecho a realizar tales comportamientos conlleva una responsabilidad objetiva¹¹⁸.

Un criterio diferente a lo sostenido por la doctrina mayoritaria de considerar al comportamiento precedente como ilícito es Meini Mendez. Dicho autor apunta que el comportamiento previo debe ser lícito, "...pues en caso de que se trate de un acto antijurídico no sería posible afirmar que el sujeto asume el deber de controlar la causa del resultado, pues el riesgo de la fuente de peligro sería ya típico. Si

RACH / GÖSSEL / ZIPT, Ob. Cit. p. 264 que "la acción respectiva es ajustada a derecho o no, no resulta esencial; lo decisivo es solamente si el peligro creado con la acción previa, conduce al perjuicio de un bien jurídico. También STRATENWERTH Ob. Cit. p. 298 que establece que en la decisión de estas cuestiones dudosas debe imperar el criterio de que el deber de garantía únicamente puede provenir de un hecho procedente en cuya realización el autor hubiera podido prever el peligro y hubiera podido evitarlo omitiendo el hecho o conduciéndose de otra manera, de tal manera que habrá que aceptar un deber de garantía aunque el comportamiento precedente no sea antijurídico o contrario al deber. También para los casos de la responsabilidad por el producto se exige que el comportamiento contrario al deber, así HASSEMER / MUÑOZ CONDE, Ob. Cit., p. 160.

115 MIR PUIG, Santiago; *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 314

116 BACIGALUPO, 1970, p. 44, las cursivas son del texto. En este sentido: WESSELS, Johannes; *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 6ta. edición alemana de 1976 por el Dr. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1980, p. 217. Este autor dice que "...dado que cualquiera que con una acción u omisión objetivamente contraria al deber ha creado un peligro inminente de producción de daño, está obligado a evitar el resultado típico".

117 BACIGALUPO, 1970, p. 41, las cursivas son del texto.

118 JAKOBS, Günther; *"La omisión: estado de la cuestión"*, Cit., p. 139.

el comportamiento precedente fuera ilícito...ello significaría que el sujeto tendría que ser sancionado ya por realizar el comportamiento precedente, y no habría necesidad de esperar nada más"¹¹⁹. En ese sentido, ejemplifica su pensamiento en el supuesto clásico de aquel chofer de un auto que atropella imprudentemente y luego omite dolosamente la obligación de evitar el resultado. La solución es que "el homicidio subsumiría a las lesiones. Yo afirmo que no hay homicidio en comisión por omisión, pues la omisión se da cuando el riesgo era ya típico, tanto así que había ya lesiones imprudentes. Luego, al ser el riesgo ya típico, no puede haber una obligación de evitar que este se convierta en prohibido, pues ya lo es; y la cuestión de si puede haber un deber de disminuirlo es irrelevante, ya que en este caso se afirmaría la responsabilidad penal por no haber restituido una situación a su situación previa, lo cual muchas veces será materialmente imposible (pues es imposible que el chofer revierta las lesiones del atropellado)"¹²⁰.

CAP. V

V. LA ASUNCIÓN VOLUNTARIA DE PROTECCIÓN FÁCTICA DE UN BIEN JURÍDICO

Es posible que antes de responder en materia penal por un delito de omisión impropia derivado de un acuerdo contractual, el sujeto acuda a establecer la validez o no del contrato ante los tribunales civiles, y resulta que si se declara la invalidez del contrato, entonces dejaría sin materia la responsabilidad penal, es decir, aunque se haya precisado el motivo por el cual se suscribió dicho contrato, y con claridad se establece que su obligación de un sujeto es salvaguardar la vida de las personas (salvavidas), pero si resulta que el contrato no es válido porque no se cumplieron con ciertas formalidades, no habría posibilidad de establecer que la figura de comisión por omisión haya nacido.

Ejemplo de ello, es cuando un niño acude a la escuela, dispone del tiempo de descanso denominado "recreo", y las cuestiones que han acontecido, es que el niño puede accidentarse de seriedad y, sin embargo, habría que considerar si dentro de las funciones del personal de la escuela, se encuentra la de salvaguardar la integridad de los niños de accidentarse; el problema sería el precisar quién de todos los maestros tuvieren responsabilidad.

1. Introducción

Estos deberes de garantía, de acuerdo a las teorías formales, tradicionalmente estaban circunscritos a relaciones contractuales. El contrato viene del latín *contractus*, derivado *contrahere* que significa: reunir, concertar, lograr. El CC peruano define en el art. 1351 a los contratos así: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una regulación jurídica patrimonial". En primera instancia, la definición que informa nuestro Código Civil no se aleja

119 MEINI MÉNDEZ, Iván; "La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 del C P", en *Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2003, p. 444.

120 MEINI MENDEZ, "La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 del C P", p. 445

demasiado de la definición que pudiera concebirse en la teoría de la posición de garantía en sede penal, es más se tendrá que acudir al ordenamiento civil, a la doctrina y jurisprudencia en su caso, para delimitar correctamente la definición del contrato. Así las cosas, esta posición de garantía exige una efectiva y real asunción por parte del obligado, claro la discusión estará si será obligado en términos civiles o penales, para la teoría del deber jurídico lo único que importará es la obligación civil, para la teoría material será irrelevante esta discusión.

CAP. V

A mi entender, creo que es posible dotar de cierta formalidad a esta posición de garantía, así al momento de la suscripción y estipulación de las cláusulas del contrato, si es por escrito, o la sola aceptación y consentimiento de ambas partes, si es verbal, con la única condición es que se especifique la función que va a realizar, esto es, que el objeto sea fundamentalmente de “protección jurídica de salvamento de bienes jurídicos ajenos personales” y con ciertas limitaciones cuando se trata de intereses privados que colindan con lo patrimonial¹²¹: por ej. vigilar ciertas viviendas siempre y cuando en su interior estén habitadas y estén en permanente peligro de secuestro; asimismo deberá decirse durante qué tiempo (si es temporal o definitivo) lo va a realizar, tanto esta como la otra modalidad tendrán que regirse a través de las normas generales de las obligaciones contractuales que están en el ordenamiento civil hasta donde sean compatibles con los principios y garantías del Derecho penal, empero, estando el contrato en vigencia y dentro de ella se presentará un caso de connotaciones penales, obviamente se aplicará las normas propias de la dogmática penal. Porque cuando uno llega a un acuerdo contractual, lo que está pensando, es que ante el incumplimiento intencionado o defectuoso del contrato, acarreará en el peor de los casos una indemnización, y no en una posible responsabilidad de carácter penal, donde su libertad ambulatoria estará en riesgo, con la agravante que con su sola aceptación y asunción de puesto estará en condiciones de “cometer” hechos punibles que él físicamente no los ha realizado.

Para asumir una tutela, tiene que ser voluntaria, la cual implica un acuerdo de dos o más personas, con la salvedad que el objeto jurídico será proteger determinados bienes jurídicos y no tiene incidencia patrimonial. Su concepto estaba vinculado, por decir lo menos, a la existencia de un documento donde se expresaba, en términos de Derecho civil, a la declaración de voluntad de las partes involucradas, condiciones por las cuales estaban obligados jurídicamente a ejecutar actividades sobre todo de salvamento en lugares donde precisamente se presenta a cada instante riesgos personales y materiales.

En términos de seguridad jurídica, sin embargo, se hace necesaria la incorporación de la limitación expresamente contractual¹²². Por tal motivo, los supuestos de asunción voluntaria de protección fáctica de bienes jurídicos para algunos autores están en íntima conexión con el deber o precepto jurídico, que en realidad se encuentran incluidos en él, pues la especial aceptación no es otra cosa que el

121 Vid., BUSTOS RAMÍREZ, 1994, p. 414.

122 GOMEZ BENITEZ, Ob. Cit., p. 600.

hecho fáctico que origina la aplicación del precepto civil, administrativo o laboral que inviste de fuerza obligatoria a la aceptación que otorga el sujeto activo¹²³.

Esa parece ser, por ejemplo, la tendencia del delito de comisión por omisión regulada en el art. 11 del Código Penal español que se adhiere formalmente, para configuración de la posición de garantía, a la idea del contrato, en el segundo inciso b) que prescribe: "...se equiparará la omisión a la acción...cuando exista una específica obligación...*contractual* de actuar". Con lo cual quedan fuera del ámbito del precepto, los supuestos de "libre aceptación de una función de protección de un bien jurídico o de vigilancia de una fuente de peligro" que carezcan de base legal o contractual, por lo que la doctrina señala que pueden producirse significativas "lagunas" de punibilidad¹²⁴.

Al margen de esto, de lo que se trata es que exista una manifestación de aceptación voluntaria o acuerdo natural de voluntades¹²⁵. O sea no es que la existencia de un contrato de por medio, invalide *ipso facto* una función de protección o vigilancia asumida, por la adhesión de la teoría formal ya superada, ya que por el contrario, la prescripción de un contrato dará fiabilidad y seguridad probatoriamente hablando, entre las partes. Apartándose radicalmente de esta tendencia formalista, el Código Penal de Colombia de 2000 por su parte se adhiere, como en las demás fuentes de garantes, a la teoría funcional o material al contemplar en su artículo 25 que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de peligro siempre y cuando (inc. 1) sea constitutiva de lo siguiente: "Cuando se *asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo*, dentro del propio ámbito de dominio".

Por otro lado, mediante el contrato en ámbitos de titularidad se puede fundar un nuevo deber de garantía o puede producir una subrogación o delegación en las funciones de protección, en la medida en que el titular de tal o cual protección de los bienes jurídicos deposita en otro, que la acepta que desplaza las funciones. Sola la transmisión lícita y sin presiones que pueda invalidar la voluntad de las partes conducirá a que los deberes sean asumidos por el tercero y libere al responsable primitivo. Bacigalupo¹²⁶ apunta que determinará el deber de evitar el resultado, el grado de intimidad de la relación del sujeto con el bien jurídico que le impondrá su tarea de defensa frente a cualquier amenaza de lesión. Esa estrechez está dada por la relación social que el omitente guarda con el titular del bien jurídico. Dicha "proximidad al peligro" está fundada en un principio de solidaridad, casos como la niñera, el personal de un jardín de infancia, el lazarillo de un ciego, etc. Asimismo, por ejemplo, quien obliga al sujeto a vigilar la ejecución de unas obras, también puede provenir del Derecho Público, como el caso del funcionario que

123 JIMÉNEZ HUERTA, Mariano; *Derecho Penal Mexicano*, T. I, México, 1972, p. 111.

124 VIVES ANTÓN, "La comisión por omisión: Comentario al artículo 11 del Código Penal de 1995", Cit. p. 345.

125 BACIGALUPO, 1997, p. 408

126 BACIGALUPO, 1983, p. 145.

ha de comprobar si se cumplen las disposiciones relativas a la seguridad en la ejecución de las mismas obras.

CAP. V

En este sentido, la asunción voluntaria de custodia a favor de quien se halle en peligro, conduciría a resultados ampliados en términos de criminalización a través de una conducta unilateral de tutela pues se conectaría a veces con la figura de la injerencia, por la actuación precedente, pues al inicio se tipificará como una omisión propia, pero si el sujeto ya inició la acción de salvamento tendrá que continuar hasta conjurar el peligro, si no lo hace cambiará la modalidad conductual, por ej. el conductor de un vehículo que introduce en él a un herido —es decir, él no lo ha herido— con el fin de llevarlo al hospital más próximo —esta función lo será de quien ha realizado la lesión, del personal de emergencia, de la policía— y posteriormente vuelve sobre la idea y lo abandona en la calle y se hace garante, por estar en su ámbito de dominio, de la evitación del resultado típico muerte, y responderá a título de autor en omisión propia. Ahora habrá que tener en consideración que si el autor ha prestado ciertos cuidados y atenciones a un enfermo inconsciente, no se convierte en garante en tanto, merced a su intervención, no se hayan hecho imposibles otros auxilios de terceros. Si alguien empieza —dice Sancinetti— a hacer respiración artificial a quien encuentra semiahogado, no se transforma por eso solo en garante de seguir prestando el cuidado; si abandona al moribundo porque se cansa o se le hace tarde, será solo un omitente en el sentido del art. 108, Cód. Penal¹²⁷.

Por eso, el objeto de contrato tendrá que ser aquel que contenga una específica “función principal” de protección y vigilancia como por ejemplo cuando se contratan los servicios de un guía o de una enfermera, pero no cuando se trata de meros deberes secundarios dirigidos a la denuncia, declaración, tomar en consideración, etc. que solo parcialmente se derivan de la ley, pero que, en muchos casos solamente proviene del principio de confianza y buena fe¹²⁸.

Ahora bien, la doctrina alemana ha pregonado la sustitución del término contrato por su ambigüedad e impresión, por la frase: “Libre aceptación de una función de protección de un bien jurídico o de vigilancia de una fuente de peligro”¹²⁹. Porque entendieron que hay situaciones que se presentan *de facto*, sin requerir una relación contractual, además porque conduce a resultados imprevisibles, así los casos de anulabilidad o nulidad, terminación o resolución al que está sujeto toda obligación contractual, situación como el caso de la enfermera que acepta contractualmente el cuidado de un paciente, pero dicho contrato adolece de un defecto formal que lo invalida, o el caso que resulte nulo el contrato suscrito entre los padres y el profesor de natación, este seguirá siendo garante de la vida e integridad física de los niños que de hecho se le ha confiado. (Artículo 1411 del CC). Sin embargo, ello en realidad no será excusa para que la enfermera no se encuentre en una efectiva posición de garante frente a la vida del paciente que se le ha confiado. Cabe subrayar que a

127 SANCINETTI, Marcelo; *Casos de Derecho penal*, Buenos Aires, 1991, p. 135.

128 STRATENWERTH, 1979, p. 295.

129 TISNADO SOLIS, Luis Alberto; “¿Cuándo estamos ante el delito de omisión impropia?”, en: *Actualidad Jurídica*, tomo 134, enero, Lima, 2005, p. 88 pues considera que la idea que lo más relevante no es la validez jurídica del contrato, sino la asunción voluntaria del riesgo.

veces ni siquiera es posible establecerla (piénsese en la cuidadora de niños mayor de dieciséis años, pero menor de dieciocho que al no ser mayor de edad, no puede celebrar válidamente contratos). Tampoco quedará en posición de garante, quien comete un hecho punible que da lugar a una situación de necesidad (riesgo) de auxilio, pues, según Jakobs¹³⁰, dicha situación no deja de ser asunción del que da lugar a ella. Ejemplo: no vincula la promesa al terrorista, dada con anterioridad a un atentado, la asistencia médica si resulta lesionado.

Además, el deber de asunción fáctica responda con mejor precisión los casos límites y desarrolla en la mayoría de ellos criterios y principios para restringir su radio de acción punitiva, por ejemplo en el caso de la canguro, que estaba contratada para que esté en la vivienda a las nueve de la mañana y no llega, en ese lapso de incertidumbre, los padres seguirán siendo los garantes de su menor hijo, no obstante que se evidencia un conflicto con la canguro a resolverse en el ámbito jurídico-privado, mas no tendría connotaciones penales, desde que la canguro jamás asumió efectivamente el cuidado del menor. En plena vigencia del contrato con la canguro, ella abandona exprofesamente en pleno espectáculo al menor. Esta situación de riesgo se trasladará a quienes estén al lado del menor, en este supuesto, serán los padres quienes a partir de ahí (fáctico) tendrán la obligación moral y jurídica, de regresar a casa, pues se les ha recargado primariamente el cuidado, inherente a la patria potestad, y por lo tanto la evitación de peligros en la integridad y salud del menor. Ello permite en otros supuestos complicados como la extinción temporal del contrato (la asunción contractual); así qué pasa si la niñera que estaba en principio contratada hasta las doce de la noche y aunque los padres no regresen del espectáculo al que han asistido hasta la dos de la madrugada, la “canguro” seguiría siendo garante hasta esta última hora y, si abandona al niño, respondería como si lo hubiera causado por los eventuales daños en su vida o en su salud¹³¹.

Discutibles son los casos de meras relaciones de favor que no se han concretado aún en una relación contractual y en muchos casos es imposible que se den sus presupuestos, por tratarse de situaciones unilaterales, ejemplo casos desde los más simples como aquel que se compromete a ayudar a una persona longeva a cruzar la avenida, que luego se arrepiente a la mitad de la pista. En este supuesto que forma parte de los deberes de asunción fáctica para la protección de determinados bienes jurídicos se derivan de un deber negativo, pues cuando uno asume tal compromiso tiene el deber de responder por el momento del peligro causado (desmejoramiento de las condiciones de la organización ajena); se trata del deber de tomar las medidas necesarias para la compensación del defecto creado, del cual el agente es competente¹³². El sujeto con su comportamiento ha creado un momento de peligro, entonces asume el deber de evitar que ese peligro llegue a un resultado dañino. Otros supuestos más complicados, como el caso de llevar a una persona ebria a su casa en su automóvil que luego colisiona o lo abandona en plena ruta;

130 JAKOBS, 1997, p. 990.

131 GIMBERNAT, “La omisión impropia en la dogmática alemana, Una exposición”, Cit. p. 339.

132 PERDOMO TORRES, “Algunas consideraciones dogmáticas sobre la regulación de la comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano”, Cit. p. 470.

tendrá que analizarse en principio, al igual como el primer caso, si quien realiza la acción de “ayuda” mas no de “protección” fue un familiar o un amigo, pues esta situación lleva consigo un ingrediente fundamental de posición de garantía, el cual es la confianza depositada en él.

2. La iniciación del deber de asunción

CAP. V

En términos de iniciación del deber de garantía, éste comienza con la asunción, ya sea expresa o tácita del sujeto responsable, entonces, deberá existir una promesa mínimamente concluyente en la cual lo relevante no es el vínculo contractual, sino la conexión fáctica, de lo que hay que responder, entre el ámbito de organización propio y uno ajeno¹³³. Asimismo, el deber de asunción comienza cuando se aproxima la situación de peligro de cuya protección está encargado el garante, por ej. si el socorrista todavía no ingresa a cumplir su labor en la piscina aun cuando el contrato estipula que debía hacerlo, estaría incumplimiento los términos del contrato desde el punto de vista civil, pero para efectos penales, el socorrista no asumía fácticamente el control de la situación y por lo tanto no recaería ninguna consecuencia punitiva. Por otro lado, el deber de garante concluye y quedará liberado de responsabilidad penal cuando se ha realizado lo asumido, a no ser que el titular de la obligación primaria de garante delega o suceda a otro, mediante un principio especial de confianza, su cuota de garantía, con lo cual aquel quedará a la expectativa (su responsabilidad estaría enmarcada solo por la elección) siempre y cuando el reemplazante ejecute actos punibles.

También existen los supuestos de abandono de la posición de garantía, empero habrá que hacer algunas precisiones: si el guía de montaña se niega a seguir la ruta encomendada antes de ingresar a una zona riesgosa, el guía habrá salvado, en tales circunstancias, su responsabilidad penal, si el turista continúa su caminata y luego resulta lesionado.

De ahí, que el deber de garante, en base a esta nueva nomenclatura, pueda excepcionalmente prolongarse también más allá del tiempo de validez de un contrato. En este punto, Mir Puig¹³⁴ propone el siguiente caso: ej., quien ha suscrito un contrato de asistencia a un enfermo grave y pese a ello anuncia con tiempo que no está dispuesto a cumplirlo, incurrirá en la responsabilidad que prevea el Derecho civil, pero no habrá asumido de hecho la función de protección del enfermo. Si los familiares con los que ha contratado abandonan de todos modos al enfermo por entender que su asistencia corresponde por contrato a la otra parte, la eventual muerte del enfermo será imputable a ellos y no al contratante.

Por ello, para esta posición de garantía lo decisivo es la *aceptación* efectiva de un círculo especial de obligaciones vinculada a la evitación del resultado¹³⁵. Además, el Código Penal, en el artículo 13, inciso 1, precisa textualmente de un “*deber jurídico*”, concepto mucho más amplio y no solamente de simples “deberes

133 JAKOBS, Ob. Cit. p.

134 MIR PUIG, “*Comentarios al capítulo primero del título primero del libro primero del nuevo código penal*”, cit. p. 525.

135 MAURACH / HEINZ GÖSSEL / ZIPF; Ob. Cit. p. 257.

legales". Un caso dudoso sería la criada que no impide que la madre deje morir de hambre a su hijo.

Es discutido el tema cuando el origen del peligro provenga de la propia víctima, la cual quedará desprovista de cualquier asunción, por muy voluntaria que sea, de abarcar la evitación de un resultado, por ej. la función de impedir que otro se autolesione. Una opinión contraria es la de Bacigalupo quien entiende que para la equivalencia entre la omisión y la acción no tiene importancia el origen causal del resultado, sino la infracción del deber de impedirlo¹³⁶.

La relación contractual solo puede generar fuente de garantía, y por tanto deber de evitación, en la medida que haya, implícitamente una **confianza** depositada¹³⁷. De ahí que mejor debería llamarse posición de confianza, que es diferente al principio de confianza. Como ha señalado la doctrina, esta posición de garantía tiene su razón no en el contrato sino en la confianza que se deposita en una persona para que esta realice una determinada actividad de salvamento. Ahora bien, dicha confianza implica una cierta dosis de dependencia de la persona u objeto a quien va dirigida tal protección con respecto al sujeto garante, lo que hace que aquella persona renuncie a todo tipo de protección de su parte o se exponga a peligros personales mayores. A ello se debe que en el caso del socorrista no solo sea garante de las personas que no sepan nadar sino de todas aquellas que corren el peligro de ahogarse en dicha piscina.

Es de tener en cuenta, y de ahí lo peculiar, que no se requiera que esa confianza sea bilateral, mutua, pues para la punibilidad del bañero que no salva a un ahogado no puede tomarse en cuenta si la víctima conocía la vigilancia y confiaba en ella.

Un aspecto a tener cuenta lo será que solo el que estaba requerido previamente, aquel que estaba seleccionado por el acuerdo de confianza que depositaron en él para que asuma la protección de los bienes jurídicos en su ámbito de dominio personal, solo él responderá de su eventual incumplimiento, y no solamente cuando, en el caso de peligros ya existentes, aparece como el último salvador posible.

Dicho deber puede estar basado en *actos de fuerza* o en un *acto de ayuda*. En el primero: aquel que secuestra tiene deberes de cuidado con relación a su víctima; en la segunda aquel que encuentra a un herido físicamente tiene el deber de llevarlo a un centro hospitalario.

Actualmente de lo que se trata es de asumir que cualquier obligación de carácter legal es constitutiva de un deber de evitación de resultados típicos. No cualquier contrato suscrito generará una posición de garantía, sino solo aquellos que cumplen los siguientes requisitos:

1. Que la persona que de alguna manera elige a otra para que realice una actividad, posea todas las facultades de disposición con respecto al

136 BACIGALUPO, 1997, p. 408.

137 En este sentido: MAURACH, T. II, 1962, p. 287. STRATENWERTH, 1979, p. 296. JESCHECK, 1981, p. 858. BACIGALUPO, 1997, p. 408. ZAFFARONI/ Ob. Cit. p. 550. MIR PUIG, 1996, p. 310. BUSTOS RAMÍREZ, 1994, p. 414. MAURACH / HEINZ GÖSSEL / ZIPF; Ob. Cit. p. 257. MORENO Y BRAVO, Ob. Cit. p. 133.

bien jurídico objeto de cuidado o protección, sea titular de ese o esos derechos.

2. Tanto para la persona que transfiere su cuota de dominio como la persona que acepta tal responsabilidad será necesario que al momento de asumir la obligación ambas posean capacidad de discernimiento, siendo indiferente para efectos penales, que cualquiera de ellas sea todavía menor de edad.
3. Para que sea válido jurídico-penalmente la persona que está aceptando realizar la actividad tiene que hacerlo voluntariamente como consecuencia de su discernimiento previo. La aceptación debe hacerse sin violencia, sin presiones de terceras personas.
4. Que la asunción voluntaria genere un particular deber de cuidado, vigilancia o protección de bienes jurídicos ajenos y no otras obligaciones derivadas. Por ejemplo, si la obligación de salvamento se plasma en un documento, la posición de garantía comenzará a regir desde el momento mismo de la suscripción y no podrá objetar luego asuntos por que tenga que ver con lo económico.
5. Se requiere que la confianza sea mutua o bilateral en relación a la persona quien lo contrata y no en relación a la víctima, pues basta que lo sepa la persona encargada de llevar a cabo la acción salvadora, pues sería imposible saber *a priori* quiénes serían verdaderas víctimas, sino solo en potencia, en resumen la víctima no necesita saber a ciencia cierta quién lo rescatará durante el peligro.
6. El lapso de tiempo no determinante para la vigencia de esta posición de garantía, porque lo mas relevante será una asunción fáctica por todo el tiempo que esté vigente el riesgo latente para el bien jurídico, sin embargo, será prudente y racional poner límites, el que una de las partes ponga final a su obligación.

3. Las fuentes de garantía fundada en relaciones de confianza. ¿Relego de las fuentes legales y materiales?

Las normas no solo coordinan ámbitos microsociales de libertades, sino también constituyen instituciones en interés de la generalidad, que sirven, a su vez, para el desarrollo y libertad de los particulares, ejemplos de ellos son la administración pública y de justicia. El principio de confianza en Derecho penal no solo es monopolizado por la teoría de la imputación objetiva como criterio exculpanate de la responsabilidad penal; sino por el contrario en otras latitudes dogmáticas de la Parte General el principio de confianza se muestra capaz de contener elementos suficientes para fundar en general un sistema de imputación jurídico-penal a través de la posición de garantía, y con ello la autoría en delitos omisivos.

Esta confianza, como se sabe, puede surgir primariamente dentro de las relaciones amicales así como de deberes laborales en un determinado sector social. Se podría decir, sin temor a equivocarme, que la confianza depositada en otra persona sería actualmente lo que más interesa en el campo de la teoría de

los deberes de garantía, de cara a imputar un hecho que debió realizarse, pues al margen de que esta se verifique en el terreno de la autoría, se tendrá en cuenta al momento de fundamentar la autoría en omisión impropia, la confianza.

La confianza también será importante en la actividad médica, puesto que la posición de garante no proviene de la ley ni del acto anterior, ni mucho menos en una relación contractual. Sería verdaderamente absurdo que cuando el paciente más lo necesita, menor sean las obligaciones del médico¹³⁸. En la actividad médica tiene especial importancia la relación de confianza, puesto que la posición de garante del médico no proviene de la ley ni del acto anterior, y en algunas ocasiones tampoco puede basarse en los contratos, dado que el paciente mayor de edad no podrá prestar su consentimiento válidamente y quienes lo prestan por él, en algunas oportunidades carecen de mandato. Sería verdaderamente absurdo que cuando el paciente más lo necesita, menor sean las obligaciones del médico¹³⁹.

El significado que ha adquirido el concepto de confianza corresponde a la necesidad de reducción de la complejidad social que cada vez tiende a incrementarse, y a la garantía del potencial de actualización de la sociedad; por esto, creemos que existe un motivo para la obtención de reglas de esa confianza y que la reivindicación de un comportamiento social adecuado al interior de una *comunidad* está justificada; en este contexto se puede pensar en una protección jurídico-penal¹⁴⁰.

Las relaciones de confianza se derivan de principios generales del ordenamiento jurídico y no aparecen expresas en ningún texto legal¹⁴¹. Por eso el código prevé deberes jurídicos y no simplemente legales. Por eso, no se puede argumentar sutilmente cualquier relación de confianza hacia otra persona, ello podría generar un efecto expansivo de criminalización; sino aquella que proporcione un compromiso —de carácter expreso (declarado en un documento) o tácito (cualquier otro indicio que de la seguridad asumir tal responsabilidad)— que llamaremos de carácter “especialísimo”. Contenido de la confianza especial no puede ser cualquier auxilio factible, sino solo el auxilio que acarreará previsiblemente un efecto adecuado, aun cuando ya no se encuentre dentro del estándar general¹⁴². En otras palabras, el sujeto asumirá dichas actividades, siempre y cuando estén implicados bienes jurídicos penalmente tutelados, los mismos que deberán estar en riesgo.

Se encuentran los dueños de lugares de servicio público, que aunque no sean garantes, en general, de que los concurrentes al lugar no serán objetos de actos delictivos, sí están en la obligación de comunicar los peligros que conozcan en su lugar de dominio (p. ej. el dueño de un supermercado recibe la noticia telefónica que en una de sus dependencias hay una bomba). La confianza también será importante en la actividad médica, puesto que la posición de garante no proviene

138 AA VV. ; Código Penal, *Doctrina y Jurisprudencia*, T. I, Cit. p. 438.

139 BACIGALUPO, Enrique; “La regulación de las conductas omisivas en el nuevo Código Penal”, p. 38.

140 Véase: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Santa Fe de Bogotá, 2001, p. 142.

141 AA VV. ; Código Penal, *Doctrina y Jurisprudencia*, T. I, Madrid, 1997, p. 437.

142 JAKOBS, Derecho penal, cit. p. 999.

de la ley ni del acto anterior, ni mucho menos en una relación contractual. Sería verdaderamente absurdo que cuando el paciente más lo necesita, menor sean las obligaciones del médico¹⁴³.

CAP. V

Las relaciones de comunidad de peligro se basan también en el grado de confianza entre los sujetos¹⁴⁴, lo cual resultará irrelevante desde nuestra óptica desde que no la aceptamos como fuente de garantía. Por otro lado, si bien la relación familiar-vital constituye una ampliación de las posibilidades de aplicación de la omisión impropia, también en muchas ocasiones admiten restricciones: si lo que fundamenta la posición de garante —dice Gimbernat— es la mutua confianza derivada de una relación interpersonal, entonces aquella puede desaparecer si esta se encuentra deteriora, incluso aunque desde un punto de vista jurídico-privado siga vigente la obligación de velar por otro¹⁴⁵. El deber más genuino que subyace al paterno-filial es el de “cuidado” hacia otra persona que lo necesita, el cual debe realizarse, ya sea por los mismos padres o terceros, a través de un estándar mínimo, a nivel promedio, solo la delegación en base a esta condición extinguirá a los padres de cualquier responsabilidad penal.

143 AA VV. ; Código Penal, *Doctrina y Jurisprudencia*, T. I, Cit. p. 438.

144 BACIGALUPO, 1997, p. 410.

145 GIMBERNAT, p. 343

LOS DELITOS CONTRA EL HONOR EN EL CÓDIGO PENAL CONSIDERACIONES JURÍDICO-PENALES A PARTIR DEL CASO “MAGALY MEDINA”

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Uno de los casos que ha concitado la atención últimamente es el llamado caso “Magaly Medina” juzgado y sentenciado por el 27 Juzgado Especializado en lo Penal de Lima (Sentencia del 16 de octubre de 2008, Exp. N.º 22-2008, Secretario: Segura) a cinco meses de prisión efectiva al encontrarla culpable de haber difamado al futbolista Paolo Guerrero. Asimismo, su productor Ney Guerrero también fue condenado a tres meses de pena privativa de libertad, y al pago por concepto de reparación por la suma de 80 mil nuevos soles de manera solidaria, a favor de Paolo Guerrero. Ahora, lo más llamativo del presente caso quizá no sea la sentencia de declaración de culpabilidad de la conductora de televisión Magaly Medina por el delito del cual fue sentenciada –es decir por el delito de difamación agravada– sino –y de ahí lo inaudito– por la “forma” en que se está ejecutando la pena por dicho delito.

En consecuencia, las preguntas que saltan a la vista en el presente caso vienen desde diferentes aristas; así si ¿resalto legal que por un delito de difamación –agravada– el procesado tenga que ir a la cárcel?; o en este caso concreto, ¿la juez penal ha obrado de acuerdo a las normas jurídicas al momento de decidir por la imposición de una pena efectiva y con internamiento a un centro penitenciario por un delito como el de difamación que, por estadística, casi nunca es de pena efectiva? Incluso el caso “Magaly Medina” ha puesto también en tela de juicio si resulta conveniente –en términos de la criminalización primaria o gestación de la norma penal– que el delito de difamación, en cualquiera de sus modalidades, tenga dentro de sus consecuencia jurídicas una pena privativa de libertad, o incluso, si dicha pena privativa sea ejecutada de manera efectiva y no condicional.

Como es sabido, el caso denominado “Magaly Medina” vs. “Paolo Guerrero” fue llevado hasta las últimas instancias judiciales, en esa medida fue visto por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad N.º 449-2009-Lima, de fecha nueve de julio del dos mil nueve. En efecto, fueron presentados los recursos de nulidades interpuestos tanto por la defensa técnica de la querellada Magaly Jesús Medina Vela, como por el querellante José Paolo Guerrero Gonzales, y al margen de lo que resolvió en el tema de fondo

nuestra Corte Suprema¹⁴⁶, lo relevante aquí son los aspectos que se han tocado en dicha sentencia y que vale la pena destacarlos, los mismos que podemos dividirlos tanto en aspectos jurídico-materiales como jurídico-procesales. Con respecto al primer punto, por ejemplo, se analiza el denominado principio de culpabilidad o responsabilidad subjetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código penal),

CAP. VI

- 146 I. Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas dos mil seiscientos diecisiete, de fecha treinta y uno de diciembre del dos mil ocre en el extremo que por mayoría confirmó la sentencia de primera instancia de fojas mil seiscientos ochenta y ocho, de fecha dieciséis de octubre del dos mil ocho, que condenó a Magaly Jesús Medina Vela como autora del delito contra el Honor –Difamación a través de medios de comunicación social– en agravio de José Paolo Guerrero Gonzáles; teniéndose como Tercero Civilmente Responsable a la Empresa Multimedios y Prensa Sociedad Anónima Cerrada. II. Declararon HABER NULIDAD en la propia sentencia de vista que por mayoría revoca el extremo de la efectividad de la pena impuesta de cinco meses de pena privativa de la Libertad efectiva para la sentenciada Magaly Jesús Medina Vela, y la reforma imponiéndole dos años de pena privativa de la Libertad, suspendida por el periodo de prueba de un año quedando sujeta al cumplimiento de reglas de conducta; reformándola: IMPUSIERON a la sentenciada Magaly Jesús Medina Vela TRES AÑOS de pena privativa de la Libertad suspendida en su ejecución por el plazo de TRES AÑOS, bajo el cumplimiento obligatorio de las reglas de conducta que se indican en la sentencia de vista con el apercibimiento de revocar la medida de suspensión de la efectividad de la pena por incumplimiento de alguna de ellas dentro del plazo fijado. III. ACLARARON la regla de conducta consignada en el acápite d) de la sentencia de vista en el sentido que la sentenciada Magaly Jesús Medina Vela además de hacer público los términos resolutive de la sentencia, las declaraciones rectificadoras deben incidir de modo categórico en señalar la falsedad de la noticia agravante que afectó el honor del querellante, difundiéndolas para los mismos medios y número de días en que se propalo la noticia ofensiva. IV. DEJARON SIN EFECTO la regla de conducta consignada en el acápite e) de la sentencia de vista. V. Declararon HABER NULIDAD en la misma sentencia de vista en el extremo que por mayoría revocó el monto de la reparación civil fijada por la sentencia de primera instancia en ochenta mil nuevos soles impuesta a la sentenciada Magaly Jesús Medina Vela y la reformó e impuso la suma de cien mil nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá abonar en forma solidaria con el tercero civilmente responsable: Empresa Multimedios y Prensa Sociedad Anónima Cerrada a favor del agraviado; reformándola: FIJARON en la suma de doscientos mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberá abonar la sentenciada Magaly Jesús Medina Vela en forma solidaria con el tercero civilmente responsable: Empresa Multimedios y Prensa Sociedad Anónima Cerrada a favor del agraviado. VI. Declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista que por mayoría confirmó la sentencia de primera instancia en el extremo que impuso la pena pecuniaria de doscientos días – multa equivalente al veinticinco por ciento del haber diario de la sentenciada Magaly Jesús Medina Vela, la misma que deberá pagar en el plazo establecido en el artículo cuarenta y cuatro del Código Penal; reformándola: IMPUSIERON a la sentenciada Magaly Jesús Medina Vela trescientos sesenta y cinco días – multa equivalente al cincuenta por ciento de su haber diario, la misma que deberá pagar en el modo y forma de ley. VII. Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista que por mayoría confirmó la sentencia de primera instancia en el extremo que condenó a la sentenciada Magaly Jesús Medina Vela al pago de costas y costos generados como consecuencia del presente proceso a favor del agraviado José Paolo Guerrero Gonzales, conforme a lo dispuesto por el artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil. VIII. Declararon NULA la propia sentencia de vista que por mayoría revocó la sentencia de primera instancia que condenó a Ney Víctor Edgardo Guerrero Orellana a la pena de tres meses de pena privativa de la libertad efectiva como autor del delito contra el Honor –Difamación a través de medios de comunicación social– en agravio de José Paolo Guerrero Gonzáles; y al reformarla absolvió a dicho querellado del citado delito y agraviado; con lo demos que contiene; ORDENARON: que otra Sala Penal Superior emita nueva sentencia en atención al noveno fundamento jurídico de la presente Ejecutoria Suprema; y los devolvieron.

específicamente el concepto de error de prohibición (artículo 14, segundo párrafo, del Código penal) del sujeto activo¹⁴⁷ como criterio exculpanate de la responsabilidad penal; asimismo, la Corte Suprema también analiza el controvertido principio de confianza¹⁴⁸ como criterio extintivo de la responsabilidad, propio de la imputación objetiva del resultado. El principio de confianza como sabemos debe regir en una estructura jerárquica y división de trabajo; finalmente se analiza los criterios para fijar una adecuada reparación o responsabilidad civil en la sentencia judicial¹⁴⁹, sobre

CAP. VI

- 147 Que, el principio de culpabilidad previsto en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Penal exige la comprobación de la responsabilidad penal del agente y esta se da, entre otras razones, si tuvo el autor la posibilidad de comprender la ilicitud de su acción; que, en contraposición, si no estuvo en condiciones de apreciar la antijuridicidad de su acción, por desconocimiento (*ignorantia legis*), o porque creía actuar dentro de los márgenes de la norma jurídica que sin saberlo transgredió (*error iuris*), se dice que actuó en error de prohibición; y, su comportamiento, en ambos casos, será inculpable; que, por tanto, obra en error de prohibición el sujeto que creyendo actuar lícitamente perjudica el bien jurídico tutelado; por ello, una creencia equivocada de su actuar lícito puede provenir o de la ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico, o del pensamiento de que le ampara una eximente por justificación que realmente no se da, o porque dándose, le otorga una amplitud tal que supone haber obrado dentro de los fueros de la norma permisiva o, finalmente, porque imagina la concurrencia de circunstancias ajenas al hecho que, si por el contrario, concurriesen, merituarían justificarlo.
- 148 El considerando sétimo señala lo siguiente: “Que, respecto a la vulneración de la garantía constitucional a la legalidad penal, pues sustenta que el hecho objeto de acusación es atípico –no valoración del principio de confianza– y, además hay ausencia de dolo; la defensa técnica de la querellada sostiene que esta actuó bajo los alcances del principio de confianza en tanto que el proceso de producción de la información implicó la actuación de diversos agentes y una concreta división de trabajo; que, al respecto, es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Esto implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros. Así cuando ha precedido una adecuada selección del personal dicho principio, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se pueda atribuir a quien lo lidera, a condición natural mente de que no lo haya provocado dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de la vigilancia debida: que es evidente, que la simple relación de causalidad material no es suficiente para concluir en la responsabilidad penal de un procesado; por ello, es menester agregar otras razones, entre ellas, las que demuestran que la consecuencia lesiva es ‘obra suya’, o sea, que depende de su comportamiento como ser humano; que la amputación jurídica –u objetiva– existe si con su comportamiento el autor despliega una actividad riesgosa excesiva, esto es, va más allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado, con lo cual entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado; y produce un resultado lesivo, siempre que exista vínculo causal entre los tres factores; es decir, a la asunción de la actividad peligrosa debe seguir la superación del riesgo legalmente admitido y a este, en perfecta ilación, el suceso criminal; que dentro del mismo marco, la imputación jurídica no existe, o desaparece, si aun en desarrollo de una labor peligrosa, el autor no trasciende el riesgo jurídicamente admitido, o no produce el resultado ofensivo, por ejemplo porque el evento es imputable exclusivamente a la conducta de la víctima”.
- 149 Que los criterios normativos para fijar la reparación civil son los que señala el Código Civil sobre responsabilidad extracontractual, así el artículo mil novecientos ochenta y cuatro del citado Código señala que el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia, y el artículo mil novecientos ochenta y cinco del

todo en delitos donde se le va a imponer un importante monto de indemnización civil. Y como no podía ser de otro modo, así también la citada sentencia de la Corte Suprema de la República analiza aspectos jurídico-procesales que en mi concepto serían los siguientes: la expresión de agravio en el recurso de impugnación, específicamente analizando el principio de congruencia recursal que pocas veces se analiza en una sentencia de esta naturaleza¹⁵⁰; por otro lado, también analiza el derecho (constitucional) a la prueba que poseen las partes procesales¹⁵¹; y como

CAP. VI

- mismo Código dispone que son reparables tanto el daño emergente como el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. Asimismo, según explica el jurista Fernández Sessarego: “... el daño subjetivo o daño a la persona debe repararse, pues es un daño que carece de una valoración en dinero pero que puede producir estragos de considerable magnitud en el futuro de la persona, en su proyecto de vida. El que no se pueda valorizar en dinero ciertos daños a la persona no significa que el/los queden sin reparación. Sería absolutamente injusto. (...) El daño moral es uno de los múltiples daños psicosomáticos que pueden lesionar a la persona, por lo que se debe considerar como un daño que afecta la esfera sentimental del sujeto. Resulta así una modalidad psíquica del genérico daño a la persona. (...) El llamado daño moral, (...) es un daño psicosomático que afecta la esfera sentimental del sujeto, en cuanto su expresión es el dolor, el sufrimiento. Es, por lo tanto, un daño que no se proyecta al futuro, que no está vigente durante la vida de la persona, entonces sus consecuencias tienden a disiparse con el transcurso del tiempo...”. Por otra parte, cabe indicar que, conforme señala el jurista Fernando de Trazegnies (...) El mal llamado daño moral, es en realidad un daño patrimonial económico, pero cubre todos esos aspectos en los que el menoscabo es difícil de probar cuantificadamente: razón por la cual se le otorga al juez el recurso de crear doctrinariamente una categoría elástica, que no requiere de una probanza estricta, a lo que se denomina daño moral (...).”
- 150 El considerando cuarto señala lo siguiente: “Que, la expresión de agravios define y delimita el marco de pronunciamiento de este Supremo Tribunal, en mérito al principio de congruencia recursal concebido como encaje o ensamble entre lo impugnado y la sentencia, en el contexto de exigencia de concordancia o armonía que obliga a establecer una correlación total entre los dos grandes elementos definidores: la expresión de agravios y la decisión; en atención a ello, la expresión de agravios determina las cuestiones sometidas a decisión de este Supremo Tribunal, estando vedado pronunciarse fuera del alcance de las pretensiones impugnativas que no fueron oportunamente planteadas. Que, en efecto, la congruencia es una exigencia lógica que está presente en todo el proceso, del que dimana que en el presente solo nos pronunciamos con respecto a las cuestiones incluidas en la expresión de agravios, pues nuestra Ley Procesal Penal (artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve) otorga a los justiciables el modo, forma y plazo para fundamentar los concretos agravios que a su parecer le causo la resolución judicial que cuestiona, lo cual supone el señalar la insatisfacción total o parcial de cualquiera de sus pretensiones (principales o accesorias), oposiciones o simples peticiones formuladas en el proceso; de ahí que, admitir y emitir pronunciamiento sobre nuevos agravios postulados con posterioridad a los expresados en el recurso de nulidad sería vulnerar el principio de preclusión y el principio de igualdad que debe existir entre las partes en un proceso, pues significaría modificar el orden preestablecido de los actos procesales e incorporar nuevas peticiones o argumentos que no podrían ser contradichos por las otras partes”.
- 151 “...además, la prueba debe ser capaz de producir certeza jurídica si reúne las características de veracidad objetiva, constitucionalidad, utilidad y pertinencia, lo cual obliga al juez a resolver la controversia sobre la base de criterios objetivos y razonables (Sentencia del Tribunal Constitucional número seis mil setecientos doce dos mil cinco – HC/TC del diecinueve de enero del dos mil seis). Que, el derecho a probar como uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, entraña el respeto a los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, de ahí que “el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconoce los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor”.

aspecto colateral, también se ha analizado la valoración judicial de la prueba y sus respectivos modelos que se han seguido¹⁵².

II. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA Y SU APLICACIÓN A DELITOS DOLOSOS EN EL CONTEXTO DE ESTRUCTURAS COMPLEJAS PRIVADAS. ESPECIAL MENCIÓN AL CASO “MAGALY MEDINA” EXPEDIDO POR LA CORTE SUPREMA

En el Recurso Nulidad N.º 449 – 2009-Lima– de fecha 09 de julio del dos mil nueve, expedido por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, conocido como el caso “Magaly Medina” en última y definitiva instancia expedida por la Corte Suprema de la República constituyó un acontecimiento relevante en función a la casuística penal peruana, por los ejes temáticos que se abordaron en dicho fallo judicial y que fueron comentados por las más importantes revistas especializadas en nuestro país. En efecto, uno de los temas que ahora abordo es precisamente uno relacionado a la responsabilidad penal de las personas naturales o físicas que se encuentran al interior de una persona jurídica –en este caso en el ámbito privado– y su vinculación con los miembros subordinados o dependientes de dicha persona jurídica.

Como se trata de una responsabilidad jurídica de tipo “penal” tendría que existir previamente la comisión de un delito al interior o, en su defecto, al exterior pero vinculado necesariamente a una organización; en consecuencia la pregunta que debemos hacernos sería la siguiente: ¿hasta qué punto los “Jefes” podrían estar involucrados en un evento delictivo por hechos cometidos por sus miembros subordinados?; o también podríamos interrogarnos en sentido inverso: ¿hasta qué punto los “miembros subordinados” podrían estar involucrados en un evento delictivo por hechos realizados por los “Jefes” o quienes hagan las veces de él de una organización compleja?

Antes de responder a las interrogantes planteadas, debemos señalar que normalmente se argumentaba la irresponsabilidad penal de aquellas personas

CAP. VI

152 “[Que], en este orden de ideas en cuanto a la valoración de la prueba existen dos modelos: i) *modelo de la teoría legal* (o formal) que se cifra en las disposiciones procesales que prescriben las reglas para valorar las pruebas, que aparecen consignadas en los textos legislativos; y, ii) *modelo de la teoría de libre valoración*, también llamado de la íntima convicción del juez, donde los requisitos de aceptación de las pruebas no aparecen estipulados en disposiciones legales; que este último es el que ha establecido nuestra ley procesal penal, llamado también de libre valoración de la prueba, el cual no significa libre arbitrio, sino que la valoración ha de versar, en primer lugar, sobre el resultado probatorio verificado en el juicio oral (aunque excepcionalmente pueda el Tribunal fundamentar su sentencia en actos de prueba instructora, anticipada o preconstituida); en segundo lugar, tampoco se puede basar la sentencia, en la prueba obtenida ilícitamente o con violación de las garantías constitucionales, y por último, la valoración de la prueba se ha de realizar según las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la sana crítica; que, en este orden de ideas, la ley no impone al juzgador normas generales para acreditar algunos hechos delictuosos, ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que lo deja en Libertad de admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común”.

físicas que no participaban o estuviera en duda su participación en un evento delictivo, en un tema netamente objetivo-probatorio de contenido procesal: (nunca se pudo acreditar en el proceso penal que el agente tuviera en el lugar de los hechos delictivos, precisamente la ubicación funcional de cada uno de ellos: “jefe” y “empleado”) o hasta se argumenta la irresponsabilidad en un tema jurídico-subjetivo del agente: (y si estuvo físicamente en el lugar de los hechos el agente nunca se puede acreditar si lo hizo con dolo o en su defecto con culpa). Sin embargo, en los últimos años y siendo pionera la doctrina especializada y después la jurisprudencia comparada, ha venido aplicando con cierto grado de consenso el llamado “*principio de confianza*” sobre todo para los casos, en principio, para el tráfico rodado o accidentes de tránsito (de comisión culposa), y luego para los casos del equipo médico en una intervención quirúrgica (de comisión culposa).

Como puede verse, ambos supuestos tienen que ver con aspectos de la imprudencia-negligencia o impericia de la acción que realiza el sujeto en una acción riesgosa. Ahora bien, el gran desafío del llamado principio de confianza, a nuestro juicio, es en dos aspectos concretos: en primer lugar, si podía ser aplicado para las acciones dolosas o intencionales (directas o eventuales) cometidas por los agentes, porque ahí reinaría más bien el principio inverso, es decir, el *principio de “desconfianza”* (por ejemplo, ambos conductores de vehículos transitan inadecuadamente por sus respectivos carriles, donde uno de los conductores no puede argumentar “confianza” sobre el otro, pues más bien tiene actuar en “desconfianza” para no ser lesionado); y en segundo lugar, el otro gran desafío es si el principio de confianza podía ser aplicado para estructuras altamente complejas y organizadas (como una empresa privada o la Administración Pública) para precisamente organizar de la mejor manera la agrupación de personas. Sobre estos puntos, es lo interesante del fallo judicial sobre el caso “Magaly Medina” emitido por la Corte Suprema de la República, ya que analiza precisamente los desafíos citados, los mismos que son propuestos por la defensa técnica de la querellada Magaly Medina en su momento, que es el llamado principio de confianza como factor excluyente de responsabilidad penal por parte de los miembros que se encuentran en las esferas de dirección y gestión de un ente colectivo (empresa privada), sobre hechos delictivos que pudieran cometer sus miembros subordinados.

En efecto, en el considerando séptimo de la Ejecutoria Suprema se señala: “Que, respecto a la vulneración de la garantía constitucional a la legalidad penal, pues sustenta que el hecho objeto de acusación es atípico –no valoración del principio de confianza– y, además hay ausencia de dolo; la defensa técnica de la querellada sostiene que esta actuó bajo los alcances del principio de confianza en tanto que el proceso de producción de la información implicó la actuación de diversos agentes y una concreta división de trabajo; que, al respecto, es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo”.

En ese sentido, en la citada Ejecutoria Suprema se analiza los pormenores del denominado principio de confianza como una expresión más del principio de imputación objetiva. La Ejecutoria Suprema señala como cuestión previa que la

“confianza” presupone para su aplicación que haya varios sujetos involucrados en un evento criminal, y que uno de ellos “aprovecha” la confianza depositada para ejecutar el evento criminal; en consecuencia, la “confianza” presupone una división de roles, y como tal la confianza también se aplica a estructuras de organización porque ahí existe tanto una división de trabajo como en una jerarquización de funciones –de modo normado, reglamentado– de las personas físicas que se encuentran al interior de un determinado ente social. La Ejecutoria Suprema (véase: Recurso Nulidad, N.º 449 – 2009-Lima– de fecha 09 de julio del dos mil nueve, expedido por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia) señala, parte pertinente, que “...Esto implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros”.

CAP. VI

En la sentencia del caso “Magaly Medina” emitida por la Corte Suprema de la República, dentro de sus considerandos, se desprende un tema sumamente relevante cual es la diferencia fundamental entre la responsabilidad de tipo penal entre los dueños y directores de los medios de comunicación social –entre caso televisivo, pero también aplicado a medios radiales o por escrito–, por un lado, y la responsabilidad de tipo penal de la conducta de los periodistas contratados para que realizan determinadas notas para dichos medios de comunicación por otro lado. Sin embargo, esta diferencia de responsabilidades podría presentarse no solo en el ámbito privado, sino también en el ámbito público como podría ser en el Poder Judicial o en el Ministerio Público, por ejemplo, concretamente en las relaciones del Juez con relación a la actuación de los secretarios y auxiliares jurisdiccionales, o del Fiscal con relación al Fiscal Adjunto o asistente en función fiscal respectivamente. La pregunta sería: ¿Cuáles serían los límites o criterios para la diferenciación de las responsabilidades penales señaladas anteriormente? La citada Ejecutoria Suprema expresado en el Recurso Nulidad N.º 449 –2009-Lima– de fecha 09 de julio del dos mil nueve, expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, caso “Magaly Medina”, ha señalado correctamente que el criterio jurídico-dogmático sería el *principio de confianza*.

En toda organización compleja –ya sea pública o privada– donde normalmente se encuentran un conglomerado –ya sea con reglas normativas o sin ella– de personas naturales, es indudable que solo la persona jurídica funcionaría adecuadamente, o mejor dicho, cumpliría los objetivos sociales propuestos por sus miembros, solo en cuanto cada uno de sus miembros realizan su propio trabajo y función asignada previamente, y que los demás miembros que se encuentran en la dirección o en el manejo del mismo, e incluso los que se encuentran en su misma situación jerárquica del ente social, *confían* que los demás miembros están realizando su trabajo acorde con los preceptos de la Ley, con los reglamentos, y con las directivas internas del ente social; en definitiva acorde con el Derecho en general, y que quienes se encuentren en la condición de “Jefe” dentro de una or-

ganización compleja no podrían ser involucrados en los hechos delictivos dolosos o culposos cometidos por terceras personas que pertenecen precisamente a la misma persona jurídica.

Lo contrario, significaría un evidente caos y enorme preocupación al interior de toda organización compleja, sobre todo para quienes se ubican en la cúspide o dirección de la misma, pues dichas personas tendrían que realizar su propio trabajo asignado y además realizar, en forma paralela o sucesiva, los demás trabajos de otras áreas o sectores de la organización, con lo que sería humana y materialmente imposible para una sola persona o un grupo de personas –por más preparados que estén– tener el absoluto control de toda la organización. En este sentido, la confianza depositada entre las personas se torna en un criterio relevante no solo para una organización compleja sino también para las relaciones intersubjetivas de una Sociedad. Por otro lado, debemos aclarar algo: el “jefe” podría ser investigado penalmente seguro que sí, pero jamás podría ser condenado por los hechos cometidos por terceras personas, y seguro que no sería condenado, porque ha confiado en sus miembros subordinados, salvo que haya tenido conocimiento –efectivo o presunto– de los hechos cometidos, y no obstante ello, no haya impedido la ejecución del delito, o continuación del mismo, con lo cual cambiaría su situación legal de “Jefe”, en la cual podría ser considerado como “cómplice”, “coautor” del delito.

Luego, el mismo fallo judicial “Magaly Medina” objeto de análisis dogmático, afirma, en este punto, una cuestión de verdad, o mejor dicho de consenso, en la doctrina penal “moderna” y “especializada”, en el sentido que “...Así cuando ha precedido una adecuada selección del personal dicho principio, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se pueda atribuir a quien lo lidera, a condición naturalmente de que no lo haya provocado dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de la vigilancia debida”. En esta parte, el fallo judicial señala algo correcto a nuestro entender, que es el hecho de que aún cuando exista una selección rigurosa y adecuada para escoger a un personal o varios personales que son todos idóneos –por ejemplo, a una persona preparada y con mucha experiencia– y aún así este personal comete un acto delictivo en pleno ejercicio de las funciones propias de la organización empresarial o dentro de la Administración Pública, ya sea de manera intencional o de manera imprudente, aún así, el llamado “jefe” o quien haga las veces de él, no tendría ninguna responsabilidad de tipo penal, salvo, como señala el mismo fallo judicial, que exista una ausencia o deficiencia con relación a la vigilancia debida por parte del “Jefe” en función a sus subordinados, porque a nuestro entender el deber de vigilancia que posee el “Jefe”, que es el delegante, es un deber de tipo intransferible hacia otras personas ligadas a él, porque se trata de un deber primario, y por ello una mala o deficiente función de su deber de vigilancia o super-vigilancia podría ser procesada o eventualmente sancionada pero solo a nivel del Derecho administrativo-sancionador como también a nivel de imprudencia jurídica (claro esta última de manera jurídico-penal), en este último, tendría que acreditarse, previamente, que el “Jefe” o quien haga las veces de él.

La responsabilidad jurídico-penal en los últimos años se ha desprovisto del ropaje causalista material que se concentraba en la definición del delito (¿Qué

significa el delito?), para acudir ahora a un sistema de imputación jurídico-penal del hecho al sujeto (¿Qué criterios servirán para imputar racionalmente?); alejándose como era previsible de la relación de causalidad material del hecho punible para establecer una auténtica relación de causalidad normativa. En ese sentido, la Ejecutoria Suprema señala textualmente "...que es evidente, que la simple relación de causalidad material no es suficiente para concluir en la responsabilidad penal de un procesado; por ello, es menester agregar otras razones, entre ellas, las que demuestran que la consecuencia lesiva es 'obra suya', o sea, que depende de su comportamiento como ser humano...". Definitivamente estos criterios de orden dogmático al final de cuentas lo que resaltan es que la relación de causalidad (jurídico-normativa) depende de dos fundamentos: en primer lugar, que la consecuencia lesiva de "obra suya", es decir, que le corresponda como propietario de el que realiza con sus acciones el hecho punible y no a otras personas naturales ligadas a aquel, por más que ambos –subordinado y jefe– se encuentren ligados a una persona jurídica; y en segundo lugar, que las acciones u omisiones que se realicen pertenezcan o que hayan provenido causalmente de una persona humana, obviamente con conciencia y voluntad.

CAP. VI

Ahora bien, lo más interesante y valioso del citado fallo "Magaly Medina", objeto de comentario, es que no solo se queda dogmáticamente en el tema del principio de confianza y su aplicación a estructuras empresariales complejas como puede ser una pequeña y gran empresa, sino que la "confianza" puede ser aplicada para la Administración Pública a través de sus respectivos funcionarios y servidores públicos, y la citada Ejecutoria Suprema también agudiza su análisis dogmático en el tema controvertido de la imputación objetiva del resultado (aplicado en principio para delitos de comisión imprudente en el tráfico rodado), porque a nuestro juicio, el principio de confianza y los criterios de imputación objetiva (sobre todo en la concepción del Profesor alemán Gunther Jakobs) son las "dos caras" de una misma moneda.

En efecto, la Ejecutoria Suprema analiza el tema aludido en los siguientes términos: "...que la imputación jurídica –u objetiva– existe si con su comportamiento el autor despliega una actividad riesgosa excesiva, esto es, va mas allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado, con lo cual entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado; y produce un resultado lesivo, siempre que exista vínculo causal entre los tres factores; es decir, a la asunción de la actividad peligrosa debe seguir la superación del riesgo legalmente admitido y a este, en perfecta ilación, el suceso criminal; que dentro del mismo marco, la imputación jurídica no existe, o desaparece, si aun en desarrollo de una labor peligrosa, el autor no trasciende el riesgo jurídicamente admitido, o no produce el resultado ofensivo, por ejemplo porque el evento es imputable exclusivamente a la conducta de la víctima". Como puede verse, tiene que acreditarse tres factores de atribución para la acreditación de la imputación objetiva, y ellos son: en primer lugar, que la asunción de la actividad peligrosa realizada por el autor o partícipe debe seguir la superación del riesgo legalmente admitido y a este, en perfecta dilación, el suceso criminal; en segundo lugar, que dentro del mismo marco, la imputación jurídica no existe, o desaparece, en desarrollo de una labor peligrosa; y en tercer lugar, que el autor no trasciende

el riesgo jurídicamente admitido, o no produce el resultado ofensivo, por ejemplo, porque el evento es imputable exclusivamente a la conducta de la víctima”.

Hasta aquí hemos analizado, y así también lo hace el fallo judicial “Magaly Medina” de la Corte Suprema, los supuestos de posible exculpación penal del llamado “Jefe” de la organización compleja con respecto a los actos delictivos cometidos por los miembros subordinados; pero no señala absolutamente nada cuando la situación es en sentido inverso. A nuestro entender, la situación sería exactamente la misma, es decir, siempre habrá un “culpable” y siempre un “inocente” sobre un mismo evento delictivo, claro está con algunas particularidades; es decir, si por ejemplo el “Jefe” o quien haga las veces de él, de una organización, es quien comete directa o indirectamente un delito doloso en el marco de sus funciones y facultades específicas (v. g. apropiaciones ilícitas, estafas patrimoniales, delitos contra el honor –difamación– a través de medios de comunicación social, contaminación ambiental, delitos económicos, delitos de competencia desleal, entre otros), los demás miembros individuales que se encuentren en la misma función jerárquica, pero en otras áreas o gerencias, como los demás miembros subordinados de la organización no tendrían igualmente ninguna responsabilidad de tipo penal, desde que confían que cada uno de la organización cumplirá los objetivos sociales, sin quebrantar las normas del Derecho, máxime si es una persona que ocupa un alto cargo de dirección al interior de la organización compleja. En otras palabras, la vigencia del principio de confianza –y también el de desconfianza– en estructuras complejas se aplicará tanto para “arriba” (para órganos de dirección y gestión) como para “abajo” (para órganos de subordinación y ejecución).

CAP. VI

III. EL DELITO DE DIFAMACIÓN (AGRAVADA) EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

1. Las diversas concepciones sobre el honor

Usualmente se ha dicho que el honor está dividido en subjetivo y objetivo. El honor subjetivo es la referencia a un dato psicológico: la autoestima o sentimiento personal de propia valía. “En sentido subjetivo el honor es el sentimiento de estimación que la persona tiene por sí misma en relación con la conciencia de la propia dignidad moral. Tal autoevaluación interna de las cualidades espirituales es lo que se llama dignidad, la cual es inherente a la persona y puede coincidir o no con la evaluación que la sociedad haga de ella. Por su parte el honor objetivo es llamado también hetero-estima se concreta en la consideración o estima de la que goza una persona en la vida social, esto es, en su reputación, dato sociológico que se funda en la posición social y en otras variables dependientes o no de su titular¹⁵³. En otras palabras, en sentido objetivo el honor es la reputación, buen nombre o fama de que goza, ante los demás, una determinada persona. Constituye una evaluación social de la persona mensurable por sus cualidades en el trabajo, la familia, la vida cotidiana y su participación en la vida política, económica y cultural. Es el hombre

153 LAURENZO COPELLO, Patricia; “El bien jurídico en los delitos contra el honor”, en *Revista Peruana de ciencias Penales* N.º 11– 12, 2002, p. 35.

quien origina la opinión que de él se tenga, pero tal evaluación proviene de fuera, es decir, de otros individuos y colectivos.

Se habla también de un concepto factual del derecho al honor, de buena reputación: “se tiene la que efectivamente se tiene, la que se ha ganado o la que se ha conseguido aparentar, ni más ni menos”. Es solo la buena y merecida fama; “la gloria o buena reputación, que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas”¹⁵⁴. Se trata de un concepto dado por hechos, de modo controlable y en términos de verdad y falsedad, es objetivo, de buena fama. Conjuntamente con el concepto de derecho a la reputación y estimación ajena existe una definición “subjetiva y psicológica de honor”¹⁵⁵, como la propia estimación, aquí entra en juego la autoestima, un sentimiento propio de las personas, que se encuentra en lo más intrínseco de sus sentimientos o pensamientos. También se hace alusión a los “conceptos normativos o valorativos de honor”¹⁵⁶, se pueden construir definiciones, valores o normas que se refieran a personas. Se regula en los ordenamientos jurídicos, en unos con mayor y en otros con menor intensidad, aparece enmendado en los diferentes textos legales.

CAP. VI

2. El bien jurídico tutelado y el artículo 132 del Código Penal peruano

La vida, la propiedad y el honor configuraban los tres ejes básicos en torno a los cuales el legislador penal había de ofrecer una respuesta contundente frente a posibles ataques que perturbaran su normal desenvolvimiento, en tanto que se ubicaban en el máximo escalafón de la línea jerárquica de derechos fundamentales de los que la persona era titular¹⁵⁷.

154 SALVADOR CODERCH, P. El mercado de las ideas, Madrid, 1990, p. 56.

155 SALVADOR CODERCH, P. op. cit. p. 57.

156 SALVADOR CODERCH, P. op. cit. p. 59. Por otro lado, en esta concepción puede preguntarse otros temas cruciales como por ejemplo ¿si existe el honor de las personas jurídicas? El tema relativo al derecho al honor de las personas jurídicas es muy discutido y polémico en la doctrina. Al respecto, existen dos grandes grupos: el primero de ellos se pronuncia en el sentido de que las personas jurídicas no tienen derecho al honor, los segundos plantean que estas colectividades si poseen este derecho. Especial distinción tiene lo que se considera prestigio personal y prestigio profesional. Según el diccionario de la Real Academia española, el término prestigio equivale en su primera acepción, al “realce”, a la “estimación”, “buen crédito” y “renombre”. Los términos prestigio, dignidad y autoridad moral se diferencian del honor de las personas físicas, siendo más apropiado al referirnos a personas jurídicas a las cuales se les ha afectado este derecho, el empleo de los vocablos aludidos con anterioridad. Estos valores de dignidad, prestigio, autoridad moral merecen protección penal, sin embargo, no se pueden equiparar al derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la Constitución española: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

157 GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen; “Derecho al honor versus derecho a la libertad de expresión e información (A propósito del Acuerdo Plenario N.º 3-2006/CJ-116, del 13 de

Honor es la suma de todas las cualidades, incluidos no solo los atributos morales, sino también los valores jurídicos, sociales y profesionales valiosos para la comunidad, que se pueden atribuir los individuos a sí mismos, o la buena opinión y la fama que tienen los terceros respecto de uno mismo¹⁵⁸. A la hora de integrar el honor se suele hacer referencia a factores como: el sentimiento subjetivo de honor denominado honor subjetivo, a la buena fama como honor externo, se atiende igualmente a la atribución del honor a una determinada persona como mérito (sentido de valía social) y, finalmente, se alude a una relación de reconocimiento interpersonal desarrollada de manera concreta¹⁵⁹. Schopenhawer define al honor diciendo “que es objetivamente la opinión que tienen los demás de nuestro valor y subjetivamente el temor que nos inspira esta opinión”¹⁶⁰.

El diccionario de la Real Academia española apunta que “el honor es la buena reputación”¹⁶¹, por tanto, el denominador común de todos los ataques e intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena, como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público como afrentosas.

En este orden de ideas es de destacar que el honor, como valor que es (con ello quiero decir que no son, sino que valen), ha sido reconocido como de importancia suprema a tal punto que ha sido tenido en mira como tal en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ‘Pacto de San José de Costa Rica, la cual en su art. 11 del Capítulo I de la Parte Primera, bajo el título “Protección de la honra y de la dignidad”, reza: “1– Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”. Asimismo, dispone el inc. 2: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, o en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataque ilegales a su honra o reputación”. Asimismo lo dispuesto por el artículo 1 de la Constitución que señala: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado”. Asimismo, el artículo 2 inciso 7) del mismo

- octubre de 2006)”, en: Castillo Alva, José Luis (Director), *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Lima, 2008, p. 659.
- 158 DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho penal. Parte Especial*, tomo I, Santa Fe-Buenos Aires, p. 416. De la misma manera: MORALES GODO, Juan; en: GUTIÉRREZ, Walter (Director) *La Constitución comentada*, tomo I, Lima, 2006, p. 117 nos dice que “La Constitución se refiere al honor y a la buena reputación, insinuando que se trata de dos derechos, que tendrían un contenido y diferenciado. Al respecto, asumimos el criterio de que el honor tiene dos facetas: una subjetiva, que viene a ser la apreciación que tenga la persona de sí mismo; y de una objetiva, que viene a ser la apreciación que tienen los demás de la persona. Lo que ocurre es que, algunos autores, asumen que se trata de dos derechos, resultando que la gaceta subjetiva sería el honor, mientras que la faceta objetiva sería la buena reputación, tal como lo estaría sugiriendo la Constitución Política del Estado en el inciso que comentamos”.
- 159 GÖSSEL, Karl-Heinz; “La protección del honor en el derecho penal alemán”, en: La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir, Madrid, 2003, p. 1300.
- 160 Citado por VILLAVICENCIO RAMOS M. / TRUJILLO HERNÁNDEZ C: “*El Derecho al Honor. Alternativas de protección legal*”. Conferencia jurídica. Tribunal Provincial de Villa Clara, 1999.
- 161 *Diccionario de la lengua española*, Ed. 1970.

texto fundamental: “Toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

El bien jurídico en el delito de difamación es el honor que a decir del profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre “está constituido por las relaciones de reconocimiento entre los distintos miembros de la comunidad, que emanan de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad. Estas relaciones actúan como presupuestos de la participación del individuo en el sistema social y precisamente parte de su contenido será consecuencia directa de su participación en el sistema social”¹⁶². García Pablos nos dice que el honor se fundamenta en un juicio personal y normativo; personal como atributo de todo sujeto, independiente de la autoestima o autodesprecio que individualmente se tenga (honor subjetivo), así con la efectiva valoración social que se tenga (honor social), así como de la efectiva valoración social que se haga al respecto, y normativo— valorativo, como concerniente a la dignidad humana, no basado, pues, en una constatación fáctica¹⁶³. En esta misma línea, la concepción normativa de honor, vinculado a la dignidad humana, como lo formulan muchos de sus partidarios, un concepto personalista en el que el honor aparece como un atributo de la personalidad que corresponde por igual a cualquier ser humano por el solo hecho de serlo, por su condición de ser racional. El núcleo del bien jurídico se sitúa en el “honor interno”, identificado con la dignidad. La autoestima y la fama constituyen, por su parte, el reflejo exterior de esa dignidad, las proyecciones psicológica y social respectivamente de ese atributo consustancial a toda persona¹⁶⁴.

La jurisprudencia peruana ha dicho que “La doctrina penal es unánime en afirmar que el honor es el bien jurídico tutelado en el ilícito penal de difamación, el mismo que es valorado como uno de los bienes jurídicos más importante, por significar las relaciones de reconocimiento fundadas en los valores sociales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad”¹⁶⁵. Por su parte, la

162 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; *Honor y Libertad de expresión*, 1987, Madrid, p. 57.

163 GARCÍA PABLOS, “La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión”, en *Libertad de Expresión y Derecho Penal*, Madrid, 1985, pp. 221 y 222.

164 LAURENZO COPELLO, “El bien jurídico en los delitos contra el honor”, cit., p. 41.

165 Expediente N.º 6129-97— BACA CABRERA, Denyse / ROJAS VARGAS, Fidel y NEIRA HUAMÁN, Marlene; *Jurisprudencia penal. Procesos Sumarios*, tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, p. 169.

Por otro lado, debemos citar el Expediente N.º 4732-97-Lima, Ej. Supr., 23 enero 1998, en: ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal. Ejecutorias supremas, tomo I*, Lima, 1999, p. 328: “En los delitos de difamación e injuria, el bien jurídico tutelado en el honor, el mismo que consiste en la valoración que otros realizan de nuestra personalidad ético-social, estando representando por la apreciación o estimación que hacen los semejantes de nuestras cualidades morales y de nuestra valor social (...). Por lo tanto, es la buena reputación que gozamos ante nuestros conciudadanos, siendo esta conducta afectada por la manifestación que logre quebrantar la estimación que disfruta una persona en su medio social, por lo que se deben tomar

Ejecutoria Suprema el 14 / 12 / 98 ha dicho que: “La doctrina penal es unánime en afirmar que el honor es el bien jurídico tutelado en este ilícito investigado, el mismo que es valorado sino uno de los bienes jurídicos más importantes, por constituir las relaciones de reconocer fundadas en las valoraciones sociales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, agregándose a ello lo señalado por Binding “El honor del hombre es una obra realizada por sus propios manos, no es un bien innato, sino totalmente adquirido”; razón por la cual debe respetarse (Exp. 6129– 27 en Jurisprudencia penal. T. III. 1999. pp. 169)”.

CAP. VI

El bien jurídico “honor” es un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico, pero que en todo caso, desde una perspectiva objetiva aluden a la suma de cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan; y desde un sentido subjetivo, importa la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valía y prestigio, reputación y la propia estimación; en tal sentido solo se pueden entender que el sujeto pasivo de la acción punible puede ser una persona determinada, o por lo menos determinable, es decir, que del contexto en que se realiza la ofensa se puede inferir a quien se dirige¹⁶⁶.

La injuria, la calumnia y la difamación son formas delictivas donde, en términos generales, el sujeto activo se expresa, ya sea por escrito u oralmente, respecto de otra persona atribuyendo comportamientos, realizando juicios de valor o, simplemente, narrando hechos que ponen de manifiesto un evidente desprecio hacia esta¹⁶⁷. El delito de difamación forma parte del rubro de los delitos contra el honor que protege nuestro texto punitivo del 1991 (Capítulo II, Capítulo Único, Injuria calumnia y difamación). La difamación es la divulgación de juicios ofensivos, delictuosos o inmorales, ante varias personas separadas o reunidas, que causan un menoscabo en el honor de las personas, la misma que se agrava por el empleo del medio para la comisión del delito, en este caso la prensa escrita¹⁶⁸, que posee gran capacidad de difusión, lo cual ha sido considerado por nuestro ordenamiento jurídico como circunstancia agravante del tipo básico.

La jurisprudencia peruana ha señalado que “(...) la difamación es una modalidad del delito contra el Honor, el cual se consuma al propagar una noticia, de tal manera que llegue al conocimiento de un gran número de personas, atribuyendo el hecho, una calidad o conducta que pueda perjudicar el honor o la reputación de una persona”¹⁶⁹. En otras palabras, la difamación es una especie de injuria

en consideración los aspectos subjetivos y adjetivos del honor para tipificar, interpretar y juzgar los hechos que pudieran efectuar o lesionar a dicho bien jurídico”.

166 Ejecutoria Suprema del 25 / 1 / 2010, R.N. N.º 3517-2008-ANCASH, Vocal Ponente: Calderón Castillo, Gaceta penal y procesal penal, tomo 12, Gaceta Jurídica, Lima, junio, 2010 (Extraído de ROJAS VARGAS, Fidel; Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia, T. II, Lima, p. 192).

167 GARCÍA CANTIZANO, “Derecho al honor versus derecho a la libertad de expresión e información (A propósito del Acuerdo Plenario N.º 3-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006)”, cit., p. 665.

168 La República, Sábado 11 de diciembre de 2004

169 Ejecutoria Suprema del 19/04/01, Exp. N.º 4264-2000. Loreto, Jurisprudencia Penal. Taller de Dogmática Penal, Jurista Editores, Lima, 2005, p. 389. Por otro lado, también debe citarse el

agravada¹⁷⁰. La injuria se puede manifestar por escrito o de palabra, por medio de dibujos, gestos o actos, es decir, a través de acciones o expresiones. Las acciones son las “*injurias reales*”, que se evidencian por la realización de movimientos corporales, como escupir en la cara a otro, romperle la ropa, así como los gestos y muecas. También pueden hacerse expresiones verbales, escritas, caricaturas, dibujos y fotografías. La injuria es la ofensa genérica al honor ajeno; que puede ser a la honra de la persona (honor subjetivo), y en este caso es una lesión al derecho que tienen las personas a que los terceros respeten las cualidades que ellos le asignan a su personalidad. O bien puede ser una ofensa al crédito de la persona (honor objetivo), y en este caso es una lesión al derecho de las personas a que no se perjudique la opinión que sobre su personalidad tengan o puedan tener los terceros. Es la fama o reputación.

En efecto, la figura de la difamación se encuentra regulada en el artículo 132 del Código Penal en los siguientes términos:

Artículo 132. “El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos y con treinta a ciento veinte días-multa”.

En definitiva, en la tipicidad objetiva-básica del delito de difamación tiene que presentarse los siguientes elementos: a) atribuir a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que puede perjudicar su honor (honor subjetivo) o su reputación (honor objetivo); b) ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia; c) el sujeto activo puede ser cualquier persona, y cualquiera que sea su condición. El Derecho Penal peruano no considera la existencia de personas deshonradas, ni carentes de honor, esto también es válido para el sujeto pasivo.

Cuando hablamos de difamación nos referimos exclusivamente a las personas, son los individuos vivos y no los fallecidos, pues estos últimos ya no son personas, ni tienen derechos, ni son tampoco sujetos pasivos de difamación. A los muertos nadie puede hacerles daño, pero a veces las personas que nos precedieron han dejado

Expediente N.º 3844-97-Lima, Sentencia 17 de diciembre 1997, en: LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel; *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, 1997, Lima, p. 67. “Se incurre en la difusa delictiva de difamación cuando ante varias personas se difunde una noticia atribuyendo a una persona una conducta que perjudica su honor y reputación resultando indispensable en tal sentido llevarse a cabo”.

170 La injuria es la “Acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Fama: equivalente al concepto público y objetivo de honor (artículo 208 Código Penal español).

en nosotros una memoria, un recuerdo, o imagen por lo que la ley española ha decidido con claridad, tutelar la buena reputación de alguien más allá de su vida¹⁷¹.

Enseguida el legislador peruano ha creído conveniente regular una modalidad concreta y específica del aspecto difamatorio, esto es, cuando el sujeto calumnia a otra persona a través de varias personas. Esta se encuentra tipificada en el segundo párrafo del artículo 132 en los siguientes términos: “Si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131^a, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con noventa a ciento veinte días-multa”. Y el artículo 131 del Código Penal se refiere al delito de calumnia que es “El que atribuye falsamente a otro un delito, será reprimido con noventa a ciento veinte días-multa”. En este punto, si entendemos por difamación el imputar a una persona un hecho, una cualidad o una conducta, esta forma agravada se configura cuando el agente atribuye de manera expresa la comisión de un delito, con las características estudiadas en la calumnia, de tal forma que la imputación facilite su divulgación, y por ende aumenta el peligro del daño. Concretamente, se trata de una calumnia agravada por su difusión.

En los delitos contra el honor, el sujeto pasivo únicamente puede ser una persona natural, por lo que al haber, el inculpado, formulado expresiones contra los integrantes de una asociación civil, la misma no tiene capacidad para formular denuncia de calumnia y no se configuran los elementos subjetivos y objetivos del citado delito¹⁷².

Un tema que debemos tener en consideración es la presentación del Proyecto de Ley N.º 4581-2011-CR (teniendo como autor de dicho proyecto al congresista Dr. Raúl Castro Stagnaro), remitido el 26 de julio de 2011 por el Congreso de la República al presidente Alan García para su promulgación, y de la observación que este realizara mediante Oficio N.º 180-2011-PR del 27 de julio 2010, dirigido al Presidente del Congreso, se ha vuelto al debate de la conveniencia o no de despenalizar los delitos contra el honor¹⁷³. En ese sentido, tratándose de la injuria, que conforme al art. 130 del C.P prevé una sanción de 10 a 40 jornadas de prestación de servicios comunitarios o de 60 a 90 días multa, el texto modificatorio proponía mantener la sanción del tipo básico y agregaba la de 20 a 60 jornadas o 60 a 120 días multa en la fórmula agravada por el móvil discriminatorio. Y por ejemplo, en el caso de la difamación (art. 132 del CP) se pretendía sustituir la sanción de pena privativa de libertad por la de servicio comunitario. La propuesta proponía eliminar

171 Por ejemplo, cuando una persona fallece continúa el respeto que le es dado, pues el hombre pasa, pero su prestigio permanece y es por eso que la protección civil del honor también abarca a la personalidad pretérita. El pasado se conserva, no siendo en el presente recuerdo, sino realidad, persistiendo el derecho al buen nombre del fallecido el cual será compartido por su cónyuge, descendientes y familiares, los cuales están facultados para recabar el respeto y para ejercitar acciones en defensa de sus derechos.

172 Sentencia del Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 19 de abril de 1999, Exp. N.º 98-3875-04-0401-JP-05, Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia 4, Lima, (Extraído de ROJAS VARGAS, Fidel; *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia*, T. II, Lima, p. 187).

173 UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José; “Delitos contra el honor: Penar o no penar, esa es la cuestión”, en: Pariona Arana, Raúl (Director), 20 años de vigencia del Código Penal peruano. Desarrollo dogmáticos y jurisprudenciales, Lima, 2012, p. 429.

la pena de prisión (de no mayor de 2 años para el tipo básico, de 1 a 2 años y de 1 a 3 años para las modalidades agravadas reemplazándola por la de prestación de servicios comunitario de 40 a 80 jornadas o de 80 a 120 para el tipo base, de 60 a 120 jornadas o de 160 a 220 días multa para la agravante de difamación calumniosa y de 80 a 156 jornadas o 200 a 365 días multa, si el delito se comete por medio de libro, prensa u otro medio de comunicación social)¹⁷⁴.

3. El elemento subjetivo distinto del dolo en el delito de difamación

La tipicidad del delito doloso depende no solo de la realización de los aspectos objetivos del tipo (tipo objetivo) sino, además, de la realización de los aspectos subjetivos (tipo subjetivo). El tipo subjetivo comprende el estudio del dolo y otros elementos subjetivos distintos del dolo. Generalmente el desvalor de acción en los delitos dolosos se agota con la presencia del dolo, sin embargo algunos tipos legales requieren en el agente otros elementos subjetivos diferentes al dolo para la realización del tipo. El principal supuesto lo tenemos en los *tipos de tendencia interna trascendente (delitos de intención)*, que son delitos cuya parte interna requiere de una intención especial, que se trata de una meta perseguida por el autor que está más allá de la realización del tipo objetivo. Se trata de un fin ultratípico.

El delito de difamación requiere necesariamente la conducta dolosa¹⁷⁵. Este delito se configura a título de dolo, entendiéndose como tal la conciencia y la voluntad que tiene el agente de efectuar la divulgación del hecho, cualidad o conducta que puede perjudicar el honor o la reputación. Además se exige un elemento subjetivo del tipo concretado en el *animus difamandi*¹⁷⁶. Frente a ello, cabe resaltar que “el

CAP. VI

174 UGAZ SÁNCHEZ-MORENO; “Delitos contra el honor: Penar o no penar, esa es la cuestión”, cit., p. 430.

175 Véase: Sentencia 16 de octubre de 2008 ha dicho lo siguiente: “Que del estudio de autos como de la apreciación de las diligencias anteriormente glosadas, ha quedado plenamente acreditada la intención y ánimo de perjudicar el honor del querellante, que conforme opiniones reiteradas de la doctrina, la base de la culpa y la punibilidad de los delitos contra el honor, como el caso que nos ocupa, es el dolo en su doble expresión cognoscitivo y volitivo, lo que importa que el agente activo haya actuado sabiendo y queriendo violar y lesionar el bien jurídico tutelado – el honor, el crédito y buen nombre del sujeto pasivo, toda vez que esta Judicatura ha podido comprobar que la querellada Medina Vela los días martes veinte y miércoles veintiuno de noviembre del dos mil siete, durante la emisión del programa de espectáculos “Magaly Te Ve”, ha realizado afirmaciones difamatorias contra el accionante...”.

176 Elemento del tipo subjetivo que se exige en gran parte de la doctrina nacional (BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto; GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen; Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Lima, p. 142 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Código Penal Comentado. pp. 324 y 325) y la Jurisprudencia: Ejecutoria Suprema del 9-3-200 (SALA C) AREQUIPA Revista Peruana de Jurisprudencia, Trujillo, Editora Normas Legales, 2000, Año II – N.º 4, p. 358. De la misma manera la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Penal Transitoria, R. N. N.º 715-2004. Ayacucho extraído: AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos / ROBLES BRICEÑO, Meri Elizabeth; Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 237. “Examinados los hechos y las pruebas actuadas; se ha llegado a establecer que la conducta desarrollada por el procesado no se adecúa al objetivo del delito de difamación agravada prevista y sancionada en el artículo ciento treinta y dos del Código Penal, habida cuenta que si bien, el referido encausado ha aceptado haber proferido en contra de la querellante adjetivos como el de “terrorista”, “agitadora”, y “soliviantadora” estos dentro del contexto y circunstancias en

delito contra el honor tiene como elemento fundamental lo que la doctrina llama el *animus injuriandi* y *difamandi*, esto es, voluntad específica de lesionar el honor de una persona, conciencia de que se obra con mala intención de dañar dicho bien jurídico tutelado". La ausencia del elemento subjetivo del tipo determina, en cambio, la ausencia de tipicidad en el comportamiento realizado por el sujeto, ya que se llega a determinar que no hubo una finalidad injuriosa¹⁷⁷.

Una Ejecutoria Superior ha dicho que: "Los delitos reunidos bajo el nomen iuris 'delitos contra el honor' tienen en común requerir en los actos del sujeto activo una especial predisposición subjetiva 'el animus'. El 'animus' es el dolo de propósito o más comúnmente conocido como la intención, ya que para los efectos de la comisión de los delitos contra el honor, resulta indispensable jurídicamente difamar, injuriar o calumniar con dolo, es decir, con voluntad, deseo y consciencia de perjudicar a una persona; por lo tanto el hecho de recurrir al Ministerio Público, a fin de poner en conocimiento de dicho organismo, denunciando, un hecho que se

que fueron expresados, no evidencian la existencia de un "animus difamandi o injuriandi", requisito exigible para que se configure este tipo penal, puesto que los términos vertidos por el encausado, son el resultado de la exteriorización de un concepto personal sobre la querellante respecto a la forma como se conduce su programa periodístico, en ese sentido, se puede concluir, que las expresiones verbales antes anotadas, no tienen un contenido difamatorio, ofensivo, insultante y vejatorio que pudieran haber lesionado el honor de la querellante, por lo que la conducta desarrollada por el impugnante, no resulta ser antijurídica, pues no se ha afectado el bien jurídico por la norma sustantiva en cuestión".

- 177 GARCÍA CANTIZANO, "Derecho al honor versus derecho a la libertad de expresión e información (A propósito del Acuerdo Plenario N.º 3-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006)", cit., p. 667. Así esta autora afirma que: "La ausencia del elemento subjetivo del tipo determina, en cambio, la ausencia de tipicidad en el comportamiento realizado por el sujeto, en tanto se llega a determinar que no hubo una finalidad injuriosa. Esta vía ha sido una a la que tradicionalmente se ha venido recurriendo para dar solución a la complicada relación entre el derecho al honor y la libertad de expresión; de tal manera que, cuando la actuación del sujeto venía marcada por una intencionalidad de carácter informativo, ello se entendía incompatible con el *animus* característico de los delitos contra el honor, de ahí que en tales situaciones, más allá de discutir en torno a una eventual jerarquía entre ambos derechos fundamentales, se admitía el carácter atípico de la conducta imputada dada la ausencia del elemento subjetivo característico en estos delitos".

Para la jurisprudencia el *animus difamandi* es el elemento central en la tipificación del delito de difamación, tan es así que su ausencia determina su atipicidad: Expediente N.º 200-98. Ej., sup., 8 de abril 1998, en: BACA CABRERA, Denyse/ ROJAS VARGAS, Fidel/ NEIRA HUAMÁN, Marlene; *Jurisprudencia penal. Ejecutorias de la Sala penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima*, 1998, Lima, 1999, tomo III, (procesos sumarios), p. 178 que ha dicho: "En el caso *sub examine*, se tiene que si bien el procesado al ser entrevistado por la prensa vertió expresiones que a juicio del agraviado ha perjudicado su honorabilidad, también lo es que estas no fueron vertidas intencionalmente, sino como producto del estado emocional en que se encontraba el procesado, si se tiene en cuenta que este sufrió "traumatismo encéfalo-craneano moderado"; (...) por lo que se colige palmariamente que en la conducta desplegada por el procesado no ha habido la conciencia y voluntad de dañar el honor del agraviado, máxime que este al declarar (...) se retracta de las expresiones que en un determinado momento emitió; *que siendo esto así, existe ausencia del elemento subjetivo, esto es el animus difamandi que se requiere además para configurar el delito de difamación*". En esta misma línea, debemos citar el Expediente N.º 1281-97 (extraído: PRADO SALGARRIAGA, Victor; *Derecho Penal. Jueces y jurisprudencia*, Lima, p. 101) ha dicho que: "La ausencia de *animus difamandi* o *injuriandi* en la conducta periodística de los procesados, quienes actuaron *animus informandi*, determina la atipicidad subjetiva de los hechos denunciados".

considera doloso, en ejercicio legítimo de un derecho y defensa de sus intereses, los cuales consideró vulnerados, de modo alguno vienen a constituir hechos que están orientados a causar daño en el honor de la persona como bien lo ha dejado expresado el Ad-quo al expedir la venida en grado¹⁷⁸.

En efecto, la sentencia de fecha 16 de octubre del año en curso señala la importancia del *animus* en estos delitos:

“El considerando segundo de la sentencia en comentario expresa en relación al delito de difamación lo siguiente: “El artículo ciento treinta y dos, último párrafo, del Código Penal contempla el delito de difamación a través de los medios de comunicación, como el difundir por medio del libro, prensa y otro medio de comunicación social, una noticia con la cual se le atribuya a una persona un hecho, cualidad o conducta que pueda perjudicar su honor o reputación siendo su elemento subjetivo es dolo entendido como el *animus difamandi*. Asimismo, la Juez que suscribe considera, para que la buena fama sea digna de la tutela del Derecho, es preciso que sea real y no únicamente formal, es preciso que corresponda en realidad a los méritos de quien la goza o aspira a ella, toda vez que el descrédito moral, fuera de la impresión psíquica que causa en la vida interior del individuo, produce daños considerabilísimos en sus relaciones sociales”.

CAP. VI

La misma sentencia de fecha 16 de octubre de 2008, en su considerando octavo sostiene que:

“En efecto, del análisis de los hechos suscitados se advierte claramente el ánimo de los procesados, de mancillar el honor y reputación del agraviado, lo cual evidencia claramente en las pruebas detalladas anteriormente, las cuales no han sido cuestionadas por la defensa de los querellados, quienes desde un inicio, lejos de colaborar con la administración de justicia, han tratado de entrapar el proceso desde un inicio, a pesar de ello, este órgano jurisdiccional ha llevado el proceso dentro del marco jurisdiccional que le compete...”.

Si entendemos que el dolo consiste en saber que aquello que se pone de manifiesto objetivamente resulta ser ofensivo para la persona a la que va dirigida o a la que se refiere y se quiere efectivamente expresar dicho contenido, es evidente que ello no es suficiente para colmar las exigencias de un delito contra el honor, sobre todo porque la verdadera afectación del bien jurídico honor, dependerá del verdadero contexto en el que se realice la acción.

4. La agravante del delito de difamación a través del medio empleado

Nuestro Código Penal incorpora una modalidad agravatoria de la difamación, que es cuando la difamación se realiza por medios de comunicación. Así dicha figura se encuentra regulada en el tercer y último párrafo del artículo 132 en los siguientes términos: “Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro

178 Ejecutoria Superior – Corte Superior de Justicia de La Libertad, de 27 de julio de 2001, Exp. N.º 598-2001, *Jurisprudencia penal*, Normas Legales, Trujillo, 2003, (Extraído de ROJAS VARGAS, Fidel; *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia*, tomo II, Lima, p. 184).

medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días-multa". Esta misma modalidad delictiva también es recogida por el derecho comparado. Así por ejemplo, se encuentra regulado en el Código Penal argentino, en el artículo 114 cuando preceptúa que "Cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, en la Capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente Código y el Juez o Tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción".

CAP. VI

El delito de difamación cometido por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social se encuentra previsto en la última parte del artículo 132 del Código Penal vigente, no configurando el mismo un delito especial, puesto que su agravación se determina por el medio empleado y no así por la cualidad del autor¹⁷⁹.

Esta forma agravada depende del medio que utilice el agente; el código precisa al libro y a la prensa, y agrega otra forma de comunicación social. En esta se refiere al libro como un medio de transmisión del conocimiento o a referencias imaginarias. La otra es cuando el dispositivo menciona a la prensa, se refiere al medio de información en tanto vehículo de comunicación social, que en este caso, puede ser escrito, oral o por imagen, según se trate de periódico escrito radial o televisivo. El delito se consuma, cuando las personas están reunidas en el momento y lugar de verla la afirmación que pueda perjudicar el honor o la reputación; si están separadas, en el momento y lugar que conoce la última de ellas; se debe entender como la última, la que sigue después de la primera que ha tomado conocimiento. Lo propio ocurre con los otros medios de comunicación que hemos mencionado. Este delito no requiere daño, únicamente la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

5. El conflicto existente entre el derecho (personal) al honor y el derecho (colectivo) a la libertad de prensa e información. ¿Existe una causal de justificación para lesionar el derecho al honor de las personas? El Acuerdo Plenario N.º 03-2006 de la Corte Suprema

La consecuencia insalvable de la incorporación del delito de difamación agravada en nuestro Código Penal es que precisamente en los juzgamientos siempre el Juez Penal encontrará una disyuntiva que él, en cada caso concreto, tendrá que asumir una posición, que muchas veces no se soluciona desde el punto de vista del Derecho penal, sino más bien desde el enfoque del Derecho constitucional. Así la disyuntiva existente la componen por un lado el honor que es un derecho personalísimo de la persona humana, forma parte de sus derechos humanos (y en otras ocasiones, a raíz de otros caso de Magaly Medina, el conflicto será el derecho a la intimidad de las personas), y por otro lado, el derecho a la libertad de información que se entiende como un derecho que tenemos a informar públicamente hechos noticiables, así como a ser informados de hechos noticiables. Sin embargo, aun

179 Véase: Ejecutoria suprema del 22-8-96, Exp. N.º 2387 – 96 Lima, en: Ejecutorias, Editora Normas Legales, Trujillo, 1998, p. 119.

cuando puede tratarse de cualquier idea, opinión, pensamiento o hecho, estos no deben ser ultrajantes para otra persona. En efecto el límite y restricción de la libertad de expresión e información, lo constituye el derecho al honor de la persona. Estos dos derechos son en la mayoría de veces encontrados en un juicio penal cuando se procesa a una persona por el delito difamación agravada por el medio empleado.

Ambos derechos son de dimensión constitucional, en esa medida es importante remitirnos al principio de Derecho Constitucional de la *concordancia práctica*, es decir, que ningún derecho es absoluto, en todo caso deben ejercitarse sin menoscabar el núcleo base, o contenido esencial del otro derecho en conflicto; para que en base a dicho principio se pueda descartar la existencia de alguna causa de justificación, regulada en el inciso 8 del artículo 20¹⁸⁰ del Código Penal. En ese sentido, la jurisprudencia penal peruana a través del Acuerdo Plenario N.º 3-2006/CJ-116, del 13.10.06 tiene dicho lo siguiente: “En nuestro Código Penal la causa de justificación que estos casos de invocar es la prevista en el inciso 8) del artículo 20, que reconoce como causa de exención de responsabilidad penal ‘El que obra (...) en el ejercicio legítimo de un derecho...’ es decir, de los derechos de información y de expresión. Estos derechos, o libertades, pueden justificar injerencias en el honor ajeno, a cuyo efecto es de analizar el ámbito sobre el que recaen las frases consideradas ofensivas, los requisitos del ejercicio de ambos derechos y la calidad –falsedad o no– de las aludidas expresiones”.

En cuanto al conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión la jurisprudencia peruana ha mostrado una posición hasta cierto punto contradictoria. Así en un fallo judicial se ha dicho que “En el marco constitucional de un Estado de Derecho y de plenas garantías fundamentales, se produce un conflicto permanente de bienes jurídicos plenamente protegidos, es decir entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor; tal situación conflictual se resuelve mediante la ponderación de bienes jurídicos, partiendo de una presunción favorable a la

180 Las causas de justificación no necesariamente es una categoría exclusiva del Derecho penal, pues las causas de justificación pueden deducirse de todas las ramas del ordenamiento jurídico (Derecho público, privado, mixto), inclusive de habla en doctrina de las causas de justificaciones supraleales.

Obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de deberes de función y en ejercicio legítimo de un derecho (art. 20º inc. 8 CP)

- El **obrar por disposición de la ley** supone el cumplimiento de un deber que la ley ordena, por ejemplo: el deber de testificar, el deber de denunciar. La doctrina nacional mayoritariamente la considera una causal de justificación, aunque un sector doctrinal la considera como causal de atipicidad.
- En el **cumplimiento de deberes de función** nos encontramos ante casos de obligaciones específicas de actuar, conforme a la función o profesión del individuo, lo que incluye la actividad de médicos, funcionarios, policías, entre otros. Si bien un sector de la doctrina nacional lo considera una causal de justificación, otro sector la considera como causal de atipicidad.
- El **ejercicio legítimo de un derecho** importa la realización de un acto no prohibido. El ejercicio legítimo de un derecho es una regla general que envía el análisis en busca de disposiciones permisivas a cualquier otro sector del orden jurídico. Por ejemplo: el derecho de huelga (art. 28 de la Constitución Política de 1993) en relación al tipo penal de usurpación (art. 202 CP).

libertad de expresión, *por tratarse de un derecho colectivo en comparación con el honor que es un derecho inminentemente personal*".¹⁸¹

Por otro lado, existe la otra posición que expresada en la sentencia en comento de fecha 16 de octubre del año en curso que señala en el considerando tercero, lo siguiente: "Que, es menester señalar que el honor como bien jurídico no puede menoscabarse a consecuencia del ejercicio de la libertad de información, vale decir, no por expresarse libremente se tiene que conculcar necesariamente el derecho al honor, máxime si ambos derechos puede coexistir perfectamente, debiendo existir un toque de ponderación obligatoria por parte de quien tiene a su cargo el rol de información y/o opinión, tanto más si la veracidad, constituye un requisito esencial en el ejercicio de la libertad de información, *debiéndose observar aquellos deberes objetivos de cuidado imprescindibles para evitar que se puedan poner en peligro bienes jurídicos protegidos por otros derechos, tanto más si cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la noticia se refiere, por ello el cumplimiento del papel que a la información le corresponde en un Estado de las características del nuestro, no debe hacer olvidar que el honor es un derecho fundamental y por tanto de una especial protección por todos los poderes públicos*".¹⁸²

CAP. VI

181 Véase: Expediente N.º 1456-95-Cono Norte. Por su parte el Tribunal Constitucional peruano ya se pronunció sobre este tema de la siguiente manera: "este Tribunal ha de señalar que cuando una norma con fuerza de ley dispone la limitación o restricción del ejercicio de un derecho fundamental, tal circunstancia no puede entenderse en el sentido que el Juez de los derechos fundamentales no pueda o se encuentre imposibilitado de evaluar su validez constitucional, pues en tales casos este tiene la obligación de analizar si tal limitación afecta o no el contenido esencial del derecho, esto es, el núcleo mínimo irreductible de todo derecho subjetivo, indisponible para el legislador, y cuya afectación significaría que el derecho pierda su esencia" Expediente 1076-2003-HC/TC del 09 de junio de 2003.

Modernamente, para dar solución a las situaciones de conflicto de derechos, se ha postulado la teoría del contenido esencial. A fin de cercenar el margen de discrecionalidad judicial que permite la técnica de ponderación de bienes, la idea actual consiste básicamente en sustituir el debate sobre los límites por una definición precisa de los contenidos constitucionalmente protegidos; en lugar de decir, por ejemplo, que una decisión judicial limita al honor en nombre de la libertad de información, se viene a decir que tales interferencias en las conductas de los ciudadanos (en este caso, la libertad de información) son en realidad "ajenas" al contenido del derecho tutelado (en el ejemplo, el honor); sencillamente porque ésta, en su tipificación constitucional, ya hizo a la libertad de información un límite intrínseco, una frontera definitoria de su propio ser constitucional. Entonces, a diferencia de la teoría del *balancing test*, el juicio que realizará el juzgador lo hará sobre el derecho limitado y no sobre el derecho limitador. Si bien los bienes que operan como cláusulas limitadoras requieren de una interpretación, pero una interpretación que no puede ser independiente del contenido mismo de los derechos limitados. Un sistema judicial eficaz y garantizador del respeto de los derechos fundamentales lo es cuando se conoce lo que es objeto de aseguramiento: el contenido del derecho constitucionalmente reconocido. De modo que en sentido estricto, primero se debe hablar de determinación del contenido del derecho y después de la garantía del mismo.

182 De la misma manera se puede ver la ejecutoria de la Sala Penal Permanente RN N.º 482-2003, Lima, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N.º 6, Lima, 2005, p. 576 que ha dicho: "Para la solución del conflicto existente entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información, ambos de relevancia constitucional, que es el punto nodal de este caso, es de tener en consideración a los efectos de estimar la primacía del segundo, el ámbito y sus requisitos de legitimidad, siempre que se ejerza respetando el contenido esencial de la dignidad de la persona".

La libertad de información comprende el derecho a comunicar información veraz por cualquier medio de difusión –libertad de información activa–, que asimismo se integra con el derecho a recibir información –libertad de información pasiva–¹⁸³. La libertad de prensa es un derecho consagrado a nivel constitucional y supranacional en nuestro país; considero que si bien la prensa (en sentido amplio) tiene la facultad de hacer uso de aquel derecho, como se ha plasmado en distintas convenciones internacionales, ello no puede constituir delitos de calumnias o injurias, ya que la libertad de prensa debe ejercerse con razonabilidad, obrando siempre de buena fe; y de suceder lo contrario, se debe reparar siempre el daño producido al honor de las personas a raíz de ofensas producidas por aquel medio de comunicación, como bien expresa nuestro Código penal. La importancia de la libertad de expresión e información radica fundamentalmente en constituir una libertad pública que forma parte de los principios esenciales de un Estado Social y Democrático de Derecho; sin embargo, existen determinados presupuestos bajo los cuales se encuadra el ejercicio de dichas libertades, esto es: a) persecución de un interés general (social) y no particular; b) no utilización de términos directamente injuriosos en la exposición de opiniones y; c) veracidad, es decir, que se impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad¹⁸⁴.

Precisamente, la Constitución Política del Perú señala que la defensa de la persona humana es el fin supremo de la sociedad (artículo 1 de la Constitución Política de 1993), indicando también la obligación del Estado de preservar los derechos humanos de los ciudadanos (artículo 44 de la Constitución Política de 1993). Criterios acordes con un concepto de un Estado social y democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución Política de 1993), lo que conlleva la necesidad de estructurar un pensamiento penal democrático en cuya base repose la idea esencial de dignidad humana.

La solución del conflicto pasa por la formulación de un juicio ponderativo que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso en particular y permita determinar que

“...En lo referente al ejercicio legítimo de la libertad de información, para considerarlo como tal se requieren lo que se denomina ‘veracidad subjetiva’, del informador, que comporta un específico deber de diligencia, esto es, que lo que se transmite por el informador como ‘hechos’ hayan sido objeto de previo contraste razonable de datos objetivos, pues de lo contrario denotaría una actuación con menosprecio de la verdad o falsedad del comunicado; que, desde la perspectiva interna del informador, la falta de diligencia en su labor, a consecuencia de lo cual transmite una información falsa que perjudica a terceros, solo constituyen caso contrario una conducta negligente sino ostensiblemente dolosa, en la medida que publicó conscientemente como cierto un hecho que no lo era, denotando manifiesto desprecio hacia la verdad”.

“En el caso de autos, si la propia declaración del querellado aparece que no realizó la mínima labor de verificación del obtenido por fuentes muy relativas y en sí mismas poco confiables, tanto más si era sumamente fácil contrastarlo verificando los registros públicos, indagando en los órganos judiciales y en la información periodística sobre la materia, denotando con ello un manifiesto desprecio hacia la verdad, por lo que es de concluir que incurrió en el delito de difamación agravada, previsto y sancionado por el artículo ciento treinta y dos del Código Penal”.

183 DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho penal. Parte especial*, T. I, Santa Fe-Buenos Aires, p. 418.

184 Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 1 de diciembre de 1997, Exp. N.º 6971 – 97 en la ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel; *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Lima, 1999, p. 115.

la conducta atentatoria contra el honor está justificada por ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión o de información. La base de esta posición estriba en que, en principio, los dos derechos en conflicto: honor y libertades de expresión –manifestación de opiniones o juicios de valor– y de información –imputación o narración de hechos concretos–, gozan de igual rango constitucional, por lo que ninguno tiene carácter absoluto respecto del otro [ambos tienen naturaleza de derecho –principio–. A este efecto, uno de los métodos posibles, que es del caso utilizar para el juicio ponderativo, exige fijar el ámbito propio de cada derecho, luego verificar la concurrencia de los presupuestos formales de la limitación, a continuación valorar bajo el principio de proporcionalidad el carácter justificado o injustificado de la injerencia y, finalmente, comprobar que el límite que se trate respeta el contenido el contenido esencial del derecho limitado¹⁸⁵.

Una vez determinados legalmente la concurrencia de los presupuestos típicos del delito en cuestión –paso preliminar e indispensable–, corresponde analizar si se está ante una causa de justificación –si la conducta sujeta a la valoración penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información–. Es insuficiente para la resolución del conflicto entre el delito contra el honor y las libertades de información y de expresión el análisis del elemento subjetivo del indicado delito, en atención a la dimensión pública e institucional que caracteriza a estas últimas y que excede el ámbito personal que distingue al primero¹⁸⁶.

En nuestro Código Penal, la causa de justificación que en estos casos es de invocar es la prevista en el inciso 8) del artículo 20, que reconoce como causa de exención de responsabilidad penal “El que obra [...] en el ejercicio legítimo de un derecho...”, es decir, de los derechos de información y de expresión. Estos derechos, o libertades, pueden justificar injerencias en el honor ajeno, a cuyo efecto es de analizar el ámbito sobre el que recaen las frases consideradas ofensivas, los requisitos del ejercicio de ambos derechos y la calidad –falsedad o no– de las aludidas expresiones¹⁸⁷.

“Un primer criterio, como se ha expuesto, está referido al ámbito sobre el que recaen las expresiones calificadas de ofensivas al honor de las personas. La naturaleza pública de las libertades de información y de expresión, vinculadas a la formación de la opinión ciudadana, exige que las expresiones incidan en la esfera pública –no en la intimidad de las personas y de quienes guarden con ella una personal y estrecha vinculación familiar, que es materia de otro análisis, centrado en el interés público del asunto sobre el que se informa o en el interés legítimo del público para su conocimiento–. Obviamente, la protección del afectado se relativizará –en función al máximo nivel de su eficacia justificadora– cuando las expresiones cuestionadas incidan en personajes públicos o de relevancia pública, quienes, en aras del interés general en juego, deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre –más aún si las expresio-

185 Acuerdo Plenario N.º 3-2006/CJ-116, sobre Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información.

186 Acuerdo Plenario N.º 3-2006/CJ-116, sobre Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información.

187 Acuerdo Plenario N.º 3-2006/CJ-116, sobre Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información.

nes importan una crítica política, en tanto estas se perciben como instrumento de los derechos de participación política—: así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa, del 2 de julio de 2004, que tratándose de funcionarios públicos ha expresado que su honor debe ser protegido de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. En todos estos casos, en unos más que otros, los límites al ejercicio de esas libertades son más amplios.”¹⁸⁸

El otro criterio está circunscrito a los requisitos del ejercicio de las libertades de información y de expresión. Se ha de respetar el contenido esencial de la dignidad de la persona. En primer lugar, no están amparadas las frases objetiva o formalmente injuriosas, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones —con independencia de la verdad de lo que se vierta o de la corrección de los juicios de valor que contienen—, pues resultan impertinentes —desconectadas de su finalidad crítica o informativa— e innecesarias al pensamiento o idea que se exprese y materializan un desprecio por la personalidad ajena. Es claro que está permitido en el ejercicio de las libertades de información y de expresión que se realice una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, pero no lo está emplear calificativos que, apreciados en su significado usual y en su contexto, evidencian menosprecio o animosidad”¹⁸⁹.

En segundo lugar, el ejercicio legítimo de la libertad de información requiere la concurrencia de la veracidad de los hechos y de la información que se profiera. Debe ejercerse de modo subjetivamente veraz [el Tribunal Constitucional, en la sentencia número 0905-2001-AI/TC, del 14.8.2002, ha precisado al respecto que el objeto protegido de ambas libertades es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones —incluye apreciaciones y juicios de valor—; y, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimos por quienes tienen la condición de sujetos informantes]. Ello significa que la protección constitucional no alcanza cuando el autor es consciente de que no dice o escribe verdad cuando atribuye a otro una determinada conducta —dolo directo— o cuando, siendo falsa la información en cuestión, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad —dolo eventual—. En este último caso, el autor actúa sin observar los deberes subjetivos de comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma, delimitación que debe hacerse desde parámetros subjetivos: se requiere que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales [El Tribunal Constitucional, en la sentencia número 6712-2005-HC/TC, del 17.10.2005, precisó que la información veraz como contenido esencial del derecho no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontrastable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información]”.

188 Acuerdo Plenario N.º 3-2006/CJ-116, sobre Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información.

189 Acuerdo Plenario N.º 3-2006/CJ-116, sobre Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información.

No se protege, por tanto, a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose irresponsablemente al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas; las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligencias comprobadas y sustentadas en hechos objetivos, debiendo acreditarse en todo caso la malicia del informador. Es de destacar, en este punto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español—entre otras muchas, la sentencia número 76/2002, del 8.4.2002 (§ 3)— que ha puntualizado que el específico deber de diligencia es exigible con diferente grado de intensidad en función de que la noticia se presente como una comunicación neutra, en cuanto procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa, de la que simplemente se da traslado, o bien de que se trate de una información asumida por un medio periodístico y su autor como propia, en cuyo caso el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no admite atenuación o flexibilidad alguno, sino que su cumplimiento debe ser requerido en todo su rigor”.

Para los supuestos de reportaje neutral, el deber de diligencia se satisface con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende en principio a la necesidad de acreditar la verdad de lo declarado, aún cuando se exige la indicación de la persona —debidamente identificada— que lo proporciona [a este se le exige la veracidad de lo expresado], siempre que no se trate de una fuente genérica o no se determine quién hizo las declaraciones, sin incluir opiniones personales de ninguna clase. Por lo demás, no se excluye la protección constitucional cuando media un error informativo recaído sobre cuestiones de relevancia secundaria en el contexto de un reportaje periodístico.

Otra ponderación se ha de realizar cuando se está ante el ejercicio de la libertad de expresión u opinión. Como es evidente, las opiniones y los juicios de valor —que comprende la crítica a la conducta de otro— son imposibles de probar [el Tribunal Constitucional ha dejado expuesto que, por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidas a un test de veracidad, Sentencia del Tribunal Constitucional número 0905-2001-AA/TC, del 14.8.2002]. Por tanto, el elemento ponderativo que corresponde está vinculado al principio de proporcionalidad, en cuya virtud el análisis está centrado en determinar el interés público de las frases cuestionadas —deben desbordar la esfera privada de las personas, única posibilidad que permite advertir la necesidad y relevancia para lo que constituye el interés público de la opinión— y la presencia o no de expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, que denotan que están desprovistas de fundamento y o formuladas de mala fe sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a ese propósito, a la que por cierto son ajenas expresiones duras o desabridas y que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige¹⁹⁰.

190 Acuerdo Plenario N.º 3-2006/CJ-116, sobre Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información.

Ello justifica que en el Acuerdo Plenario se reconozca la existencia de una parcela del honor que resulta absolutamente intangible, que goza de protección absoluta, incluso frente al derecho a la libertad de expresión, la misma que es identificada con la dignidad de la persona. Partiendo del doble contenido que presenta el concepto de honor en cuanto objeto de protección penal, solo cabría admitir la posibilidad de justificar una lesión de este en cuanto se haga afectación del honor como reputación o imagen pública de la persona, mas no cuando ello implique además una afectación a la dignidad, en la medida en que esta, al constituir un elemento indispensable de la misma condición humana, no puede ser objeto de ninguna limitación, y menos aún de lesión justificada por parte de un Ordenamiento jurídico que se corresponda con el de un Estado de Derecho, sustentado sobre la base de la protección de los derechos fundamentales de la persona.

CAP. VI

En este punto debemos citar el caso “Magaly Medina”, a través del Recurso de Nulidad N.º 449 – 2009, Lima, de fecha 9 de julio de 2009 expedido por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, que ha dicho lo siguiente:

“En el caso de autos, no cabe duda que la naturaleza y alcance de la actividad desplegada por la querellada como comunicadora de espectáculos implica el desarrollo de una actividad riesgosa que puede exceder el ámbito de lo permitido por el derecho o tutelado jurídicamente con la norma prohibitiva de ‘no afectar el honor de las personas’; esta afirmación se sustenta en la naturaleza de sus informes, en el propio medio por el cual difunden la información –revista y televisión– además de la conocida y sostenida teleaudiencia que genera. Siendo ello así se requiere un mayor control de fuentes de peligro que amenazan –sería y gravemente– bienes jurídicos como el honor de las personas. Asimismo, se debe considerar que el principio de confianza no puede operar con el mismo rigor en cualquier circunstancia; el nivel de rigidez del principio de confianza está en estricta relación con el riesgo que compromete con su actuar. En tal sentido, en el presente caso no es admisible asumir la aplicación del principio de confianza en forma absoluta, pues en el marco de las públicas actividades desplegadas por la encausada Magaly Jesús Medina Vela, a través de su programa de televisión y su revista semanal se requiere un proceder cauteloso y rígido respecto a sus controles; en ese contexto, si bien no se desconoce, que bajo criterios de distribución del trabajo, se tiene la necesidad de actuar confiados en que cada eslabón ejecutara correctamente su rol; sin embargo, la atención respecto al cumplimiento de los procedimientos, en una organización de carácter vertical exige un mayor nivel de control del superior al subordinado, tanto más cuando se asumen altos riesgos de afectación a bienes jurídicos de terceros. Así en la labor periodística de la querellada con relación al presente caso hace falta algo más que la confianza en el emisor de la información o un mínimo de deber de comprobación; motivo por el cual en principio, no basta una única fuente de información para dar por cumplido el requisito de comprobación diligente de lo noticia. La querellada en su calidad de directora de la revista y conductora del programa de televisión con amplia experiencia en el ambiente periodístico desde su posición de garante y dentro de una estructura vertical de trabajo, tenía el deber de controlar las fuentes de peligro, por ello le era exigible: i) mostrar diligencia en la verificación de la información, para lo cual bien pudo contrastar la noticia, lo que desde luego debe responder a mínimas condiciones de verosimilitud, y ii) proporcionar los medios necesarios a quien está en una relación de subordinación; lo que no realizó, pues en el presente, la cámara fotográfica

del agente que lleva la noticia no tenía un fechador debidamente controlado, y aun cuando lo importante de la noticia no era la toma fotográfica —que desde luego resulta inocua para afectar el honor del querellante— si resulta relevante la hora en que se señala se efectuó esta; y; iii) el riesgo de afectación al honor del jugador nacional José Paolo Guerrero Gonzáles exigía principalmente que dicho aspecto sea corroborado, en todos los niveles, tanto más por lo propia Directora y conductora. En ese sentido, la actuación de la conductora posterior a la emisión de la noticia desechando la misiva que le advertía que esta no correspondía con la realidad (acrecentando la intensidad de la trasgresión a la norma prohibitiva y con capacidad para producir el resultado lesivo, pues buscaba con dicho proceder afirmar la veracidad de la noticia) aparejada en ese estadio a su conducta renuente a verificar la evidencia que sustentaba su información, nos lleva razonablemente a concluir que su representación de vulneración de la norma —o si se quiere de la producción del resultado mella en el honor de un individuo— era altamente probable; sin embargo se conformó con el riesgo y siguió adelante e incrementó ostensiblemente dicho riesgo; en efecto, por lo antes anotado era evidente que incluyó en sus cálculos la realización del tipo, pues reconoció como posible que se produzca y lo asumió voluntariamente; en tal virtud, queda claro su consciente desprecio hacia lo verdad, circunstancia que no se daría si la querellada hubiera actuado con pruebas claras de la verdad del hecho, siendo por ello atribuible el delito subjetivamente por dolo eventual, conforme lo afirma la Sala Penal Superior. En tanto era consciente que su conducta concreta era apta para realizar el tipo penal".

IV. LA IMPOSICIÓN DE LA PENA POR DEBAJO DEL MÍNIMO LEGAL EN EL PRESENTE CASO

Lo que llama la atención de la sentencia en comento es que a Magaly Medina —conjuntamente con su co-condenado Ney Guerrero— se le ha impuesto una condena de cinco meses de pena privativa de libertad cuando el delito de difamación agravada (artículo 132, segundo párrafo, CP) tiene en su marco mínimo de penalidad un año de cárcel. Tenemos que decir que imponer una pena por debajo del mínimo legal no constituye, en principio, una grave infracción al principio de legalidad criminal, es más el mismo Código Penal —en su Parte General— estipula que sí se puede rebajar el mínimo legal de la pena. Lo reprochable es que se quiera “privilegiar” la imposición de una pena por debajo del mínimo legal sin ofrecer de manera expresa una justificación por parte del juzgador penal.

En ese sentido, si un Juez Penal ha decidido imponer a una persona una pena por debajo del mínimo legal tendría que haberse dado, por ejemplo, algunos de los supuestos donde precisamente se permite tal privilegio. Así la figura de la tentativa que según el artículo 16 que señala que con la “...tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”; así también el artículo 21 expresa que: “En los casos del artículo 20, cuanto no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente las responsabilidades, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”; o en la figura de la responsabilidad restringida por razón de la edad del artículo 22, primer párrafo, que preceptúa lo siguiente: “Podrá reducirse prudencialmente la pena se-

ñalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción”; o el caso de la figura de la complicidad secundaria del artículo 25, segundo párrafo, que dice: “A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”; o procesalmente si el procesado-acusado se ha acogido a la denominada confesión sincera (artículo 136, segundo párrafo, del Código de Procedimientos Penales) que establece: “La confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso a límites inferiores al mínimo legal, salvo que se trate de los delitos de secuestro y extorsión, previstos en los artículos 152 y 200 del Código Penal, respectivamente, en cuyo caso no opera la reducción”¹⁹¹.

CAP. VI

Sin embargo, de la sentencia en comento no se desprende ninguno de los supuestos antes descritos por lo que, en principio, la Jueza Penal debió imponer la pena dentro de los parámetros que el delito de difamación agravada le permite, y no una pena por debajo del mínimo legal, es decir, de cinco meses de pena privativa de libertad como efectivamente ha ocurrido, y más todavía decidiendo por la efectividad de dicha pena. Es aquí donde, a mi juicio, existe un cuestionamiento serio a la decisión judicial que es materia del presente comentario, pues no se observa ninguna justificación jurídica al respecto. Si bien la efectividad y/o condicionalidad de la pena privativa de libertad prácticamente es responsabilidad exclusiva del juzgador penal, también es cierto que se tiene que argumentar de manera racional y coherente cuando se decide que en determinados delitos –donde normalmente no se ejecuta de manera efectiva como el delito de difamación– sí procede aplicar un cambio de criterio en el régimen de penalidad.

V. ¿EXISTE PELIGROSIDAD EN MAGALY MEDINA –Y SU PRODUCTOR NEY GUERRERO– EN COMETER FUTUROS DELITOS DE DIFAMACIÓN AGRAVADA? EL FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA DEL 16 DE OCTUBRE DE 2008 PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD “EFECTIVA”

En este apartado ya no veremos si la Juez Penal hizo bien en imponer una pena por debajo del mínimo legal, sino más bien ¿Si la “ejecución” de la pena privativa de libertad del delito de difamación agravada resulta correcta desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico-penal? La pregunta planteada tiene a su vez una respuesta previa: que la suspensión o efectividad de una pena privativa

191 El Código Penal español establece una modalidad de confesión sincera del infractor en el delito contra el honor. Así, el artículo 214° prescribe lo siguiente: “Relativo a la obligación del juez o Tribunal de atenuar la pena principal, correspondiente al delito de calumnia o injuria cometido, imponiéndola inmediata inferior en grado o a la facultad de dejar de imponer la accesorio de inhabilitación especial, prevista en el artículo anterior, cuando el acusado reconociera ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones realizadas, retractándose de ellos, en cuyo caso aquellos ordenarán que se entregue testimonio de la retractación al ofendido o incluso, si esta lo solicita, decretarán también su publicación en el mismo medio en que se vertió la calumnia o injuria”.

de libertad, al menos en nuestro Código Penal, *queda a la libre discrecionalidad del juzgador penal, de acuerdo a las circunstancias del caso*. Es decir, no se trata de una obligación legal por parte del Juez Penal en el sentido si hay una sentencia condenatoria por debajo de cuatro años de pena privativa de libertad, esta tendrá que ser de carácter suspensivo; y por el contrario si sobrepasa los cuatro años de pena privativa de libertad tendrá que ser –por imposición legal– efectiva. Si revisamos el Código Penal peruano, en la parte de referida a las medidas alternativas a la pena privativa de libertad –suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad– nos daremos cuenta rápidamente que dichas medidas son de carácter facultativos¹⁹². Así por ejemplo la figura de la suspensión de la ejecución de la pena (el artículo 57 Código Penal) preceptúa que: “El Juez *podrá* suspender la ejecución de la pena...”; o la figura de la reserva del fallo condenatorio (artículo 62 Código Penal) señala que: “El Juez *podrá* disponer...”; o la figura la exención de la pena (artículo 68 Código Penal) que expresa: “El Juez *podrá* eximir de sanción...”.

Quizá ya para nadie es una novedad que la “reincidencia” y la “habitualidad” han vuelto –lamentablemente– al derecho penal peruano¹⁹³. Así debemos decir que los artículos 46-B y 46-C al Código Penal mediante la Ley N.º 28726, se modificó los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del mismo cuerpo legislativo. También debe citarse la posterior modificación en el Código Penal producida por la Ley 28730, de fecha 13 de mayo de 2006 que incorpora la “reincidencia” y la “habitualidad” en el principio de proporcionalidad de las sanciones (artículo VIII del Título Preliminar) y en el tema del concurso real de delito (artículo 50 Código Penal) y concurso real retrospectivo del delito (artículo 51 Código Penal). Estos institutos como sabemos fueron expurgados del actual Código Penal de 1991 –basta revisar la Exposición de Motivos– por su carácter vulnerador de los derechos fundamentales de la persona, en especial el principio del *ne bis in idem*. Con la entrada en vigencia de la Ley 28726, hemos retrocedido en el objetivo de no “mirar” los antecedentes criminales del imputado como circunstancia agravante de la responsabilidad penal, y esto se ve reflejado en el presente caso.

Por ello, y retomando el caso de Magaly Medina quizá la Jueza del 27 Juzgado Penal de Lima ha visto el pasado de la procesada, y obviamente el prontuario de delitos cometidos –y lo curioso se trata del mismo delito de difamación agravada¹⁹⁴–

192 Véase, sin embargo, las críticas del poder discrecional del Juez Penal en este tipo de medidas alternativas: HURTADO POZO, José; “Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo”, en *Hurtado Pozo, José (Director), Anuario de derecho penal*, Lima, 1999, p. 246 y ss.

193 Véase para más referencias: ORÉ SOSA, Eduardo A.; “El endurecimiento del Derecho penal a través de las Leyes 28726 y 28730” en: *Actualidad Jurídica*, tomo 151, junio 2006, Lima, p. 13 y ss.; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.; “La Ley penal sobre reincidencia y habitualidad. El retorno a los postulados del positivismo criminológico”, en: *Actualidad Jurídica*, tomo 151, junio 2006, Lima, p. 23 y ss.; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; “Modificación de los requisitos materiales de la prisión preventiva. La reducción en la pena probable y la incorporación de la habitualidad delictiva”, en: *Actualidad Jurídica*, tomo 151, junio 2006, Lima, p. 33 y ss.

194 De la revisión de otros casos de Magaly Medina por delitos de la misma naturaleza podemos ver el siguiente esquema:

- Diciembre 1998. Delito: Difamación, Denunciante: Ex reina de belleza Deborah de Souza Pexioto Luna. Sentencia: el 41º Juzgado de Lima condena a la periodista y su productor a dos años de libertad condicional y al pago de una reparación civil de 30 mil soles, cada uno.

por parte de la conductora de televisión, y sobre esa base, ha creído conveniente la Jueza que Magaly Medina seguirá cometiendo el delito de difamación. Así, en el considerando undécimo de la sentencia en comento, expresa lo siguiente: “No obstante lo anterior, la penalidad establecida para el delito que se juzga, la suscrita considera que estando además a las condiciones personales de los agentes, es altamente probable que pretendan volver a cometer otro delito de semejante naturaleza, por lo que resulta necesario reivindicar el derecho al honor como derecho fundamental, relevando su importancia no solo para el individuo sino también para la sociedad porque la falta de protección puede provocar una alteración indeseada en la forma de ejercerse otros derechos lo que puede llevar consigo un considerable aumento de la agresividad social y considerando que según nuestro Ordenamiento Penal Sustantivo la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora debe ser proporcional y coherente a la responsabilidad en el hecho”.

CAP. VI

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

1. Recientemente, el caso Magaly Medina y su encerramiento en un Centro Penitenciario ha propiciado el cuestionamiento de los delitos contra el honor desde diferentes puntos de vista. Así, por ejemplo, se ha puesto en tela de juicio si los delitos de difamación resultan justificables como “delitos” en el Código Penal, que mejor sea el fuero privativo quien asuma la responsabilidad de su enjuiciamiento y de su posible sanción a los sujetos infractores. En otras palabras, que sea un ilícito civil y que su

- Mayo 2001. Delito: Difamación agravada. Denunciante: Gisela Valcárcel. Sentencia: Magaly Medina es condenada por la Sala de Apelaciones a dos años de prisión condicional y al pago de 10 mil soles de reparación civil.
- 23/10/2003. Delito: Violación al derecho de la intimidad. Denunciante: Vedette Mónica Adaro. Sentencia: El 39 Juzgado Penal a cargo del juez Miguel Valladolid, condena a Magaly Medina y a su productor Ney Guerrero a cuatro años de prisión condicional y al pago de una reparación por 50 mil nuevos soles, cada uno.
- 13/05/2004. Delito: Difamación y calumnia. Denunciante: Martha Vásquez Chávez, “Yessabella”. Sentencia: El Primer Juzgado Penal de Lima a cargo de la jueza María Grados Grados, condena a Medina y a Guerrero a 15 meses de prisión condicional y al pago de una reparación civil de 25 mil nuevos soles cada uno.
- 10/06/2008 Delito: Difamación. Denunciante: Efraín Aguilar. Sentencia: Magaly Medina es sentenciada a cuatro meses de servicio a la comunidad y al pago de una reparación civil de cinco mil nuevos soles.

JUICIOS ARCHIVADOS:

- 1999 Delito: Difamación. Denunciante: Ernesto Pimentel. Caso: Pimentel demanda a Magaly Medina por difundir un informe sobre su condición homosexual y de ser portador del VIH. La demanda es anulada en la Corte Superior.
- 23/10/2003: Delito: Difamación. Denunciante: Susana Umbert. Caso: La jueza Ana Portilla, titular del 12° Juzgado Penal de Lima, decide a favor de Magaly Medina y archiva la querrela presentada por la productora Umbert, socia de Gisela Valcárcel.
- Junio 2004: Delito: Difamación. Denunciante: Juan Martín Mercado. Sentencia: El 6 Juzgado de Lima decide archivar el caso, en el que el modelo Juan Martín Mercado denunció a Magali Medina por difamación.

POR CONCILIACIÓN:

- 1999. Delito: Difamación. Denunciante: Augusto Polo Campos. Caso: Polo Campos querrela a Medina por difamación. Llegan a conciliar.

sanción represente exclusivamente una indemnización económica. En todo caso, aún cuando se siga incorporando como delito la conducta difamatoria, aún en su forma agravada, este sería sancionado solo con una sanción no privativa de libertad, como ejemplo con la prestación de servicios a la comunidad o multa.

2. Dentro de los delitos contra el honor regulados en nuestro Código Penal se encuentra el delito de difamación agravada. Empero, lo más llamativo –y también lo más problemático desde el derecho probatorio– es que se trata de un delito de tendencia interna trascendente, pues aquí tiene un papel protagónico el llamado *animus difamandi*. En otras palabras, al autor de un delito por difamación se le tiene que probar que no solo tuvo la consciencia y voluntad de hacer los elementos objetivos del tipo penal, sino la intención de querer dañar la reputación de otra persona; por ello en estos delitos se tiene que demostrar que ha existido un exceso en la subjetividad –más que en la objetividad del tipo– en el agente activo.
3. La modalidad de difamación agravada por el medio empleado siempre representa un conflicto entre el derecho al honor de la personas (derecho individual) y el derecho a la libertad de prensa (derecho colectivo). Y un tema que también vale la pena mencionar es que la sentencia en comento ha zanjado, por ahora, un conflicto en el derecho penal –que proviene más bien del derecho constitucional– que desde siempre lo ha venido “ganando” en los fueros judiciales –sobre todo en los demás casos de “Magaly Medina”– el derecho colectivo en contraposición al derecho individual. Me estoy refiriendo a que la citada sentencia define la posición de que la libertad de información debe ahora “ceder” a la protección del derecho al honor.
4. Quizá la sentencia de la Jueza del 27 Juzgado Penal de Lima hubiera pasado desapercibida si es que no se hubiera ejecutado de manera efectiva la pena privativa de libertad. Por lo tanto, la relevancia del caso no está en la declaración de culpabilidad en contra de Magaly Medina por el delito de difamación agravada, sino más bien en la “forma” y “modo” cómo se dio la ejecución de la sanción penal por el referido delito. En tal virtud, merece destacar varios puntos: en primer lugar, resulta cuestionable que la Jueza –a través de su sentencia– haya impuesto una condena por debajo del mínimo legal –es decir por debajo de un año de pena privativa de libertad que estipula el delito de difamación agravada– sin argumentar jurídicamente el porqué de dicha decisión judicial. Como hemos dicho, solo un Juez Penal puede rebajar un mínimo legal cuando del caso se desprendan determinadas circunstancias, las mismas que están previstas en el mismo Código Penal (por ejemplo: tentativa, complicidad secundaria, confesión sincera, etc.). Por el contrario si la Jueza argumentó la imposición de la “efectividad” de la pena privativa de libertad cuando señala que existe la probabilidad que Magaly Medina cometerá en el futuro muchos más delitos del mismo rubro.
5. Para muchos, la sentencia expedida por la Jueza del 27 Juzgado Penal de Lima y su parte resolutive de pena efectiva representa una decisión

“impopular”. A esto habrá que señalar que desde hace tiempo ya hemos superado la idea de que los índices de aprobación –o desaprobación– de una determinada población no tiene –debe– supeditar una decisión judicial. Hasta la fecha, la misión de administrar justicia en materia penal se le encomendada exclusivamente a los Jueces Penales.

6. A través del Recurso Nulidad N.º 449-2009-Lima– de fecha 09 de julio del dos mil nueve, expedido por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, conocido como el caso “Magaly Medina” se analizan varios aspectos que podemos dividirlos tanto en aspectos jurídico-materiales como jurídico-procesales. Con respecto al primer punto, por ejemplo, se analiza el denominado principio de culpabilidad o responsabilidad subjetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código penal), específicamente el concepto de error de prohibición (artículo 14, segundo párrafo, del Código penal) del sujeto activo como criterio exculpante de la responsabilidad penal. Asimismo, la Corte Suprema también analiza el controvertido principio de confianza como criterio extintivo de la responsabilidad, propio de la imputación objetiva del resultado, el cual como sabemos debe regir en una estructura jerárquica y división de trabajo; finalmente se analizan los criterios para fijar una adecuada reparación o responsabilidad civil en la sentencia judicial, sobre todo en delitos donde se le va a imponer un importante monto de indemnización civil. Y como no podía ser de otro modo, así también la citada sentencia de la Corte Suprema de la República analiza aspectos jurídico-procesales que en mi concepto serían los siguientes: la expresión de agravio en el recurso de impugnación, específicamente analizando el principio de congruencia recursal que pocas veces se analiza en una sentencia de esta naturaleza; por otro lado, también analiza el derecho (constitucional) a la prueba que poseen las partes procesales; y como aspecto colateral, también se ha analizado la valoración judicial de la prueba y los respectivos modelos que se ha seguido.

CAP. VI

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
PLENO JURIDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS
ACUERDO PLENARIO N.º 3-2006/CJ-116**

Concordancia Jurisprudencial

Artículo 116 TUO LOP 3

ASUNTO: Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información

Lima, trece de octubre de dos seis.

Los Vocales de lo penal integrantes de las Salas Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Ordenado de la ley Orgánica del poder judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

1. Las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un pleno Jurisdiccional de los vocales de lo penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria— de donde emanaron las Ejecutorias analizadas—, en sesiones preliminares, resolvieron al pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.
3. En el presente caso, el pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria Suprema que analiza y fija criterios para solucionar la colisión que pueda presentarse entre el delito contra el honor— protección constitucional al honor y a la reputación— y el derecho Constitucional a la libertad de expresión. Se trata de la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número 4208/2005/ Lima, del 18 de octubre de 2005.
4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, facultad a las Salas Especializadas del poder judicial a dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en la Ejecutoria Suprema analizada, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores San Martín Castro y Calderón Castillo, quienes expresan el parecer del pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. Los artículos 130, 131 y 132 del Código Penal instituyen los delitos de injuria, calumnia y difamación como figuras penales que protegen el bien jurídico honor. El honor es un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico, pero que en todo caso, desde una perspectiva objetiva, aluden a la suma de cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan. Desde un sentido objetivo el honor importa la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valla y prestigio; reputación y la propia estimación son sus dos elementos constitutivos (en igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia número 0018-1996-AI/TC, del 29.4.1997, que hace mención al honor interno y al honor interno y al externo, y llega a decir que la injuria, a diferencia de la difamación y la calumnia, solo inciden el

honor interno, que es muy subjetivo). Este bien jurídico está reconocido por el artículo 2, numeral 7), de la Constitución, y constituyen un derecho fundamental que ella protege, y que se deriva de la dignidad de la persona –constituyen la esencia misma del honor y determina su contenido–, en cuya virtud los ataques al honor son ataques inmediatos a la dignidad de la persona. Su objeto, tiene expuesto el Tribunal Constitucional en la sentencia número 2790-2002-AA/TC, del 30.1.2003, es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión e información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso, puede resultar injuriosa o despectiva.

7. Paralelamente, la Constitución, en su artículo 2, numeral 4), también reconoce y considera un derecho fundamental común a todas las personas las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social. Son sujetos de este derecho la colectividad y cada uno de miembros, no son solo los titulares del órgano o medio de comunicación social o los profesionales del periodismo. Desde luego el ejercicio de este derecho fundamental– dado el carácter o fundamento esencial que ostenta en una sociedad democrática (v.gr.: STEDH, Asunto WORM vs. Austria, del 29.8.1997, s 47)– modifica el tratamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que las conductas objeto de imputación en sede penal han sido realizadas en el ejercicio de dichas libertades. Como es evidente, por lo general se presenta un problema entre la protección constitucional de dichas libertades y el derecho al honor, dada su relación conflictiva que concreta en que el derecho al honor no solo es un derecho fundamental sino que está configurado como un límite especial a las libertades antes mencionadas– tiene una naturaleza de libertad negativa, que en el Derecho penal nacional se aborda mediante la creación de los tres delitos inicialmente mencionados – (“Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común”: segundo párrafo del numeral 4) del artículo 2 Constitucional). La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa vs Costa Rica, del 2 de julio de 2004, precisó que el derecho a la libertad de expresión de pensamiento no es absoluto, cuyas restricciones deben cumplir tres requisitos, a saber: 1) Deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias, en una sociedad democrática.
8. La solución del conflicto pasa por la formación de un juicio ponderativo que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso en particular y permita determinar que la conducta atentatoria contra el honor está justificada por ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión o de información. La base de esta posición estriba en que, en principio, los dos derechos en conflicto; honor y libertades de expresión– manifestación de opiniones o juicios de valor – y de información-imputación o narración de hechos concretos–, gozan de igual rango constitucional, por lo que ninguno tiene carácter absoluto respecto al otro (ambos tienen naturaleza de derecho-principio). A este efecto, uno de los métodos posibles, que es del caso utilizar para el juicio ponderativo, exige fijar el ámbito propio de cada derecho, luego verificar la concurrencias de los presupuestos formales de la limitación, a continuación valorar bajo el principio de proporcionalidad el carácter justificado o injustificado de las injerencias y, finalmente,

CAP. VI

comprobar que el límite que se trate respeta el contenido esencial del derecho limitado.

9. Una vez determinados legalmente la concurrencia de los presupuestos típicos del delito en cuestión— paso preliminar e indispensable—, corresponde analizar si se está ante una causa de justificación— si la conducta sujeta a la valoración penal constituye o no ejercicio de las libertades de expresión e información. Es insuficiente para la resolución del conflicto entre el delito contra el honor y las libertades de información y de expresión el análisis del elemento subjetivo del indicado delito. En atención a la dimensión pública e institucional que caracteriza a estas últimas y que excede el ámbito personal que distingue el primero. En nuestro Código Penal la causa de justificación que en estos casos es de invocar es la prevista en el inciso 8) del artículo 20, que reconoce como causa de exención de responsabilidad penal. “El que obra (...) en el ejercicio legítimo de un derecho...” es decir, de los derechos de información y de expresión. Estos derechos, o libertades, pueden justificar inferencias en el honor ajeno, a cuyo efecto es de analizar el ámbito sobre el que recaen las frases consideradas ofensivas, los requisitos del ejercicio de ambos derechos y la calidad —falsedad o no— de las aludidas expresiones.
10. Un primer criterio, como se ha expuesto, está referido al ámbito sobre el que recaen las expresiones calificadas de ofensivas al honor de las personas. La naturaleza pública de las libertades de información y de expresión, vinculadas a la formación de la opinión ciudadana, exige que las expresiones incidan en la esfera pública —no en la intimidad de las personas y de quienes guarden con ella una personal y estrecha vinculación familiar, que es materia de otro análisis, centrado en el interés público de asunto sobre el que se informa o en el interés legítimo del público para su conocimiento—. Obviamente, la protección del afectado se relativizará —en función al máximo nivel de su eficacia justificadoras— cuando las expresiones cuestionadas incidan en personajes públicos o de relevancia pública, en aras del interés general en juego, deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre —más aun si las expresiones importan una crítica política, en tanto estas se perciben como instrumento de los derechos de participación política—: así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa, del 2 de julio de 2004, que tratándose de funcionarios ha expresado que su honor debe ser protegido de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. En todos estos casos, en unos más que otros, los límites al ejercicio de esas libertades son más amplios.
11. El otro criterio está circunscrito a los requisitos del ejercicio de las libertades de información y de expresión. Se ha de respetar el contenido esencial de la dignidad de la persona. En primer lugar, no están amparadas las frases objetiva o formalmente injuriosas, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones— con independencia de la verdad de lo que se vierta o de corrección de los juicios de valor que contienen—, pues resultan impertinentes — desconectadas de su finalidad crítica o informativa— e innecesarias al pensamiento o idea que se exprese y materializan un desprecio por la personalidad ajena. Es claro que está permitido en el ejercicio de las libertades de información y de expresión que se realice una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, pero no está permitido emplear calificativos que, apreciados en su significado usual y en su contexto, evidencian menosprecio o animosidad.

12. En segundo lugar, el ejercicio legítimo de la libertad de información requiere la concurrencia de la veracidad de los hechos y de la información que se profiera. Debe ejercerse de modo subjetivamente veraz (el Tribunal Constitucional, en la sentencia numero 0905-2001-AI/7TC, del 14.8.2002, ha precisado al respecto que el objeto protegido de ambas libertades es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones-incluye apreciaciones y juicios de valor-; y tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimos por quienes tienen la condición de sujetos informantes). Esto significa que la protección constitucional no alcanza cuando el autor es consciente de que no dice o escribe cuando atribuye a otro una determinada conducta –dolo directo– o cuando, siendo falsa la información en cuestión, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de verdad –dolo eventual– En este último caso, el autor actúa sin observar los deberes subjetivos de comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma, delimitación que debe hacerse desde parámetros subjetivos: se requieren que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales (El Tribunal Constitucional, en la sentencia numero 6712-2005.HC/TC, del 17.10.2005, preciso que la información veraz como contenido esencial del derecho no se requiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontrastable, sino mas bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información).

No se protege por tanto, a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen con menosprecio de la verdad falsedad de lo comunicado, comportándose irresponsablemente al transmitir como hechos verdaderos simples, rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas; las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligencias comprobadas y sustentadas en hechos objetivos, debiendo acreditarse en todo caso la malicia del informador.

Es de destacar, en este punto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español– entre otras muchas, la sentencia número 76/2002, del 8.4.2002 que ha puntualizado que el específico deber de diligencia es exigible con diferente grado de intensidad en función de que la noticia se presente como una comunicación neutra; en cuanto procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa; de la que simplemente se da traslado; o bien de que se trate de una información asumida por un medio periodístico y su autor como propia; en cuyo caso el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no admite atenuación o flexibilidad alguna; sino que su cumplimiento debe ser requerido en todo su rigor.

Para los supuestos de reportaje neutral el deber de diligencia se satisface con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende en principio a la necesidad de acreditar la verdad de lo declarado, aun cuando se exige la indicación de la persona –debidamente identificada– que lo proporciona (a este se le exige la veracidad de lo expresado), siempre que no se trate de una fuente genérica o no se determine quien hizo las declaraciones, sin incluir opiniones personales de ninguna clase.

Por lo demás, no se excluye la protección constitucional cuando media un error informativo recaído en cuestiones de relevancia secundaria en el contexto de un reportaje periodístico.

13. Otra ponderación se ha de realizar cuando se está ante el ejercicio de la libertad de expresión u opinión. Como, es evidente, las opiniones y los juicios de valor— que comprende la crítica a la conducta de otro son imposibles de probar (el Tribunal Constitucional ha dejado expuesto que, por su propia naturaleza, los juicios de valor, los opiniones, los pensamientos o las ideas de cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad, Sentencia del Tribunal Constitucional numero 0905-2001-AA/TC, del 14.8.2002J. Por tanto, el elemento ponderativo que corresponde está vinculado al principio de proporcionalidad, en cuya virtud el análisis está centrado en determinar el interés público de las frases cuestionadas-deben desbordar la esfera privada de las personas, única posibilidad que permite advertir la necesidad y relevancia para lo que constituye el interés público de opinión-y presencia o no de expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, que denotan que están desprovistas de fundamento y o formuladas de mala fe-sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a ese propósito, a la que por cierto son ajenas expresiones duras o desabridas y que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige.

III. DECISIÓN

14. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, unidas en pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ

15. Establecer como doctrina legal, las reglas de ponderación precisadas en los párrafos 8 al 13 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.
16. Precisar que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
17. Publicar el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber

Ss.

SALAS GAMBOA/SIVINA HURTADO/GONZALES CAMPO/SN MARTÍN CASTRO/
VALDES ROCA/BARRIENTOS PEÑA/VEGA VEGA/LECAROS CORNEJO/MOLINA
ORDOÑES/PEIRANO SANCHEZ/VINATEA MEDINA/ PRINCIPE TRUJILLO/ CAL-
DERON CASTILLO/ URBINA GAMBINI/J-5181.

Publicada en el Diario Oficial el Peruano el viernes 29 de diciembre de 2006

EL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y BIEN JURÍDICO TUTELADO

La Constitución Política del Estado en su artículo 1 prescribe: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; y en su artículo 4 declara: “La Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente y a la madre en situación de abandono”; en consecuencia, es deber del órgano jurisdiccional del Estado garantizar el cumplimiento de las obligaciones que devienen del derecho alimentario, en armonía con la protección conferida por el literal “c” del párrafo 24 del artículo 2 de la Carta Magna.

También, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, aprobada por Resolución Legislativa Número 25278, dispone que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales, se deberá tener en consideración primordial el interés superior del niño”; principio que recoge el Código de los Niños y Adolescentes.

Según lo prescribe el artículo 472 del Código Civil, el concepto de alimentos comprende lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad los alimentos comprenden también la educación, instrucción y capacitación para el trabajo. Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes en el artículo 101 prescribe que se considera alimentos lo necesario para el sustento, la habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente.

En este mismo sentido, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima se pronuncia también (Exp. N.º 2158-98, en Fidel Rojas Vargas/ Baca Cabrera/ Neira Huamán, 1999, p. 192) “(...), el encausado no solo ha incumplido sus más elementales obligaciones como padre impuestos por la naturaleza y asimismo, por nuestra ley vigente, en este caso el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes, ya que es obligación de los padres el cumplir con los alimentos, los mismos que deben entenderse como los alimentos propiamente dichos, vivienda, vestido, educación, instrucción, recreo, atención médica y los demás factores externos que requieren tanto los niños como los adolescentes para su normal

desarrollo psicobiológico, conforme a lo normado por el artículo 101 del cuerpo de leyes citado.”

Según el Dr. Torres Gonzales “...el bien jurídico protegido es la “familia y específicamente los deberes asistenciales”, ya que si bien el delito de omisión a la asistencia familiar se encuentra del título tercero entre los delitos contra la familia, la norma no protege todos los derechos y deberes familiares como sería el deber de fidelidad, el de convivencia de protección moral entre otros, sino solo el de asistencia material”¹⁹⁵. Por su parte, Reyna Alfaro afirma que el bien jurídico del delito en comento supone la infracción de los deberes de orden asistencial en el ámbito familiar, puede afirmarse entonces que los que se protegen penalmente no son dichos deberes sino los derechos que subyacen ante dichos deberes. En suma, el bien jurídico penal en el delito de omisión de asistencia sería el conjunto de derechos de asistencia material familiar correspondiente a la víctima.¹⁹⁶

CAP. VII

II. DESCRIPCIÓN LEGAL

La norma penal aplicable al hecho calificado como omisión de asistencia familiar prescribe:

Artículo 149. El que omite cumplir su obligación de prestar alimentos que establece una resolución judicial, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cincuenta jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en convivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo, la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si resulta lesión grave o muerte y estas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

1. Sujeto activo

Según el Dr. Reyna Alfaro, el autor de este delito es la persona natural sobre la cual recae la obligación de origen judicial de prestar alimentos; constituye, en puridad, un delito consistente en la infracción de un deber. De acuerdo con el supuesto

195 TORRES GONZALES, Eduardo; *El delito de omisión de asistencia familiar*, IDEMSA, Lima, 2010, p. 32 y 33.

196 REYNA ALFARO Luis Miguel; *Delitos contra la familia y de violencia domestica*, Jurista Editores, Lima, 2011, p. 183.

contenido en el primer párrafo del artículo 149 del Código Penal, el sujeto activo debe haber omitido “cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece la resolución judicial”. Por su parte, el Dr. Torres Gonzales... el sujeto activo es aquel sobre el cual pesa la obligación, por lo que el tipo penal se configura como el delito especial por cuanto solo puede ser cometido por aquellos que tengan ese deber impuesto en la sentencia civil, es considerado por eso como “delito especial propio”. En otras palabras, el sujeto activo puede ser solo la persona que tenga esa obligación dispuesta por Ley y establecida por resolución judicial.¹⁹⁷

2. Sujeto pasivo

De acuerdo con el Dr. Alfaro Reyna... “El sujeto pasivo de la conducta es el alimentista, declarado como tal a través de una resolución judicial. Esto supone que puede ser sujeto pasivo de la conducta tanto descendientes (hijo, nietos, etc.), como ascendientes (padres, abuelos, etc.), siendo irrelevante si se trata de personas menores o mayores de edad.” Este segundo elemento configurador del delito de omisión de asistencia familiar, tras la situación generadora del deber de actuar, viene conformado por la no realización de la acción esperada, es decir, la omisión de pago de la obligación alimenticia.¹⁹⁸

CAP. VII

3. Conducta típica

Según el artículo 149 del Código Penal, se exige los siguientes requisitos:

- a) Se entiende que el tipo penal hace mención la *resolución judicial*, lo que debe entenderse que puede tratarse de una sentencia o un auto, por el que se asigna provisionalmente alimentos. En tal sentido, resulta indispensable la existencia de una “resolución judicial” que fije una “obligación de prestar los alimentos” que se constituye en la situación generadora de deber de actuar.¹⁹⁹ De acuerdo con el Dr. Torres Gonzales... la norma demanda la existencia de una resolución judicial firme donde se fije concretamente el monto que corresponde a la pensión alimenticia. Y en los casos en donde las partes han llegado a una conclusión o un acuerdo este debe ser presentado ante el Juez civil para que a través del órgano jurisdiccional se proceda a su aprobación y requerir al inculcado para el cumplimiento de la obligación.²⁰⁰
- b) Luego, el tipo penal exige que la conducta del sujeto activo sea realizado mediante una *omisión propia*. El delito de omisión de asistencia familiar del artículo ciento cuarentinueve de nuestro Código Penal, dentro de su estructura típica se trata de un delito de omisión propia o simple. Así lo

197 TORRES GONZALES, Eduardo; *El delito de omisión de asistencia familiar*, IDEMSA, Lima, 2010, p. 68.

198 REYNA ALFARO, Luis Miguel; *Delitos contra la familia y de violencia doméstica*, Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 186 y 189.

199 REYNA ALFARO Luis Miguel; *Delitos contra la familia y de violencia doméstica*, Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 186 y 188.

200 TORRES GONZALES, Eduardo; *El delito de omisión de asistencia familiar*, IDEMSA, Lima, 2010, pp. 36 y 68.

ha señalado nuestro máximo Tribunal Judicial, en la Ejecutoria Suprema de fecha 12 de enero de 1998, en el Expediente número 7304-97 donde se señala: “que, el comportamiento del sujeto activo en este tipo de delito consiste en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida por una resolución judicial, siendo un *delito de omisión propia* donde la norma de mandato consiste en la obligación que pesa sobre el sujeto activo de cumplir con sus deberes legales de asistencia”²⁰¹. En un delito de omisión propia la conducta generalmente está circunscrita en una situación típica de peligro que amenaza al bien jurídico protegido. Basta con la no actuación, cuando a ello se está obligado *ex lege*, para que el delito se estime consumado, con independencia de que el delito a impedir llegue efectivamente a consumarse, se quede en grado de tentativa –debido a que otra persona lo impida– o sea su propio autor quien voluntariamente desista de su persecución²⁰². En este orden de ideas, dicho delito expresa el término “omite” dentro de la tipicidad de la conducta, ya que en los delitos de omisión propia se presenta el supuesto de hecho en la norma específica que nos obliga a actuar²⁰³

- c) El delito de omisión de asistencia familiar se trata de un *delito de peligro*. En la Ejecutoria Suprema (*Expediente N.º 5711-97, en Diálogo con la Jurisprudencia, noviembre de 1999, p. 173*), se expone el siguiente criterio: “que, conforme a la redacción del artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal el delito de omisión de asistencia familiar se configura cuando el agente omite cumplir con la prestación de alimentos establecida por una resolución judicial, razón por la que se dice que es un delito de peligro, en la medida que basta con dejar de cumplir con la obligación para realizar el tipo, sin que sea necesario que debido a tal incumplimiento se cause un perjuicio a la salud de los alimentistas”.
- d) El delito de omisión de asistencia familiar en cuanto a la consumación del presente ilícito y atendiendo a la descripción típica a que se refiere nuestra legislación punitiva, se establece: “El que omite cumplir su obligación de prestar...”, se hace referencia directa a la llamada “obligación”, en opinión del autor que el delito *sub examine* se consuma en el momento que se abandona o se pone en peligro al sujeto pasivo. Esto ocurre cuando el hechor deja de cumplir con su obligación, dejando sin recursos viables para la subsistencia del titular del derecho lesionado. Dicho de otra manera, nos aunamos a la tesis Doctrinal que sostiene que el delito en sede se consuma cuando el agente deja de cumplir con la obligación impuesta.²⁰⁴

201 Extraído de: SALINAS SICCHA, Ramiro; *Derecho penal. Parte especial*, vol. I, Lima, 2010, p. 430.

202 REATEGUI SÁNCHEZ, James; *La omisión impropia en el Derecho penal*, Lima, 2011, pp. 115 y 116.

203 VILLA STEIN, Javier; *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2008, p. 274.

204 CAMPANA VALDERRAMA, Manuel M^º; *El delito de omisión a la asistencia familiar*, Lima, 2002, pp. 85 y 86.

- e) Debe agregarse que todos los delitos de omisión son considerados *delitos permanentes*, en la medida en que el estado antijurídico de la consumación se mantiene en el tiempo, y dependiendo de la voluntad del autor para proseguir o no con la consumación. En tal sentido, se ha pronunciado la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, por resolución del 01 de julio de 1998, en la que se afirma: “Que, en los delitos de Omisión de Asistencia Familiar, el bien jurídico protegido es la familia, específicamente los deberes de tipo referencial, prevaleciendo la seguridad de las personas afectadas por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias, cuyo normal desarrollo psicofísico es puesto en peligro, por lo que es un delito de Omisión y de naturaleza permanente, cuyos efectos duran mientras exista la situación de inasistencia, esto es, mientras el agente no cumple con la obligación alimentaria el delito subsiste”²⁰⁵. En este mismo sentido se ha pronunciado el profesor Salinas Siccha cuando opina que “El delito de omisión de auxilio familiar constituye un delito permanente. La omisión de cumplir con la resolución judicial que obliga a pasar una pensión alimenticia mensual y por adelantado se produce y permanece en el tiempo, sin intervalo, siendo el caso que tal estado de permanencia concluye cuando el obligado, quien tiene el dominio de la permanencia, voluntariamente decide acatar la orden judicial o por la intervención de la autoridad judicial que coactivamente le obliga a cumplir su deber asistencial. No obstante, el delito se ha perfeccionado. El cese de la permanencia tiene efectos para el plazo de la prescripción que de acuerdo al inciso 4 del artículo 82 del código sustantivo comienza a partir del día en que cesó la permanencia”²⁰⁶.

CAP. VII

III. TIPICIDAD SUBJETIVA

Subjetivamente, el tipo penal exige la presencia del elemento *dolo* en el sujeto activo para la configuración del injusto penal. Es decir, el autor debe tener pleno conocimiento de su obligación de prestar los alimentos impuesta por resolución judicial firme y voluntariamente decide no cumplir. Se trata en este caso, de un delito doloso, y a su vez omisivo, denominado de omisión propia. Asimismo, con la realización de la conducta típica, el acusado a lesionado el bien jurídico deber de asistencia, auxilio o socorro que tiene los componentes de una familia entre sí.

La conducta típica de omisión de obligación alimentaria se configura cuando el agente dolosamente omite cumplir su obligación de prestar alimentos, establecido previamente por una resolución judicial como pensión de alimentos, después de agotado el proceso sobre alimentos. Esto es, realiza el hecho típico aquella persona que teniendo conocimiento que por resolución judicial consentida tiene la obligación de prestar alimentos a favor de otra omite hacerlo.

205 Extraído de: SALINAS SICCHA, Ramiro; *Derecho penal. Parte especial*, vol. I, Lima, 2010, p. 431.

206 SALINAS SICCHA, Ramiro; *Derecho penal. Parte especial*, vol. I, Lima, 2010, p. 431.

El Dr. Torres Gonzales, hace mención que el delito de la omisión a la asistencia familiar es un delito esencialmente doloso, por lo tanto no admite una modalidad culposa. Y esto es así por la existencia de una resolución judicial que contiene el tipo penal como presupuesto objetivo, obliga a que el sujeto activo haya tenido conocimiento de tal obligación, y consecuentemente sabe y está informado de la exigencia de que se le hace, por ello el incumplimiento no puede ampararse en un supuesto de desconocimiento o negligencia.²⁰⁷ Por su parte el Dr. Reyna Alfaro....el dolo del tipo de omisión de asistencia familiar consiste en la conciencia y voluntad de que se están vulnerando los derechos de orden asistencial del alimentista a través de los actos comprendidos en el tipo objetivo del ilícito.²⁰⁸

- 207 TORRES GONZALES, Eduardo; *El delito de omisión de asistencia familiar*, IDEMSA, Lima, 2010, p. 40.
- 208 REYNA ALFARO Luis Miguel; *Delitos contra la familia y de violencia domestica*, Jurista Editores, Lima, 2011, p. 195.

EL DELITO DE INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* AL ARTÍCULO 162 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El incremento incesante de la delincuencia tradicional y no convencional constituye en el Perú y en el mundo una realidad que la política criminal del Estado, a través de sus diagnósticos y construcciones legislativas tiene que analizar y tomar en cuenta en sus diseños normativos, en el marco de una tarea constante de actualización, caracterizada por ser dinámica, flexible, y racional, a fin de cumplir, en el contexto de una lectura realista con las funciones de protección de la persona y la soledad que la Constitución Política de Estado le asigna.

En esta orientación constituye una de las misiones principales del Congreso de la República realizar constantes análisis de diagnóstico de la actualidad que muestra la delincuencia en el Perú al igual que sobre la vigencia práctica de las normas jurídicas del mismo sistema penal, que cubren tanto la materia penal general y especial propiamente, procesal penal y penitenciaria, entre otras, a fin de adecuarlas a estándares óptimos de protección de los bienes jurídicos frente a los desafíos que plantean hoy los cambios tecnológicos y la globalización, al igual que las modernas perspectivas de enfoque doctrinario, de forma tal que le permite al Estado responder con mayor acierto preventivo frente a las diversas amenazas que desde la delincuencia convencional y no convencional se ciernen sobre los bienes jurídicos que han sido destacados por nuestro ordenamiento jurídico con base a las directrices de fragmentariedad y *ultima ratio*, pero también conforme a los fines de necesidad y racionalidad de la respuesta punitiva.

Actualizar y modernizar la normativa penal es en la actualidad uno de los desafíos más apremiantes para el Congreso de la República. Desafío que se traduce en mejorar y normalizar determinadas figuras del Código penal, para actualizar frente a la irrupción sofisticada de nuevos modos de ataque delictivo que han posibilitado, en su contraparte o aspecto negativo, los cambios tecnológicos y la globalización de las comunicaciones. Delitos en los que los valores fundamentales de la intimidad y el secreto de las comunicaciones, bienes jurídicos penales recogidos por el Código Penal en los capítulos II y IV del Libro Segundo, resultan afectados.

En efecto, dichos clasificadores sistemáticos que recogen variados ilícitos penales o formas de ataque a los bienes jurídicos "intimidad" y "secreto de las

comunicaciones” exhiben hoy características de descripción normativa que no se corresponden con el alcance, la modernización y estado actual de la propuesta en peligro de los valores fundamentales y legales que han traído aparejadas dichas transformaciones tecnológicas que las sociedades y el mundo globalizado exhiben. Apreciándose, por lo tanto, que esta situación del estado de los tipos penales sobre delitos de violación de la intimidad y del secreto de las comunicaciones informan o dan cuenta de una respuesta de política penal y de técnica legislativa rezagada y necesitada de cambios, que la sociedad moderna ha desbordado con su descomunal despliegue tecnológico y avances logrados en variedad, intensidad y versatilidad.

II. DESCRIPCIÓN LEGAL Y PROYECTO DE MODIFICACIÓN

CAP. VIII

La figura de la interpretación telefónica como delito no cuenta con antecedentes penales en los Códigos de 1863 y 1924, siendo que recién con el Código Penal de 1991 se acoge en el artículo 162 conforme al siguiente texto:

Artículo 162. Interferencia telefónica

El que, indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el agente es funcionario público, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

La pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años cuando el delito recaiga sobre información clasificada como secreta, reservada o confidencial de conformidad con la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de diez años, cuando el delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacionales.

Si el agente comete el delito como integrante de una organización criminal, la pena se incrementa hasta en un tercio por encima del máximo legal previsto en los supuestos anteriores.

(Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley N.º 30171, publicada el 10 de marzo de 2014)

El Proyecto de Ley N.º 2979/2008 pretende modificar el delito de interceptación telefónica (artículo 162) del Código Penal en los siguientes términos: “El que

indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años. Si el agente es funcionario público, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 1, 2 y 4". El presente Proyecto de Ley presenta varios aspectos a tener en cuenta: en primer lugar, modifica el tipo penal básico de interceptación telefónica aumentando la pena conminada. Efectivamente, en el actual artículo 162 del Código Penal dicho delito se encuentra reprimido con una pena no menor de uno ni mayor a tres años de privación de libertad. El referido Proyecto de Ley aumenta la pena privativa de libertad de seis, como marco penal mínimo hasta diez años como marco penal máximo.

Además, el Proyecto de Ley en el segundo párrafo del artículo 162 del Código Penal, en la circunstancia agravante por la calidad del agente activo aumenta también la pena abstracta para los funcionarios públicos que realicen la conducta típica descrita en el primer párrafo del artículo 162 CP con una pena no menor de ocho ni mayor de quince años de privación de libertad (nótese que el Proyecto de Ley solo incluye a Funcionarios Públicos y destierra por ejemplo a los Servidores Públicos), conservando la misma pena de inhabilitación del artículo 36 incisos 1, 2 y 4. Por otro lado, el Proyecto de Ley presenta una novedad en nuestro sistema jurídico-penal sumamente interesante, precisamente para efectos de darle mayor cobertura legal a aquellos supuestos del tipo penal del artículo 162 del Código penal.

En efecto, el Proyecto de Ley intenta incorporar el denominado delito de venta, compra o comercialización de equipos para la interceptación telefónica (artículo 164-A) del Código Penal con el siguiente texto: "El que vende, compre o comercialice equipos electrónicos para la interceptación de comunicación privada entre personas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años". Por último, el Proyecto de Ley pretende incorporar el artículo 164-B en el actual Código Penal referente a la incautación y posterior decomiso a favor del Estado de los bienes o aparatos electrónicos que han servido para la comisión del delito de interceptación telefónica, sin perjuicio de la reparación civil que hubiere lugar.

Por su parte, el Proyecto de Ley N.º 2993-2008-PE pretende modificar el artículo 162 del Código penal e incorpora la agravante. En efecto, la primera modificatoria amplía la conducta descrita en el citado artículo 162 para comprender además, no solo la comunicación telefónica, sino también otras formas de comunicación utilizando para ello los conceptos de carácter técnico previstos en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones. La segunda modificatoria del citado Proyecto de Ley consiste en la incorporación de una circunstancia que agrava la sanción, y es cuando no solo se produce la interferencia o registro descrito en el primer párrafo del artículo propuesto, sino además, cuando el producto de esta interferencia o la información obtenida de dicha conducta ilícita, perjuicio de tercero, es comercializada, transferida, reproducida o adquirida de manera directa o indirecta, para provecho propio o de tercera persona. En otras palabras, el citado Proyecto Ley está sancionando el traficar indebidamente el producto o información obtenido por el sujeto activo.

Se cuenta con opinión del Ministerio Justicia en el sentido que se encuentra a favor de la modificación del artículo 162° del Código Penal, en la cual señala que no basta solo con elevar las penas, sino además, se necesita ampliar la conducta típica del referido artículo de intervención telefónica. Con respecto a la nueva incorporación del delito de venta, compra o comercialización de equipos electrónicos para la interceptación de comunicación privada entre personas en el artículo 164°-A, el Ministerio de Justicia señala que hay situaciones en las cuales existe autorización (judicial) para interceptar llamadas, las mismas que están en el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, de manera que no toda “compra” resultará ser ilegal. Con relación al artículo 164°-B señala que como son bienes que han servido para la comisión del delito y no son bienes sobre los cuales se haya trabado embargo para asegurar el pago de la reparación civil, por lo que el agregado final del Proyecto de Ley “sin perjuicio de la reparación civil que hubiere lugar” debe ser suprimido; y señala el Ministerio de Justicia que en la actualidad se ha establecido diversos procedimientos en relación a los bienes incautados derivados de ilícitos penales.

Se cuenta, además, con la opinión del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la cual señala que debe ser modificada la conducta típica del artículo 162° del Código Penal en el sentido que debería incluirse la frase: “cualquier comunicación realizada a través de los servicios de telecomunicaciones” lo que incluiría a los servicios de valor añadido. Con relación al nuevo delito de venta, compra y comercialización de equipos para interceptar comunicación privada entre personas, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones realiza una atinencia en el sentido que solo el Proyecto de Ley señala “equipos electrónicos” cuando podría existir software o programas informáticos que al ser instalados en equipos de cómputo y/o receptores se señalen ordinarios, podrían convertir a estos en equipos de interceptación de comunicaciones. Por último, con relación al artículo tercero del Proyecto de Ley el Ministerio de Transportes y Comunicaciones señala que debería incorporarse la frase “posterior destrucción” de los bienes que han servido para la comisión del delito.

La entrada en vigencia del Código Procesal Penal del 2004 en la parte referida a “la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones” (artículos 230 y 231). De acuerdo a la mesa de trabajo realizada el pasado lunes 23 de noviembre del presente año convocada por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, en la misma que intervinieron representantes de los diversos sectores involucrados con el tema de la interceptación telefónica. En dicha reunión se llegó a un acuerdo en el sentido que para no crear inconsistencias en la normativa procesal en cuanto a la injerencia del Estado –en el marco de una investigación preliminar– en determinados derechos fundamentales, mejor que se adelantara la puesta en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal de 2004, en la parte referida solo a “*La intervención de comunicaciones y telecomunicaciones*”, regulada en los artículos 230° y 231° del citado cuerpo legal, máxime cuando ya existen varios distritos judiciales donde ya se viene aplicando el Nuevo Código Procesal Penal. Sin embargo, la entrada en vigencia de dichas normas procesales debe complementarse con algunas modificaciones puntuales. Así, en el artículo 230°, numeral 1 de la actual redacción del Nuevo Código Procesal

Penal se señala lo siguiente: *“El Fiscal, cuando existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado pena superior a los cuatro años de pena privativa de libertad...”*. La Comisión de Justicia considera que dejar la posibilidad de que el Fiscal pueda realizar una medida limitativa de derechos como la intervención de comunicaciones solo con restricción del marco penal superior de cuatro años de pena privativa de libertad es sumamente excesivo. Por el contrario, lo que debería hacerse —en aras del respecto de la vigencia de los derechos fundamentales— es que el artículo 230°, numeral 1 realice un listado de posibles delitos —gravosos— cometidos en el marco de una criminalidad organizada, en virtud de los cuales el Fiscal pueda pedir —al Juez Penal— interceptar una comunicación privada entre personas.

En ese sentido, el citado 230°, numeral 1 del Nuevo Código Procesal Penal quedaría redactado de la siguiente manera:

CAP. VIII

- secuestro agravado
- Trata de personas
- Pornografía infantil
- Robo agravado
- Extorsión agravada
- Tráfico ilícito de drogas
- Tráfico ilícito de migrantes
- Asociación Ilícita para delinquir
- Delitos contra la humanidad
- Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria
- Corrupción de funcionarios
- Terrorismo
- Delitos tributarios y aduaneros
- Lavado de Activos
- Otros delitos, cuando existan suficientes elementos de convicción que permitan prever que el agente forma parte de una organización criminal.

Este texto penal durante la vigencia del Código Penal de 1991 no ha tenido ninguna variación ni en su estructura típica ni en su sanción penal, por lo que el Proyecto N.º 2979 plasma en su propuesta un incremento de la sanción penal conforme a lo siguiente:

“El que, indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar será reprimido con pena de libertad no menor de seis ni mayor de diez años.

Si el agente es funcionario público, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme al Artículo 36, inciso 1, 2 y 4”.

Siendo que el tipo básico de interpretación telefónica contaba con un marco penal de 1 a 3 años, mientras que la propuesta plantea un marco penal de 6 a 10

años; ahora bien, el tipo penal agravado contaba con un marco penal de 3 a 5 años, mientras que la propuesta plantea un marco penal de 8 a 15 años, manteniéndose el mismo rango de pena de inhabilitación. Por otro lado, el Proyecto N.º 2979 propone incluir en el Código Penal la figura de venta, compra o comercialización de equipos electrónicos para la interpretación conforme a lo siguiente:

Artículo 164-A. El que venda, compre o comercialice equipo electrónico para la interceptación de comunicación privada entre persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años.

El proyecto justifica la figura conforme al siguiente argumento: “La creciente incidencia de estos delitos va de la mano con el avance tecnológico, el mercado ofrece aparatos electrónicos cada vez más pequeños y hasta inalámbricos, su sofisticación requiere que pues el producto de un fisgoneo conlleva necesariamente un beneficio económico, considerando que la tecnología de punta es costosa; por lo que debemos precisar que es tan ilícita la conducta del que fisgonea, como del que se beneficia con la información y decomiso para los delitos de interpretación telefónica”.

Por último plantea una norma específica de incautación y decomiso para los delitos de interpretación telefónica:

Artículo 164-B. En los delitos previstos en este capítulo, se procederá a la incautación inmediata de los materiales y equipos empleados en la comisión de los delitos, sean estos de los sujetos activos de la conducta o de los terceros civilmente responsables.

En caso de emitirse sentencia condenatoria los materiales y equipos quedaran decomisados a favor del Estado; sin perjuicio de la reparación civil que hubiere lugar.

El Proyecto 2979 propone para el artículo 162 solo una modificación agravatoria de marcos penales para los tipos básicos y agravados del delito de interpretación telefónica, que a continuación se detalla:

	CP 1991	PROYECTO 2979
Tipo básico	1-3 años ppl	6-10 años ppl
Tipo agravado	3-5 años ppl e inhabilitación	8-15 años ppl e inhabilitación.

El proyecto justifica el incremento del marco penal por la marcada incidencia del delito en los últimos tiempos por la extensión del ámbito empresarial a toda la sociedad, debido a que vulnera el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones. Así, se presenta a la figura de la interpretación telefónica dentro, del grupo de delito de violación del secreto de las comunicaciones (Capítulo IV, Título

IV, Libro segundo) como las que mayor gravedad de pena contienen. Además de esta propuesta, consideremos importante recomendar algunas modificaciones en la estructura del tipo penal. El texto legal vigente acoge un tipo básico de interpretación telefónica donde se estructura un delito común de dos modalidades conductuales alternativas: interferir y escuchar. La primera modalidad constituye una conducta de ingreso en la comunicación privada, consigue captar el mensaje que contiene la comunicación.

En legislaciones como el Código Penal Argentino (art.197), la interpretación puede desdoblarse en aquellas que impliquen la molestia de la comunicación privada como es, el caso del entorpecimiento, y las conductas que no generan la molestia, mas sí implican la interferencia como es la interrupción. Ambas modalidades se encuentran incluidas en el concepto genérico de interferencia que acoge el CP peruano. En algunas legislaciones, las modalidades conductuales de escuchar no satisfacen el fin preventivo de la norma, sino que buscan tipificar una forma conductual que además retenga el mensaje de la comunicación. Así, legislaciones como el CP boliviano (art.301), CP guatemalteco (art. 219), CP costarricense (art. 198) y CP panameño (art. 169) emplean el verbo rector “grabar” o “copiar”, que no contiene la misma calidad de injusto que el simple “escuchar”. Por ello, de *lege ferenda* se recomienda asumir la conducta grabar, además de las conductas alternativas de interferir y escuchar.

Con este agregado estructural, la fórmula penal peruana acogería el desarrollo sistemático de conductas comunes en el proceso de interpretación telefónica: primero, la interpretación de la comunicación privada, luego escuchar el contenido de la comunicación, a continuación la grabación de la misma. Por otro lado, en relación al objeto material, resulta importante replantear la expresión “convención telefónica o similar”, por ser muy restrictivamente ajena a los fines de protección de la norma. Así, la conversación implica siempre el traslado del mensaje de emisor a receptor del contenido mensaje que importa a las partes, situación que excluye el simple envío de mensaje del emisor o receptor y que también podría generar una interferencia del comunicado del emisor o receptor sin que ello implique la respuesta de la contraparte. Por lo tanto, el concepto de “comunicación” es más amplio y adecuado para abarcar este tipo de casos: el envío de mensajes de una persona.

La comunicación que resalta el texto legal vigente es el de vía telefónica, sin embargo, se acoge un término lato “o similar” que permite al intérprete poder entender que la interferencia puede dirigirse también a otra vía conversación parecida a la telefónica. Por lo tanto, resulta importante resaltar otras vías típicas de Comunicación en el texto legal como la vía de correo electrónico (como sucede en el CP español art.197) y la vía telefónica (como sucede en el CP argentino art. 1978, CP boliviano art.301, CP guatemalteco art. 219). Por lo tanto, el objetivo material del delito sería la “comunicación telefónica, telegrafía, por correo electrónico o similar”. En conclusión, proponemos la redacción del siguiente texto legal para el tipo básico: “El que, indebidamente, infiere, escucha o grava una comunicación telefónica, telegráfica, por correo electrónico o similar”.

III. SOBRE LA LEGISLACIÓN CONSTITUCIONAL, INTERNACIONAL Y LEGAL SOBRE EL DERECHO A LA INVIOABILIDAD DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

En primer lugar debemos resaltar que los derechos de la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones que tiene toda persona representa actualmente un bien jurídico no solo protegido desde el punto del derecho penal (a través de delitos), sino también protegido desde el derecho constitucional (a través de acciones de garantía) tal como lo estatuye nuestra Constitución Política del Perú al considerarlo como derecho fundamental de la persona humana. En efecto, el artículo 2, inciso 10 de la Constitución dispone lo siguiente:

CAP. VIII

“Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privadas. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la Ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo orden judicial”.

En el delito de interceptación telefónica se protege el secreto de las comunicaciones (véase: artículo 2, inciso 10 de la Constitución Política), es decir, el ejercicio del derecho fundamental a comunicarse libremente y en secreto a través del medio telefónico u otro similar²⁰⁹. Concretamente, el bien jurídico protegido en este delito es el secreto de las comunicaciones el mismo que se deduce de un bien jurídico mas amplio el cual es la intimidad, que engloba dentro de sí al secreto de las comunicaciones²¹⁰. Intimidad no se protege en un sentido genérico, sino en capacidad de control del sujeto frente a quien utiliza aparatos de control auditivo, artificios técnicos como instrumentos lesivos a la esfera personal en que se desarrolla lo que denominamos intimidad²¹¹. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha 18 de agosto de 2004, Exp. N.º 1058-2004-AA/TC, en el caso “Rafael Francisco García Mendoza”, ha dicho lo siguiente²¹²:

209 BRAMONT ARIAS, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen; *Derecho penal. Parte especial*, Lima, 1994, p. 213.

210 En el mismo sentido: ANGELES GONZALES, Fernandino / FRISANCHO MARTÍNEZ, Manuel; *Código Penal Comentado*, T. II, Lima, 1997, p. 960.

211 RAUL PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, Lima, p. 594.

212 Al respecto vale la pena destacar la sentencia del Tribunal Constitucional Español

“En efecto, conforme lo establece el artículo 2, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo”.

Por su parte, en esta línea de protección de los derechos de la persona, no debemos soslayar lo que señala nuestro Código Civil (artículo 16) que prescribe lo siguiente: “La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal o familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicidad de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor”.

CAP. VIII

IV. CRITERIO DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

- En el Código Penal alemán, en su parágrafo 201 se señala expresamente lo siguiente: “(1) se castiga con pena privativa de la libertad hasta de tres años o con multa, será castigado quien sin autorización: 1. grabe sobre dispositivo de sonido la palabra no pública hablada de otro o, 2. utilice una grabación producida de tal manera, o la haga accesible a una tercer persona, (2) De la misma manera será castigado quien sin autorización. 1, oiga con un dispositivo interceptor la palabra no pública

N.º 230/2007, resalta que: “2. Por lo que se refiere al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), este Tribunal ha reiterado que este derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así –a través de la imposición a todos del “secreto”– la libertad de las comunicaciones, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación en sentido estricto –que suponga aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación, de otra forma, del proceso de comunicación– como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado –apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo. Igualmente se ha destacado que el concepto de secreto de la comunicación *cubre no solo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores, de ahí que se haya afirmado que la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas a la policía*, sin consentimiento del titular del teléfono, requiere resolución judicial, toda vez que el acceso y registro de los datos que figuran en dichos listados constituye una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones (por todas, SSTC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 4, ó 56/2003, de 24 de marzo, FJ 2, y SSTEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido, § 84 y, entre las últimas, de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido, § 43)”.

y no destinada para su conocimiento, o, 2, comunique públicamente en su sentido literal o en su contenido esencial, la palabra hablada de otro grabado según el inciso 1, numeral 1, o la palabra hablada de otro no interceptada de acuerdo con el incisos 2 numeral 1”.

- El Código Penal español (artículo 197) señala: “El que, para descubrir secretos, o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónicos o cualesquiera de otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonidos o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y de multa de doce a veinticuatro meses”.
- El Código Penal de Chile (artículo 161-A) señala que: “Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales, al que en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización sin del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grave o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; sustraiga fotografías o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grave, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se reproduzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público”.
- El Código Penal del Paraguay (artículo 141, 1,1) dispone que: “El que sin consentimiento del afectado: 1. escuchara mediante instrumentos técnicos, 2. grabara o almacenara técnicamente o 3. hiciera, mediante instalaciones técnicas, inmediatamente accesible a un tercero, la palabra de otro, no destinada al conocimiento del autor, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa”.
- El Código Penal de Colombia recientemente ha creado mediante La Ley N.º 1273, de fecha 5 de enero de 2009, un nuevo bien jurídico titulado denominado “De la protección de la información y de los datos”, incorporando el delito de Interceptación de datos informáticos (artículo 269-C): “El que, sin orden judicial previo intercepte datos informáticos en su origen, destino o en el interior de un sistema informático, o las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que los transporte incurrirá en pena de prisión de treinta y seis (36) a setenta y dos (72) meses”.

V. RAZONES PARA LA ACTUALIZACIÓN EN LA REDACCIÓN DEL DELITO DE INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA

El delito de interceptación telefónica se encuentra regulado actualmente en el artículo 162 del CP, el mismo que se encuentra en el clasificador jurídico-penal del Capítulo IV denominado “Violación del Secreto de las Comunicaciones”, bajo los siguientes términos: “El que, indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o

similar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años". Si el agente es funcionario público, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

La redacción del artículo 162 corresponde a la versión original del Código Penal vigente desde abril de 1991, es decir, en casi 18 años de vigencia de nuestro Código Penal el delito de interceptación telefónica no ha sufrido por parte del legislador penal modificaciones tanto en su comportamiento típico como en su penalidad abstracta; por ello –y a raíz de los últimos acontecimientos que son de conocimiento público– hace falta que dicho delito –como toda ley penal– se amolde a todos y cada uno de los supuestos y condiciones que la sociedad moderna exige; máxime cuando en el Derecho penal la fuente del mismo es la taxatividad y determinación de las normas penales como expresión del principio (constitucional) de legalidad.

No solo a nivel de Derecho interno se protege el derecho a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones, sino también a nivel Internacional. Por ello debemos destacar, por ejemplo, la Convención Americana de los Derechos Humanos (artículo 11, 2) que dispone lo siguiente: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación". Asimismo, la Constitución Española tiene derecho a la vida privada, a la intimidad y al *secreto de las comunicaciones* (artículo 18).

Hace falta una re-actualización del delito de interceptación telefónica abarcando nuevos sistemas de comunicación que surja como consecuencia del avance tecnológico. En ese sentido, el artículo 162 del Código Penal solo prevé dos verbos típicos: "interferir" o "escuchar" una conversación telefónica o similar. En esta misma línea podemos ubicar al Código Penal argentino (artículo 153, segundo párrafo) que señala lo siguiente: "En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o capture comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido".

El artículo 162 CP solo se refiere a las interferencias telefónicas ya que el artículo 161 se encarga de la correspondencia entre las personas, específicamente dicho artículo alude taxativamente a una "carta", "pliego", "telegrama", "despacho telefónico" "u otro documento de naturaleza análoga", pero el verbo rector en este artículo es "abrir" o "apoderar", mientras que en el artículo 162 CP es "interceptar".

Con relación a interferir es cuando el sujeto activo intercepta la conversación para que el mensaje no llegue al destinatario ya sea recibiendo directamente el mensaje como si fuera el destinatario, o bien obstruyendo el canal o medio físico que conecta al emisor con el receptor de la comunicación²¹³. En otras palabras, por interferir se entiende toda acción que realiza para cruzar una onda con otra – lo que se denomina cruce de líneas que permite bien oír una comunicación no destinada al sujeto, o anular²¹⁴. Para Peña Cabrera "Interferir significa causar interferencia en

213 Véase: SALINAS SICCHA, Ramiro; *Derecho penal. Parte especial*, 2007, Lima, p. 547.

214 Véase: ANGELES GONZALES, Fernandino / FRISANCHO MARTÍNEZ, Manuel; *Código Penal comentado*, T. II, Lima, 1997, p. 960.

la comunicación telefónica de la que resulta aumento, disminución o neutralización del movimiento de las ondas que hacen imposible el sonido de una conversación telefónica normal (entre interlocutor). Dicha interferencia está determinada por aparatos de control auditivo, artificios técnicos o cualquier instrumento, que se vale el autor con el único propósito de que la comunicación no se concrete”²¹⁵. El verbo típico interceptar debe ser entendido en el sentido que el emisor y el receptor realizan una comunicación normal, pero en ella interviene un tercero que escucha indebidamente la conversación; sin duda, se entiende que tanto el emisor como el receptor de la comunicación desconocen la participación del agente²¹⁶.

Por su parte, el verbo típico “escuchar” es sinónimo de oír una conversación telefónica no destinada al sujeto pasivo”; en ambos casos debe entenderse que se excede de manera no consentida por parte de un tercero a una conversación telefónica o similar de otros²¹⁷. Recomiendo que en la fórmula legal del artículo 162 se incorporen como conductas sancionadoras todo el proceso de interceptación telefónica para así ofrecer una mayor cobertura para el bien jurídico tutelado. Así se recomienda que se añada a los verbos rectores ya existentes “interferir” o “escuchar” los siguientes verbos: “grabar” y “comercializar” una comunicación telefónica. En efecto, la conducta por ejemplo de grabar también debe contemplarse en la descripción típica del artículo 162 CP, ya que precisamente el hecho de reproducir una comunicación telefónica entre personas por cualquier vía, grabación que no ha sido autorizada por la persona que ha sido interceptada, constituye en definitiva una modalidad de afectación al bien jurídico “secreto de las comunicaciones” inclusive mucho más grave que la de “interferir” o “escuchar”.

Por otro lado, considero viable que se suprima del artículo 162 CP la frase “conversación” por la de “comunicación” telefónica, ya que la conversación es un supuesto demasiado restringido, pues implica necesariamente un diálogo dinámico entre dos personas en una línea telefónica; es decir por un lado, quien habla y, por otro lado, quien recibe dicha conversación, y esta a su vez pueda responder a su interlocutor, y así sucesivamente. Claro que este será el supuesto más común en este tipo de delitos, pero no podrá ser el único. Por ello, y en una línea mucho más proteccionista del bien jurídico tutelado “secreto de las comunicaciones”, la Comisión de Justicia recomienda que se utilice expresamente en este punto la palabra “comunicación” para abarcar supuestos concretos en los cuales no se dé propiamente una conversación, sino solo comunicación de naturaleza unipersonal: por ejemplo, resulta cotidiano ahora que se deje un mensaje de voz en un celular.

En este punto debemos citar el Código Penal de España de 1995 (artículo 197.1) que señala lo siguiente: “El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de

215 PEÑA CABRERA, p. 597.

216 Véase: SALINAS SICCHA, 2007, p. 547.

217 Véase: ANGELES GONZALES / FRISANCHO MARTÍNEZ, T. II, Lima, 1997, p. 960.

cualquier otra señal de comunicación...”. Como puede verse, el Código Penal español de 1995 castiga tanto a aquel que indebidamente viola el secreto de los mensajes de correo como a aquel que intercepta una llamada de teléfono, todo en una sola tipicidad penal, por este motivo el Código español resulta ser más abarcativo en los supuestos fácticos que castiga; bajo esta consideración sería recomendable dicha descripción por el principio de economía legislativa.

1. Conservación de la frase “indebidamente” en el texto legal del delito de interceptación telefónica

Como puede observarse, en todos los tipos penales que se encuentran dentro del Capítulo IV “Violación del Secreto de las Comunicaciones” (artículos 161 hasta ...) se encuentra un elemento formativo el cual es “indebidamente”. Así el tipo básico del artículo 161 señala: “El que abre, *indebidamente*, un carta...”; asimismo el artículo 162. “El que, *indebidamente*, interfiere...”, en el artículo 163 CP se prescribe: “El que, *indebidamente*, suprime o extravía...”, por último en el artículo 164 CP se señala lo siguiente: “El que publica, *indebidamente*, una correspondencia...”.

CAP. VIII

El término “indebidamente” implica dos cosas importantes: en primer lugar, que la conducta típica sea realizada sin el consentimiento de la persona afectada, pese a que en la mayoría de legislaciones comparadas se señala expresamente “sin consentimiento” de la persona afectada, nuestro código más bien sigue aquella tendencia de considerar a “indebidamente” como sinónimo de “sin consentimiento”, debe quedar claro que el consentimiento de la víctima es una causa de atipicidad del hecho. Un problema especial suscita el consentimiento como causa de justificación en aquellos casos en los que, habiendo varios interlocutores, uno de ellos consciente en la escucha o grabación de la conversación por un tercero ajeno, desconocimiento esta circunstancia los demás²¹⁸; y en segundo lugar, que existirán supuestos fácticos donde haya la posibilidad de que las conductas típicas sean debidas, es decir, acordes con el ordenamiento jurídico, en el entendido que solo deben ser debidas por mandamiento judicial. Nuestra Constitución Política, en el inciso 10 del artículo 2, dispone que “las comunicaciones (...) solo pueden ser (...) intervenidas por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley”. Se precisa en este orden una expresa reserva de ley, y asimismo, la insoslayable intervención del juez, que aparece como un presupuesto de legalidad constitucional, por ello, resulta recomendable que el texto legal sustitutorio siga en su redacción la frase “indebidamente”.

2. El aumento de pena privativa de libertad responde a criterios legítimos de prevención general de la pena

Tal como está regulado en nuestro texto punitivo en el delito de interceptación telefónica la pena (sólo se castiga con pena privativa de libertad) resulta ser totalmente mínima a efectos de cumplir con los objetivos de prevención general que impone nuestro Título Preliminar (artículo I) del Código Penal, que algunos pueden

218 Véase: SALINAS SICCHA, 2007, p. 547.

decir que está mal que el Código Penal endurezca las penas, sin embargo, como es sabido en la ciencia penal la llamada “teoría de la prevención general” –ya sea positiva o negativa– de la pena sigue –y seguirá teniendo– el criterio a tener en cuenta por el legislador penal en su tarea de la criminalización primaria (criterio de gestación) de las normas penales. Bajo esta premisa en muchos casos el legislador penal encontrará legitimidad para consolidar la motivación general en los demás sujetos para tratar de prevenir que se sigan cometiendo estos delitos, por ello en el presente proyecto de ley, lo que se realiza es un aumento racional de la pena abstracta, en este caso del artículo 162 del Código penal, en el entendimiento que por más que se eleve legislativamente las penas de un delito, siempre será el Juez quien judicialmente determine la pena concreta al autor/partícipe del hecho delictivo.

CAP. VIII

El aumento de pena no solo responde a criterios de prevención general, sino también responde a criterios jurídico-prácticos de persecución penal, ya que teniendo una pena totalmente ínfima lo único que se a lograr es que el delito imputado judicialmente prescriba en pleno proceso penal, y a veces la pena se llega a materializar ya que, en muchos casos, prosperaría una pena suspendida. En esta misma línea podemos ubicar al Código Penal argentino (artículo 153, cuarto párrafo) que señala lo siguiente: “Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.”

3. Sobre la agravante del delito por la calidad del sujeto activo: funcionario o servidor público que se encuentre en ejercicio del cargo

Considero que debe ampliarse la calidad del sujeto no solo para el funcionario sino también para el caso de servidor público, siguiendo con la lógica del Código Penal cuando trata de agravar la pena para esta clase de sujetos activos pertenecientes a la Administración Pública, máxime si se encuentran ubicados en la misma línea de ataque al bien jurídico tutelado “intimidad”. Así véase, por ejemplo, el artículo 155 del CP: “Si el agente es funcionario *o servidor público...*”; el artículo 157 del CP: “Si el agente es funcionario *o servidor público...*”.

Consideramos a efectos de datarlo con la mayor precisión posible los tipos penales –respeto por el principio de taxatividad y determinación legal– que se incluya en el artículo 162 CP la frase: “...y, *en ejercicio del cargo...*”, ya que un presupuesto inevitable es que el funcionario o servidor público al momento de cometer el delito de intervención telefónica se encuentre en ejercicio efectivo de sus funciones. Es más, el mismo Código Penal de 1991 cuando reprime estos aspectos agravatorios –enmarcados en el rubro de delitos contra la intimidad– por la calidad del sujeto activo los menciona expresamente. Así véase por ejemplo el artículo 155 del CP: “Si el agente es funcionario o servidor público y, *en ejercicio del cargo...*”; el artículo 157 del CP: “Si el agente es funcionario o servidor público y, *en ejercicio del cargo...*”.

Finalmente, considero que debe dejarse intacta la pena en relación a la inhabilitación –pena conjunta con la pena privativa de libertad– conforme al actual artículo 36 del Código Penal con sus respectivos numerales: 1, 2 y 6.

4. Sobre la agravante cuando el agente comete el delito mediante el concurso de dos o más personas

Con respecto a la propuesta de agravante del segundo párrafo del artículo 162 del Código Penal: “Si el agente que comete el delito mediante el concurso de dos o más personas”, considero recomendable agravar el tipo penal básico cuando el sujeto activo actúa con el “concurso de dos o más personas”. Como puede verse no se utiliza la frase “que el agente pertenezca a una organización criminal”, ya que en este último supuesto representa desde el punto de vista jurídico-procesal una mayor carga de probanza de cara a la verificación de sus requisitos (como por ejemplo: permanencia, jerarquía, etc.), lo cual al final de cuentas se desprendería aún más el bien jurídico-penal “secreto de las comunicaciones”.

5. Sobre la agravante de la divulgación, transferencia y comercialización de la comunicación telefónica interceptada indebidamente

CAP. VIII

Considero que debería ampliarse la agravante del delito para aquellos supuestos donde se lesiona el bien jurídico “secretos de las comunicaciones”, en el sentido que la “propalación” —por cualquier medio— de la información indebidamente obtenida resulta ser mucho más grave que el simple hecho de “interceptar” una llamada telefónica, por lo que consideramos que la pena debería incrementarse al tipo penal básico. Este aspecto no ha sido tomado en cuenta por el Proyecto de Ley N.º 2979-2008 en el sentido que la conducta del sujeto activo de publicar o hacer conocida por terceras personas la comunicación interceptada. Esta hipótesis por ejemplo, se encuentra regulada en el Código Penal argentino (artículo 153 tercer párrafo) en los siguientes términos: “La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica”.

Asimismo, consideramos que se debería regular la conducta de “transferencia” de la información obtenida ilegalmente que realiza el sujeto activo hacia otras personas. Aquí no se castiga la divulgación de la información —que está contemplada también como agravante— sino la sola transferencia a una tercera persona. Este supuesto, por ejemplo, se encuentra en el Proyecto de Ley N.º 2993-2008-PE presentado por el Poder Ejecutivo en su propuesta legal del artículo 162.2. Asimismo, sugiero sancionar aquella conducta que tenga como objetivo lucrar o sacar algún beneficio económico con la información (que ha escuchado, interferido o que ha grabado) indebidamente obtenida. Es decir, si una persona ya tiene en su poder un material que de manera ilegal o no autorizada judicialmente ha interceptado, escuchado o mejor dicho ha grabado, luego de ello el sujeto activo decide vendérselo a otra persona para que esta proceda por ejemplo a su respectiva divulgación en determinados medios de comunicación; aquella persona que al menos ha vendido el material, consideramos que debe tener algún reproche penal de acuerdo al marco penal.

6. Sobre la “nueva” incorporación del proyecto de ley del delito de venta, compra o comercialización de equipos electrónicos para la interceptación de comunicación privada entre personas

Efectivamente, el Proyecto de Ley trae una interesante novedad a nuestro sistema jurídico-penal, cual es la incorporación del artículo 164-A que señala un nuevo delito denominado “venta, compra o comercialización de equipos electrónicos para la interceptación de comunicación privada entre personas”. Este nuevo delito pretende cubrir —ojalá sea así— los vacíos existentes en el delito de interceptación telefónica concretamente en el tema de aquellos instrumentos material y electrónicos que sirven para facilitar la comisión (es decir para “interferir” o “interceptar”) del delito en cuestión.

CAP. VIII

Resulta plausible que se tipifique en nuestro Código Penal una conducta que contemple todos los supuestos que comprometen los actos de interceptación telefónica, sobre todo quienes proporcionan las herramientas (materiales y técnicas) para facilitar la comisión de este hecho delictivo, concretizados en tres actos concretos: vender, comprar y comercializar los equipos electrónicos para la interceptación. Si hacemos un poco de historia en nuestra legislación penal así por ejemplo en el Código Penal peruano del 1924 (hoy abrogado) no contemplaba en la Parte Especial ni en legislaciones especiales una figura delictiva similar al delito de comercialización de equipos para interceptación telefónica tal como se propone en el Proyecto de Ley objeto de dictamen, ni mucho menos un tipo penal de interceptación telefónica. Si bien existía un Título IV, Violación del Secreto de la Correspondencia, pero solo hacía referencia a un tipo penal básico y genérico descrito en el artículo 232 que decía lo siguiente: “...que abriera indebidamente una carta, un telegrama, radiograma o despacho telefónico, o un pliego cerrado que no le esté dirigido, o se apoderare indebidamente de alguno de esos documentos, aunque no esté cerrado para conocer su contenido...”, ya que en ese momento no estaba muy avanzadas las herramientas tecnológicas ni cibernéticas como lo están actualmente.

En otras palabras, lo que pretende este nuevo delito —a través del Proyecto de Ley— es no solo sancionar penalmente a aquella persona que “realiza” la conducta típica del artículo 164 CP, sino a aquella persona que “proporciona” los medios o los insumos necesarios para la realización de la conducta típica del artículo 164 CP, ya sea vendiendo, comprando o comercializando dichos equipos electrónicos. Como puede observarse la incorporación de este delito —aunque no lo diga expresamente— pone un énfasis especial en la intención del sujeto, ya que se reprime el acto de “vender”, “comprar” o “comercializar”; estos tres verbos rectores implican un *ánimus de lucro* por parte del autor

Resulta recomendable que en la inclusión de actos preparatorios, además de establecer la conducta de venta o entrega de equipos, se debe incluir la conducta de “instalación” de los mismos con el fin de interceptar, escuchar o gravar las comunicaciones privadas. Este supuesto legal se contempla por ejemplo en el Código Penal del Paraguay, en el artículo 141, 3 en los siguientes términos:

“... hiciera, *mediante instalaciones* técnicas, inmediatamente accesible a un tercero, la palabra de otro, no destinada al conocimiento del autor...”.

El Proyecto de Ley N.º 2979 podía haberse quedado solo en la incorporación de la “incautación y el decomiso” como forma de consecuencia accesoria-económica de la comisión del delito, siguiendo la misma línea de represión de los delitos culturales (Título VIII, artículos 226 y siguientes del Código Penal peruano), en la cual no se sanciona típicamente a aquel sujeto que vende, compra o comercializa los equipos materiales o vehículos empleados para la comisión de un delito contra el patrimonio cultural, sino como dijimos, solo contempla una modalidad de sanción pero como de consecuencia accesoria-económica (artículo 231 CP). Situación que no ha pasado con el Proyecto de Ley objeto de dictamen, ya que en dicho proyecto en el delito de interceptación telefónica incorpora tanto como modalidad típica el vender, comprar o comercializar materiales (artículo 162-A) y a ese mismo supuesto fáctico le agrega como modalidad sancionatoria una consecuencia accesoria-económica (artículo 162-B).

CAP. VIII

Una de las primeras legislaciones en materia penal a nivel regional que contempla expresamente como delito la venta o comercialización de los equipos para cometer la interceptación telefónica es el Código Penal de Colombia. En efecto, dicho cuerpo normativo recientemente ha creado mediante La Ley N.º 1273, de fecha 5 de enero de 2009, un nuevo bien jurídico tutelado denominado “De la protección de la información y de los datos”, incorporando el delito de uso de software malicioso (artículo 269-E): “El que, sin estar facultado para ello, produzca, trafique, adquiera, distribuya, vende, envíe, introduzca o extraiga del territorio nacional software malicioso u otros programas de computación de efectos dañinos, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes”; asimismo dicho Código Penal también tipifica en el artículo 269-F el llamado delito de violación de datos personales bajo los siguientes términos: “El que, sin estar facultado para ello, con provecho propio o de un tercero, obtenga, compile, sustraiga, ofrezca, venda, intercambie, envíe, compre, intercepte, divulgue, modifique o emplee códigos personales, datos personales contenidos en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Considero importante señalar que existen determinadas empresas que cuentan con equipos y aparatos de telecomunicaciones que permiten la interceptación, por consiguiente existe algún tipo de autorización o certificación o registro de estos aparatos, que expide la autoridad competente posiblemente sea el Ministerio de Transporte y Comunicaciones. En consecuencia, no se podría sancionar penalmente toda compra de estos equipos sino solo aquella conducta donde no medie una autorización judicial. Así, el artículo 230 del Nuevo Código Procesal Penal de 2004 regula sobre la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones, específicamente en el inciso 4) se señala: “las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deberán posibilitar la diligencia de intervención y grabación y registro... Los servidores de las indicadas empresas deberán guardar secreto acerca de la misma...”

7. Incorporación de la “incautación” o “decomiso” de los materiales y equipos como consecuencia jurídico-económica derivada del delito de interceptación telefónica

Considero loable la incorporación del artículo (164-B) que se denomina “Incautación o decomiso” de los objetos materiales que han servido para la comisión del delito de interceptación telefónica²¹⁹. Resulta una tendencia del legislador penal la incorporación expresa en la Parte Especial de querer incautar o decomisar los efectos materiales que sirvieron para la comisión de los delitos que se vienen investigando o cuando estos ya han sido sancionados. En otras palabras es común encontrar en nuestra legislación penal que luego de una reforma penal tanto en los delitos y las penas de la Parte Especial se agreguen determinadas normas (algunos sostienen que son de naturaleza procesal) que contengan consecuencias jurídico-económicas derivadas de la comisión del delito, ya sea en calidad de investigado (como la incautación de los objetos) o en calidad de condenado (como el decomiso de los objetos).

CAP. VIII

Así si revisamos, por ejemplo, en los delitos de corrupción de funcionarios públicos, encontramos en el artículo 401-A –incorporado en la reforma legal del 10/05/1992– que señala lo siguiente: “En todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados”; asimismo el artículo 401-B señala también lo siguiente: “Los bienes decomisados e incautados durante la investigación policial y proceso judicial, serán puestos a disposición del Ministerio de Justicia (...) Los bienes decomisados o incautados definitivamente serán adjudicados al Estado y afectados en uso a los mencionados organismos públicos (...)”

De la misma manera podemos citar la Ley de Delitos Aduaneros (Ley N.º 28008) que en su artículo 23, segundo párrafo, se señala: “Una vez consentida o ejecutoriada la sentencia condenatoria y resuelto el decomiso de las mercancías y de los instrumentos con los que se hubiera ejecutado el delito, previa notificación de la misma, se adjudicarán las mercancías o instrumentos a las entidades del Estado, los gobiernos regionales, municipales y a las instituciones asistenciales, educacionales, religiosas y otras sin fines de lucro oficialmente reconocidas.” En esta misma línea citaremos el artículo 314-C del Código penal, segundo párrafo –en la reforma legal suscitada el 02/10/2008– el cual preceptúa ahora lo siguiente: “En los delitos previstos en este Título, el Juez procederá a la incautación previa de los especímenes presuntamente utilizados para la comisión del presunto ilícito (...) En caso de emitirse sentencia condenatoria, los especímenes ilícitos podrán ser entregados a una institución adecuada, según recomendación de la autoridad competente, y en caso de no corresponder, serán destruidos.”

En esta misma línea de análisis podemos mencionar el artículo 221 del Código Penal (en lo referente a los delitos contra los derechos intelectuales) que señala

219 El Proyecto de Ley N.º 2979/2008 señala lo siguiente: “En los delitos previstos en este capítulo, se procederá a la incautación inmediata de los materiales y equipos empleados en la comisión de los delitos, sean estos de los sujetos activos de la conducta o de los terceros civilmente responsables. En caso de emitirse sentencia condenatoria los materiales y equipos quedarán decomisados a favor del Estado; sin perjuicio de la reparación civil que hubiere lugar”.

lo siguiente: “En los delitos previstos en este capítulo, se procederá a la incautación previa de los ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito. Asimismo, el Juez, a solicitud del Ministerio Público ordenará el allanamiento o descerraje del lugar donde se estuviese cometiendo el ilícito penal. En caso de emitirse sentencia condenatoria, los ejemplares ilícitos podrán ser entregados al titular del derecho vulnerado o a una institución adecuada y en caso de no corresponder, serán destruidos...”.

En el actual Código Penal se regula las “Consecuencias Accesorias” derivadas del delito, las mismas que se encuentran en los artículo 102 y siguientes del Código Penal. En efecto, en el artículo 102 se señala lo siguiente: “El Juez resolverá el decomiso o pérdida de los objetos de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiese ejecutado así como los efectos, sean estos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción, salvo que exista un proceso autónomo para ello. El Juez podrá disponer en todos los casos, con carácter previo, la medida de incautación, debiendo además proceder conforme a lo previsto en otras normas especiales”.

CAP. VIII

VI. PROPUESTA LEGAL DE MODIFICAR EL ARTÍCULO 162 E INCORPORAR LOS ARTÍCULOS 164-A Y 164-B AL CÓDIGO PENAL RESPECTO AL DELITO DE INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA

La propuesta legal es la siguiente:

Artículo 1. Modificación del artículo 162 del Código Penal

Modifíquese el artículo 162 del Código Penal referido al delito de interceptación telefónica, en los términos siguientes:

“Artículo 162. Interferencia telefónica

El que, indebidamente, interfiera, escucha o graba una comunicación telefónica u otro análogo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años”.

“Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1,2 y 4:

- a. Si el agente es funcionario o servidor público y, comete el delito en ejercicio del cargo.
- b. Si el contenido de la comunicación obtenido es divulgado, comercializado o entregado a un tercero.
- c. Si hecho es cometido mediante el concurso de dos o más personas”.

Artículo 2. Incorporación de los artículos 164-A y 164-B al Código Penal

Incorpórense los artículos 164-A y 164-B al Código Penal, referidos a los delitos de venta, compra o comercialización de equipos para la interceptación de comunicación privada entre personas y a la incautación y decomiso respectivamente, en los términos siguientes:

Artículo 164-A. Venta, compra, instalación o comercialización de equipos para la interceptación de comunicación privada entre personas

El que indebidamente vende, compre, instala o comercialice materiales o equipos para la interceptación de comunicación privada entre personas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años

Artículo 164-B. Incautación o decomiso

En los delitos previstos en este capítulo, se procederá a la incautación inmediata de los materiales y equipos empleados en la comisión de los delitos, sean estos de los sujetos activos de la conducta o de los terceros civilmente responsables.

En caso de emitirse sentencia condenatoria los materiales y equipos serán decomisados a favor del Estado.

EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO ANÁLISIS JURÍDICO-DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 170 Y SUS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

I. CONSIDERACIONES GENERALES DEL DELITO SEXUAL

Los delitos sexuales, conjuntamente con los delitos contra el patrimonio (sobre todo el hurto y el robo agravado) y la micro y macrocomercialización ilícita de drogas son quizás los delitos que representan mayor índice de criminalidad en los Centros Penitenciarios de nuestro país, y esto llama aún la atención porque si revisamos las últimas reformas legales donde se amplían las conductas típicas a límites absurdos y obviamente agravando las sanciones penales en el Código penal, específicamente en los delitos sexuales (llegando incluso hasta los 35 años y la exclusión de beneficios penitenciarios al condenado en algunos casos), y estas modificaciones han sido sobre todo en el delito sexual, por lo menos un promedio de 10 modificaciones legales a la fecha (desde la primera que sucedió en el año 1994 hasta la última que sucedió en el año 2008) al rubro de delitos contra la “libertad sexual”, aunado a ello que existe a la fecha un promedio de cuatro Acuerdos Plenarios emitidos por la Corte Suprema de la República, referidos todos ellos a problemas específicos que suscita el delito de libertad sexual e indemnidad sexual; con lo cual se percibe que es una prioridad del Estado peruano –a través del Poder Legislativo por las constantes reformas al Código Penal y a través del Poder Judicial cuando le ha tocado conocer casos concretos– proteger y cautelar los constantes abusos de contenido sexual, sobre todo a delitos cometidos contra menores de edad.

En ese sentido, si el delincuente sexual se llegara realmente a intimidar a través de la pena que se le va a aplicar, que es por cierto muy elevada, en primer lugar, no habría tantos procesos penales tramitados ante el Ministerio Público ni tampoco ante el Poder Judicial, ni muchos menos internos en los Centros Penitenciarios, pero lamentablemente esto no es así. Entonces si la pena en el delito sexual en el Perú no cumple con su finalidad de prevención general “negativa” (lamentable que cumple dicha finalidad), la solución al problema debemos de encontrarla en otros aspectos.

En otras palabras, el problema es principalmente del Poder Ejecutivo y no Poder Judicial o Ministerio Público, o del INPE. El Estado, o mejor dicho el Poder Ejecutivo, es el que debe invertir en mejorar o reestructurar, por ejemplo, la educación de los niños y jóvenes, reafirmando los mejores lazos familiares que es

donde comienza lamentablemente los abusos sexuales; asimismo, reforzando en todos los aspectos a las fuerzas del orden en nuestro país, para que estos actúen rápidamente ante la comisión delictiva sexual. En consecuencia, el Estado debe ocuparse de las funciones primarias y prioritarias de la población (y esto también tiene que ver con los enormes problemas que presenta los condicionamientos culturales de los sujetos involucrados en una relación sexual como son, por ejemplo, las comunidades campesinas y nativas de nuestro país²²⁰), antes de ocuparse de las soluciones fáciles, coyunturales, que son secundarias, elevando simplemente las penas en los Códigos penales.

La palabra violación proviene del latín *violare*, y esta palabra, a su vez, de *vis* que significa fuerza". El término violación significa, en lenguaje general, "infracción" o "transgresión", por lo que es común emplearlo como sinónimo de "quebrantamiento", sobre todo como parte de términos como *violación de domicilio*, *violación de correspondencia*, *violación de contratos*, entre otros. Sin embargo, se usa sobre todo para referirse a casos en el ámbito de la conducta sexual humana y para indicar que ha existido un quebrantamiento de origen sexual, el cual menoscaba la dignidad humana y atenta contra el derecho de libertad sexual. Así pues, *violación* se define, desde el punto de vista de la sexualidad como todo aquel contacto sexual con cualquier persona que, por alguna razón, no puede (incapaces mentales, menores de edad, personas que se encuentran en estado de inconsciencia) o no quiere dar su consentimiento²²¹.

El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal. En igual sentido que cuando se sanciona penalmente la conducta

220 En una Ejecutoria Suprema de fecha diez de abril de dos mil ocho, en el Recurso de Nulidad N.º 309 – 2008, Segunda Sala Penal Transitoria, tiene dicho que no hay condicionamiento cultural si el procesado ha tenido otro proceso por el mismo que se le imputa. Efectivamente se dice: "...Que, gran parte de los cuestionamientos sostenidos por el recurrente no resultan atendibles, en tanto, el hecho de que no se haya tomado o cuando menos comenzado a recabar su declaración instructiva luego de ser supuestamente detenido, resulta irrelevante para el caso de autos, toda vez, que en esta etapa del proceso lo que se trata de establecer es si el procesado tiene o no responsabilidad penal en el hecho que se le imputa; igualmente, tampoco es amparable el argumento dirigido a determinar mediante una resolución previa si el delito incriminado ha sido en grado de tentativa o si había sido consumado, pues el grado de exteriorización de los actos tendientes a producir el resultado típico, precisamente, forman parte de la investigación judicial y del fallo correspondiente, lo cual en modo alguno importa una restricción al derecho de defensa de un procesado, toda vez, que esta situación no constituye la imputación de un nuevo delito, más aún, si este ha sido materia de dos pedidos de nulidad que han sido declarados infundados; asimismo, no es procedente la aplicación de los artículos catorce y quince del Código Penal, puesto que, no es creíble que el procesado ignore que la conducta que se le incrimina constituya delito, si conforme es de verse de la razón de fojas cuarenta y cuatro ya tenía otro proceso penal por tentativa de violación sexual en agravio de menor de edad, situación que incluso reconoce al rendir su instructiva e informar la razón por la cual se encontraba en un establecimiento penitenciario (ver fojas cincuenta y tres); de igual modo, no existen mayores elementos de prueba que acrediten que el hecho que se le incrimina al recurrente constituya una costumbre ancestral o que su conducta sea normal en el ámbito cultural y geográfico donde estos sucedieron".

221 Extraído de página web: Wikipedia. fecha de consulta: 07-03-2012.

que va en contra de libertad personal, la descripción típica del artículo 170 del Código Penal peruano, hace mención expresa a la sanción por violación sexual, y sanciona aquella conducta que sobre la base de determinadas acciones delictivas, como la “violencia” y la “amenaza”, accede carnalmente con la víctima. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual. En otras palabras, la violación es un tipo de acceso carnal no consentido mediante el cual se produce la profanación del cuerpo de una persona que no ha podido o no tenido el ánimo de prestar el consentimiento para ejecutar dicho acto, producto de lo cual su integridad mental y física ha sufrido o pudo haber sufrido un ultraje.

El resultado del acto sexual en el delito de violación sexual es indiferente para el Derecho, si no logra el uso de la violencia física o la grave amenaza. El acto sexual consentido libremente, aun cuando se lleve a cabo con violencia consentida, actos sexuales sadomasoquistas no genera ninguna clase de responsabilidad penal, dado que la libertad sexual es un bien jurídico sujeto a disposición y que no se encuentra dentro de los bienes jurídicos irrenunciables²²². En cuanto a los delitos sexuales, como categoría especial y a partir de sus propias particularidades, es de rechazar para evaluarlos en sede judicial cualquier prejuicio o estereotipo con base en el género que suponga un atentando contra la dignidad de la víctima. Este criterio judicial exige, desde una perspectiva objetiva, que se lleve a cabo una adecuada apreciación y selección de la prueba a fin de neutralizar la posibilidad de que se produzca algún defecto que lesione la dignidad humana y sea fuente de impunidad²²³.

El delito de violación sexual, en todas sus manifestaciones, desde la historia siempre ha sido castigado penalmente de manera muy severa y cruel a su autores y cómplices²²⁴; y debemos de reiterar que el antiguo artículo 196 del Código Penal

222 ARCE GALLEGOS, Miguel; *El delito de violación sexual. Análisis dogmático, jurídico-sustantivo y adjetivo*, Arequipa, 2010, p. 55.

223 Acuerdo Plenario Nro. 1 -2011/CJ-116 emitido por la Corte Suprema de la República, considerando 8.

224 En el incanato, los incas sancionaban la violación sexual de distintas formas como, por ejemplo, la expulsión del pueblo, el linchamiento, entre otras y solo se aplicaba la pena de muerte para los reincidentes.

En la Colonia, la cifra negra de la criminalidad aumenta ostensiblemente debido al abuso y flagelo de los cuales eran víctimas los indígenas.

En la República y estando en vigencia el Código Penal de 1924, había pena de muerte para el violador que agraviaba a menores de 7 años, siendo sustituida por la pena de internamiento; para, posteriormente, con la Constitución política de 1979 dejar solamente la aplicación de pena de muerte en caso de traición: a la patria en situación de guerra exterior. En la Edad Moderna el delito de violación fue tipificado de acuerdo con principios jurídicos nacidos principalmente a partir de la Revolución Francesa, así como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, los cuales configurarían el delito de violación y su pena, teniendo como objeto jurídicamente protegido a la *libertad* de las personas respecto de su autodeterminación sexual, siendo compartido por varios tratadistas esta afirmación, tales como Norberto Bobbio, menciona que la libertad sexual existe en un doble sentido positivo y negativo, siendo positivo en el caso de la libre determinación de una persona para hacer uso de su cuerpo y sexualidad, así como el aspecto negativo, es decir, el aspecto de negarse a ejecutar y a no tolerar actos

de 1924 (hoy abrogado) decía en relación con el delito de violación sexual real lo siguiente: “Será reprimido con penitenciaría o prisión no menor de dos años, el que por violencia o grave amenaza obligara a **una mujer a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio**. En este punto debemos de recordar que dicho artículo 196 del Código Penal derogado y el artículo 197 del mismo Código (“Será reprimido con penitenciaría o prisión no menor de tres años, el que *fuera de matrimonio* hubiere hecho sufrir el acto sexual a *una mujer*, después de haberla puesto con este objeto en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir”) el sujeto pasivo de la violación sexual solamente podía ser una mujer (siempre y cuando el acto sexual se realizaba “fuera” del matrimonio), en la medida en que estaba dentro del clasificador jurídico “Delitos contra las Buenas Costumbres”, en el Título I: “Delitos contra la Libertad y el *Honor Sexual*”, en el entendido que la colectividad estimaba que las relaciones sexuales realizadas fuera del matrimonio eran –y son de alguna manera– inmorales, así como las que se pretenden imponer por la fuerza a personas que, por su minoría de edad, no están en condiciones de prestar su consentimiento. Este último supuesto –como veremos más adelante– no se lesiona tanto el “honor” sexual de los menores de edad, sino más bien su capacidad de discernimiento en la copulación sexual, que es la indemnidad o intangibilidad en decisión sexual. En ese entonces el honor sexual, en palabras del desaparecido Bramont Arias, se entendía de doble manera: a) como sentimiento íntimo de estimación y respeto a la propia dignidad, que es lo que se denomina honor subjetivo; y b) como buena fama o reputación de que goza una persona ante los demás, que es lo que se llama honor objetivo u honra²²⁵.

Recordemos que antiguamente, cuando recién entro en vigencia el Código Penal de 1991 había delitos en que el ejercicio de la acción penal era privado, como, por ejemplo, la violación sexual simple, seducción. Asimismo, antiguamente el agresor sexual si contraía matrimonio con la víctima quedaba exento de pena, en cambio, con la legislación penal actual, si el agente contrae matrimonio con la agraviada, no tiene ningún tipo de beneficio en cuanto a la pena que se le imponga.

La violación de un hombre, para el efecto de una práctica sexual contranatura, no constituía delito sexual sino delito contra la libertad individual²²⁶. Otro elemento diferencial importante entre la anterior y la vigente legislación consiste en que la ley negaba la posibilidad de la violación de la esposa. En otras palabras, la relación sexual del hombre con la mujer, contra la voluntad de esta, no era delictual si existía

sexuales. La pena del delito de violación ha sido prescrita de acuerdo con los principios de los nacientes Derechos Humanos, bajo la premisa del constitucionalismo y de los fines de la pena. Estos principios serían adecuados posteriormente a los códigos penales nacientes de los nuevos estados, siendo incorporados posteriormente al Código Penal de España y los códigos penales de los estados americanos. Muchos tratadistas han intentado encontrar una base del comportamiento delictivo de los violadores en base a la criminología, estableciendo pautas y estudios sobre éstos, tales como los estudios de Cesare Lombroso, lo cual sería un punto de partida para un amplio debate acerca de la violación y las personas que cometen este delito.

225 BRAMONT ARIAS, Luis A.; *Temas de Derecho penal*, T. III, 1990, Lima, 11.

226 Véase: CHIRINOS SOTO, Francisco; *Comentarios al nuevo Código Penal del Perú*, T. II, Lima, 1993, p. 190.

vínculo matrimonial entre agresor y víctima. En cambio, al omitir ese elemento, el código vigente admite implícitamente que se pueda incurrir en delito de violación en agravio de la cónyuge²²⁷.

II. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO SEXUAL

Sobre la problemática que encierra el concepto penal del bien jurídico en el delito sexual, podemos asumir de manera genérica distintas modalidades de atentados a la libertad que es objeto de protección:

- En primer lugar podemos citar la conducta que se realizan *venciendo la voluntad contraria* de la víctima, que opone algún tipo de resistencia. En este supuesto lo encontramos en el artículo 170 del Código penal.
- En segundo lugar, cabe mencionar aquellos comportamientos que se realizan contando con un *consentimiento viciado* de la víctima, el cual puede deberse a la concurrencia de una intimidación, prevalimiento de superioridad, un engaño, o al aprovechamiento de una situación de necesidad o de vulnerabilidad.
- En tercer lugar, aparecen las conductas que cuentan con un *consentimiento inválido* de la víctima, en la medida en que se considera que ella carece de la capacidad para comprender el sentido y la trascendencia de su decisión en este ámbito.
- En cuarto lugar, procede mencionar las conductas sexuales que se realizan *sin el consentimiento* de la víctima. Ello sucede, desde luego, cuando se da una mera negativa a la acción sexual sin resistencia posterior ni vicio del consentimiento que explique la ausencia de esta última, pero también cuando simplemente falta el consentimiento sin haber manifestado, pudiendo hacerlo, una oposición.

Asimismo, podemos sintetizarlo, a mi juicio, en tres puntos concretos: en primer lugar, la perspectiva de “género” en el objeto de protección, descartándose la vieja idea “moralista” de honor sexual vinculada estrictamente a la mujer; en segundo lugar, el concepto mismo de “libertad sexual” para los mayores de edad, y en tercer lugar, el concepto de “indemnidad sexual” para los menores de edad. Veamos cada uno de ellos:

1. La “perspectiva de género” como objeto de protección en el delito sexual

Las “perspectivas de género” –per se– si bien no constituyen un único criterio de intervención y regulación del Derecho Penal y Procesal Penal, en los delitos sexuales adquieren una particular relevancia, en atención a la preocupación y conmoción que el fenómeno de la violencia sexual –que incide mayormente en mujeres, adolescentes y niños– presenta como incontenible medio trasgresor de bienes jurídicos relevantes, de amplia presencia en los casos judiciales –que, por

227 Véase: CHIRINOS SOTO; T. II, 1993, p. 190.

lo demás, registra una elevada cifra negra— y que requiere evitar su impunidad y las perturbaciones que se originan en la configuración de protocolos, manuales, criterios de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia²²⁸.

En nuestro Código Penal vigente el bien jurídico protegido en el delito de violación sexual no es la libertad sexual genital de la mujer ni las buenas costumbres u honorabilidad sexual de la mujer, como en la legislación penal derogada de 1924, sino de manera genérica la libertad sexual de la persona humana, incluida también la del varón, cumpliendo así con las exigencias de un Estado de Derecho y del principio de igualdad²²⁹. El carácter personalista (art. 1) y el modelo de Estado social y democrático de Derecho (arts. 38, 43 y 44), que adopta nuestra Carta Magna, conducen a una concepción del derecho penal como instrumento de control al servicio de la persona humana. Por ello, derechos constitucionales especialmente relevantes en el ámbito sexual, como la igualdad (art. 2.2) o a la libertad de conciencia (art. 2.3), y principios democráticos como el pluralismo y la tolerancia, deben encontrar su realización a través del *ius puniendi*²³⁰.

Por su parte, Chirinos Soto no acepta la "...hipótesis de la violación del varón por parte de la mujer en cuanto a la realización del acto sexual natural. Obvias razones de carácter biológico sustentan nuestra posición, puesto que en la relación sexual *secundum natura* entre varón y mujer, ha de estar presente, de todos modos, el deseo del varón, unido a la posibilidad de llevar adelante la copulación. El deseo, como estado puramente psicológico y la libido, como apetencia carnal, se conjugan en el varón y requieren, como dijimos, de la posibilidad como factor indispensable. En otras palabras, si el varón llega a la relación sexual natural y completa, es porque quiere hacerlo y, además, puede hacerlo"²³¹.

En ese sentido, la Exposición de Motivos del Código Penal español de 1995 explica la equiparación entre el hombre y la mujer en el delito sexual, en los siguientes términos: "se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente que no es el Código Penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias. Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual

228 Acuerdo Plenario Nro.1 -2011/CJ-116 emitido por la Corte Suprema de la República, considerando 9.

229 ARCE GALLEGOS, Miguel; *El delito de violación sexual. Análisis dogmático, jurídico-sustantivo y adjetivo*, Arequipa, 2010, p. 52.

230 CARO CORIA, Dino Carlos; "Acerca de la discriminación de género" en el Código Penal peruano de 1991", en: *Hurtado Pozo, José (Director)*, Anuario de Derecho Penal, 1999 – 2000, *Derecho Penal y Discriminación de la Mujer*, Lima, 2001, p. 131.

231 CHIRINOS SOTO, T. II, 1993, p. 191.

de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente”.

Al respecto, el Profesor Hurtado Pozo ha dicho en relación a la perspectiva de género lo siguiente:

“El hecho de que la estadística muestren que las mujeres constituyen un porcentaje mínimo tanto de las personas que cometen delito como de la que son condenadas por delinquentes, no significa necesariamente que sean tratadas de manera privilegiada por el sistema represivo. Admitir esto implica considerar a este sistema de control como estando solo constituido por el derecho penal positivo. La elaboración y aplicación de las norma penales es el fruto del sistema social y cultural de una sociedad en una época determinada. El derecho penal solo es uno de los medios del sistema de control social. En esta perspectiva, si las mujeres no son el objeto inmediato de la represión penal, no dejan de sufrir todos los efectos que produce su funcionamiento. No hay que olvidar que la discriminación no solo está referida a la mujer como sujeto del sistema penal (delincuente) sino sobre todo como víctima de delitos. Si como clase de sexo, en particular como persona, el sistema penal prevé que la mujer debe ser tratada según el principio de la igualdad, en la práctica y, en especial, en el proceso penal la mujer como víctima (por ejemplo de delitos sexuales) es objeto de un trato individual discriminatorio”²³².

CAP. IX

Por su parte, Ángeles Gonzáles y Frisancho Aparicio, comentando la legislación sexual peruana antes de la gran reforma que se emitió en el año 2004 (Ley N.º 28704) sostenían una posición válida en el sentido que debido a “...que la redacción de la figura de violación sexual utiliza la palabra “acto sexual u otro análogo” y no “acceso carnal violento” como en otras legislaciones punitivas, sujeto activo de este delito puede ser tanto el hombre como la mujer. La posibilidad de que la mujer pueda ser considerada como sujeto activo del delito de violación sexual tiene como sólido fundamento el bien jurídico objeto de tutela en esta sede. En efecto, la libertad sexual le corresponde a toda persona sin distinción de sexo”²³³.

Recordemos –con Noguera Ramos– que el Código Penal anterior establecía que el hombre era el único sujeto activo del delito, y si la mujer ayudaba al infractor para la comisión de la violación, por ejemplo, consiguiendo pañuelos para taponarle la boca a la víctima; era considerada, en ese caso, como partícipe del delito, pero

232 HURTADO POZO, José; “Moral, sexualidad y derecho penal”, en: Hurtado Pozo (Director), *Anuario de Derecho Penal, 1999 – 2000, Derecho Penal y Discriminación de la Mujer*, Lima, 2001, p. 35.

233 ANGELES GONZALES; Fernando / FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Código Penal. Comentado, concordado, anotado, jurisprudencia, T. II*, Lima, 1997, pp. 995 y 996. Por su parte, SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel; *El delito de violación sexual de menor en el nuevo Código Procesal Penal, 2011*, Trujillo, p. N°18, ha dicho lo siguiente: “Antaño se sostenía que la violación, sexual era un delito que “de ninguna manera puede realizar la mujer” error que se sustentaba en una Incorrecta individualización del objeto de protección. Se sostenía que lo protegido era el riesgo de embarazos, que la mujer viera destruida su imagen y que al perder la virginidad le imposibilita alcanzar un matrimonio y se negaba protección al varón al entender que aquel podía defenderse de la agresión. Actualmente ello resulta insostenible por su matriz discriminatorio (art. 2º.2 de la Constitución), ambos, Varón y Mujer, pueden ser sujetos activos del delito”.

nunca era señalada como autoría directa del mismo. En cambio, ahora como ya dijimos, la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación sexual, pero nos preguntamos ¿será posible esto? En la práctica pensamos que no va a ser nada fácil para una mujer llegar a practicar el acto sexual con un hombre contra su voluntad, ya que para que exista el delito de violación tiene que haber violencia física o grave amenaza, de lo contrario se habría realizado el acto sexual con el consentimiento de la víctima²³⁴.

Por estas consideraciones y forzando la figura, para que sea posible, tendría que ser una mujer experta en artes marciales, judo, karate, etc., que doblegue al hombre mediante la utilización de la violencia física, pero no basta con ello, porque el hombre para lograr tener acceso carnal con la mujer, necesitaría conseguir la erección, por eso, me pregunto; ¿Conseguirá el hombre la erección estando amenazando o sufriendo violencia física? Si el hombre no se estabiliza emocionalmente, pese a la violencia física sufrida, podrá la mujer realizar el acto sexual con el varón, porque; en caso contrario, el hombre no tendría erección, debido a los intentos ejercidos por la mujer con violencia física, no tendría erección el varón por desequilibrarse emocionalmente²³⁵.

CAP. IX

2. La libertad como capacidad sexual como bien jurídico-penal

El delito de violación sexual, dentro del marco jurídico penal vigente regula el tipo básico de los delitos contra la libertad sexual, el cual usualmente se denomina por la doctrina penal como “violación real”, “violencia carnal” o de manera sencilla delito de violación sexual. La libertad sexual supone, por un lado, decidir el sí, el cuándo y el con quién realizar la conducta con contenido sexual y, por el otro lado, implica oponerse ya sea a mantener una relación sexual con una persona no elegida o a la práctica de un determinado acto sexual.

Como es sabido, la libertad sexual es un concepto jurídico mucho más amplio que la mera prohibición penal de contactos genitales entre las partes involucradas, obligados como dicen muchos autores de la materia que la “libertad sexual no es solo genitalidad” o que “la sexualidad no es solo el sexo”. Empero, en el Código Penal peruano, como en la mayoría de Códigos penales de Latinoamérica, ha optado por castigar penalmente en la mayoría de tipos penales a los atentados contra la libertad sexual e indemnidad sexual que signifiquen, por lo menos, la utilización –intencionalmente– de un órgano genital, aludiendo, en principio, a la penetración del pene en la vagina de la mujer, que son órganos genitales por excelencia.

Al Estado le está vedado intervenir en la esfera de libertad de los ciudadanos, cuando su conducta es el manifiesto de un hombre libre y responsable. Comportamiento que no denota una reprobación general por parte de la sociedad. En el ámbito de los delitos sexuales, la reforma suscitada a partir de la Ley N.º 28704 en los delitos sexuales significó colocar en un primer plano valorativo la voluntad del individuo, expresada en su capacidad decisoria para *autodeterminarse sexualmente*, es decir, de elegir con quién, cómo y cuándo tener una relación o

234 NOGUERA RAMOS, 2011, pp. 52 y 5.

235 NOGUERA RAMOS, 2011, pp. 52 y 53.

acto de contenido sexual. Es el *consentimiento*, entonces, el pilar que sostiene el fundamento axiológico y normativo de los delitos sexuales²³⁶. Por otro lado, el bien jurídico protegido “violación sexual” ha estado vinculado a un determinado género, cual es que la protección jurídico-penal siempre ha sido una “mujer”, y por ende el sujeto activo siempre ha sido un varón; sin embargo, actualmente se tiene la idea desde la perspectiva del “género” que tanto el varón y la mujer pueden ser tanto sujeto activo, como también sujeto pasivo del delito en estudio, por ello las últimas reformas legales en nuestro Código penal, en relación al delito de violación sexual, tienden a interpretarse de manera amplia, a través del verbo rector, que también el varón puede ser “ultrajado”, “abusado” sexualmente, tanto por otro varón como también por una mujer.

Por su parte, Peña Cabrera Freyre nos enseña que “En el ámbito de los delitos sexuales, debe quedar claro que el objeto de tutela por la norma es la libre dirección volitiva de la víctima, la cual puede ser vulnerada –tanto como el que de propia mano invade con un cuerpo extraño alguna de sus cavidades sexuales– por quien utilizando a otro (error o inculpabilidad) obtienen el fin perseguido con su dominio, esto es, el quebrantamiento de la libertad sexual y no el honor de la víctima”²³⁷. Para Arce Gallegos la “...libertad sexual no es bien abstracto o genérico, sino que se vincula materialmente a la decisión que natural y normativamente puede tomar y asumir el sujeto pasivo en cada caso y situación concreta y que va desde la elección de su pareja sexual hasta el tiempo y la clase de comportamiento sexual que el sujeto quiere desarrollar”²³⁸.

La libertad sexual es la facultad de la persona para autodeterminarse en el ámbito de la sexualidad, sin más limitaciones que el respecto de la libertad ajena, facultad que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad, seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas²³⁹. La libertad sexual tiene tres anotaciones al respecto: primero, es generalmente aceptado que la dignidad es uno de los pilares de todo Derecho penal de un Estado de Derecho, su invocación no es sino la de un fundamento de todo el sistema penal. Segundo, se reconoce también de modo uniforme la estrecha vinculación entre la libertad sexual y la dignidad de la persona²⁴⁰.

En el tema del delito de violación sexual podemos distinguir nítidamente dos modalidades de bienes jurídicos tutelados: en primer lugar, la “libertad sexual”, que es una manifestación más de lo que es la libertad individual, significa el reconoci-

236 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.; “La reforma político criminal de los delitos sexuales, vía la Ley N.º 28704, sancionada el 5 de abril de 2006”, en: *Dialogo con la jurisprudencia*, N.º 108, septiembre, 2007, Lima, p. 195 (*las negritas son del texto*).

237 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.; *Delitos contra la Libertad e Intangibilidad sexual*, Lima, 2007, p. 107.

238 ARCE GALLEGOS, Miguel; *El delito de violación sexual. Análisis dogmático, jurídico-sustantivo y adjetivo*, Arequipa, 2010, p. 52.

239 SALINAS SICCHA, Ramiro; *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano*, Lima, 2008, p. 23.

240 CARO CORIA, Dino Carlos; “Sobre la relación entre los delitos contra la libertad sexual y de trata de persona”, en: *Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 29, noviembre, 2011, p. 95

miento del derecho de toda persona a desplegar aspectos sexuales de su propia responsabilidad, es decir, a mantener o desarrollarse sexualmente en el ámbito de sus relaciones con los demás. La Sala Penal Constitucional en la Consulta N.º 224-2007-Arequipa con fecha veinte de noviembre del dos mil siete dictó la siguiente decisión: “En los delitos contra la libertad sexual el bien jurídico protegido es precisamente esta, entendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante sí y ante los demás integrantes de la comunidad de su propio sexo, con la voluntad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que produzcan en la esfera de su sexualidad, más, cuando se encuentran ausentes de la estructura psíquica del sujeto, el intelecto y la voluntad, falta también capacidad para ejercer libremente los sentimientos individuales del sexo...”.

CAP. IX

El enfoque de los delitos sexuales desde la perspectiva de la libertad presupone la superación de aquella adjudicación de roles y expectativas sociales diferenciados por razón de género. Si en la concepción anterior la limitación de la libertad de la mujer era el presupuesto de su honestidad y por ello lo que le hacía digna de protección, ahora se invierte el significado. Es la construcción de la libertad lo que colorea la licitud de la conducta²⁴¹. La jurisprudencia penal peruana ha dicho lo siguiente: “En los delitos contra la libertad – violación sexual, el legislador busca proteger el derecho a la libertad sexual, entendido en un doble sentido: un derecho a la libertad, a la autodeterminación sexual en los mayores de edad y un derecho a la indemnidad e intangibilidad de los menores de edad”²⁴².

La jurisprudencia penal peruana ha dicho lo siguiente: “La libertad sexual es vulnerada cuando un sujeto activo trata de imponer a la víctima a un acto de contenido sexual en contra de su voluntad, ya sea con violencia física o psicológica, por ende se reafirma el objeto de protección jurídica de la autonomía de la voluntad sexual, cuando la víctima es mayor de edad, entendida esta libertad como la facultad que tiene toda persona para disponer de su cuerpo en materia sexual eligiendo la forma, el modo, el tiempo y la persona con la que va realizar dicha conducta sexual y, que el bien jurídico se lesiona cuando se realizan actos que violentan la libertad de decisión de que gozan toda persona en el ámbito de su vida sexual, siempre que esté en condiciones de usarla; es también objeto de protección, la preservación de la integridad o indemnidad sexual de personas que en razón de su incapacidad psicosomática se muestran incapaces de disponer de ella de manera absoluta o relativa”²⁴³.

241 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario; “Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género”, en: Hurtado Pozo (Director), *Anuario de Derecho Penal, 1999 – 2000, Derecho Penal y Discriminación de la Mujer*, Lima, 2001, p. 85.

242 EL CÓDIGO PENAL EN SU JURISPRUDENCIA, DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, Primera Edición, R. N. N.º 115-2004 – Junín, p. 268.

243 EL Código Penal EN SU JURISPRUDENCIA, Diálogo con la jurisprudencia, primera edición, R. N. N.º 751-2003 – Ayacucho, p. 267. En otra Ejecutoria Suprema de fecha trece de diciembre de dos mil siete, R. N. N.º 3232 – 2007 Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, tiene dicho lo siguiente: “... Que, en los delitos contra la libertad sexual, el bien jurídico protegido es la propia “libertad sexual”, entendida como la manifestación de la libertad personal, que se orienta a propugnar que la actividad sexual de las personas se pueda desa-

Para Chirinos Soto el bien jurídico "...es la libertad sexual, o sea el derecho que asiste a toda persona de disponer libremente de su cuerpo para el efecto de trabar relaciones de carácter sexual. Tan cierta es esta afirmación, que hasta la prostituta puede ser sujeto pasivo de una relación sexual. No son, por tanto, el pudor ni el honor sexual los bienes que la ley protege, sino únicamente la relación sexual"²⁴⁴. Por su parte, para los profesores Bramont-Arias Torres/García Cantizano sostienen que el bien jurídico es la capacidad de actuación sexual. "La actividad sexual en sí, cualquiera que ella sea, no puede ser castigada. La violación se punible no por la actividad sexual en sí, sino porque tal actividad sexual se lleva a cabo sobre la del *abuso* de la libertad de otro. La intervención del Derecho Penal ha de poner de manifiesto que el conflicto entre la libertad sexual de uno y otro sujeto ha de darse sin la opresión de ninguno de ellos. Por eso, lo que se castiga es el uso de la violencia o la grave amenaza para atentar contra la libertad sexual de otra persona"²⁴⁵. Para Reyna Alfaro "La libertad sexual es una concreta manifestación de la libertad personal, que constituye además una expresión del principio de dignidad de la persona humana, y que pretende asegurar que la actividad sexual de los ciudadanos se desarrollará dentro de determinados contornos de libertad"²⁴⁶.

CAP IX

En nuestro medio jurisprudencial, a través de algunos Acuerdos Plenarios y Ejecutorias Vinculantes emitidos por la Corte Suprema de la República, tampoco ha sido exento de serios cuestionamientos y de radicales soluciones el delito de violación sexual, tal es el caso del polémico Acuerdo Plenario (Véase, Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116: Asunto: Aplicación del artículo 173.3 del Código Penal [fecha 18 de julio de 2008] emitido por la Corte Suprema), que de alguna manera da nuevos alcances de manera jurisprudencial al llamado delito de violación sexual de menores del artículo 173, inciso 3 del Código Penal peruano.

rrollar dentro de un ambiente de libertad, sin violencia en ninguna de sus formas, empero, este disfrute pleno de la libertad sexual está reservado para los seres humanos que han alcanzado una madurez psíquico-biológica, mas no, para quienes no han alcanzado una edad cronológica determinada, es por ello, que de manera más concreta se ha incorporado en la doctrina el concepto de indemnidad o intangibilidad sexual como bien jurídico que tutela el derecho penal para proteger la libertad sexual futura de los individuos, esto es, para las personas que todavía no tienen madurez psíquico-biológica como son los menores de edad".

244 Véase: CHIRINOS SOTO, T. II, 1993, p. 191. En este mismo sentido: FLORES POLO, Pedro; *Diccionario de términos jurídicos*, T. II, Lima, p. 630 menciona en relación al vocablo "violación" lo siguiente: "En su acepción de Derecho Penal, hacer sufrir el acto sexual a una mujer, sin su consentimiento. El bien jurídico tutelado en estos casos es la libertad sexual; consecuentemente, no se considera para la calificación del delito la honestidad o deshonestidad de la víctima. Por ello, una prostituta puede ser víctima de violación".

245 Véase, BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Lima, 1996, p. 210 y 211.

246 Véase: REYNA ALFARO, Luis Miguel, en: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial*, Lima, p. 129.

3. La indemnidad o intangibilidad sexual como bien jurídico-penal. El Derecho penal de protección sexual de los menores de edad y los inimputables

Por otro lado, está la protección del bien jurídico “indemnidad sexual” que es un bien jurídico que se predica respecto de aquellas personas que aún carecen o que no han logrado un desarrollo de su madurez lo suficientemente necesario como para poder desplegarse de una manera consciente y libre en el ámbito de su realidad sexual. La ley penal no permite los actos sexuales con menores en base a la “indemnidad sexual” sosteniéndose que las relaciones sexuales a edad temprana condenan a una vida infeliz, destruye la personalidad y genera desequilibrio bio-psíquico²⁴⁷. Las propias condiciones físicas, la indemnidad sexual es entendida como el derecho que tienen los sujetos a culminar con ese proceso normal de desarrollo en el ámbito de su sexualidad, siendo menores de edad o personas incapaces.

CAP. IX

Diez Ripollés señala que la indemnidad sexual es un concepto que se reclama puramente negativo, *el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de la personalidad*, con lo que se quiere dirigir la atención al hecho de que se produzcan intromisiones en el proceso de formación del menor, y no a la cualidad de esta. En un sentido muy cercano se ha empezado a utilizar el término de *bienestar psíquico*. En tal sentido, el **Código Penal** español, incorpora los llamados “De los abusos sexuales”, en la cual artículo 181, inciso 1, señala expresamente: “El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o *indemnidad sexual de otra persona*, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses”²⁴⁸.

Sin embargo, equivocadamente a nuestro parecer, el Capítulo IX de nuestro Código Penal de 1991, denomina en forma global “violación de la libertad sexual”. En efecto, hay varios delitos en que no se vulnera la libertad sexual, sino la indemnidad o intangibilidad sexual, porque por ejemplo nos preguntamos: ¿cuál es el bien jurídico-penal vulnerado en el delito de acto sexual abusivo y violación de menores? En esos dos delitos específicos, el sujeto pasivo no tiene una auténtica libertad sexual, porque se trata de una persona con incapacidad psíquica o física y en el otro caso se trata de un menor de edad. En ambos delitos, el sujeto pasivo no tiene la capacidad autodeterminación para ejercer su sexualidad.

La Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.º 3580-2002-Lima, Pérez Arroyo, p. 281, tiene dicho que: “En esta clase de delitos la ley tiende no solo tutelar la libertad sexual, sino principalmente su indemnidad sexual, pues, es la inocencia de la menor, cuyo desarrollo sicoemocional se ve afectado por estos comportamientos delictivos”²⁴⁹. En este mismo sentido, se pronuncia en el

247 SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel; “El delito de violación sexual de menor en el nuevo proceso Penal”, 2011, Trujillo, p. 31

248 DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; “El objeto de protección del Nuevo Derecho Penal Sexual”, en: Hurtado Pozo (Director), *Anuario de Derecho Penal, 1999 – 2000, Derecho Penal y Discriminación de la Mujer*, Lima, 2001, p. 63 (las cursivas son del texto).

249 Extraído: *El Código Penal en su jurisprudencia*, Lima, 2007, p. 271.

Expediente N.º 0245-2003-Madre de Dios, Castillo Alva, tomo III, p. 114, tiene dicho que: “En los delitos de violación sexual de menores, se tutela no solo la libertad y el honor sexual, sino principalmente la inocencia de un menor cuyo desarrollo sicoemocional se ha visto afectado por el comportamiento delictivo del acusado, que resquebrajan las costumbres de la familia y la sociedad”²⁵⁰.

La jurisprudencia penal peruana ha dicho lo siguiente: “En los delitos de violación sexual de menores se tutela no solo la libertad y el honor sexual, sino principalmente la inocencia de una menor cuyo desarrollo psíquico y emocional se ha visto afectado por el comportamiento delictivo del acusado, que resquebrajan las costumbres de la familia y la sociedad; asimismo, es conocido que uno de los aspectos más problemáticos en los delitos sexuales son las dificultades probatorias para crear convicción en el juzgador sobre el delito y la responsabilidad del supuesto agresor, es más en la mayoría de casos el único medio de prueba con que cuenta el magistrado o tribunal es la sindicación de la víctima, aunado a ello la certificación médica que concluye que la menor perjudicada presenta himen complaciente, lo cual no puede servir de fundamento para descartar la violación sexual y dejar en impunidad a los autores”²⁵¹.

CAP. IX

III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN SU MODALIDAD REAL DEL CÓDIGO PENAL²⁵². LA IMPORTANTE REFORMA DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL A TRAVÉS DE LA LEY N.º 28704 DE 2004

El delito de violación sexual real o también llamada violación de mayores regulado en el artículo 170 del Código penal, en su versión original de abril de 1991, se encontraba regulado en los siguientes términos: “El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”. Como puede verse la descripción típica del artículo 170 en la versión original era bastante escueta, por la forma concreta de describir la conducta punitiva de la violación sexual; es decir, porque todo descansaba en dos extremos: en primer lugar, tanto en la “violencia” y en la “amenaza” realizado en por el sujeto activo; y en segundo lugar, en su consecuencia final del sujeto activo, cual es la obligación de tener el acto sexual u otro análogo.

La sanción legal, como puede verse, era bastante débil ya que la pena era de tres a seis años de pena privativa de libertad, por lo que el juzgador podía aplicar hasta una pena de ejecución suspendida; era totalmente lógico y coherente el monto de la pena impuesta al delito en estudio, con el pensamiento de corte garantista que se manejaba en aquella época (1991), luego con las reformas legales posteriores

250 Extraído: *El Código penal en su jurisprudencia*, Lima, 2007, p. 271.

251 Ejecutoria Suprema, Exp. N.º 245-2003, Madre de Dios, ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia penal comentada, T. II, Lima, p. 224.

252 En este punto he utilizado las referencias legislativas del Libro: ARCE GALLEGOS, 2010, pp. 38 y ss.

se perdió esa tónica y se optó, como se sabe, por el endurecimiento no solo de las penas, sino también en el tema de la absoluta “prohibición” y “limitación” de los beneficios penitenciarios en las personas condenadas por delito de violación sexual.

Un artículo que no ha sido tomado en cuenta por las distintas reformas legales en el delito sexual en el Perú, es precisamente el artículo 184 del vigente Código Penal que señala lo siguiente: “Los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cualquier persona que, con abuso de autoridad, encargo o confianza, cooperen a la perpetración de los delitos comprendidos en los Capítulos IX, X y XI de este Título actuando en la forma señalada por el artículo 25, primer párrafo, serán reprimidos con la pena de los autores”. Cuando digo que no ha sido reformado por nuestros legisladores es porque en verdad el artículo 184 no tiene ninguna razón de ser, y debería ser derogada inmediatamente por su redundancia, desde que en la Parte General del Código Penal peruano (en el artículo 25 CP) ya se estatuye expresamente que quienes cooperan o ayudan (cómplice necesario o primario) a los autores (directo, mediato o coautor) del delito tendrán la misma pena que este.

Veamos a continuación las distintas reformas legales que se ha dado en el Perú, en el delito de violación sexual:

1. Ley N.º 26293 de 14 de febrero de 1994

Se incrementan las penas de los arts. 170, 174, 176 y 177, e incorpora los arts. 173-A, 176-A, y 178-A. Mediante el artículo 173-A se previó como agravante del tipo de violación de menores, la creación de un resultado de muerte o lesión grave la cadena perpetua. Además el artículo 176-A regulo el delito de atentado contra el pudor de menor de 14 años, por su parte el Artículo 176 sancionaba el mismo comportamiento realizado contra una persona de 14 años o más, pero con una pena inferior al Artículo 176-A. El art. 178-A prescribe como consecuencia jurídica del delito la posibilidad de someter al condenado, previo examen médico o psicológico, a un tratamiento terapéutico, el cual podrá considerarse como regla de conducta en los casos de suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio.

2. Ley N.º 26357 de 28 de setiembre de 1994

Se agravó el máximo de la pena privativa de libertad, de dos a tres años, en el delito de seducción (artículo 175).

3. Ley N.º 26770 de 15 de abril de 1997

Se modifica el artículo 178, que restringe la exigencia de ejercicio privado de la acción a los delitos del art. 170 primer párrafo, numerales 171, 174 y 175. Igualmente limitó la cancelación de la pena por matrimonio a los casos de seducción (artículo 175).

4. Ley N.º 27055 de 22 de enero de 1990

Con respecto a la declaración de la víctima, se modificaron los artículos 143 y 146 del Código de procedimientos penales, los cuales señalando que su manifestación, en el caso de los delitos sexuales, se tomará como tal la declaración del menor y del adolescente prestada ante el Fiscal de familia. De esta manera, evita la confrontación, el reconocimiento y la reconstrucción de los hechos cuando la víctima es menor de edad.

5. Ley N.º 27115 del 17 de mayo de 1990

Se modificó el artículo 178, que suprime totalmente la exención de pena por matrimonio y el ejercicio privado de la acción penal.

6. Ley N.º 27472 del 5 de junio de 2001

Se derogan los decretos legislativos N.ºs 896 y 897, ya que estos elevaban las penas y restringían los derechos procesales en los casos de delitos agravados. Este hecho ocasionó que la opinión pública lo tomara como un retroceso en la legislación penal sexual, ya que favorecía la impunidad de los violadores sexuales. Es por ello que el Congreso de la República a los pocos días se vio obligado a restablecer el contenido del artículo 173 y 173-A del Código penal, mediante Ley N.º 27507 de fecha 13 de junio de 2001.

CAP. IX

7. Ley N.º 28251 del 8 de junio de 2004

Se entiende que el delito de violación sexual, tipificada en el artículo de acuerdo con la modificatoria, comprende lo siguiente:

El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por la vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. La pena será no menor de ocho ni mayor de quince e inhabilitación conforme corresponda.

1. Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por su ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima.
3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.
4. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años.
5. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.

En el año 2004 se realizó una importante reforma de los delitos sexuales en el Perú buscando el legislador nacional dos cosas puntales: la ampliación de la

conducta típica tanto básica como en la circunstancia agravatoria, y obviamente buscando la agravación la penalidad del citado delito.

8. Ley 28704 del 5 de abril de 2006

Las condenas para los violadores serían más severas. A partir de ese momento el que abuse sexualmente de un niño menor de 10 años será sancionado hasta con cadena perpetua, si la víctima tiene entre diez y catorce años la pena será no menor de treinta y no mayor de treinta y cinco años, y si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad la pena no será menor de veinticinco ni mayor de treinta años. De otro lado, si el agresor cometió el delito aprovechándose de su profesión u oficio, la pena será de 25 a 30 años de pena privativa de libertad. Además los excluye de los derechos de gracia, indulto y de la conmutación de la pena. La modificación el artículo 170, que sanciona el ultraje sexual y contempla de 12 a 18 años de prisión si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima e inhabilitación conforme corresponda.

CAP. IX

Otro cambio severo ha sido realizado al artículo 172, el cual tipifica el delito de violación de la persona en incapacidad de resistir (que sufre de anomalías psíquicas, alteración de la conciencia y retardo mental). En este caso se le condenará de 25 a 30 años de pena privativa de libertad al agresor que se valga de su profesión u oficio. Y con respecto al artículo 173, si el agente tuviera cualquier posición cargo o vínculo familiar que le de particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3 será de cadena perpetua.

Con dicha norma polémica, se provoca la “muerte de la sexualidad de los adolescentes”, situación que la Corte Suprema de la República en concordancia con el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, citó primero con la convocatoria del Acuerdo Plenario N.º 07-2007-CJ-116, que entre otras cosas planteó la permisión de la libertad sexual voluntaria y consentida entre adolescentes entre 14 y 16 años y posteriormente con el Acuerdo Plenario 04-2008-CJ-116, incrementado la edad del adolescente para mantener relaciones sexuales consentidas entre los 14 y 18 años y con esta resolución última se zanjó la diversidad de criterios que pululaban en torno a la aplicación del artículo 173 del Código Penal que en su escala punitiva abstracta penalizaba sin proporción la conducta sexual de los adolescentes. Sin embargo, pese a los esfuerzos por aplicar una técnica legislativa adecuada no solo constituye un contexto jurídico-penal sino más bien la problemática sub índice radica en la prevención en relación a la normatividad penal, situación que converge a la sociedad en su conjunto, destinada a morigerar la realidad del Derecho penal sexual y que esta no solo debe quedar en plano legal, y que su lectura sociológica va más allá de la ley, constituyéndose un panorama más amplio que el legislador nacional sin duda debe avocarse en su integridad. Debemos precisar que el orden jurídico, en general y en lo penal, en cambio, están vinculados estrechamente a la realidad social, económica y cultural del país. Todo cambio socioeconómico y político repercute en la legislación y en la administración de justicia. Esta vinculación, se refleja igualmente en relación con la labor que realizan los juristas. La concepción doctrinaria en materia de prevención

general y especial no puede dejar de tener en cuenta estas circunstancias. De igual manera, no es posible nuestro planteamiento, sin un adecuado conocimiento del contexto en el marco de una decisión gubernamental coherente de política criminal y anti criminal.

9. Ley 28963 del 24 de enero de 2007

Modifica el artículo 170 del Código penal, el numeral 2, el mismo que quedó redactado de la siguiente manera: "Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le de particular autoridad, sobre la víctima o de una relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge, conviviente de este, descendiente o hermano, por naturaleza o por adopción o afines de la víctima" de una relación proveniente de un contrato de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajadora del hogar.

10. Ley 29194 del 25 de enero de 2008

CAP. IX

Se incorporó el artículo 181-B Formas agravadas del turismo sexual infantil señalando que en los casos previstos en los artículos 179, 181 y 181-A, cuando el agente sea padre o la madre, el autor o curador, en la sentencia se impondrá, además de la pena privativa de la libertad que corresponda, la pena accesoria de inhabilitación a que se refiere el numeral 5) del artículo 38 del Código penal.

El delito de violación de la libertad sexual ha existido y existirá en toda la humanidad y más aún hoy en día se encuentra globalizado y viene a formar parte de aquella violencia que se da tanto en el seno familiar como fuera de él. Se trata de un problema ético, social y jurídico. La política preventiva de los estados para controlar esta forma de criminalidad adolece de coherencia, porque, por un lado, permite la difusión de valores e imágenes que despiertan las apetencias genésicas de la población (a través de los medios de comunicación: prensa hablada, escrita e Internet), y por otro, pretende resolver el problema apelando solo al incremento desmedido de las penas en esta materia dentro de los alcances del Derecho penal del enemigo y como prevención especial negativa.

IV. TIPICIDAD OBJETIVA DEL ARTÍCULO 170 DEL CÓDIGO PENAL

Sin perjuicio de que la presente investigación sea solamente establecida por el artículo 170 del Código Penal, seguidamente presentamos la morfología completa de los delitos de violación sexual en nuestro Código Penal vigente de 1991, y corresponde a los siguientes delitos:

• Violación sexual	Artículo 170 CP
• Violación presunta	Artículo 171 CP
• Violación sexual abusiva	Artículo 172 CP
• Violación de menores	Artículo 173 CP
• Agravantes	Artículo 173-A CP
• Acto sexual con persona dependiente	Artículo 174 CP

• Seducción	Artículo 175 CP
• Actos contrarios al pudor de una persona	Artículo 176 CP
• Actos contra el pudor de menores	Artículo 176-A CP
• Agravante de los delitos de violación de la libertad sexual	Artículo 177 CP
• Obligación de prestar alimentos a la prole	Artículo 178 CP
• Tratamiento terapéutico	Artículo 178-A CP

1. El varón y la mujer como sujetos activos en el delito sexual

De la descripción objetiva se puede desprender que cualquier persona, ya sea hombre o mujer, puede realizar la conducta típica, pues el delito comienza con la frase: “*El que...*”. De la misma manera el sujeto pasivo puede ser un hombre o una mujer, claro está con la condición que tenga una edad de mayor de catorce años, pues de lo contrario estaríamos en la tipicidad del artículo 173 del Código penal, violación sexual de menores.

Antaño se sostenía que la violación sexual era un delito que “de ninguna manera puede realizar la mujer” error que se sustentaba en una incorrecta individualización del objeto de protección. Se sostenía que lo protegido era el riesgo de embarazos, que la mujer viera destruida su imagen y que al perder la virginidad le imposibilitara alcanzar un matrimonio y se negaba protección al varón al entender que aquel podía defenderse de la agresión. Actualmente ello resulta insostenible por su matriz discriminatorio (art. 2.2 de la Constitución), ambos, varón y mujer, pueden ser sujetos activos del delito²⁵³.

En este punto, Peña Cabrera Freyre nos dice que si “...la mujer es quien impone el débito carnal, simplemente está ejecutando la conducta típica. Debe superarse el cliché de que siempre es la mujer de la víctima y que la iniciativa sexual corresponde indefectiblemente al varón. La coherencia de la igualdad de sexos es insoslayable; así también las posiciones sexuales, el tipo penal de acceso carnal, puede darse entre actuaciones heterosexuales e inclusive homosexuales (hombre a hombre y de mujer a mujer)”²⁵⁴.

Desde ahora, en el derecho punitivo no cabe suponer que la mujer es protagonista inactiva en las relaciones sexuales. Modernamente se trata de equiparar tanto al varón como a la mujer en derechos y obligaciones; excepto que por su

253 SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel; “*El delito de violación sexual de menor en el nuevo proceso Penal*”, 2011, Trujillo, p. 18

254 PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, p. 118. Agrega este autor: “Sin embargo, lo frecuente es que el varón sea el sujeto activo del delito de violación. La erección es vinculante al deseo, simpatía y voluntad, pero es en realidad un impulso de contenido biológico y orgánico, lo que se tutela en esta capitulación es la Libertad sexual en todo su sentido. La mujer como se sostuvo en el apartado de autoría y participación, puede intervenir como instigadora, co-autora y hasta autora mediata, más aún por la amplia configuración típica que se desprende del artículo 170° del CP; extensible al resto de tipificaciones penales”.

propia naturaleza fisiológica no se les puede igualar. En los tiempos postmodernos no tiene cabida el mito sexual de que “los violadores son solo hombres”²⁵⁵.

De más está decir que el sujeto pasivo puede un hombre o una mujer, la única condición es que tiene que ser una persona viva, ya que queda excluida la necrofilia (acto sexual con cadáveres), ya que una persona muerta no puede ser titular de derechos ni de obligaciones. La condición social del sujeto pasivo es, igualmente, indiferente. También es indiferente la condición sexual del sujeto pasivo, que puede ser honesto o honesta, si es virgen o no en el caso de la mujer. La prostituta puede ser víctima del delito de violación, que también tiene libertad para autodeterminarse en la esfera sexual y rechazar el yacimiento con cualquier hombre.

2. ¿Es la violación sexual un delito de propia mano?

De acuerdo con la descripción legal del artículo 170 y demás figuras delictivas contenidas en el rubro “libertad sexual” del Código Penal peruano, el sujeto activo tiene que “acceder” carnal y sexualmente a su víctima (mujer o hombre), y a nuestro entender, esto constituye que el delito sexual sea considerado como un delito de propia mano, en la medida que el “autor” es quien en forma personal tiene que ejecutar la conducta típica, es decir, el autor sexual es quien solo por ejemplo penetra con su miembro viril por vía vaginal, anal o bucal sexualmente a su víctima, es “autor” quien introduce objetos o partes del cuerpo de la víctima ya sea por vía anal o bucal es “autor” del delito de violación sexual; algo parecido con lo que sucede con el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad o drogadicción, en la que solo puede “autor” quien está en estado de “ebriedad” o quien se encuentra “drogado”, y los demás ocupantes serán partícipes.

En ese sentido, el Acuerdo Plenario N.º 1-2011 de la Corte Suprema ha dicho lo siguiente: “Así la violación sexual, en cualquiera de sus modalidades, constituye un delito común al igual que los delitos de trata de personas con fines sexuales y de favorecimiento o explotación de una persona prostituida. Sin embargo, en la violación sexual se está ante un *delito de propia mano*, en el que tiene de modo directo y personal el acceso carnal o acto análogo con la víctima”. Puede presentarse el caso concreto de una “coautoría” de los sujetos que intervienen en el hecho delictivo, pero con una precisión: que no puede cometerse un delito sexual en forma simultánea, sino en forma sucesiva. Esto es, si un sujeto agarra las manos de la víctima, mientras que el otro sujeto accede sexualmente a la víctima, aquí solo puede hablarse técnicamente de “autor” de este último, ya que este es quien “accede sexualmente”, y otro será cómplice —primaria o secundaria— de acuerdo con su grado de colaboración. Ahora bien, puede darse el caso que quien sujetaba las manos en un inicio puede también ser “autor” ya puede luego acceder sexualmente a la misma víctima.

CAP. IX

255 SALINAS SICCHA, 2008, p. 55.

3. Aspectos fundamentales de la conducta típica

En cuanto a la conducta típica del artículo 170, comenzaremos por describir el concepto de “violencia” y luego el concepto de “grave amenaza”, para luego hacer un somero comentario sobre los conceptos incorporados a partir de la Ley N.º 28704 de 2004.

3.1. El concepto de violencia en el acceso carnal

Ahora bien, el hecho de obligar a una persona a tener acceso carnal debe realizarse a través de determinadas vías como es la “violencia” o “grave amenaza”. En cuanto a la violencia, es decir, la fuerza física ejercida sobre el sujeto pasivo –no sobre una persona diferente a la víctima, ya que habría entonces una grave amenaza–, es indiferente si se ejerce por quien yace o por otro sujeto, siempre y cuando se logre vencer la resistencia de la víctima. Como bien dicen Bramont-Arias Torres y García Cantizano no es necesario que la violencia se mantenga todo el tiempo que dure la violación ni tampoco que la resistencia sea continuada; ello sería absurdo desde el punto de vista de la práctica y de las circunstancias del hecho, por ello es suficiente con que quede de manifiesto la violencia y la voluntad contraria al mantenimiento de relaciones sexuales²⁵⁶.

Como nos dice Noguera Ramos los signos de la violación sexual mediante el uso de la violencia física se aprecian en las zonas de los abductores, es decir, en la cara interna de los muslos de la mujer, donde generalmente se aprecian lesiones que acreditan que hubo violencia de parte del sujeto activo y resistencia de la víctima²⁵⁷.

No basta la mera coincidencia entre violencia y el acceso sexual, por lo que carece de relevancia penal la violencia surgida en el proceso carnal, v. gr. los actos de sadismo infligidos a la mujer; o la propia intensidad corporal en que se realizan generalmente los actos sexuales extremadamente pasionales. De lo que inferimos que se de un nexo de causalidad entre la violencia y la conducta del agente; o dígase dé una relación de riesgo entre la conducta infractora de la norma y la concreta lesión al bien objeto de protección²⁵⁸. Constituye amenaza la violencia física ejercida sobre un tercero al que el sujeto pasivo se encuentre sentimentalmente ligado. El contenido moral de la amenaza no interesa para los efectos de establecerla como medio idóneo; de tal manera que la amenaza existe si el mal enuncia al sujeto pasivo es justo, v. gr., la coacción ejercida sobre la mujer adúltera de revelar la relación irregular al consorte ofendido.

256 BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1996, p. 212. Igual manera: BRAMONT ARIAS, 1990, p. 15 cuando dice la violencia: “Ha de ser suficiente como para vencer la resistencia natural de una mujer normal; y continuada, en cuanto debe ser mantenida hasta el último momento en que se produce el acto sexual”.

257 NOGUERA RAMOS, 2011, p. 72.

258 PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, p. 127.

3.2. El concepto de grave amenaza en el acceso carnal

En principio, la amenaza está ligada al concepto de intimidación y desde la perspectiva del tipo penal en comentario, debe cumplir las siguientes condiciones: en primer lugar, no cualquier amenaza está sujeto a la tipicidad de la conducta, sino que este tiene que tener un concepto de gravedad en función a las circunstancias objetivas de cada caso concreto, en el sentido de que debe superar el nivel de tolerancia normal y esta intimidación grave, real y posible sirva para oponer la resistencia de la víctima. Debe tratarse de una coacción extrema y sumamente grave. Respecto del mal anunciado, este tipo puede ser un acto positivo mediante un hacer o un acto negativo o de omisión²⁵⁹. En segundo lugar, el destino de la amenaza debe recaer, como se sabe, en la propia víctima como sobre un tercero necesariamente vinculado a ella. En este caso, puede haber grave amenaza mediante el empleo de fuerza sobre las cosas. Así sucedería, p. ej., en la amenaza de arrasar la cosecha, único sustento de una mujer viuda y sus hijos. Por su parte, Bramont Arias decía que la amenaza en el delito sexual debe ser seria y continuada: seria, en el sentido de la peligrosidad cierta de la realización del daño por parte de la persona de quien amenaza, y la posibilidad lógica de que se efectúe el mal amenazado; y continuada, en el sentido de que el agente la mantenga hasta el último momento²⁶⁰. Caro Coria nos dice que para la tipicidad del art. 170 es suficiente una amenaza o vis compulsiva que someta la voluntad de la víctima, en cuyo caso ni siquiera es de exigirse algún grado de resistencia. El tipo no requiere que la violencia o la fuerza sea irresistible, basta su eficacia para doblegar la voluntad de la víctima. No se exige la producción de lesiones, si son graves existe una cualificación especial (art. 177), si las lesiones son leves (art. 122) deben aplicarse las reglas concursales²⁶¹.

CAP. IX

Las principales características de la grave amenaza son las siguientes²⁶²:

1. Determinada. Porque deberá ser específica y tratarse de una amenaza bien definida, es decir, clara, entendible para la víctima.
2. Considerable. El daño amenazado tendrá que ser mayor que el acto sexual por vía vaginal, bucal o anal o de introducción de objetos o partes del cuerpo por las dos primeras vías, de tal suerte que se recoge el mal menor. Por ejemplo, mato a tu madre si no te entregas. En ese caso, el mal menor es entregarse sexualmente al agresor para salvar la vida de su madre.
3. Seria. No debe causar burla, sino todo lo contrario, miedo, terror, pánico. No sería una amenaza grave, el decirle a la víctima que se entregue sexualmente, porque si no lo hace, no le invitará al cumpleaños de su madre.

259 ARCE GALLEGOS, Miguel; *El delito de violación sexual. Análisis dogmático, jurídico-sustantivo y adjetivo*, Arequipa, 2010, p. 46.

260 BRAMONT ARIAS, 1990, p. 15.

261 CARO CORIA, "Acerca de la "Discriminación de género" en el Código Penal peruano de 1991", cit., pp. 135 y 136.

262 En este punto seguimos a NOGUERA RAMOS, 2001, pp. 76 y 77.

4. Posible. Que sea realizable en el tiempo y espacio por lo que no caben los daños quiméricos. Esto significa que la amenaza grave al ser escuchada por la víctima entienda que pueda ser realizada. No sería un ejemplo de amenaza grave el decirle a la víctima que se entregue sexualmente, porque, en caso contrario, le va caer un rayo.
5. Inminente. De realización inmediata, actual y no del futuro, porque no sería una grave amenaza decirle a la víctima que se entregue sexualmente, porque, en caso contrario, le va ir muy mal en unos años.

La resistencia a la violencia física deberá tener en cuenta el lugar, que puede ser descampado o poblado, las condiciones del tiempo, la noche, en el día; la contextura del autor y de la víctima, delgado, atlético, grueso; la estatura del agresor sexual y de la víctima, alto, bajo, mediano, la edad del sujeto activo y pasivo; joven, adulto, de la tercera edad, el sexo del agresor y la víctima, hombre o mujer; y otras situaciones como, por ejemplo, se deberán apreciar el carácter de la víctima, su personalidad, sus fobias, etc.

CAP. IX

La versión original del artículo 170 del Código Penal de 1991 era de la siguiente manera: “El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo...”. Como puede verse, la descripción era bastante simple en su redacción, destacándose las formas de comisión delictiva: “violencia” y la “amenaza” que tiene que ser grave, y las forma del resultado delictivo: “practicar el acto sexual” incorporándose una interpretación analógica (“...u otro análogo”) fórmula muy utilizada en la Parte Especial o legislación complementaria; sin embargo, con la reforma legal acontecida a partir de la Ley N. 28704 de 2004, el texto queda reformulado de la siguiente manera: “El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías...”.

En consecuencia, así no se verifique actos de resistencia de parte del sujeto pasivo, se configura el ilícito penal siempre y cuando se acredite la falta de consentimiento de la víctima o desacuerdo de aquella con el acto sexual practicado abusivamente por el agente. Esta falta de exigencia de resistencia de la víctima como un presupuesto material indispensable para la configuración del delito de violación sexual, encuentra explicación racional doble, de un lado, porque el tipo penal comprende la amenaza como medio comisivo del delito; y, de otro, por la presencia de las circunstancias contextuales concretas que pueden hacer inútil una resistencia de la víctima²⁶³. Lo señalado encuentra correspondencia con lo previsto en el ordenamiento jurídico con los factores invalidantes de una expresión de voluntad. Así, el artículo 215 del Código Civil precisa que “hay intimidación cuando se inspira al (sujeto afectado) el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos y otros”. El artículo 216 del citado Código agrega que “para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la

263 Véase Acuerdo Plenario N.º 1-2011-CJ-116 emitido por la Corte Suprema.

edad, al sexo, la condición de la persona y las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad”²⁶⁴.

3.3. El concepto de “obligar” a la otra persona a tener acceso carnal sexual

La segunda e interesante innovación que el Código Penal actual ha considerado, es la frase “el que obliga a otra persona” existiendo una total modificación con el anterior que señalaba: “el que obligara a una mujer”. Es así que la mujer dejó de ser ya un simple sujeto pasivo en el aspecto sexual como ocurría antes, ya que, en la actualidad, tiene igual capacidad de iniciativa que el hombre, aunque en la práctica procesal se ven muy pocos casos de violación de mujeres a hombres y lo que más apreciamos es al hombre como sujeto activo del delito de violación²⁶⁵.

En ese sentido, la condición típica que debe cumplir el sujeto activo es que “obligue” a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías; el término obligar es hacer realizar a una persona algo en contra de su propia voluntad, en este caso, el acceso carnal u otros actos análogos. El verbo “obligar” utilizado en la redacción del tipo penal, indica que previo al acceso carnal, se vence o anula la resistencia u oposición de la víctima. De ahí que el acceso sexual prohibido sea punible no por la actividad sexual en sí misma, sino porque tal actividad se realiza sobre la base del abuso de la libertad sexual del otro²⁶⁶.

En realidad el concepto de “obligar” a una persona a tener acceso carnal es la razón de ser del delito en estudio, ya que si no existiese tal concepto, es porque existe consentimiento de la propia víctima, siempre y cuando sea una persona mayor de 14 años de edad, y dicho consentimiento sea expreso, sin vicios de voluntad, y de manera sincera. En este caso se producirá una causal de atipicidad objetiva de la conducta amparada por el artículo 20, inciso 10 del Código penal, porque se trata de una prestación de un consentimiento válido sobre un bien jurídico de libre disposición (como es la libertad sexual) de la víctima.

Una importante innovación al art. 170 del Código Penal de 1991, se refiere a que se ha eliminado lo que establecía el de 1924 “acto sexual fuera de matrimonio”; esto significa que de acuerdo con nuestra actual legislación puede haber violación dentro del matrimonio o inclusive en el concubinato (unión de hecho). Con el Código anterior de 1924, si un cónyuge, utilizando violencia o grave amenaza obligaba a su consorte a practicar el acto sexual, este no era sancionado por violación sexual simple, sino solamente por lesiones, si vulneraba la integridad física y salud mental de la mujer²⁶⁷.

264 Véase Acuerdo Plenario N.º 1-2011-CJ-116 emitido por la Corte Suprema.

265 NOGUERA RAMOS, 2011, p. 51.

266 SALINAS SICCHA, 2008, p. 32.

267 NOGUERA RAMOS, 2011, p. 55

3.4 DE LA EXPRESIÓN “ACTO SEXUAL” A “ACCESO CARNAL”

Como puede observarse en la versión original del Código Penal de 1991 se describía el que “...obliga a una persona a practicar el *acto sexual*/u otro análogo...”; y en aquel entonces se reprimía con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, teniendo como única agravante la mano armada y la pluralidad de los sujetos activos. Y como es sabido el centro de atención en esta figura penal es el “acto sexual” que, en ese entonces se entendía como la penetración parcial o total del pene en la vagina, que parecía ser abarcada toda la conducta típica. Diferente era el concepto “otro análogo”. En estos casos el juzgador acudía a la interpretación extensiva, sin caer en la analogía, atribuyéndole el sentido de una penetración anal. Esto indica que el tipo penal en sus orígenes estaba direccionado solamente al acto sexual vaginal o anal, donde el sujeto activo era el varón²⁶⁸.

CAP. IX

Luego, con la sorprendente modificación legal en el artículo 170 (y otros delitos de rubro) del Código penal, introducida como se sabe a través de la Ley N.º 28704 y la Ley N.º 28963 se hace una descripción mucho más detallada de la conducta típica señalando lo siguiente: “...obliga a una persona a tener *acceso carnal* por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías...”. El Anteproyecto de Código penal, en esta misma línea, también menciona lo siguiente: “...obliga a una persona a tener *acceso carnal* por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros análogos...”

La conducta típica de la violación sexual en el Perú después de la reforma de la Ley N.º 28251 (2004) ha sufrido una importante modificación no solo en el artículo 170 del Código penal, señalando aspectos “detallistas” de cómo acceder sexualmente a su víctima, sino en casi todos los delitos de acceso carnal se describe tal casuismo. Así tenemos el artículo 171 del Código Penal que regula el delito de violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir bajo los siguientes términos: “El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal, o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías...”; el artículo 172 del Código Penal regula el delito de personas e incapacidad de resistencia bajo los siguientes términos: “El que tiene acceso carnal con una persona vía vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías...”; el artículo 173 del Código Penal regula el delito de violación sexual de menores bajo el siguiente texto: “El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos vías...”; el artículo 175 del Código Penal regula el delito de seducción bajo los siguientes términos: “El que, mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías...”.

268 Véase, en este mismo sentido: URQUIZO OLAECHEA, José; “El Código Penal de 1991”, en: *Urquizo Olaechea, José (Director), Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 23, Lima, p. 21.

Como es sabido, en la Ley N.º 28251 limita la punición a los supuestos concretos en que la introducción de objetos o partes del cuerpo se produzca por vía vaginal o anal. Esto supone que solo califican las conductas análogas en las que la vía penetrada por el autor es la vagina o el ano, excluyéndose la vía oral. Como puede verse, el **Código Penal** peruano a través de sus constantes reformas legales tiene una descripción similar a la sostenida por el **Código Penal** español, que en su artículo 179 señala lo siguiente: “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años.”

La expresión “acceso carnal”²⁶⁹ tanto desde una perspectiva biológica (que implica la existencia de una penetración por vía vaginal) como desde una perspectiva normativa (que da cobertura a la penetración anal y la *fellatio in ore*) supone necesariamente la intervención del órgano sexual masculino, lo que deja sin cobertura legal los supuestos de introducción de partes del cuerpo o de introducción de objetos²⁷⁰.

CAP. IX

269 La expresión “acceso carnal” plantea de otras interrogantes, como es el de saber qué debe entenderse por el término “acto sexual análogo”, y sobre el particular se han desarrollado hasta tres concepciones.

- a. La concepción biológica, que enfoca el problema desde un punto de vista fisiológico, considerando el acto sexual como acoplamiento por vía natural del cuerpo de la víctima. Por consiguiente, el acto sexual será realizado con penetración vaginal y el acto sexual análogo deberá abarcar con exclusividad a la penetración por el conducto anal, siendo necesaria para esta tesis, la total penetración del órgano sexual masculino y la consiguiente eyaculación. Sin embargo, esta concepción es rechazable por cuanto la lesión de la bien jurídica libertad sexual no debe estar subordinada a una actividad fisiológica, como es la eyaculación, constituyéndose este requisito en un obstáculo para la protección de tan importante bien.
- b. La concepción jurídica, comprende como acto sexual a toda actividad libidinosa en la cual existe intervención de los genitales del agente, que pueda representar el coito o una forma degenerada de este. Rechazamos esta posición, por cuanto, constituyéndose el derecho como un regulador de las relaciones sociales, esta concepción no recoge la realidad social, el cual implica necesariamente la penetración del pene en la vagina. Según la concepción jurídica cometerá delito de violación la mujer que obligue a otra persona a introducirle los dedos en la cavidad vaginal.
- c. La concepción mixta, que postula el acto sexual como la penetración del órgano sexual masculino a través de un conducto natural, posibilitando la cópula o una forma degenerada de este. Esta posición también es cuestionable por cuanto no podrían ser considerados como sujetos pasivos de este delito aquellos hombres con tendencias femeninas, que piensan y sienten como mujer, y que se someten a una intervención quirúrgica con la finalidad de extirparse el pene y los testículos, para posteriormente hacer confeccionar una cavidad de 18 cm de profundidad y mediante una cirugía plástica conformar una vulva artificial. Asimismo, se le administran dosis de estrógenos, lo cual produce la disminución de vello y el desarrollo de las mamas. La exigencia en el sentido, que la penetración se realice por un conducto de “origen natural” constituye una traba para la defensa de la libertad sexual, siendo inaceptable concebir que estos sujetos, por el hecho de tener preferencias sexuales distintas a las de un varón y haber sido intervenidos quirúrgicamente, haya perdido su libertad sexual, tanto más si dicha intervención quirúrgica se ejecutó para que el sujeto pueda sentirse realizado en la práctica sexual de la manera que mejor consideró.

270 REYNA ALFARO, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial*, Lima, p. 137.

Es importante también agregar que, cuando recién entró en vigencia el Código Penal peruano de 1991 establecía en el artículo 170, el término “acto análogo”, y no se estaba refiriendo al *inmissio penis in os* (introducción del órgano masculino en la boca de otra persona), ni tampoco al *coito inter femora* (el pene colocado entre los muslos), sino exclusivamente a la que conforme a reiterada jurisprudencia de la década de los años noventa, en materia de delitos sexuales, se consideraba solamente al coito anal como un acto análogo, es decir, a la penetración del miembro viril en el ano de la víctima²⁷¹.

El profesor Donna, en relación con el concepto de “acceso carnal” ha dicho que es “...la penetración del órgano masculino en la vagina de la mujer. Este sería el concepto básico de acceso carnal, dentro de una concepción cultural más conservadora. Si se busca un concepto más amplio, que abarque una idea de lo sexual no discriminadora del “otro”, se puede extender la idea de acceso carnal a la penetración del órgano masculino vía anal. En estos dos conceptos se engloba la idea de acceso carnal, como forma análoga de cúpula sexual. Como el término es normativo, varía según las épocas, de allí que el legislador debe esforzarse en conceptualizarlo más. Pero está claro que se trata de un concepto de claro contenido sexual y, además, que tiene ver con el acto sexual básico”²⁷².

Un error del lenguaje, el uso del término “acceso”, ha forzado un caso de “interpretación correcta”, para incluir los actos sexuales de la mujer adulta con un menor de edad, como los de convencer o pagarles para que asuman un precoz rol sexual activo. La legislación española, con mejor criterio (art. 178 cuyo texto más reciente no incluye ya a las modalidades análogas. La legislación peruana no define el objeto de protección, limitándose a usar expresamente el término “acceso”, es decir, acceder a las partes sexuales o en otras palabras “la introducción” (introducción vaginal, anal o bucal previstas en el art. 170 del Código peruano). Inadvertidamente se mantiene así una redacción elaborada en función del sujeto pasivo mujer. De ello no se debe concluir que solo se sancione al acto prototípico de la introducción del pene en la vagina, aun cuando difícilmente se entenderá como acceso vaginal la colocación del órgano sexual femenino en el masculino, si bien para la Real Academia de la Lengua Española, acceso equivale a entrada o paso, estamos en un caso de acceso, sino de cobertura de uno por otro. Esta limitación semántica o gramatical, obliga a descubrir interpretativamente como núcleo central del delito al “abuso de la superioridad”, ya sea de edad, económica, o de autoridad social, legal o laboral, puerto al que también podría llegarse equiparando dichos supuestos a la previsión de los de “actos análogos al acceso vaginal”.

Teniendo en consideración que el delito de violación sexual o acceso carnal no es necesariamente un delito de comisión directa o de “propia mano”, se concluye que es admisible la autoría mediata. Esta hipótesis de comisión delictiva se configurará en todos aquellos casos en los cuales el autor utiliza a otro sujeto como instrumento para involucrar de modo violento a la víctima en un contexto sexual determinado. Incluso, es posible que se configure cuando es la propia

271 NOGUERA RAMOS, 2011, p. 48

272 DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho penal. Parte especial*, T. I, Buenos Aires, p. 533.

víctima la obligada en forma violenta o intimidada por el autor para la realización sobre sí misma del acceso carnal de por ejemplo, partes de su cuerpo u objetos con apariencia de pene²⁷³.

3.5. Objetos o partes del cuerpo introducidos en la víctima. El acceso carnal mediante la *fellatio in ore* a través de la Ley N.º 28251 (2004)

Aquí se conservan las formas por las cuales se puede acceder sexualmente a la víctima (“violencia y “grave amenaza”); empero se vuelve mucho más detallista en cuanto a las modalidades específicas en la cual debe realizar el acto sexual, o mejor dicho el acceso sexual el sujeto activo en relación a su víctima; la pregunta que cabe hacernos es: ¿era necesario que la Ley penal haga mención expresa, es decir, de forma casuística, las vías sexuales?. Creo que el legislador patrio quería cerrar a través de la reforma de la Ley N.º 28704 de 2004 muchas discusiones doctrinales y jurisprudenciales que ya se habían dado en ese sentido; entre ellas si por ejemplo el sexo oral o bucal era parte de la consumación típica del 170, o si la introducción de “objetos” o algunas “partes” del cuerpo tanto por la vagina o por el ano forman parte de la consumación del artículo 170 del Código penal.

CAP. IX

Sin embargo, debemos de señalar que con la versión original del artículo 170 se señalaba acto sexual u “actos análogos” y siempre quedaba el riesgo de traspasar los límites de la analogía prohibida sobre todo en la última frase. Dicho con un ejemplo, no puede constituir una violación sexual, la introducción de los dedos (aparte del cuerpo en términos de la ley) en la boca o en la cavidad auricular a pesar de ser realizada con móviles sexuales, una correcta interpretación, sin embargo, permite comprender dentro del delito, el empleo de prótesis (caso del cirujano plástico Max Álvarez) o el de animales en actos zoofílicos forzados (uso de objetivos), así como un *cunnilinguis* y la introducción de la mano o dedos en cavidades sexuales (uso de partes del cuerpo).

Como habíamos dicho a través de la reforma proveniente de la Ley N.º 28251 en el tipo penal del artículo 170, en la cual quedó descrito de la siguiente manera: “El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo *objetos o partes del cuerpo* por alguna de las dos primeras vías...”, y unos de los puntos más controvertidos por su expresividad en la literalidad de la ley son los “objetos” o las “partes” introducidos en el cuerpo de la víctima, analizaremos cada uno de ellos.

Se entiende por objetos todos aquellos elementos materiales, inanimados o inanes cuya utilización conlleva una inequívoca connotación sexual (botellas, palos, bastones, fierros, tubérculos, etc.). A fin de dar por acreditada esta modalidad típica de introducción de objeto, el intérprete debe ser en suma cuidadoso, pues el ingreso de una botella en la cavidad vaginal, puede constituir más claramente un caso típico de lesiones, por lo que será necesario escudriñar en el dolo del agente y en la contextura del objeto, a fin de una solución político-criminal satisfactoria.

273 SALINAS SICCHA, 2008, p. 72.

En tanto que por “partes del cuerpo” se entiende a todas aquellas partes del cuerpo humano que fácilmente pueden ser utilizados por el agente como elementos sustitutivos del miembro viril para acceder a la víctima: los dedos, la mano completa, la lengua, etc. En otros términos, partes del cuerpo a efectos del delito en hermenéutica, son todos aquellos miembros u órganos que tienen apariencia de pene o miembro viril a los cuales recurre el agente para satisfacer una apariencia o expectativa de tipo sexual en determinado momento, lugar y víctima²⁷⁴. En otras palabras, el dedo, mano, los hombros, la rodilla, la oreja, la lengua, la nariz, la pierna, etc., esto es, si basamos dicha inferencia en una cuestión meramente figurativa, cualquiera de ellos resultaría idóneo; sin embargo, debemos ser conscientes de la estrechez de ambas cavidades (anal y vaginal), lo cual nos quedaríamos con la lengua, el dedo, la nariz y tal vez la mano; pues resulta en realidad grotesco pretender comprender los otros órganos del cuerpo, dada su anchura y longitud, claro que en el ámbito imaginario puedan suceder este tipo de actos²⁷⁵.

CAP. IX

Puede darse el caso del delito de violación sexual simple de un hombre contra otro hombre, como también de una mujer contra otra mujer. En efecto, el varón podrá con violencia física o grave amenaza realizar contra otro hombre el coito anal, así como una mujer podrá utilizando violencia física o grave amenaza introducir a otra mujer por vía anal objetos o partes del cuerpo, como, por ejemplo, los dedos de la mano²⁷⁶. Asimismo, si un hombre o mujer introduce a la boca de otra persona mayor de edad, de su mismo o diferente sexo, un objeto o partes del cuerpo, no comete violación sexual simple, sino que estaría cometiendo el delito de lesiones o faltas contra la persona, dependiendo de la gravedad de la lesión, si al ingresar el objeto, o partes del cuerpo a la boca le produce un daño a su integridad física. Si no le produce ningún daño a su integridad física, será delito de coacción, porque mediante violencia física o grave amenaza se le ha obligado a otra persona a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que no prohíbe²⁷⁷.

En lo referente a la penetración bucal u oral, se decía que era un acto de fuerza corporal donde el sujeto circunscribe su comportamiento a la introducción “*in ore*” (*fellatio*) del miembro, señalándose que no se configuraba el delito de violación sexual violento, toda vez que este tipo de conductas no constituyen, “estricto sensu”, acceso carnal, ni conjunción carnal, ni cópula. Como es sabido, a través de la promulgación de la Ley N.º 28251 de junio de 2004 puso fin a la vieja discusión en la doctrina nacional respecto de considerar la *fellatio in ore* como una forma de consumar el delito de violación sexual del artículo 170. Salinas Siccha siempre consideró antes de la modificación de la Ley N.º 28251 que el término análogo abarcaba al acto sexual anal u oral²⁷⁸. Que exista coito, eyaculación u orgasmo, es lo de menos para la dar cabida a la resolución típica en los delitos contra la libertad

274 SALINAS SICCHA, 2008, p. 34.

275 PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, p. 123.

276 NOGUERA RAMOS, Iván; *Delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual*, Lima, 2011, p. 47.

277 NOGUERA RAMOS, 2011, p. 47.

278 SALINAS SICCHA, 2008, p. 35.

sexual, por lo que el hecho de que la *fellatio in ore*, pueda o no generar dichos estímulos orgánicos no es óbice para negar su inclusión como modalidad típica.

En la doctrina argentina el concepto de acceso carnal no abarca la *fellatio*, en la cual argumentaban las consideraciones del Derecho alemán, que directamente habla de coito, con lo cual se excluye directamente tal concepto. El profesor Donna ha dicho, comentando el Código Penal argentino, que mientras "...el Código mantenga la expresión "acceso carnal", que como se ha visto tiene una larga tradición en nuestros proyectos, y en el sentido de lo que significa la expresión, no hay otra alternativa que sostener que es la introducción del órgano masculino en vía vaginal o anal, no entrando, en consecuencia, la vía bucal, o la llamada *fellatio*, por más que el legislador haya inventado esta reforma para solucionar este problema, al agregar "por cualquier vía", ya que, de tomarse literalmente la expresión se ampliaría el tipo de manera descomunal"²⁷⁹.

En este punto también debemos de citar al profesor Buompadre cuando nos dice que "...identificar acceso carnal con prácticas sexuales que puedan representar el coito o formas degenerativas o equivalentes de este, o considerarlo como la penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima (algunos autores hacen referencia a cavidad natural), es decir más de lo que el propio concepto dice. Es, sin más, pecar por exceso, pues sabemos que el cuerpo de una persona posee cavidades naturales (que no son la vagina o el ano) que no resultan aptas ciertamente para configurar el coito, por ej., las fosas nasales y auditivas. Por idénticas razones quedan también fuera del tipo penal que estamos analizando la penetración en orificios o cavidades artificiales, por ej., heridas, o en cavidades quirúrgicas, vaginas artificiales en sujetos transexuales, etcétera"²⁸⁰. En ese sentido, Buompadre nos dice que el concepto de acceso carnal que hemos propuesto, en nuestra opinión la boca no resulta un conducto apto para generar el coito, aun cuando sirva para producir el desfogue sexual"²⁸¹.

CAP. IX

4. Sobre la problemática de la consumación en el delito de violación sexual de persona mayor de edad (artículo 170 del Código penal)

El momento de la consumación material del artículo 170 debemos encontrarla, obviamente, en la misma descripción legal, cuando señala que el agente "...obliga a una persona a *tener acceso carnal* por vía vaginal, anal..."; en otras palabras, ¿qué debemos de entender por tener acceso carnal?, ya que el tipo penal en estudio no describe otra forma de resultado.

El legislador penal a través del artículo 170 exige que el medio penetrante se introduzca por cualquier de las dos vías —que puede ser tanto vaginal o anal— lo que hace necesario que se haga un estudio dogmático sobre el momento consumativo, es decir, el momento mismo en que se produce el resultado lesivo cual es el delito de violación sexual real. Y en ese sentido, se puede ubicar a dos grandes corrientes teóricas que a continuación mencionaremos: la primera exige la *coniunctio*

279 DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho penal. Parte especial*, T. I, Buenos Aires, p. 538.

280 BUOMPADRE, Jorge E.; *Derecho penal. Parte especial*, T. I, Corrientes, 2003, pp. 393 y 394.

281 BUOMPADRE, T. I, 2003, pp. 395 y 396.

membrorum, esto es, el acoplamiento de pene y vagina al extremo de lo posible; en tanto que la segunda exige un mínimo de acoplamiento o penetración, es decir, la *inmissio penis*²⁸².

A nuestro entender, el término “acceso carnal” debe relacionarse con los términos de introducción o penetración, y este debe entenderse desde dos aspectos: primero, cuando el miembro viril del varón agresor se introduce en la cavidad vaginal, anal o bucal de la víctima, o en su caso, cuando alguna parte del cuerpo u objeto es introducido en la cavidad vaginal o anal de aquella. Y segundo, cuando alguna de aquellas cavidades viene a acoplarse en el pene del varón agredido sexualmente, así como en el objeto o parte del cuerpo que se utiliza para lograr alguna satisfacción sexual²⁸³.

Se trata de una consumación instantánea, precedida o concomitada de acciones instrumentales de violencia o grave amenaza —efectuadas por el sujeto activo— que se activa con el primer acto propiamente típico: la penetración o acceso del pene en la vagina, al ano o la boca de la mujer, por incipiente o incompleto que sea el acto por parte del hombre, como de la compenetración por parte de la mujer; al igual que cuando la penetración sea en la boca o en el ano de un varón. Al tratarse de un delito multimodal, la consumación también se produce, en una segunda variante, cuando el sujeto activo (hombre o mujer) introduce objetos o partes del cuerpo en las cavidades vaginal o anal²⁸⁴.

Naturalmente, la penetración, por mínima que sea, aunque no vaya seguida de eyaculación es ya consumación del delito²⁸⁵. En tal hipótesis delictiva no es coherente admitir un intento frustrado, solo puede hablarse de tentativa inacabada, desistimiento o consumación delictiva. Caso discutible se presenta cuando el agente, con la víctima sometida, no logra ereccionar el miembro viril; tal supuesto sería, no en delito frustrado sino una tentativa inidónea relativa precedida de actos ejecutivos iniciales idóneos, por la manifiesta incapacidad del medio agresor típico. Lo mismo que para el varón cabe para la mujer que comete actos de ejecución de esta naturaleza²⁸⁶. Para Peña Cabrera Freyre la “...penetración (acceso) parcial del miembro viril o del objeto, importan ya una realización típica perfeccionada (consumación). No se requiere una penetración total, basta una mínima penetración, como el llamado coito vestibular o vulvar, pero no son suficientes los actos de acercamiento o tocamientos superficiales como los genitales masculinos que no importen una verdadera penetración en el orificio de otro sujeto”²⁸⁷. En ese sentido, no puede reducirse el tipo penal “violación de la libertad sexual” al coito, dado que siendo el Derecho una ciencia social que se inserta en una realidad, responde a

282 REYNA ALFARO, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial, Lima, p. 141.

283 SALINAS SICCHA, 2008, p. 68.

284 ROJAS VARGAS, Fidel; *El delito. Preparación, tentativa y consumación*, Lima, 2009, p. 610.

285 En este sentido: ARCE GALLEGOS; 2010, p. 61 nos señala lo siguiente: “No importa la eyaculación, la rotura del himen, lesiones o embarazo. En este caso de la violación de una mujer sobre un hombre, si bien esta no puede penetrar, puede obligar a que le penetren, para lo cual tenemos que tener en cuenta la misma regla respecto a la introducción total o parcial del miembro viril”.

286 ROJAS VARGAS, 2009, p. 363.

287 PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, p. 137.

la exigencia que la sociedad le formula de proteger a sus individuos frente a toda conducta que procure satisfacción sexual al agresor”²⁸⁸.

La jurisprudencia penal peruana, en este punto, ha dicho lo siguiente: “Que del estudio de autos se advierte que corre inserta (...) la denuncia que hizo la agraviada, en la cual refirió que había sido obligada por el procesado a practicarse el acto sexual –oral– versión en la que se ratificó al prestar su declaración preventiva (...) que, por consiguiente la conducta del procesado en cuanto se refiere al delito contra la libertad, se adecua al tipo penal contenido en el ya citado artículo ciento setenta del Código Penal dado que obligó a la agraviada a satisfacerlo sexualmente concurriendo así los elementos objetivos y subjetivos del tipo (...) Que, la interpretación que hace el artículo ciento setenta del Código Penal responde al principio contenido en el artículo constitucional ya glosado y habiendo establecido que el procesado tuvo el propósito de practicar el acto sexual u otro análogo, su conducta no puede adecuarse al tipo contenido en el artículo ciento setentiséis del Código Penal por el cual se le procesa, dado que la descripción de la conducta del agente infractor que efectúa el ya citado artículo ciento setenta del Código Penal, crea un ámbito de aplicación de la norma, correspondiendo al juzgador determinar su contenido, interpretación que responde a principios morales, puesto que no hay ámbito del derecho penal, que no esté regido por ellos obviamente con justicia y equidad, no pudiendo reducirse el tipo legal “violación de la libertad sexual” al coito, dado que siendo el derecho una ciencia social que se inserta en una realidad, responde a la exigencia que la sociedad formula, de proteger a los individuos, frente a toda conducta que procure satisfacción sexual al agresor...”²⁸⁹

CAP. IX

El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual²⁹⁰.

La Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.º 675-2004-Lima, Castillo Alva, tomo I, p. 173, en “Los delitos contra la libertad sexual son tipos de mera actividad; para efectos de su descripción y encuadramiento en el ordenamiento jurídico-penal”²⁹¹. Sabiendo que la violación sexual es un delito de mera actividad

288 EL COGIGO PENAL EN SU JURISPRUDENCIA, Diálogo con la jurisprudencia, Exp. N.º 2086-99 – Lima, p. 270.

289 EXP. N.º 2086-99, véase: Diálogo con la Jurisprudencia, Ob. Cit., pp. 57-60.

290 Acuerdo Plenario Nro.1 -2011/CJ-116 emitido por la Corte Suprema de la República, considerando 21

291 Extraído: *El Código Penal en su jurisprudencia*, Lima, 2007, p. 268. Por ello como dice: SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel; *El delito de violación sexual de menor en el nuevo Código Procesal Penal*, primera edición, 2011, Trujillo, p. 20 “Es perfectamente posible que el certificado médico resulte inútil y no obstante aquello se condene al agente del delito, ya sea porque

(R. N. N.º 675-2004-Lima) su conocimiento, no existe la penetración completa del miembro viril ni la eyaculación (R. N. N.º 426-2004-Tacna). Es por ello que llama la atención lo errado de un sector de la jurisprudencia que exige como requisito *sine qua non*, la existencia de un reconocimiento médico legal²⁹².

Por otro lado, la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.º 426-2004-Tacna, Pérez Arroyo, p. 987 ha dicho lo siguiente: "Según la doctrina penalista uniforme, para la consumación en los delitos de violación sexual, no hace falta que la penetración sea completa en su alcance y consecuencias, sino que esta exista, así como tampoco que el sujeto activo eyacule o siquiera que llegue a satisfacer sus propósitos lascivos"²⁹³. En este mismo sentido se pronuncia la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.º 874-2005-San Martín, Data 30,000 GJ, tiene dicho que: "El delito de violación sexual se consuma con la introducción del pene aunque sea parcialmente; que la consumación del delito solo requiere la penetración en los órganos sexuales de la mujer, sin que sea exigible la perfección fisiológica del coito, la cópula normal y completa en su alcance y consecuencias, solo se requiere que exista penetración, no que se produzca la rotura más o menos completa del himen con desfloración de una mujer virgen"²⁹⁴.

Para un sector de la doctrina penal la tentativa en el delito de violación sexual es perfectamente deducible, pues nos encontramos ante un delito de resultado. Es decir, la doctrina es unánime en el sentido de que el despliegue de los actos ejecutivos orientados a lograr la cópula sexual sin alcanzar la penetración, constituyen tentativa de violación sexual²⁹⁵. La iniciación de actos de ejecución de la tentativa (de conductas punibles) debe estar marcada por la configuración de alguno de los verbos rectores conforme al tipo legal en la acción del sujeto activo. Un caso de tentativa inacabada con desistimiento voluntario de los actos de ejecución del delito de violación sexual, en la cual existe una especie de sustracción de la pretensión penal del Estado por el art. 18 del Código Penal peruano, lo podemos encontrar en una Ejecutoria Suprema de fecha doce de octubre de dos mil siete, en el Recurso de Nulidad N.º 899 – 2007, expedido por Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, que tiene dicho lo siguiente: "... Que, sin embargo, conforme lo ha sostenido la agraviada y lo ha negado tajantemente el recurrente, la violación sexual no se llegó a producir, prueba irrefutable de ello, son los Protocolos Médicos de fojas quince y doscientos cuarenta y cuatro, coligiéndose que a pesar de que el agente inició el proceso de ejecución, se abstuvo de consumarlo voluntariamente, de manera eficaz y definitiva, sin que en ella se hayan presentado circunstancias exteriores a su propia y exclusiva decisión, conducta que recoge el artículo dieciocho del Código Penal al disponer que es impune el desistimiento

el certificado médico no demuestre la presencia de desgarramiento himenal reciente por el paso del tiempo (desfloración antigua, himen complaciente), ni lesiones, excoriaciones, debido a la ausencia de golpes por la eficacia de las amenazas uso de preservativos, siendo quizás un ejemplo prototípico de la incoherencia sobre valoración sexual orales forzosos".

292 Extraído de: SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel; *"El delito de violación sexual de menor en el nuevo proceso penal"*, 2011, Trujillo, p. 20.

293 Extraído de: *El Código Penal en su jurisprudencia*, Lima, 2007, p. 269.

294 Extraído de: *El Código Penal en su jurisprudencia*, Lima, 2007, p. 269.

295 ALIAGA VERA, Fidel; "Tentativa y consumación en el delito de violación sexual de menor", en: *Diálogo con la jurisprudencia*, N.º 126, marzo, Lima, 2009, p. 224.

activo de todos los actos de ejecución del delito salvo que las acciones practicadas constituyan de por sí otros delitos, lo que evidentemente no sucede en el caso de autos, de todo lo cual se infiere la concurrencia de una tentativa inacabada con desestimiento voluntario donde no hubo una interrupción accidental por circunstancias ajenas a su voluntad, por lo que, el procesado debe ser sustraído de la pretensión punitiva del Estado en aplicación del artículo dieciocho del Código Penal y el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales”.

Para ilustrar el tema de la consumación en el delito sexual, procederemos a consultar un caso: “Se imputa a Jorge el delito de violación sexual de menor en razón de haber introducido el dedo índice en la vagina de una menor de doce años de edad. Sin embargo, el examen médico-legal practicado no acreditó la desfloración vaginal de la víctima, por lo que la defensa del imputado sostiene que el delito no se consumó. Se nos consulta, si los hechos descritos constituyen un delito de violación sexual consumado o en grado de tentativa”²⁹⁶.

Es claro que la consumación del delito no exige una penetración de tal grado o intensidad que produzca la rotura de la membrana himeneal de la víctima (desfloración vaginal), por lo que constituye un grave error deducir de su simple no acreditación que solo se ha configurado una tentativa delictiva. Para la consumación de este delito, es indiferente que se produzca la desfloración, sea parcial o completa, del himen de la agraviada más aún, teniendo en cuenta que existen diversos casos en que esta no se produce, incluso tras una penetración total y violenta (v. gr. casos de himen dilatable o “complaciente”).

Es necesario comprender bien este aspecto. Por una lado, no basta el rozamiento o el mero contacto de los dedos con la vagina de la víctima ni entre un órgano genital con otro. Pero, por otro lado, no se requiere de la introducción completa de los dedos en la vagina ni de la perfección fisiológica del coito. La consumación se satisface ya con la introducción parcial de los dedos en la vagina o la penetración inicial e incompleta del pene en la vagina, incluso si estas son instantáneas o breves. El acceso carnal no puede hacerse depender de un hecho anatómico eventual, como es la rotura del himen de la mujer, sino de consideraciones normativas, según las cuales el acceso carnal, en este caso de un dedo en la vagina, solo requiere de su “introducción”, la que se produce, en su límite mínimo, cuando se traspasa el umbral de los labios mayores de la vagina, en la medida que antes de ello no se puede afirmar “penetración” o “introducción” alguna.

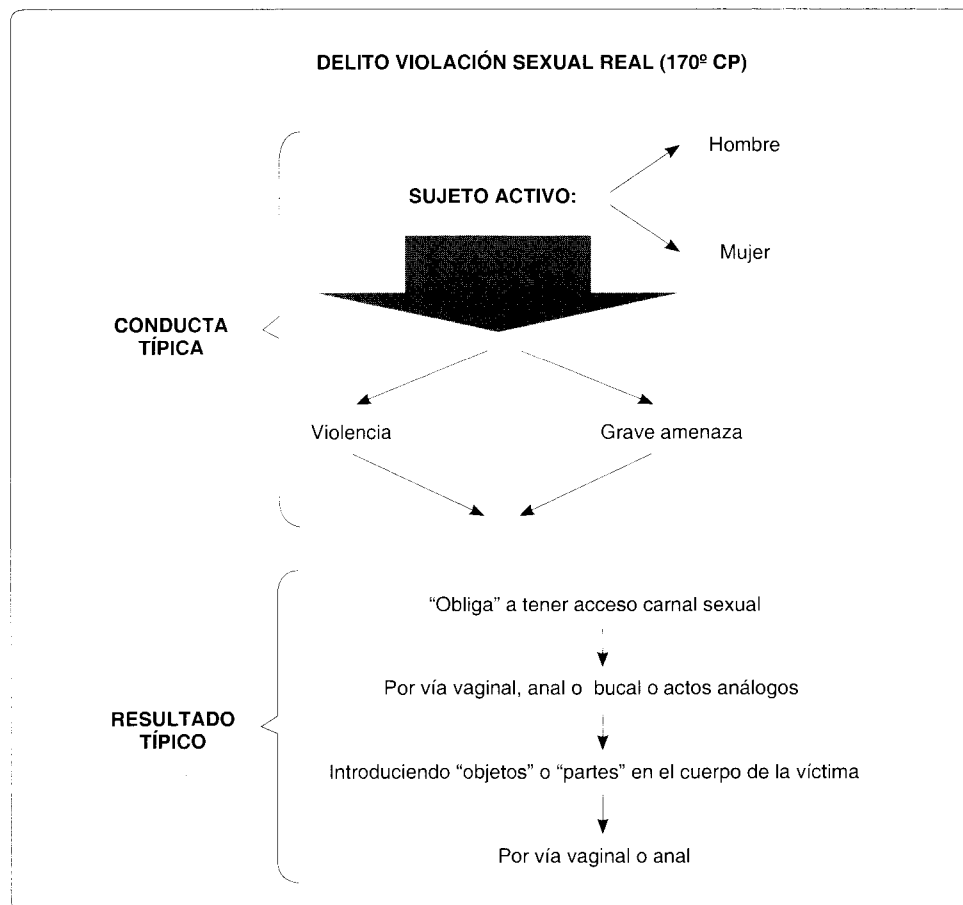
Problemática puede resultar la consumación de la violación sexual vía oral. Aquí, cabe más de una interpretación al momento de plantear el momento consumativo. Mientras por un lado se exige que haya una penetración del miembro viril dentro de la cavidad bucal; por otro se puede argumentar que existe ya una afectación del bien jurídico protegido cuando se obliga a un menor a tocar con la lengua o lamer el miembro viril del sujeto activo, con lo cual no sería necesaria una penetración por tener consumado el delito²⁹⁷.

296 Extraído de: Consultas, Gaceta Penal y Procesal Penal Tomo 23, marzo 2012, pp. 122 y 123.

297 Por esta segunda opción, véase: ALIAGA VERA; “*Tentativa y consumación en el delito de violación sexual de menor*”, cit., p. 224, cuando nos dice: “Si bien nosotros nos decantamos por esta segunda opinión al observar que el acto de obligar a una persona a la práctica de esos

Pero la importante reforma legal no solo ha abarcado la expresión de “acto sexual” a “acceso carnal” sino que también ha detallado expresamente las vías por las cuales se puede acceder carnalmente para lesionar el bien jurídico protegido, y ello es, según el artículo 170 “...por vía *vaginal, anal o bucal* o realiza otros actos *análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías...*”, por lo que a nuestro juicio, con esta reforma legal se tiene que dejar de lado, o al menos parcialmente, aquella tendencia antiquísima de considerar a los delitos sexuales como un delito de propia mano o de ejecución personalísima; y por el contrario, considerarlo más bien, como un delito de ejecución común, donde el sujeto activo no necesariamente tiene que “acceder carnalmente” con su miembro viril en la cavidad vaginal de la víctima para consumir materialmente el delito en estudio, sino que también se puede cometer el delito introduciendo objetos o partes del cuerpo por cualquiera de las dos primeras vías.

CAP. IX



actos constituye una grave vulneración del bien jurídico tutelado, una interpretación conforme a la doctrina mayoritaria y a la ratio legis del tipo penal, debe tener como consecuencia que solo se admiten como supuestos de consumación del delito aquellos casos en los que existe una "penetración" en la cavidad bucal de la víctima".

V. ASPECTOS SUBJETIVOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 170 DEL CÓDIGO PENAL. ESPECIAL MENCIÓN AL ERROR DEL AUTOR EN EL DELITO SEXUAL

Se exige normalmente la presencia del dolo en el agente. Necesariamente se exige la presencia del conocimiento y voluntad del agente para la configuración del injusto penal de acceso carnal sexual. Noguera Ramos nos dice que “En los delitos sexuales, el autor obra con conciencia que equivale a conocimiento y voluntad que equivale a intencionalidad. Por eso, se afirma que el agente actúa con *animus violandi*”²⁹⁸.

El agente debe conocer que la voluntad de la víctima es contraria a sus deseos, y en razón de ellos despliega los medios comisivos estudiados –grave amenaza o violencia–. El fin perseguido por el agente delictivo es el de perpetrar el acto sexual. Por el contrario, no se configura delito de violación sexual aquellas conductas aparentemente sexuales desde una visión objetiva, pero realizadas con fines propiamente terapéuticos o científicas.

El absoluto descarte de las otras modalidades de dolo en el agente (el dolo de consecuencias necesarias o dolo eventual o condicional) en la ejecución del acceso carnal sexual, viene precisamente por la exigencia del mismo tipo penal del artículo 170, cuando señala los conceptos de “violencia” o de “grave amenaza” en la conducta típica. Cuando el autor pretende ejercitar violencia física contra su víctima para abusar sexual, está actuando con dolo directo de lesionar el bien jurídico (“libertad sexual” o “indemnidad sexual”), y cuando tipo penal exige el concepto de una “grave” amenaza, lo que está diciendo que el autor sea plenamente consciente, por su magnitud en la amenaza, de querer tener acceso carnal sexual con la víctima. Por ello, casi toda doctrina ha establecido que no es posible, por ejemplo, una voluntad mínima del autor, que lo hizo, como dice el argot criollo, sin “querer queriendo”. En ese sentido, resulta inadmisibles pretender incorporar una modalidad imprudente o culposa en los delitos sexuales, inclusive en cualquiera de sus modalidades.

Otro aspecto trascendental estriba en la exigencia o no de un elemento subjetivo diferente del dolo que una línea de la doctrina identifica como *animus lubricus* o *ánimo lascivo*, debate en el que corresponde ponderar la necesidad de introducir este elemento no descrito en la ley positiva como un correctivo de la tipicidad, en orden, se sostiene, a excluir la tipicidad de determinados comportamientos que podrían calificar como meras coacciones o, según el resultado obtenido, como lesiones²⁹⁹. En este punto Peña Cabrera Freyre nos dice que no es necesario la concurrencia de un *ánimus libidinoso*, basta que el agente actúe con conocimiento y voluntad de realizar el acceso carnal sexual, de aquellos que se encuentran

298 NOGUERA RAMOS, 2011, p. 81.

299 CARO CORIA, Dino Carlos, “Prólogo”, en SALINAS SICCHA, Ramiro; *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano*, Lima, 2008, p. 7.

contemplados en el marco de descripción normativa del artículo 170, violentamente sin el consentimiento de la víctima, es decir, es suficiente con el dolo directo³⁰⁰.

De acuerdo con el Recurso de Nulidad N.º 323-04 Huánuco, elevada a la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, emitida el once de octubre de dos mil cuatro, referente a que el error de tipo en violación sexual de menor de edad observa el desarrollo físico de la víctima induce a error al agente, esta se pronuncia delimitando que: "...Si durante la comparecencia de la menor agraviada, se ha podido verificar que presenta un desarrollo físico que excede el promedio que presenta una persona de catorce años de edad, es un aspecto que indudablemente puede hacer inducir a error en cuanto a su verdadera edad, a quien a simple vista la observe, situación que en todo caso también puede haber influido en el acusado por violación sexual de menor".

En otra Ejecutoria Suprema de fecha 11 de febrero de 2008, en el R. N. N.º 3784-2007 expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria, tiene dicho lo siguiente: "...Que, consecuentemente, en el caso de autos se ha producido la figura del error de tipo, que se da de dos maneras, cuando el agente actuando con la previsiones del caso se hubiese dado cuenta de su error, aquí se elimina el dolo pero subsiste la culpa y será sancionada como un delito culposo si está contemplado por el Código Penal, a esto se le llama error vencible, o en su defecto, cuando a pesar de ello, no se hubiese dado cuenta de su error, aquí el agente queda exento de responsabilidad, pues se elimina tanto el dolo como la culpa, entendiéndose esta situación como error invencible; en tal contexto, siendo que el delito materia de acusación es el comprendido en el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal y que el argumento del recurrente está referido al error de tipo, que tuvo lugar cuando el agente cree que el sujeto pasivo es mayor de catorce años, en este caso, tanto si el error es invencible o vencible no podrá castigarse al sujeto activo por la norma sustantiva antes acotada, al no admitirse expresamente por ley la figura de violación culposa, por tanto, al no darse los elementos constitutivos del tipo penal instruido debe procederse a su absolución de conformidad a los alcances del artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales".

Debemos tener presente la Ejecutoria Suprema de fecha tres de diciembre de dos mil siete, en el Recurso de Nulidad N.º 336-2007, expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria, que trata el tema del error de tipo vencible en forma culposa en el delito de violación sexual, la misma que debe ser declarado en vía de acción y no en vía de excepción. Efectivamente, se señala "...Que, teniendo en cuenta lo antes anotado, en armonía con el artículo catorce del Código Penal, la conducta observada por el encausado sería sancionado penalmente solo en el caso que, en nuestra legislación, estuviese prevista una forma culposa en el delito de violación y como ello no ocurre, tal situación impone un pronunciamiento de absolución. ... Que, al respecto el colegiado superior al considerar las premisas establecidas, por mayoría, declaró fundada de oficio una excepción de naturaleza de acción por estimar que los hechos verificados carecían de tipicidad; sin embargo, cabe indicar que la mencionada excepción solo resulta operante cuando los hechos denuncia-

300 PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, p. 131.

dos no constituyan delito o no sean justificables penalmente, hipótesis que no se da en el presente caso, pues como se tiene dicho, la tesis incriminatoria del fiscal superior considerada en abstracto está provista de contenido penal; ahora bien, el hecho de que en el curso del proceso se haya demostrado que en el accionar del acusado hubo un error de tipo vencible, tal situación debe necesariamente establecerse en un pronunciamiento de fondo y no vía excepción, razón por la cual la recurrida debe ser enmendada en este extremo”.

VI. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES CONTENIDAS EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL

1. Descripción legal

Debemos recordar que el Código Penal de 1924 (hoy abrogado) en su artículo 197, segundo párrafo, prescribía una circunstancia agravante de forma muy escueta. En ese entonces se decía lo siguiente: “Serán reprimidos con penitenciaría o prisión no menor de diez años que se cumplirá obligatoriamente en una Colonia penal agrícola, los que asalten a mano armada, en concierto o banda, con el objeto de hacer sufrir el acto sexual o contra natura, aun cuando los agraviados sean mayores de edad”.

En la nueva y última versión del vigente Código Penal de 1991, y sus sucesivas modificaciones legales (un promedio de diez, como hemos dicho), la circunstancia agravante del artículo 170 está contenida en el segundo párrafo del mismo artículo del Código Penal, que tiene descrito lo siguiente:

“Artículo 170. Violación sexual

El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de este, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato

de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.

3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.
4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.
6. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad”.

CAP. IX

(Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 30076, publicado el 19 agosto de 2013).

2. Si la violación sexual se realiza a mano armada o por dos o más sujetos

El artículo 170, segundo párrafo, inciso 1, del Código Penal exige, en este inciso, dos circunstancias agravantes que a la letra dice: “...la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos”.

- En primer lugar, la violencia se debe realizar a través *de mano armada* y esta debe ser por ejemplo una pistola, pero también podría ser considerado el arma impropia, porque sin ser un arma propiamente cargada de municiones, pero que igualmente posee una peligrosidad objetiva para realizar la violación sexual, como puede ser, entre otros, un palo, un cuchillo, un machete. La agravante se fundamenta en el hecho concreto de que el uso de un arma no solo mejora la posición del agente, sino que también disminuye ostensiblemente los mecanismos de defensa del sujeto pasivo. Como bien señala Buompadre “...el fundamento de la mayor penalidad reside en el incremento del peligro corrido por la víctima del ataque sexual, no solo en relación con el bien jurídico específicamente protegido, sino con otros bienes cuya integridad también corre peligro, por ej., la vida o la integridad corporal del sujeto activo”³⁰¹. Según la redacción de la agravante, no se exige el real uso del arma en la ejecución del acceso carnal sexual no deseado por la víctima. Es suficiente el simple enseñar, mostrar o blandir en gesto intimidante determinada arma³⁰².

301 BUOMPADRE, Jorge E.; *Derecho penal. Parte especial*, T. I, Corrientes, 2003, p. 385.

302 SALINAS SICCHA Ramiro, *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano*, Jurista, Lima, 2008, p. 79.

Caso contrario, si el autor no señala el arma, y solo lo porta dentro de sus pertenencias, constituiría como un acto preparatorio totalmente impune. En este punto, el Código Penal español, en su artículo 180, inciso 5, señala, también como circunstancia agravante, lo siguiente: “Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas”. Lo que debemos tener en consideración es que el legislador ha contemplado la posibilidad de la agravante tanto en el concepto de “violencia” como el de la “amenaza”, pues en la realidad un sujeto puede a través de un arma de fuego intimidar a su víctima para abusar sexualmente, como también ejercer violencia física con un arma ya sea propia como impropia. Ahora bien, la condición es que el sujeto activo muestre de manera indubitable a la víctima para que precisamente esta doblegue su voluntad y acceda a tener acceso carnal u otros análogos con la víctima.

- En segundo lugar, se exige como circunstancia agravante la *intervención de dos o más sujetos*, supuesto fáctico que en la mayoría de delitos se presenta como aspecto agravatorio, como el delito de usurpación inmobiliaria, delito de hurto y de robo, secuestro; en este punto debemos señalar que el delito se consuma cuando dos o más sujetos se pongan de acuerdo para cometer un delito de violación sexual, no es necesario que entre ambos sujetos exista una anticipada decisión criminal, puede darse dicha coordinación minutos antes de la ejecución delictiva; por lo tanto, carece de importancia que los sujetos intervinientes integren o pertenezcan a una banda o organización criminal, y si esta última se presenta estaremos ante un concurso con el delito de asociación ilícita para delinquir (artículo 317 del Código penal); antes de la reforma penal se exigía que dichas circunstancias tenían que darse de manera conjunta porque se exigía que la “violación se realizará a mano armada y por dos o más sujetos”.

Ahora ambas circunstancias pueden realizarse de manera alternativa. Debemos tener en consideración por ejemplo el Anteproyecto de Código Penal peruano (2008-2010) que en la parte pertinente señala lo siguiente: “Si la violación fuera cometida por dos o más sujetos, aunque solo uno de ellos realice el acto”. En este punto, el Código Penal español, en su artículo 180, inciso 2, señala, también como circunstancia agravante, lo siguiente: “Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas”. De la misma manera, el Código Penal de la Nación Argentina, en el artículo 119, en el cuarto párrafo, de la letra d) sanciona como circunstancia agravante, la siguiente conducta: “El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas”.

La jurisprudencia penal peruana ha dicho lo siguiente: “Es de precisar que valorando la forma, circunstancias en que se desarrolló el evento delictivo, concurso de dos o más personas, a mano armada, bajo el ejercicio de violencia física psicológica constante; existió la decisión común en los participantes para la mate-

realización del tipo descrito del artículo 170 del Código penal, al haberse distribuido roles en su participación, así tenemos, que mientras Anderson Guillén cuidaba a la agraviada, los demás la amordazaban e introducían hacia una chacra al agraviado, para inmediatamente suscitarse la agresión sexual”³⁰³. En otra decisión judicial ha dicho lo siguiente: “En el supuesto señalado, será suficiente verificar la decisión común de todos los sujetos en la realización del acto sexual ilícito y además de que cada uno de ellos haya hecho un aporte significativo o decisivo en la comisión del injusto.” Para estar ante la figura de la coautoría se requiere la presencia de dos condiciones o requisitos, a saber: decisión común y realización en común (división de trabajo o roles). El concurso de dos o más sujetos debe ser en el hecho mismo que se produce el acceso carnal o el análogo; no antes ni después³⁰⁴.

3. Posesión de cargo-autoridad, familiaridad, adopción o afinidad del autor sobre la víctima para acceder sexualmente

CAP. IX

En el artículo 170, segundo párrafo, en el inciso 2, del Código Penal tiene regulado lo siguiente: “Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le de particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima”. En este punto, el Código Penal español, en su artículo 180, inciso 4, señala, también como circunstancia agravante, lo siguiente: “Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”. De la misma manera, el Código Penal de la Nación Argentina, en el artículo 119, en el cuarto párrafo, de la letra b) sanciona como circunstancia agravante, la siguiente conducta: “El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda”.

Por su parte, el Anteproyecto del Código Penal peruano (2008-2010) del Congreso de la República establece la siguiente circunstancia agravante (artículo 177, inciso 3): “Si el agente tuviera cualquier posición, cargo o responsabilidad legal, particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza”; aunque el citado Anteproyecto del Código Penal peruano contiene otra circunstancia agravante parecida, en los siguientes términos (artículo 177, inciso 4): “Si el agente tuviera una relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge, descendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad con la víctima o cuando existe una relación laboral o si la víctima le presta servicio como trabajadora del hogar”.

Volviendo con nuestro Código Penal vigente, la circunstancia agravante citada debe ser analizada desde los cuatro supuestos concretos. En primer lugar, el sujeto activo debe poseer un *cargo*, pero con dos condiciones necesarias y complementarias: que dicho al interior de dicho cargo el sujeto activo no debe tener poder de

303 SALA PENAL PERMANENTE N N.º 516-200, Ica, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N.º 6, Lima, 2005, p. 541.

304 JUAN MARCONE MORELLO, *Diccionario penal y ciencias auxiliares*, Editores importados, T. I, p. 240.

decisión porque si no sería una autoridad y sería otro supuesto del artículo 170, segundo párrafo, y que el cargo debe ser anterior o coetáneo a la relación o abuso sexual con la víctima, además debemos de precisar que el cargo puede ser en el sector público (por ejemplo, en el Poder Judicial, en el Ministerio Público, en el Tribunal Constitucional, etc.) o en el sector privado (por ejemplo en una empresa, en una asociación, en un negocio), y bajo esta posición o cargo es que el sujeto activo se “aprovecha” con relación a las otras personas de menor jerarquía para tener relaciones sexuales con la víctima. En este punto el **Código Penal** alemán señala en el parágrafo 174, letra b, Abuso sexual bajo aprovechamiento de un cargo oficial (1), una situación parecida, en los siguientes términos: “Quien como titular de cargo, que esté nombrado para colaborar en un proceso penal o en un proceso para ordenar unas medidas privativas de la libertad de corrección y de seguridad o de una custodia por parte de autoridad, efectúe acciones sexuales bajo abuso de la dependencia basada en el proceso en la persona contra quien se dirige el proceso, o permita que esas acciones se efectúen sobre el mismo por otra persona, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa”.

CAP. IX

En segundo lugar, se trata de supuestos de consanguinidad que obviamente lazos de familiaridad que comprende a los ascendentes (padres, abuelos) o hermano por naturaleza o por adopción, se trata de casos totalmente reprochables porque entre el autor y la víctima existen lazos que van más allá de familiaridad porque colinda con la confianza mutua entre ambos sujetos, con la cercanía, que es una especie de “aprovechamiento” del sujeto activo con relación al sujeto pasivo (padre con respecto a sus hijas o hijos). En suma la agravante es de aplicación a los autores del acceso carnal sexual cuando la víctima es su madre o padre, hijo o hija consanguínea o adoptiva, nieto a nieta, hermano o hermana, nuera, yerno, suegra o suegro, es indispensable que el agente conozca el vínculo que le une con la víctima, el error sobre esta circunstancia excluye el dolo del tipo agravatorio, subsistiendo el supuesto del tipo básico³⁰⁵. En tercer lugar, se contempla el caso de lazos de adopción entre el autor y la víctima, que obviamente también posibilita lazos de cercanía y confianza; por último, el supuesto agravatorio también contempla la posibilidad de lazos de afinidad entre el autor y la víctima como puede ser los casos de abuso sexual del padrastro con relación a sus hijastras). De más está decir que en los casos de familiaridad, adopción o afinidad el autor o coautores deben conocer efectivamente que con la víctima existe un vínculo familiar consanguíneo, un vínculo familiar adoptivo o un vínculo familiar afín.

Por su parte, el Anteproyecto del Código Penal peruano (2008-2010) del Congreso de la República establece las siguientes circunstancias agravantes (artículo 177): “Si fuera cometido por pastor, sacerdote o líder de una organización religiosa o espiritual que tenga particular ascendencia sobre la víctima”, y “Si el autor fuere docente o auxiliar de centro educativo, respecto de sus alumnos, o conductor de transporte público, respecto de sus pasajeros”.

305 SALINAS SICCHA, 2008, p. 81.

4. **Violación sexual cometido por la calidad especial del sujeto activo: Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada**

En el artículo 170, segundo párrafo, en el inciso 3, del Código Penal tiene regulado lo siguiente: “Si fuese cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública”. De la misma manera, el Código Penal de la Nación Argentina, en el artículo 119, en el cuarto párrafo, de la letra e) sanciona como circunstancia agravante, la siguiente conducta: “El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones”. Por su parte, el Anteproyecto del Código Penal peruano (2008-2010) del Congreso de la República establece la siguiente circunstancia agravante (artículo 177) de la siguiente manera: “Si fuera cometido el delito por funcionarios o servidores públicos, así como también por personal de serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada”.

No le falta razón a Peña Cabrera Freyre cuando señala que ya el artículo 46-A permite al juzgador agravar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado por el delito, cuando el autor es miembro de las Fuerzas Armadas o de la PNP; entonces, si ya el delito en especial considera el estatus del autor, consideramos, que ya no será plausible que el juez puede aplicar también esta agravante, en base a criterios fundamentadores de la Parte General³⁰⁶.

5. **Conocimiento del autor de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave**

En el artículo 170, segundo párrafo, en el inciso 5, del Código Penal tiene regulado lo siguiente: “Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.” De la misma manera, el Código Penal de la Nación Argentina, en el artículo 119, en el cuarto párrafo, de la letra a) sanciona como circunstancia agravante, la siguiente conducta: “Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima.” Por su parte, el Anteproyecto del Código Penal peruano (2008-2010) del Congreso de la República establece la siguiente circunstancia agravante (artículo 177) de la siguiente manera: “Si el autor tuviera conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.”

El fundamento de la agravante radica en el hecho de que aparte de lesionar la libertad sexual, el agente pone en peligro o riesgo para la salud de la víctima de la violación, toda vez que al someterlo a la cópula sexual existe la firme posibilidad de contagiarlo o transmitirle una enfermedad de transmisión sexual grave en perjuicio evidente de su salud. El tipo penal está estructurado en forma “individual”, pues el inciso señala “Si el autor...”, sin embargo, si en el lugar de los hechos intervienen más de dos sujetos, solo se aplicará la agravante a la persona quien ha tenido acceso carnal con la víctima por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras

306 PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, p. 146.

vías, sabiendo que tiene una enfermedad de transmisión sexual grave, mientras que los otros sujetos activos que no tienen dicha enfermedad, solo se les aplicará el tipo penal básico, aunque hayan concurrido o intervenido en el hecho delictivo, salvo que se den las otras circunstancias agravantes del artículo 170, segundo párrafo, del Código penal.

Ahora bien, para la verificación de esta circunstancia agravante tiene que darse como condición *sine qua non* lo siguiente: en primer lugar, que el sujeto activo posea, previamente, una determinada enfermedad de transmisión sexual como el VIH (síndrome de inmuno insuficiencia adquirida); en segundo lugar, que dicha enfermedad de transmisión sexual sea considerada de manera grave, es decir, que le trasmita a la otra persona (hombre o mujer) una enfermedad tal que le conduzca inexorablemente a la muerte, y esta estimación solo puede ser realizada por diagnóstico médico; en tercer lugar, que el sujeto activo no solo posea dicha enfermedad sino que también tenga efectivo conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión grave; en cuarto lugar, para que se configure esta agravante tiene que acreditarse que el sujeto activo tiene que tener acceso carnal con la víctima por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías; y por último, aun cuando el sujeto activo sepa o tenga conocimiento que si tiene relaciones sexuales con otra persona, esta podría quedar con lesiones graves o una posible muerte, con lo cual se demuestra la conducta dolosa del sujeto activo.

CAP. IX

6. El autor es docente o auxiliar de educación

Suele darse en el legislador penal nacional que su objetivo político-criminal es diseñar una legislación penal demasiado detallista o casuística, y muchas veces esta política deja mucho que desear por el desconocimiento de algunas figuras delictivas que están incorporadas en el mismo rubro de los delitos sexuales. Esto pasó, por ejemplo, mediante la Ley N.º 28704 que ha incorporado el inciso 5 del artículo 170 del Código Penal como circunstancia agravante del acceso sexual de persona mayor, cuando el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima. Para nadie es una novedad que la posición de un docente de educación dentro de un centro educativo lo coloca en una situación de prevalimiento sobre el alumno o alumna, ya que es una relación de confianza y de autoridad que es latente, es una relación de carácter institucional que le confiere el maestro una especial posición frente a su alumnado, que en este caso es aprovechado por el docente para la perpetración de un delito sexual del artículo 170³⁰⁷.

Sin embargo, la incorporación de esta agravante ha resultado totalmente innecesaria en el artículo 170 por dos motivos:

- a. En primer lugar, esta circunstancia agravante ya se encuentra prevista en el inciso 2 del artículo 170 del Código Penal cuando señala, en la parte pertinente, lo siguiente: *“la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima...”*, claro que no está expresamente legislado los términos

307 PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, p. 151.

“docente” o “auxiliar de educación” en el citado inciso 2, pero debemos de inferir que cuando se señala la frase: “se haya prevalido de cualquier cargo o posición”, es cuando el autor es por ejemplo “docente” o “auxiliar” o cualquier cargo, y bajo esta condición se aprovecha de la víctima para cometer el delito sexual.

- b. En segundo lugar, al utilizar la nomenclatura de “centro educativo”, se está refiriendo restrictivamente solo a las escuelas o colegios públicos o privados, lugar donde están y estudian las personas generalmente hasta los 17 años de edad. Sin embargo, al haberse previsto de modo irracional como delito de acceso carnal sexual sobre menor las conductas sexuales producidas con menores de 18 años, la agravante referida deviene en innecesaria y de escasa utilidad práctica³⁰⁸.

7. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años

CAP. IX

Aquí, la circunstancia agravante se concentra en la edad cronológica de la víctima, siempre y cuando el sujeto activo realice, en todo o en parte, la conducta típica descrita en el tipo base: “violencia o grave amenaza” en la víctima. Al suprimirse la circunstancia típica descrita en el artículo 173, inciso 3, del Código penal –violación sexual de menor–, sólo será relevante penalmente en violaciones sexuales de menores si el sujeto activo ejecuta acciones de “violencia” o “grave amenaza” en contra de la víctima (art. 170, inc. 6); y por el contrario, existe un pleno y válido consentimiento de la propia víctima, es decir, sin violencia o grave amenaza, y si la víctima tiene entre 14 y 18 años de edad, la conducta del sujeto activo quedará impune, de acuerdo a la última modificatoria de la Ley N.º 30076.

VII. ENTRE EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN GRADO DE TENTATIVA Y EL DELITO DE TOCAMIENTO INDEBIDO CONSUMADO

Los casos límites que plantea el delito de violación sexual del artículo 170, sobre todo en grado de tentativa (ya sea acabada o inacabada), es definitivamente con el delito de ofensas o actos contra el pudor en grado consumado, llamado también delito de tocamientos indebidos (consumados), regulado en el modificado artículo 176, y obviamente con el delito de ofensas al pudor de menores de 14 años de edad (artículo 176-A, incorporado a través de la Ley N.º 28704 del 05-04-06). Así, la descripción típica del artículo 176 es la siguiente: “El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, con violencia o grave amenaza, realiza sobre una persona u obliga a esta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor...”.

Queremos comenzar esta breve explicación con lo expresado por Carlos Creus cuando señala que “Es lo que la doctrina llama penetraciones imperfectas, en la cual quedan comprendidas como ‘penetraciones mínimas’ pues el órgano sexual masculino alcanza algunas zonas del cuerpo de la víctima, que sin tener profundidad en él, no están en contacto en el exterior, como ocurre con el llamado

308 SALINAS SICCHA, *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano*, cit., p. 86.

coito “vulvar o vestibular”; pero se incluyen los acercamiento sexuales en los que el órgano masculino no alcanza esas zonas, como es el denominado coito *inter femora*, que no pasa, en todo caso, de ser un abuso deshonesto³⁰⁹.

Porque en muchas ocasiones todo delito de violación sexual comienza con tocamientos indebidos en las partes íntimas de la víctima; y en ese sentido, si no se logra consumir el delito de violación sexual siempre quedará en tocamientos indebidos. En igual sentido, todo delito de homicidio doloso en grado de tentativa siempre comienza como un delito de lesiones graves o menos graves, y bajo criterios de consunción dicho delito queda “abarcado”, “consumido” por aquel injusto que tiene mayor *disvalor* del injusto, en este de homicidio consumado, o como en nuestro caso, el delito de violación sexual consumado. La pregunta sobre este último punto que debemos hacernos es: ¿qué sucede cuando los hechos investigados quedaron en una estación o situación donde no existe “penetración” y solo existe “tocamientos” en las partes íntimas de la víctima?

Volviendo al tema, a nuestro entender, la única posibilidad de encontrar la diferencia cualitativa entre ambas figuras delictivas de violación sexual tentadas y el delito de tocamientos indebidos consumado está en el lado psicológico-subjetivo del agente el momento de realizar la conducta típica, pues como se desprende del mismo artículo 176 y del 176-A del Código penal, el agente no haya tenido la intención de acceder carnalmente a su víctima. Como es sabido, el art. 176, parte pertinente, señala: “El que *sin propósito* de tener acceso carnal regulado en el artículo 170...”. Aunque formal y objetivamente ambas figuras delictivas tienen “zonas típicas comunes”: ambos tienen los medios típicos idénticos: “violencia y “grave amenaza”; en ambas figuras el sujeto activo tiene que “obligar” a otra persona; en ambas figuras se focalizan sobre las partes íntimas sexuales de la víctima (v. gr. “vaginal”, “anal”, introducción de “objetos” o “partes” en el cuerpo de la víctima).

Por ejemplo, el sujeto activo ha metido dolosamente sus manos por debajo del pantalón de su víctima, llegando finalmente a tocar las partes íntimas de la víctima, utilizando para ello violencia contra la víctima. Si revisamos la conducta típica del 170 y la conducta típica del artículo 176 prácticamente es la misma; y a través de las pruebas o actos de investigación aportadas por las partes en el proceso penal es que nos daremos cuenta cuál verdaderamente ha sido la intención subjetiva del sujeto activo: “de tocar en las partes íntimas de la víctima” o de “acceder carnal y sexualmente a la víctima”; en ese sentido, en el caso de delitos de actos contrarios al pudor, Salinas Siccha nos dice que “...en el análisis del aspecto subjetivo del agente, encontraremos la diferencia entre el hecho punible de actos contrarios al pudor y el delito de violación en grado de tentativa. Determinar cuándo estaremos ante un delito y cuando en otro, solo dependerá de la finalidad que tuvo el agente que propició un contexto sexual específico no deseado por la víctima”³¹⁰. Otra muestra de la relevancia determinante del lado subjetivo es el ejemplo que propone Peña Cabrera Freyre: “...si el sujeto activo era impotente, no necesariamente será

CAP. IX

309 CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte especial*, T. I, Buenos Aires, 1991, p. 189.

310 SALINAS SICCHA, 2008, p. 226.

una tentativa inidónea de acceso carnal sexual, pues podía tener la intención de introducir objetos u otras partes del cuerpo en las cavidades anal y/o vaginal de la víctima”³¹¹. Debemos en otras palabras de “objetivar” en la medida de lo posible la presencia del dolo de acuerdo al caso concreto.

Finalmente, debemos de mencionar la Ejecutoria Suprema de fecha 06 de noviembre de 2007, en el Recurso de Nulidad N.º 5225-2006, expedida por Segunda Sala Penal Transitoria, en el sentido de que el delito de actos contra el pudor de menor y su diferencia con el delito de violación sexual, es el siguiente: “... Que, la diferencia entre el delito de violación sexual y los actos contra el pudor, aún cuando ambos protegen la libertad sexual, fundamentalmente estriba, que en el atentado contra el pudor no existe intención de hacer sufrir el acto sexual a la víctima, sino únicamente someterla a tocamientos lúbrico somático en zonas sexuales con el fin de obtener satisfacción erótica, es por ello, que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, además de la integridad personal sexual de una menor, primordialmente está dirigido a proteger su inocencia, cuyo desarrollo psico-emocional se ve afectado por dichos actos libidinosos”.

CAP. IX

VIII. EXCURSO: ASPECTO AGRAVATORIO EN FUNCIÓN A LA EDAD CRONOLÓGICA DE LA VÍCTIMA ENTRE 14 Y MENOS DE 18 AÑOS Y SU RELACIÓN CON LOS ACUERDOS PLENARIOS EMITIDOS POR LA CORTE SUPREMA

Las personas que tienen entre 14 y 18 años de edad están en una condición de mayor de vulnerabilidad con respecto al agresor, mayor vulnerabilidad que importa a su vez mayor contenido de injusto típico; mas cabe recordar que la última modificatoria producida por la Ley N.º 27804 de abril de 2006 a esta capitulación, ha significado paradójicamente lo siguiente: que el acto sexual (acceso carnal sexual), con persona mayor de 14 años y menos de 18 años, sin mediar violencia física y/o amenaza grave sea penalizado con una pena no menor de 25 años y no mayor de 30 años de pena privativa de libertad, lo que a todas luces manifiesta una grave incoherencia penológica entre ambas figuras delictivas, pues el acto sexual que se realice mediante violencia grave recibirá una menor pena que aquel acto sexual que se ha realizado con consentimiento de las partes, máxime como expresión de un sentimiento compartido³¹².

En el artículo 170, segundo párrafo, en el inciso 4, del Código Penal tiene regulado lo siguiente: “Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años”. De la misma manera, el Código Penal de la Nación Argentina, en el artículo 119, en el cuarto párrafo, de la letra f) sanciona como circunstancia agravante, la siguiente conducta: “El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo”; ambos códigos coinciden en el límite máximo de edad (dieciocho años); sin embargo, el Código Penal argentino difiere en dos supuestos: en primer lugar, no contempla el límite mínimo de edad, y en segundo lugar, la relación sexual debe darse en un

311 PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, p. 247.

312 En este sentido: PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, p. 146.

marco de convivencia preexistente entre el autor y víctima; ambas situaciones no están contemplados en nuestro Código penal. Aquí lo que reprime más severamente nuestro Código Penal no es la situación especial del autor como en los anteriores supuestos, sino la situación especial (cronológica) de la víctima precisamente por su estado de inmadurez psicológica (por tener más de 14 y menos de 18) en la comprensión de disponer libremente o no de su libertad sexual.

En este punto debemos de tener en consideración lo señalado por el Acuerdo Plenario N.º 7-2007/CJ-116 sobre el tema de la violación sexual, específicamente en el alcance interpretativo del artículo 173.3 C.P., modificado por la Ley N.º 28704 para la determinación judicial de la pena, que el considerando 12, señala lo siguiente: “Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175 y 179 A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso –como se ha indicado– mediante el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica. Por otro lado, si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44,46 y 241 del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años, y que pasaba esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20, inciso 10), del Código Penal –que regula la institución de consentimiento– puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse. Pero si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, como se ha dejado sentado y conforme a las pautas ya señaladas, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175 y 179 A del Código Penal. Es claro, por lo demás, que cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y *dieciocho* años edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, es de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173, inciso 3), del Código Penal”. (revisar el acuerdo).

Luego de un tiempo se emitió un nuevo Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116: ASUNTO: Aplicación del artículo 173.3 del Código Penal (fecha 18 de julio de 2008) emitido por la Corte Suprema que trata del subtipo legal agravado del art. 173.3) del Código Penal peruano, que establece que el artículo 173 inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704 publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como nueva modalidad del subtipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años. Incluso criminaliza la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento³¹³. De acuerdo con este dispositivo el sujeto activo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo

313 Véase, Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116: ASUNTO: Aplicación del artículo 173.3 del Código Penal (fecha 18 de julio de 2008) emitido por la Corte Suprema.

un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho años. Por otra parte, el artículo 20, inciso 10), del Código Penal, establece como una causal de exención de pena la circunstancia que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien. En consecuencia, es menester analizar si la libertad sexual, o en su caso, la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, y si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien³¹⁴.

Asimismo, planteado así el problema, es de entender como libertad sexual la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual. Menores e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad. Bajo estas premisas, corresponde establecer desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44, 46 y 241 que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo con el sentido respecto de su vida sexual: y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal. Desde esa base normativa fue que se redactó el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N.º 7-2007/CJ-116, con carácter vinculante. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico-penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, que permite variar el enfoque del problema³¹⁵.

Así, el artículo 175 del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que tiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño). De igual manera, el artículo 176-A del mismo código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras que el artículo 176 del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores

314 Véase, Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116: ASUNTO: Aplicación del artículo 173.3 del Código Penal (fecha 18 de julio de 2008) emitido por la Corte Suprema.

315 Véase, Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116: ASUNTO: Aplicación del artículo 173.3 del Código Penal (fecha 18 de julio de 2008) emitido por la Corte Suprema.

de esa edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de esas dos últimas normas permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicios de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad³¹⁶.

Tal como se ha visto, y con independencia de toda concepción moral o valoración social –que pugnaría con el reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad, existe objetiva contradicción entre las disposiciones del Código Civil y del artículo 173, 3) del Código Penal, y entre las normas que configuran el propio Código Penal– los diversos tipos legales que integran el denominado Derecho Penal sexual nacional, todas ellas actualmente vigentes. En tal virtud, debe aplicarse la ley más favorable al reo conforme a lo dispuesto por el artículo 139, inciso 11), de la Constitución. Uno de los supuestos de la referida norma constitucional, tiene como elemento esencial la existencia de normas contradictorias entre sí, que obliga al juzgado a la aplicación de la ley más favorable. Esta cláusula constitucional se funda, como afirma Rubio Correa, “... en que si la sociedad tiene dos consideraciones simultaneas sobre el mismo hecho y va a sancionar, es razonable que se elija la sanción menor o la consideración menor grave; así se tomará como criterio social el de mayor benignidad y se restringirá en menor grado los derechos del reo....” (Estudio de la Constitución Política de 1993, tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú– Fondo Editorial, Lima, novecientos noventa y nueve, página ciento doce)³¹⁷.

Por tanto, sobre la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173, Inciso 3), del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N.º 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años³¹⁸.

IX. ASPECTOS DE LA PRUEBA Y LA EVITACIÓN DE LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA EN LOS DELITOS SEXUALES EN VIRTUD DEL ACUERDO PLENARIO N.º 1-2011/CJ-116 DE LA CORTE SUPREMA

La recolección de los medios de prueba en el caso de delitos sexuales no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración. Atento al principio de pertinencia, el medio de prueba debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose: a) por el grado de ejecución: la de un hecho

316 Véase, Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116: ASUNTO: Aplicación del artículo 173.3 del Código Penal (fecha 18 de julio de 2008) emitido por la Corte Suprema.

317 Véase, Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116: ASUNTO: Aplicación del artículo 173.3 del Código Penal (fecha 18 de julio de 2008) emitido por la Corte Suprema.

318 Véase, Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116: ASUNTO: Aplicación del artículo 173.3 del Código Penal (fecha 18 de julio de 2008) emitido por la Corte Suprema.

tentado o consumado; b) por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo; c) la zona corporal ultrajada: vaginal, anal o bucal; d) por la intensidad de la conducta: penetración total o parcial; e) por el medio coaccionante empleado: violencia física, violencia moral o grave amenaza; f) por las condiciones personales de la víctima; mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental³¹⁹.

A manera de ejemplo, si para el acceso carnal medió únicamente grave amenaza en cuyo caso ni siquiera algún grado de resistencia no es exigible que el examen médico arroje lesiones paragenitales que evidencien resistencia física por parte de la víctima. Se ha de acudir a otros medios de corroboración, tal es el caso de la pericia psicológica, u otras que se adecuen a las particularidades del hecho objeto de imputación³²⁰. Así la problemática que advierte respecto de la indebida valoración de la pericia médico legal que no consigna lesiones paragenitales y/o himenales, se despeja sin más a través de una atenta aplicación del principio de idoneidad de la prueba penal en relación a las circunstancias. Y medios empleados por el agresor para conseguir el quiebre de la voluntad de la víctima. Si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radica en la práctica genitálica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla, y menos valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado.

Lo expuesto no importa disminuir el alcance probatorio de la pericia médico-legal, sino identificar el contexto en la que sus conclusiones adquieren real vinculación y potencialidad con la acción delictiva objeto de imputación. Dicha prueba pericial será trascendente cuando se atribuya usualmente por parte de la propia víctima el empleador de agresión física, penetración violenta o sangrado producto de los hechos, las que de no evidenciarse, pese a la inmediatez de la actuación de la pericia, será relevante para debilitar el alcance de la declaración de la víctima o considerar la ausencia de corroboración.

Luego también se tiene que tener en cuenta la preventiva de la agraviada que es trascendental para los delitos sexuales, ya que es considerado como testigo-víctima. La preventiva de la víctima es considerada necesaria por el artículo 143 del todavía vigente Código de Procedimientos Penales, en tanto y cuando ha sido testigo de los hechos, es decir, es un testigo cualificado³²¹; y, como tal su declaración es contemplada en el artículo 160 del Código acotado. En otras palabras, la preventiva del agraviado es un acto de investigación, cuya actuación en sede judicial –en la etapa de instrucción– estaría condicionada a nivel de información y coherencia de la diligencia en sede de Fiscalía de Familia, y siempre que no se

319 Véase: Acuerdo Plenario N.º 1-2011-CJ-116 emitido por la Corte Suprema.

320 Véase: Acuerdo Plenario N.º 1-2011-CJ-116 emitido por la Corte Suprema.

321 SAN MARTÍN CASTRO, César; "El procedimiento penal por delitos sexuales en el Perú", en Hurtado Pozo, José (Director), *Anuario de Derecho Penal, 1999-2000, Derecho Penal y Discriminación de la Mujer*, Lima, 2001, p. 323.

vede al imputado y al órgano jurisdiccional la posibilidad de interrogar contradictoriamente a la víctima en el acto oral³²². El Acuerdo Plenario N.º 1 – 2011 de la Corte Suprema señala un criterio importante en el sentido que trata de evitar la estigmatización secundaria de las víctimas de los delitos sexuales, en el sentido de que si la víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí, y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente, familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado.

En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia³²³. A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: a) Reserva de las actuaciones judiciales; b) Preservación de la identidad de la víctima; c) promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto de la complejidad, exhaustiva y contradicción de la declaración³²⁴.

En este punto debemos de tener en consideración lo expresado por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Nulidad N.º 1350-05-Puno (Data 45 000), sobre el delito de violación sexual de menor; en la cual ha establecido que los presupuestos probatorios para una posible acreditación del delito de violación sexual, son los siguientes: el temporal, el lógico, de coherencia en la declaración y la comunidad de pruebas. Efectivamente, la Corte Suprema ha aplicado el criterio que en la doctrina y jurisprudencia ya se venía esbozando, que los presupuestos para determinar la responsabilidad penal por violación son los siguientes³²⁵:

322 SAN MARTÍN CASTRO; *“El procedimiento penal por delitos sexuales en el Perú”*, cit., p. 311

323 Véase: Acuerdo Plenario N.º 1-2011-CJ-116 emitido por la Corte Suprema

324 Véase: Acuerdo Plenario N.º 1-2011-CJ-116 emitido por la Corte Suprema.

325 En este sentido, véase, un caso de la jurisprudencia penal española en relación al delito sexual, en el sentido que frente a las alegaciones exculpatorias, las acusaciones esgrimieron la declaración de la madre de la menor y los informes periciales practicados con relación a la niña, elementos probatorios que se estiman en el caso de autos insuficientes para dictar una sentencia condenatoria por los siguientes motivos: “En primer término, conviene recordar que, como declara el Tribunal Supremo en sentencia de 06-04-2001, N.º 578/2001, que ha ratificado, por ejemplo, en Sentencia de fecha 03-10-2003, N.º 1246/ 2003: “un grave riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo viene constituida por la declaración de la supuesta víctima del delito. El riesgo se incrementa si la víctima es quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado si se constituye en parte ejercitando la acusación particular, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador... En consecuencia esta Sala ha señalado reiteradamente que aun cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

- a. *La existencia de un presupuesto temporal*, es decir que no debe existir un intervalo de tiempo considerable y pronunciado entre el último acto comisivo del delito y la fecha de la denuncia.
- b. *Un presupuesto lógico*, que se debe dar entre la declaración de la agraviada, respecto del hecho punible, y de las circunstancias de tiempo y lugar, así como respecto de la relación de autoría, las cuales deben ser regulares y uniformes.
- c. *Se exige también que la víctima mantenga coherentemente sus afirmaciones* tanto respecto del hecho como del autor, requisito jurídico relacionado con la relevancia de la declaración de la víctima, pues se supone que esta ha de aportar suficiente información respecto de cómo ocurrieron los hechos y que las características del autor sean lo suficientemente idóneas para acreditar su plena identidad³²⁶.

CAP. IX

- 1) **ausencia de incredibilidad subjetiva**, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemista, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre;
- 2) **verosimilitud**, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que es propiamente un testimonio, declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso, sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (art. 109 y 110 LE. Criminal); en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho;
- 3) **persistencia en la incriminación**: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad³²⁶.

Y añade la sentencia del Tribunal Supremo español de 28-02-2000 N.º 832/2000 que, "como se deduce de las sentencias 990/95, de 11 de octubre, 331/96, de 11 de abril o 430/99, de 23 de marzo y en la de 22 de abril de 1999, cuando la única base en que se fundamenta la acusación son las manifestaciones de menores, que por su propia fragilidad e inmadurez son lamentablemente influenciables, el móvil de resentimiento, enemistad o interés que pueda afectar a su credibilidad subjetiva no ha de buscarse en el propio menor, sino en el entorno familiar que haya podido influir sobre su testimonio", recordando la misma sentencia la existencia de "factores de riesgo que concurren en este tipo de declaraciones, puestos de manifiesto por los especialistas en psicología del testimonio. Factores de riesgo que se acentúan en los supuestos de rupturas conflictivas de las parejas de sus progenitores, en los supuestos en que los testimonios se refieren a hechos ocurridos en una edad muy temprana, o cuando se relatan hechos supuestamente ocurridos varios años antes sobre la base de unos borrosos recuerdos que pueden ser reales, imaginados o sugeridos". Así las cosas, no puede olvidarse que la denuncia se produce en el curso de una accidentada relación entre los padres de la menor en el curso de la cual, como reconocieron ambos en el juicio oral, se produjo una ruptura de su relación de pareja, una denuncia y condena al padre por maltrato familiar, una atribución de la custodia a la madre y, seguidamente, una cesión por parte de esta de la custodia de hecho a los abuelos paternos, en cuyo domicilio convivían igualmente el padre de la niña y al acusado, tío de la menor".

326 En este punto debemos de señalar la Ejecutoria Suprema dieciséis de enero de dos mil ocho, en el R. N. N.º 3316-2007, expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria, en la cual señala que la existencia de contradicciones sobre la prueba personal en el delito de violación sexual conservan la presunción de inocencia del imputado. Efectivamente señala que: "...por todas estas razones, no siendo suficiente la incriminación inicial que hace la menor agraviada para

- d. *Que haya comunidad de pruebas*, a fin de que la versión de la agraviada sea corroborada con el certificado médico legal y el reconocimiento psicológico, aplicando estos presupuestos al término del proceso, ya que tratándose de menores de edad, no siempre estos pueden expresarse libremente de inicio.

X. LA REFORMA PRODUCIDA A TRAVÉS DE LA LEY N.º 30076 EN EL DELITO DE RELACIONES SEXUALES ENTRE ADOLESCENTES

La reforma legal se produce en la incorporación de un solo párrafo del inciso sexto del artículo 170 del Código Penal peruano, que a letra actualmente señala: *“Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad”*. Como puede verse, esta descripción típica ya se encontraba sancionada desde hace algún tiempo en el artículo 173 del Código Penal, correspondiente al delito de violación sexual de menores; el mismo que decía en el inciso tercero lo siguiente: *“Si la víctima tiene entre catorce años y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años”*.

Es decir, que hasta antes de la dación de la Ley N.º 30076 el sujeto que tenía relaciones sexuales –aun cuando estas fueran consentidas– con una persona de 14 a 18 de edad, se le podía aplicar una de 25 a 30 años de cárcel efectiva; sin

CAP. IX

enervar la presunción constitucional de inocencia previsto por el artículo segundo, inciso veinticuatro, literal “e” de la Constitución Política del Estado, se colige que el recurrente debe ser absuelto de los cargos que se le imputan al amparo del artículo trescientos uno, primer párrafo del Código de Procedimientos Penales, máxime, si en el mismo juicio oral la agraviada respondió a la pregunta de la Directora de Debates, si había tenido relaciones sexuales con Gilmer Cachay Escobedo, “que sí, varias veces” (ver acta de fojas doscientos veintiuno)...”. En otra Ejecutoria Suprema de fecha dieciséis de enero de dos mil siete, en el R. N. N.º 4950 – 2006, expedido por la Sala Penal Permanente, que afirma la validez de la declaración de la menor agraviada concordante con los testigos sirve para atribuir responsabilidad penal al autor. Efectivamente señala lo siguiente: “...Que la agraviada tanto en sede policial –fojas nueve– como en su preventiva de fojas cincuenta y cinco y, específicamente, en el acto oral –fojas doscientos veintitrés– sindicó directa y contundentemente al acusado Núñez Llanos, conviviente de su hermana, como el sujeto que le hizo sufrir el acto sexual hasta en seis oportunidades, aprovechando que se encontraba sola, agresión que comunicó después de haber sido interrogada por su padre luego de ser sorprendida junto al encausado lavando su ropa interior e instantes después de haber sostenido relaciones sexuales, oportunidad en que el acusado había elaborado una coartada frente a los demás miembros de la casa, a quienes les había manifestado que se iría al caserío de Jerusalén a visitar a un pariente enfermo pero como sabía que aquel día la menor se encontraría sola regresó con el fin de someterla sexualmente; que esta versión es corroborada por el padre de la menor, Arcadio Fernández Chupillón, tanto en sede policial –fojas trece– como en su declaración testimonial de fojas cincuenta y uno y en el acto oral –fojas doscientos veinte–, e incluso al ser confrontado con el acusado –fojas doscientos veintiuno– y por la propia esposa del encausado, Isabel Fernández Muñoz, en su declaración testimonial de fojas cincuenta y tres y declaración plenaria de fojas doscientos veintidós, que lo expuesto desvirtúa la negativa del encausado, mas aún cuando su tesis exculpatoria no es creíble, además de cambiante, pues proporcionó distintas versiones respecto a la sindicación de quien habría sostenido relaciones sexuales con la menor, puesto que en un principio refirió que se trataría de un enamorado que es vendedor ambulante, luego mencionó a un inquilino cuyo nombre y apellido desconoce, y finalmente señaló que no le consta con quién sostuvo relaciones sexuales la menor agraviada”.

embargo, hasta antes de la presente Ley N.º 30076 ya el Tribunal Constitucional a través de la ya conocida Sentencia de Inconstitucionalidad de fecha 12 de diciembre de 2012, en el Expediente N.º 00008-2012-PI/TC, se había pronunciado, en mayoría, por la inconstitucionalidad del artículo 173, inciso 3 del Código Penal (es decir, fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 y menos de 18), y ya mucho antes también la Corte Suprema de la República, se había pronunciado en Acuerdos Plenarios, por la inaplicación judicial de dicho artículo 173, inciso 3 del Código penal, aunque el Ministerio Público seguía manteniendo una idea represiva en este delito.

CAP. IX

En efecto, el Tribunal Constitucional, en el punto 76, señala lo siguiente: “Considerado los límites constitucionales que tiene la interpretación jurisdiccional de la leyes penales, el Tribunal Constitucional estima que la interpretación del artículo 173, inciso 3), del Código Penal, propuesta por el apoderado del Congreso de la República, en el sentido de asumir que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 tienen libertad sexual y que, por lo tanto, su consentimiento para tener relaciones sexuales exime de responsabilidad penal al adulto al que se le atribuye la autoría de tal delito, es una interpretación que no puede ser asumida por el Tribunal Constitucional como constitucionalmente conforme, toda vez que desplazaría al legislador como órgano competente en la formulación de la política criminal del Estado y consecuente tipificación de conductas y penas, cambiando el bien jurídico protegido por el legislador (libertad sexual en lugar de indemnidad sexual) y con ello permitiendo la configuración de una causal de exención de responsabilidad penal como es el “consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición” (artículo 20ª, inciso 10, del Código Penal), lo cual no resultaba permitido por la disposición penal tal como la estableció el legislador penal”.

Agrega el Tribunal Constitucional en el punto 77 de la Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2012, lo siguiente: “Por lo tanto resumidamente, habiéndose determinado: i) que el artículo 173ª, inciso 3), del Código Penal, modificado por la ley N.º 28704, en el sentido interpretativo 1 (si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años), es incompatible con la Constitución; y ii) que el sentido interpretativo 2 del artículo 173, inciso 3), del Código Penal, propuesto por el demandado (si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor), no es una interpretación conforme con la Constitución y que, por tanto, pueda salvar la constitucionalidad de dicha disposición penal; entonces, el Tribunal Constitucional considera que debe declararse la inconstitucionalidad del artículo 173ª, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley Nª 28704, y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico por haber vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años a menos de 18”.

Finalmente el Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia, de fecha 12 de diciembre de 2012, en el punto 113 deja sentada la siguiente posición aclaratoria: “En el presente caso, teniendo en cuenta que la disposición impugnada resulta

inconstitucional, a que al versar sobre materia penal, la respectiva declaratoria de inconstitucionalidad, y que al versar sobre materia penal, la respectiva declaratoria de inconstitucionalidad va a generar efectos en procesos penales en trámite y procesos penales terminados, el Tribunal Constitucional considera que existe mérito suficiente para pronunciarse sobre los efectos de la presente sentencia, más aún si la expulsión de la disposición cuestionada podría dejar sin juzgamiento determinados casos de violencia agresión o abuso sexual contra menores de edad entre 14 años a menor de 18". Y en el punto 114 señala: "En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no implica la inmediata excarcelación de aquellos procesados o condenados con base en el inconstitucional artículo 173ª, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley Nª 28704, e los casos de violencia, agresión o abuso sexual contra menores de 14 años a menos de 18 (en los que no se acredita el consentimiento de dichos menores). *Asimismo, tal declaración de inconstitucionalidad no implica que a dichos procesados o condenados, cuando corresponda, no se les pueda procesar nuevamente por el delito de violación sexual regulado en el artículo 170 del Código Penal y otro tipo penal, o aplicar algunos mecanismos alternativos a dicho juzgamiento*". Asimismo, en el punto 115: "Lo expuesto exige diferenciar dos tipos de efectos que origina la presente declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 173, inciso 3) del Código Penal modificado por la Ley Nª 28704: el primero, respecto de aquellos casos penales en trámite o terminados en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso, mas no dudoso o presunto, de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos en materia penal favorable al reo, a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, no resultarían sancionados penalmente; y el segundo, sobre aquellos casos penales en trámite o terminados en los que no se acredite dicho consentimiento, sino por el contrario, se evidencie que ha existido violencia, agresión o abuso sexual, o grave amenaza, contra dichos menores, o casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, que teniendo en cuenta la especial protección del interés superior del niño y del adolescente aplicable a los procesos que examinan la afectación de sus derechos, a partir de la referida declaratoria de inconstitucionalidad, dependiendo de los hechos concretos, podrán ser susceptibles de "sustitución de pena", "adecuación del tipo penal" o ser procesados nuevamente conforme al artículo 170ª del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente. Finalmente, el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2012, señala que: "...teniendo en cuenta la obligación del Estado de proteger el interés superior del niño y del adolescente (artículo 4ª de la Constitución), y que es de público conocimiento que en nuestra sociedad los delitos de violación, agresión o abuso sexual, especialmente contra menores de edad, constituyen un tipo grave de afectación a los derechos de aquellos debe exhortar al Congreso de la República para que, conforme a sus competencias, legisle de forme sistemática y con la gravedad de la pena que corresponda, las respectivas disposiciones penales del capítulo sobre violación de la libertad sexual del Código Penal que tengan por finalidad la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad".

En otras palabras, ubicación de las relaciones sexuales entre adolescentes, entre 14 y 18 años, siempre y cuando no existiese violencia o grave amenaza, quedará fuera de la órbita del Derecho penal; y solo constituirá delito de violación sexual, según la nueva reforma, por la introducción del inciso 6 en el artículo 170, en la medida que hubiera violencia o grave amenaza contra la víctima. Así que la nueva reforma legal en el tema de relaciones sexuales consentidas entre adolescentes no hace más que ratificar lo que ya el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República habían expresado a través de sus fallos resolutivos.

En conclusión, podemos decir lo siguiente: en el Acuerdo Plenario 07-2007/CJ-116 se estableció que, si *en un* proceso penal concreto se determinaba que en el acto sexual no existió consentimiento del adolescente víctima y más bien el sujeto activo hizo uso de la violencia o amenaza para imponerlo, la conducta sería tipificada en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal. De esta manera en la práctica judicial se originó un grave problema. Ante un hecho concreto en el cual un adolescente era víctima de un acto sexual impuesto por la violencia o amenaza, algunos jueces calificaban los hechos según el inciso tres del artículo ciento setenta y tres, en tanto que otros, tomando en cuenta el bien jurídico protegido calificaban los hechos según el artículo ciento setenta del código Penal.

Que, posteriormente en el Acuerdo Plenario N.º 01-2012/CJ-116, de fecha veintiséis de marzo de dos mil doce, concluyo que el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, había quedado vacío de contenido sustancial. Así se verificó la existencia de una norma base en cuyo tipo y bien jurídico encajaba con comodidad el supuesto de hecho indicado en el artículo ciento setenta del Código Penal, existiendo además otras normas que operan armónicamente como en los artículos 171, 172, 173- A, 175 y 179-A del Código Penal. En tal sentido al Acuerdo Plenario en mención, estableció como doctrina legal vinculante la siguiente: "En tanto no rectifique el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, todo lo precedentemente analizado, se concluye que la Ley valida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual de mayores de catorce y menores de dieciocho años, es el artículo ciento setenta del Código Penal, y según los hechos concretos corresponderá en su caso, los artículos ciento setenta, ciento setenta y dos y otros antes citados del Código Penal.

Que, últimamente el Tribunal Constitucional emitió la sentencia del doce de diciembre de dos mil doce, en la que declaró fundada la demanda, al haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de su personalidad de los menores de edad de entre catorce y menos de dieciocho años de edad, en consecuencia declaró inconstitucional el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del código Penal, modificado por la Ley N.º 28704. Que, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad del inciso tres el artículo ciento setenta y tres del Código Penal se concretan en dos tipos de efectos:

1. Respecto de aquellos casos penales en trámite o concluidos con sentencia condenatoria, en los que se acredita el consentimiento fehaciente y expreso, mas no dudoso o presunto de los adolescentes cuya edad se encuentra entre los catorce y menos de dieciocho años de edad, al

tiempo de los hechos, a partir de la sentencia de inconstitucionalidad, no resultan sancionados penalmente. Esto significa que si el proceso está en pleno trámite la autoridad jurisdiccional archivará automáticamente el proceso penal incluso tendrá que hacerlo de oficio. Es imposible continuar un proceso penal por un hecho atípico. No se requiere petición de parte. En cambio, si se trata de un proceso penal concluido con sentencia condenatoria, la autoridad jurisdiccional, a pedido de parte, tendrá que declarar nula la sentencia (condenatoria y ordenará en forma inmediata la libertad del sentenciado, si aún se encuentra en cárcel).

2. En aquellos casos penales en trámite o concluidos en los que no se acredite el consentimiento, sino por el contrario, se evidencia que ha existido violencia, agresión o abuso sexual o grave amenaza contra dichos menores; o en los casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, a partir de la declaración de inconstitucionalidad, dependiendo de los hechos concretos, podrán ser susceptibles de *sustitución de pena, adecuación del tipo penal o ser procesados nuevamente conforme al artículo ciento setenta del Código Penal u otro tipo penal que resulte pertinente*. Esto significa que si el proceso se encuentra en *trámite*, en el cual *por los* primeros elementos de prueba o elementos de convicción es evidente el uso de la violencia la amenaza o evidencie un acto sexual abusivo o aprovechando de alguna circunstancia prevista por los artículos ciento *setenta y uno*, ciento *setenta y dos* y otros compatibles *con el* hecho materia de *investigación*, el juez de oficio o a petición de parte, *solicitará al* Fiscal realice nueva tipificación de los hechos objeto del proceso penal, como lo establece el fundamento jurídico *115* de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Exp. N.º 00008-2012-PI/TC de 12 de setiembre de 2013.

CAP. IX

XI. ANEXOS

ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL PERUANO, ELABORADO POR LA COMISIÓN ESPECIAL REVISORA DEL CÓDIGO PENAL (2008-2011), REFERIDO AL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL (ARTÍCULO 177).

En el Anteproyecto del Código Penal peruano, llevado a cabo por la Comisión Especial Revisora del Código penal, 2008-2011, en el artículo 177 se regula el delito de violación en los siguientes términos:

“El que con amenaza o violencia, sea física o psicológica, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años y de inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza a mano armada.

2. Si la violación fuera cometida por dos o más sujetos, aunque solo uno de ellos realice el acto.
3. Si el agente tuviera una relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge, descendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad con la víctima o cuando existe una relación laboral o si la víctima le presta servicio como trabajadora del hogar.
4. Si el agente tuviera cualquier posición, cargo o responsabilidad legal, particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.
5. Si fuera cometido el delito por funcionarios o servidores públicos, así como también por personal de serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada.
6. Si fuera cometido por pastor, sacerdote o líder de una organización religiosa o espiritual que tenga particular ascendencia sobre la víctima.
7. Si el autor fuere docente o auxiliar de centro educativo, respecto de sus alumnos, o conductor de transporte público, respecto de sus pasajeros.
8. Si el autor tuviera conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
9. Si la víctima se encuentra en estado de gestación.
10. Si la víctima es mayor de catorce años de edad y menor de dieciocho".

ACUERDO PLENARIO N.º 7-2007/CJ-116 DE LA CORTE SUPREMA

Asunto: Violación sexual: Alcance interpretativo del artículo 173.3 CP, modificado por la Ley N.º 28704 para la determinación judicial de la pena.

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los vocales de lo Penal, integrantes de Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

I ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización, del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas en las que la aplicación del inciso 3) del artículo 173 del Código Penal recaía sobre imputados mayores de 18 años y menores de 21 años de edad, a quienes se les impuso penas privativas de libertad no menores de 25 años.
4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió *el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponentes a los señores Villa Stein, Prado Saldarriaga y Lecaros Cornejo*, quienes expresan el parecer del pleno.

CAP. IX

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El artículo 22, párrafo segundo, del Código Penal excluye el efecto atenuante que dicha norma establece en su párrafo inicial, para "...en agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de la libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua"
7. Por otro lado, el artículo 173, inciso 3) del Código Penal incorpora una prohibición y una penalidad excesiva en relación con otros delitos Similares. Es así, por ejemplo, que el delito de abuso deshonesto o actos contra el pudor de menores, tipificado en el artículo 176 A del citado Código considera atípica la realización de tales actos si hay consentimientos y el objeto pasivo tiene catorce o más años de edad. De igual manera, el artículo 170 A del texto punitivo solo reprime con pena privativa de libertad no menor de cuatro no mayor de seis años, al que "...mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce y menor de dieciocho años", el artículo 175 del aludido Código sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, a quien "...mediante engaños tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años".

8. Al respecto, se tiene presente, como reconoce la doctrina y la jurisprudencia nacionales, el principio de proporcionalidad o de prohibición de o en exceso, incorporado positivamente en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en cuya virtud: "...la pena debe ser adecuada al daño ocasionado al agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado" (Felipe Villavicencio Terreros: *Derecho Penal—Parte General*, Editores Grijley, Lima, dos mil seis, páginas ciento quince y ciento dieciséis). Por consiguiente, es función del órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena, cuando la proporcionalidad abstracta de la misma no ha sido respetada por el legislador, dentro de las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, de los principios y valores que lo informan. En consecuencia, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad, es necesario adecuar la cantidad y la calidad de la pena al daño causado a la víctima, al perjuicio que con el delito de inflige a la sociedad y el grado de culpabilidad, así como al costo social del delito (entendido en su relación con sus consecuencias sociales y para el imputado-influencia en su mundo personal, familiar y social-) (Álvaro Pérez Pinzón: *Introducción al Derecho Penal*, Editores Universidad Externado de Colombia, Bogotá, dos mil cinco, páginas ciento nueve y ciento doce).
9. A la luz de los antecedentes normativos y jurisprudencia evaluados, se ha demostrado que el tratamiento penal que establece el artículo 173, inciso 3), del Código Penal —incluso si se tiene en cuenta delitos de una indudable mayor contenido de injusto, tales como los delitos contra la vida— es abiertamente desproporcionado en su escala punitiva abstracta. Por consiguiente, deben explorarse y desarrollarse propuestas jurisprudenciales que permitan alcanzar desde la determinación judicial de la pena una proporcionalidad concreta, adecuada y equitativa, sobre la base de las circunstancias del caso y de las condiciones especiales de los sujetos del delito.
10. En este contexto es pertinente sostener que si el legislador reprime con penas privativas de libertad no mayores de seis años las relaciones sexuales que mantienen el agente con el sujeto pasivo cuando media para ello engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, el órgano jurisdiccional no debe tratar con mayor severidad —por lo contradictorio e impicante que ello significa desde las propias normas penales vigentes— a quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia.
11. Ahora bien, una mejor determinación y justificación del tratamiento penal privilegiado del agente, en los términos anteriores señalados, el órgano jurisdiccional debe considerar también la concurrencia en el caso sub judice, y según sus propias particularidades, de factores complemen-

tarios de atenuación como los siguientes:

- a. Que la diferencia entre sujetos activo y pasivo no sea excesiva.
 - b. Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.
 - c. Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.
 - d. La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.
12. Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175 y 179 A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso –como se ha indicado– mediante el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica. Por otro lado, si se asumes, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44, 46 y 241 del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años, y que pasaba esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20, inciso 10), del Código Penal –que regula la institución de consentimiento– puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse. Pero si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, como se ha dejado sentado y conforme a las pautas ya señaladas, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175 y 179 A del Código Penal. Es claro, por lo demás, que cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y *dieciocho* años edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, es de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173, inciso 3), del Código Penal.

CAP. IX

III. DECISIÓN

13. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en pleno Jurisdiccional, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por unanimidad

ACORDARON:

14. Establecer como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos nueve al doce, los criterios para el alcance interpretativo del inciso 3) del artículo 173 del Código Penal, modificado por la Ley número 28704 en cuanto a la determinación judicial de la pena. A estos efectos, los jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.
15. Precisar que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica del Poder Judicial.
16. Publicar el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

CAP. IX

Salas Gamboa/ Sivina Hurtado/ San Martín Castro/ Villa Stein/Prado Salda-
rriaga/ Rodríguez Tineo/ Lecaros Cornejo/ Valdes Roca/ Molina Ordeño/ Príncipe
Trujillo/ Santos Peña/ Calderón Castillo/ Rojas Maraví/ Urbina Ganvini

ACUERDO PLENARIO N.º 4-2008/CJ-116

Asunto: Aplicación del artículo 173.3 del Código Penal

Lima, dieciocho de julio de **dos mil ocho**.

Los vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especiales de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Ordenado de la ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I ANTECEDENTES**

1. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del poder judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones

recorridas, sobre aspecto jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto – órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo–, se definió la agenda del tv Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios . A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la aplicación del artículo 173 inciso3) del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, referido al delito de violación de menores de edad, entre catorce y dieciocho años, y el Acuerdo Plenario N.º 7-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete. Específicamente los temas materia de análisis se refieren a (1) la ampliación de la no punibilidad en el supuesto de relaciones sexuales voluntarias con un menor de edad de catorce y dieciséis años; (2) la aplicación de la responsabilidad restringida cuando el autor tiene entre dieciocho y veintiún años de edad; y finalmente, (3) el alcance del fundamento jurídico undécimo del Acuerdo Plenario anotado líneas arriba, referido a factores complementarios de atenuación de la pena.
4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia faculta a las salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriores expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor Lecaros Cornejo, quien expresa el parecer del Plenario.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. EL SUBTIPO LEGAL AGRAVADO DEL ART. 173.3) DEL CÓDIGO PENAL

6. El artículo 173 inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704 publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como nueva modalidad del subtipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años. Incluso criminaliza la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento. De acuerdo con este dispositivo el sujeto activo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho años. Por otra parte, el artículo 20, inciso 10), del Código Penal, establece como una causal de exención de pena la circunstancias que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien.

En consecuencia, es menester analizar si la libertad sexual, o en su caso, la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, y si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien.

7. Planteado así el problema, es de entender como libertad sexual. La capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual. Menores e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad. Bajo estas premisas, corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde que edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuando el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44, 46 y 241 que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo de un lado, implicaría quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal. Desde esa base normativa fue que se redactó el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N.º 7– 2007/CJ– 116, con carácter vinculante.

8. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico-penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, que permite variar el enfoque del problema.

9. Así, el artículo 175 del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que tiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño).

De igual manera, el artículo 176-A del mismo código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras que el artículo 176 del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores de esa edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de esas dos últimas normas permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicios de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad.

10. Tal como se ha visto, y con independencia de toda concepción moral o valoración social –que pugnaría con el reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad, existe objetiva contradicción entre las disposiciones del Código Civil y del artículo 173, 3) del Código Penal, y entre las normas que configuran el propio Código Penal– los diversos tipos legales que integran el denominado Derecho Penal sexual nacional, todas ellas actualmente vigentes. En tal virtud, debe aplicarse la Ley más favorable al reo conforme a lo dispuesto por el artículo 139, inciso 11), de la Constitución.

Uno de los supuestos de la referida norma constitucional, tiene como elemento esencial la existencia de normas contradictorias entre sí, que obliga al juzgado a la aplicación de la ley más favorable. Esta cláusula constitucional se funda, como afirma Rubio Correa, Marcial, "... en que si la sociedad tiene dos consideraciones simultáneas sobre el mismo hecho y va a sancionar, es razonable que se elija la sanción menor o la consideración menor grave; así se tomará como criterio social el de mayor benignidad y se restringirá en menor grado los derechos del reo..." (Estudio de la Constitución Política de 1993, tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú– Fondo Editorial, Lima, novecientos noventa y nueve, página ciento doce).

Por tanto, en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173, Inciso 3), del Código Penal, debe ampliarse, el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N.º 7– 2007/CJ– 116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. Es menester,

en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años.

2. LA IMPUTABILIDAD RESTRINGIDA POR RAZÓN DE LA EDAD Y CONTROL DIFUSO

11. Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código Sustantivo con el principio – derecho fundamental de igualdad ante la Ley.

El artículo 22 del Código Penal modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, establece en su primer párrafo la regla general. Dice: “Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiuno años, o más de sesenta y cinco años al momento, de la realizar la infracción”. Empero, en su segundo párrafo, introduce diversas expresiones en función del delito cometido, no a la culpabilidad del autor y a la necesidad preventiva de pena, como pudiera parecer coherente con el fundamento material de la imputabilidad. Así, “está incluido el agente, que haya incurrido en delito de la violación de la libertad sexual, (...) y otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años a cadena perpetua”. Sobre el particular, es de mencionar que existe pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplica dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitucional. Esa decisión obliga a establecer si tiene, a su vez, carácter vinculante, y, por ende, si clausura la discusión judicial.

12. El Sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusividad competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues— por sus efectos invadiría a las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de ese Supremo Tribunal.

El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda a consulta a la Sala Constitucional

de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no solo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso.

Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente–, que impide un resultado jurídico legítimo.

3. FACTORES COMPLEMENTARIOS ESTABLECIDOS EN EL NFJ 11 DEL ACUERDO PLENARIO N.º 7 – 2007/CJ-116

CAP. IX

13. Como consecuencia de las consideraciones anteriormente expuestas, es necesario determinar la vigencia o no del undécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N.º 7-2007/CJ-116. Sobre el particular es de enfatizar que al haberse dejado establecida la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que cuentan con catorce años de edad o más, carece de trascendencia la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño— este último solo relevante en el delito de seducción. Es evidente, por lo demás, que existiera delito – de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor– cuando se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, para cuyo determinación: ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo, ha de acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto.

Asimismo, como ha quedado expuesto, las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad –entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada– han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condiciones social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios que establece el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes.

Por todo ello los mencionados factores complementarios de atenuación, que en el citado Acuerdo Plenario se destacaron, han perdido vigencia.

III. DECISIÓN

14. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanentes, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

ACORDARON:

15. Establecer como doctrina legal, el contenido de los fundamentos jurídicos seis a doce.
16. Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las Instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del estatuto orgánico.
17. Publicar el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*, Hágase Saber.

ss.

Gonzales Campos/ San Martín Castro/ Villa Stein/ Lecaros Cornejo/ Prado Saldarriaga / Rodríguez Tineo /Valdez Roca / Rojas Maraví/ Ponce de Mier / Molina Ordóñez / Santos Peña / Vinatea Medina / Príncipe Trujillo / Pariona Pastrana / Zecenarro Mateus / Calderón Castillo/ Urbina Ganvini / Dra. Pilar Salas Campos.

ACUERDO PLENARIO N.º 01-2012/CJ-116

Asunto: Reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, al artículo 170 del Código Penal

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.º 53-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales. Bajo la coordinación del señor Juez

Supremo Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal que incluyó la participación ciudadana a través de instituciones académicas en audiencia pública de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial en adelante LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas: La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de participación ciudadana y la selección de las ponencias que serán expuestas en la audiencia pública. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en los problemas hermenéuticos, así como la importancia y conflictuabilidad técnico jurídica, referido al reexamen de la tipificación del delito de violación de la libertad sexual de mayores de catorce y menores de dieciocho años, en los que no medio consentimiento del sujeto pasivo.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda en atención a los aportes realizados para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo sobre el tema en cuestión.

3. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señora María del Carmen García Cantizano, representante del Instituto de Ciencia Procesal Penal; la señorita Rossina Guerrero, representante del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos; la señorita Cynthia Silva, representante del estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer; y finalmente, el Doctor Rafael Elmer Cancho Alarcón, Fiscal Adjunto Provincial Titular del Distrito Judicial de Ayacucho.
4. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los tres temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Pariona Pastana, quien se encontraba de vacaciones), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116 de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes los señores RODRÍGUEZ TINEO y SALAS ARENAS.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO:

Teniendo en cuenta que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad tienen derecho a ejercer sus libertades sexuales (Acuerdo Plenario N.º 04-2008/CJ-116 de fundamento jurídico 12), habiendo surgido posiciones divergentes respecto a la ley penal aplicable para los casos de acometimiento sexual violento en agravio de personas dentro de la indicada escala etarea, corresponde adoptar una decisión que unifique la jurisprudencia, para asentar la seguridad jurídica, sin forzar los elementos esenciales de los tipos penales, procurando la mejor armonía dentro del sistema penal. De esa forma se evitará posturas jurisdiccionales diferentes expresadas hoy en Ejecutorias Supremas en sentido contrapuesto emitidas una en la Sala Penal Permanente y la otra en Sala Penal Transitoria.

7. HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA DE LOS DELITOS SUB MATERIA: Los delitos contra la libertad sexual han sido tipificados por el legislador en el Título IV Delitos Contra la Libertad, CAPÍTULO IX Delitos Contra la Libertad Sexual, del Código Penal de 1991. En dicho CAPÍTULO se regulan conductas que atentan tanto contra la libertad sexual como contra la indemnidad sexual. La protección normativa del segmento etáreo 14 -18 en el Perú, ha tenido un tratamiento errático, que finalmente ha derivado en un “sinsentido”, como más adelante se analiza.

Con la promulgación del Código Penal de 1991, no existía duda alguna al diferenciar las conductas de violación de la libertad sexual (artículo 170 CP) de la de violación presunta (artículo 173 CP), reproduciéndose en esencia los postulados que el Código Penal de 1924 reconocía. Es de anotar que el artículo 173, en los tres incisos de su estructura cubría la indicada protección en tres tramos: de 0 a 7 años; de más de 7 a 10 años y de más de 10 a 14 años; por tanto, claramente las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años no se encontraban dentro del ámbito de protección de la ley penal, en tanto que los abusos sexuales en su contra se encontraban contemplados en el artículo 170, y en su caso los artículos 171, 172, 174, 175, 176, 177, 179 del CP.

La Ley N.º 28704, publicada el 05 de abril de 2006, modificó el artículo 173 inciso 3 del CP e introdujo un cambio radical a la regulación que existía respecto a la libertad sexual de los adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad, dado que no solo se penalizó dicho acto sexual sea este consentido o no y equiparó el inicio de la responsabilidad penal con el inicio del libre ejercicio de la sexualidad, sino también, desde dicha

data surgieron serias controversias en cuanto enfrentan directamente con dispositivos de la propia constitución Política del Estado, referidos al libre desarrollo de la personalidad, libertad y legalidad.

De otro lado, en el artículo 179-A del CP (texto según la Ley N.º 28251/2004) referido a las relaciones sexuales en casos de prostitución, con personas de 14 a 18 años se ha mantenido el castigo al usuario (agente delictivo) con pena de 4 a 6 años de privación de libertad, no obstante que hipotéticamente le correspondería la pena prevista en el inciso 3 del artículo 173 (que pretende sancionar cualquier relación sexual por cualquier motivo, desde la Ley 28704/2006); surge por tanto un “sinsentido” notable originado en sede legislativa, que no favorece la finalidad afianzadora del derecho que se reconoce y exige deben tener los tipos penales hacia la colectividad, y crea espacios de aplicación desigual de las leyes penales.

Igualmente, al sancionar la seducción y los actos contra el pudor de menores, en los artículos 175 y 176 del CP, implícitamente sostienen que el objeto de protección de un mayor de 14 y menor de 18 años de edad es su libertad sexual y no su indemnidad sexual.

De ahí que resulta necesario efectuar un análisis separado del tratamiento presente en los artículos 170 y 173 del CP.

A su vez, de ello se colige que el legislador penal de 2006, erradicó el cuarto inciso del artículo 170 y su contenido fue trasladado modificando el inciso 3 del artículo 173 del CP, extendiendo el marco protector con una intensidad máxima, quedando prohibido absolutamente todo tipo de relación sexual con menores de cualquier edad. Así diversos pronunciamientos de control constitucional difuso acogidos por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, respecto de las relaciones sexuales consentidas con personas mayores de 14 y menores de 18 años (auto declarativo de excepción de naturaleza de acción en el caso Paraguay Quispe-Consulta N.º 2224/2007-; sentencia Jhuallanca Arapa-Consulta N.º 637/2008), así como dos Acuerdos Plenarios Supremos sucesivos, han dejado en claro que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad gozan del derecho a la libertad para disponer de su sexualidad (y por tanto consentir o no relaciones de intimidad).

Independientemente de si la solución más óptima a ese problema es la inaplicación de la indicada norma por control difuso de constitucionalidad caso por caso, o la declaración abstracta y genérica de consentimiento como causa de justificación para todas las conductas de esta naturaleza, lo cierto es que no cabe perseguir ni castigar a nadie que se encuentre involucrado en un supuesto de esa clase.

La última versión del inciso 3 del artículo 173 CP distorsiona el resto de las previsiones respecto a los delitos sexuales y genera paradojas judiciales en perjuicio de los justiciables y en contra del principio de

igualdad ante la ley.

La construcción normativa de cada uno de los dispositivos indicados preceptúa lo siguiente:

Artículo 170 Violación sexual	Artículo 173 CP Violación sexual de menor de edad
El que con violencia o amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años. La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda: 1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos. 2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de este, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar. 3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública. 4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave. 5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.	El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1. Si la víctima tiene menos de 10 años de edad, la pena será de cadena perpetua. 2. Si la víctima tiene entre 10 años de edad, y menos de 14, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco. 3. Si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 18, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3 será de cadena perpetua.

CAP. IX

8. HISTORIOGRAFÍA DEL TRATAMIENTO JURISDICCIONAL DE LA MATERIA: La Corte Suprema de Justicia de la República, en Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, emitió como doctrina legal jurisprudencial vinculante los Acuerdos Plenarios N.º 07-2007/CJ y Acuerdo Plenario N.º 04-2008/ CJ-116, respecto a la interpretación del artículo 173.3 del CP. El primero de ellos establecía que cuando las relaciones sexuales con menores entre 16 y menos de 18 años fuesen voluntarias es aplicable el artículo 20.10 del C.P., esto es, la exención de la pena operando la institución del consentimiento, dado que los adolescentes tienen libre disposición sobre su libertad sexual, tal aseveración se realiza siguiendo las pautas del Código Civil referidas a la capacidad relativa de los menores de 18 años de edad para contraer matrimonio; sin embargo, refiere este mismo acuerdo que las relaciones sexuales con menores entre 14 y menos de 16 años de edad constituye delito, limitándose a establecer que por el principio de proporcionalidad o prodición en exceso, prevista en el artículo VIII del Título Preliminar del CP, la pena debería atenuarse hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 1753 y 179-A del Código ya mencionado, siempre que concurren los siguientes factores: a. Diferencia entre

sujeto activo y pasivo no excesiva, b. Existencia entre sujetos activo y pasivo de un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente, y c. Presencia de costumbre y percepción cultural de los sujetos que postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia temprana.

Con este segundo acuerdo se amplió el alcance de la exención de pena por la institución del consentimiento para las relaciones con adolescentes que tienen de 14 años a más, pues según se refiere a partir de los artículos 175 y 176 del CP se puede concluir que los adolescentes mayores de 14 años en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad, ampliando el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N.º 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de 14 a 18 años de edad.

9. **CARÁCTER DE LOS TIPOS PENALES:** El tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido o de la materia de la norma). El tipo, es un instrumento legal que pertenece al texto de la ley. Es necesaria al poder penal, porque sin el tipo no se puede delimitar el campo de lo prohibido en el que interviene el Derecho Penal. Para la moderna teoría de la imputación, el tipo debe de acoger, en principio todos los elementos que fundamentan el contenido material del injusto de un determinado delito. Se debe describir de manera exhaustiva la materia de prohibición [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: Derecho. Penal -Parte General. Editora Grijley, Lima, 2009, paginas 94/ss.]. Así, la Ley Penal tiene que ser cierta y estricta no pudiendo ser interpretada aplicándola a situaciones o casos parecidos. Se garantiza al ciudadano su seguridad jurídica que deberá fundamentarse en la interpretación literal de la norma penal. El legislador debe redactar tipos cerrados o determinados, pues los indeterminados o abiertos procuran incertidumbre que no puede ser atendida con alcances analógicos [JAVIER VILLA STEIN: Derecho Penal Parte General, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, página 92].
 - a. La tipificación de conductas punibles se debe establecer mediante la ley expresa libre de ambigüedad, materializando el principio de legalidad cuyo fundamento constitucional se ubica en el artículo 2 numeral 24 inciso d de la Constitución Política del Perú, que expresa que *nadie podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley*, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley; principio también reconocido en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así también, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. En virtud de dicho principio-norma, la doctrina ha declarado

que la ley penal es la única fuente formal directa para establecer conductas que merecen ser sancionadas. Por ende, el principio de legalidad tiene una de sus más importantes aplicaciones en la teoría de la tipicidad [EUGENIO ZAFFARONI: *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, página 374].

La racionalidad de las leyes penales, supone someter el proceso de criminalización primaria a una serie de etapas o estadios prelegislativos; importa la adecuación de la decisión normativa a los principios legitimadores del Derecho Penal bajo la concepción política ideológica del Estado Social y Democrático de Derecho. Las normas penales no pueden ser concebidas como una mera manifestación normativa de una actividad legislativa del Estado, pues estas importan la mayor injerencia estatal sobre los bienes jurídicos más preciados de los individuos; de tal manera que la normativa penal debe adentrarse al campo de los valores y de los fines propuestos esto es, desde una racionalidad axiológica y teleológica a la vez. El Derecho Penal no es la mera puesta en escena de una postura del Estado frente al delito, sino la forma racional de resolver los conflictos sociales más graves de nuestra sociedad. De ahí que la política criminal deba someterse a los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y de última ratio, como fundamentos ordenadores de la violencia punitiva en una sociedad libre y democrática [GACETA JURÍDICA: Diálogo con la Jurisprudencia N.º 108, Análisis de la Sentencia de control constitucional difuso -caso Tome Guillén- emitida por la Segunda Sala Penal Superior de Arequipa, Lima, 2007).

10. CONNOTACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS PENALMENTE PROTEGIDOS: El bien jurídico queda establecido dentro de la norma jurídica, de manera que a cada norma le corresponde un bien jurídico. Este es creado por el derecho que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección; así, bien jurídico será todo lo que, aun no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente. Por lo que es interés de la comunidad conservarlo íntegro protegiéndolo mediante normas jurídicas. El objetivo del legislador no es la defensa de intereses jurídicos individuales sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad [JOSÉ HURTADO y VÍCTOR PRADO: *Derecho Penal Parte General*, 4.ª Edición, Editorial IDEMSA, 2011, página 14]. Todo bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución a través de los cuales se les marcan sus límites de potestad punitiva al Estado, calificando a los bienes jurídicos como aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema [CLAUS ROXIN:

Derecho Penal – Parte General, la Estructura de la Teoría del Delito, Tomo I, Traducción de la 2.^a edición alemana por Diego Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; Editorial Civitas, Reimpresión, 2000, página 56]. El Derecho Penal no puede intervenir en todos los conflictos sociales, sino que se limita a la protección de los valores fundamentales del orden social, estos valores son los denominados bienes jurídicos interés jurídicamente tutelado—. Un Derecho Penal democrático solo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica [LUIS BRAMONT ARIAS TORRES: Manual de Derecho Penal – Parte General, Tercera Edición, Editorial EDDILI, Lima, 2005, página 92]. Por ende, no existen bienes jurídicos que fluctúan libremente sin estar asignados a un titular, sino solo aquellos de cuya titularidad goza un individuo o un colectivo [OLMEDO CARDENETE: Introducción al Derecho Penal, Ara Editores, 2007, página 53]. De ahí que el artículo IV del Título Preliminar del CP ha establecido que la imposición de pena necesariamente requiere la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; entiéndase bienes jurídicos relativos al tipo penal correspondiente (expresión del carácter estricto del tipo penal), para no extender los alcances del Derecho Penal fuera de los límites de lo racional.

CAP. IX

Si bien la fuente principal del Derecho Penal es la ley, su aplicación es insuficiente a partir de una mera interpretación literal de la misma, ya que en la actualidad la interpretación teleológica es el más importante criterio de interpretación, lo cual evidentemente se efectúa con el apoyo de la jurisprudencia, la costumbre, principios generales del derecho, la doctrina, entre otras fuentes. Lo anterior va de la mano con la concepción de bien jurídico, pues esta constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos, siendo el núcleo central y directriz en la formación del tipo, constituyendo así mismo el motivo y el límite del Derecho Penal [BERND SCHUNEMANN: El Derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos, Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado liberal de Derecho, Traducción de Angela de la Torre Benítez, Serie: Cuadernos de conferencias y artículos N.º 38, Bogotá, página 21).

El bien jurídico tutelado en los tipos penales constituye su esencia; no es de libre generación o determinación, menos aún judicial, y desde que no existe en el Estado Democrático de Derecho un solo tipo penal que no afecte o ponga en riesgo algún bien jurídico de relevancia tal que merezca protección bajo amenaza de sanción como delito, se ha de concluir que forma parte del carácter estricto relativo a la tipología penal.

La judicatura Penal Suprema ha establecido recientemente en el Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CJ-116 de seis de diciembre del dos mil once en el fundamento 16 que, en los atentados contra personas que no pueden

consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada “intangibilidad” o “*indemnidad sexual*”. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque existe tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad. Asimismo, en el Fundamento 15 se ha fijado que el bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien tutelado en los atentados con personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual. En el fundamento 18 se estableció que atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la *libre autodeterminación en el ámbito sexual*, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido, el criterio de la doctrina que sobre el particular sostiene [RAMIRO SALINAS SICA: Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano, 2.^a Edición, Jurista Editores, Lima, 2008, páginas 41 y ss.).

11. CONNOTACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL: La libertad sexual tiene como objeto de tutela penal, a las facultades o capacidades de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad, esta se configura como una concreción de la “libertad personal”, automatizada a partir de la esfera social en la que se desenvuelven los propios comportamiento sexuales [TOMÁS GÁLVEZ VILLEGAS y WALTER DELGADO TOVAR: Derecho penal – Parte Especial, Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/385/451]. Es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales, por lo tanto, en el uso de dicha libertad, toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria [IVÁN NOGUERA RAMOS: Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual. Editora Jurídica Griley, Lima, 2011, páginas 39/42]. Es claro que el consentimiento expresado por el titular del bien jurídico opera como causa de justificación en materia de sexualidad y exime de responsabilidad penal para quien sostiene relaciones sexuales con ellos, en pro de un sistema coherente, y opera desde los 14 años.

12. CONNOTACIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL:

La protección de la indemnidad sexual, está relacionado con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente. Para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen a priori de plena

capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal – Parte Especial*, Volumen II, Cuarta Edición, Editorial Grijley, Lima, 2010, páginas 645/650]. Los menores no tienen la capacidad física ni psíquica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad sexual, y por ello no están en condiciones de ejercer una autodeterminación capaz de comprometer válidamente su comportamiento sexual, en tal sentido, las normas y la doctrina nacional y comparada, consideran que la “indemnidad sexual” es el objeto fundamental tutela penal respecto a los referidos menores de edad. En cuanto a los accesos carnales no consentido en agravio; e menores entre 14 y 18 años, sostiene que es urgente y necesario que se regule una modalidad agravada del artículo 170 del CP. como la prevista con la dación de la Ley N.º 28251 -que modificó el artículo 170 que contiene este supuesto, atendiendo además a la mayor entidad del injusto, pues el grado de afectación es mayor [TOMÁS GÁLVEZ y WALTER DELGADO: *Derecho penal – Parte Especial*. Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/385/451].

CAP. IX

13. CARÁCTER DEL FENÓMENO DE SUBSUNCIÓN:

Producidos los hechos de connotación criminal, el conjunto factico debe ser conculcado (casado) en los marcos del “molde normativo” preestablecido por la ley, por el legislador competente autorizado constitucionalmente para fijar los lineamientos de la política criminal. Es claro que los jueces no dictan leyes, pero si han de interpretar y aplicar las que dicta el Parlamento, en cuanto sean acordes con la Constitución y los principios fundamentales de los Derechos Humanos, de los que deriva toda la arquitectura jurídico penal de los sistemas democráticos. De ahí que la operación lógica de subsumir los hechos en las normas penales ha de respetar la amatividad para no extender los tipos penales por interpretación, ni destipificar conductas penales que la representación del pueblo en el parlamento ha considerado deben ser objeto de tutela penal, con una expectativa preventiva y de sanción, cuando corresponda. Ciertamente la identificación de los hechos ha de ser precisa (cuando menos suficiente para iniciar el proceso. Pero cabal al momento de definirlo), pero indudablemente ello implica que el marco normativo ha de ser exacto. Esto es debe estar libre de antinomias y sinsentidos y ser claro (inteligible) tanto para el jurista como para el ciudadano ajeno al conocimiento jurídico. De ahí que la labor legislativa consiste en más que dictar leyes aprobándolas tras los dictámenes y debates, con la mayoría correspondiente; las leyes deben ser coherentes con el sistema, cabales, libres de ambigüedades, para motivar a la conectividad y para permitir una aplicación diáfana.

La labor judicial consiste en aplicar racionalmente las leyes, discernir en caso de conflicto de leyes e inaplicar las que colisionan la Constitución.

14. PRECESIONES DOGMÁTICAS: El artículo IV del Título Preliminar del CP ha recogido la prudente orientación de la doctrina, que ha guiado al Legislador hacia la construcción de los tipos delictivos a partir de la protección última ratio de cuando menos un bien jurídico *trascendente que resulta materialmente dañado o puesto en peligro, con la acción u omisión dolosa o culposa* que el sujeto activo despliega. Dado que el orden sustantivo penal se ha edificado a partir de los bienes jurídicos, no hay ni puede haber ningún tipo penal al margen de por lo menos uno (o más de uno, en los delitos pluriofensivos). No cabe por tanto considerar hipotéticas conductas criminales que tengan como sustento (como alma esencial) un bien jurídico concreto (el contenido del tipo ir informa a la sociedad sobre la protección que el Estado otorga a la colectividad; sobre la prohibición que se ha seleccionado bajo sanción).

Expresado ello con la tipificación de los delitos contra la libertad sexual, se protege la indemnidad sexual, y la libertad sexual, esta última expresada en dos ámbitos:

Positivo. Capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo para efectos sociales o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos. Negativo. Derecho de impedir intromisiones a dicha esfera, cuando no media su consentimiento.

La construcción de las conductas criminales previstas en los artículos 170 y 173 CP, han sido objeto de modificaciones; en el concreto caso del artículo 173, se ha producido un conjunto de transformaciones (avances y retrocesos legislativos) que han derivado en la versión final en la que se extrajo la descripción fáctica contenida en el inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 (según Ley 28251/2004) y que fue trasladada automáticamente al inciso 3 del artículo 173, modificando los cuantificadores de la escala precedente, sin tomar en cuenta que se trata de dos tipos penales autónomos.

Mientras el artículo 170 CP describe una conducta de acometimiento sexual abusivo (mediando vis absoluta o vis compulsiva) siendo el bien jurídico tutelado esencialmente la libertad sexual ajena por tanto a toda posibilidad de advenimiento o consentimiento de la víctima; el artículo 173 describe un elenco de conductas de relación sexual con menores de edad, sin considerar –por innecesario– ningún tipo de violencia (ciertamente algunos menores de edad no tienen capacidad de ejercicio, y por tanto no podrían consentir válidamente las relaciones sexuales de las cuales son objeto; así, todos los menores de 14 años).

Por lo que la agresión sexual tiene el rasgo esencial de llevarse a cabo con violencia o intimidación, para doblegar la voluntad de la víctima [ALFONSO SERRANO GÓMEZ y ALFONSO SERRANO MAILLO: Derecho Penal Parte Especial, Décima Edición, Dykinson, Madrid, 2005, página 215].

La transportación mecánica del supuesto del inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 al inciso 3 del artículo 173 CP, ha disfuncionado el afán político-criminal de proteger de modo más intenso a los integrantes de este grupo. En consecuencia, si el artículo 173.3 CP no se aplica para las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años, ¿queda algún contenido en dicha disposición?

Quienes responden afirmativamente – sostienen que este subtipo penal abarcaba tanto las relaciones sexuales consentidas como las abusivas, por lo que eliminadas las posibilidades de relaciones consentidas, queda vigente la norma para las relaciones abusivas [así, entre otros GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, Ponencia al I Pleno Extraordinario Penal 2012].

Quienes responden en sentido negativo, sostienen que al no haber posibilidad de relaciones sexuales consentidas en el artículo 173, para ninguna de sus tres escalas, porque los menores de 0 a 10 años no pueden expresar consentimiento, y lo propio tratándose de menores de 10 a 14, de modo que esa misma regla tiene que regir para la escala de 14 a 18 años, de modo que por ilogicidad del contenido del inciso 3 con el resto del Ordenamiento Jurídico nacional, no cabe considerar que hubiera delito en las relaciones sexuales consentidas.

Al no haberse previsto en dicho subtipo la presencia de violencia para las relaciones sexuales, no cabe extender los alcances de la norma por interpretación contra reo, por lo que el inciso 3 del artículo 173 CP ha quedado efectivamente vacío de contenido.

En ese sentido, la lesión de la libertad sexual requiere necesariamente la presencia de conductas mediales que anulen su manifestación: fraude (engaño), violencia, amenaza, generar estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir; mientras que, para la lesión de la indemnidad sexual es irrelevante la presencia de alguna de estas conductas mediales. La protección pretendida por el legislador con la tipificación y modificación del artículo 173.3 del CP persigue proteger a los menores de ataques sexuales, habiendo el legislador anulado la manifestación de la libertad sexual [RAFAEL CANCHO ALARCÓN: En Ponencia al I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal, marzo 2012].

La aplicación del artículo 173.3 CP para condenar los abusos sexuales genera paradojas diversas.

15. **COLISIÓN APARENTE DE NORMAS:** El conflicto de normas del mismo rango surge cuando las dos son válidas y dicha antinomia se resuelve bajo las reglas de temporalidad y especialidad. El concepto de validez implica no solo que las normas estén escritas en la ley especial o en un cuerpo codificado, sino que sean materialmente aplicables sin objeciones dogmáticas trascendentes.

La aparente colisión normativa coloca de un lado el inciso tercero del artículo 173 CP y 170 CP; y del otro, directamente los artículos 175, 179-A y 170 CP y del otro directamente el inciso 3 de artículo 176-A del CP.

Es de resaltar que en el acervo legislativo nacional hay normas que no se han derogado pero que no son válidas; así entre otros casos, el artículo 245 C de PP (silencio del acusado en el juicio oral, objeto de desuetudo); el artículo 2 de la Ley N.º 25640 (delito de contumacia, objeto de desuetudo); el artículo 95 y 100 del C de PP (señalamiento de bienes libres para el embargo, norma declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa 1999-2168 de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa); el artículo 10 del D. Leg. 813 (tasada en delito tributario, declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa N.º 2004-2741).

Como se ha indicado, todo el artículo 173 CP tiene como sustento esencial la indemnidad sexual de los menores, como ánimo esencial de todos los componentes del tipo (bien jurídico penal específicamente protegido, diferente al de la libertad sexual). La inclusión de la escala del tramo 14-18 años tuvo como finalidad la de eliminar la posibilidad del consentimiento en cuestiones de índole sexual en las personas de aquellas edades; por tanto, en ninguno de los supuestos del artículo 173 CP se halla previsto el comportamiento violento de ninguna clase.

De ello se deriva que, como consecuencia del Acuerdo Plenario N.º 04-2008/CJ-116, la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 CP resulta describiendo una conducta extraña al bien jurídico particularmente tutelado por el referido dispositivo, impertinente a su núcleo esencial o fundamental.

No obstante, es indudable que la conducta de acometimiento sexual abusivo o violento en agravio de personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, es delictiva; no ha quedado destipificada, sino que se ubica dentro del marco de las previsiones del primer o segundo párrafo del artículo 170 CP según el caso, o del artículo 171 o 172 CP según la presencia de circunstancias que le den gravedad o en su caso del artículo 176 o del 179-A CP.

Tema aparte es el de la intensidad proporcional de la pena esa materia no se aborda en este momento.

El legislador disfuncionó la protección que intentaba generar desarreglando además la coherencia interna en el sistema de persecución de los delitos sexuales relativos a los menores de edad.

Cabe resaltar que la disfunción generada es de tal naturaleza que afecta el CAPÍTULO IX y se proyecta al CAPÍTULO X del propio Título, en cuanto al artículo 179-A : gravemente en la tarea judicial de imposición concreta y proporcional de las penas.

Así, para la nueva conducta de relación sexual que según el inciso 3 del artículo 173 del CP no requiere motivo alguno, y corresponde en abstracto sanción de 25 a 30 años de pena privativa de la libertad, si el

agente emplea engaño (artículo 175 CP según la Ejecutoria Suprema Recurso de Nulidad N.º 1028-2004-ICA de 24 de enero 2005 bajo la ponencia del Juez Supremo Prado Saldarriaga y con la intervención, entre otros, de J. Villa Stein) la escala de sanción será de 3 a 5 años en tanto que, si la víctima – en uso de su negada libertad sexual se dedica a la prostitución: artículo 179-A), la condena será de 4 a 6 años.

Se consagra con ello un tratamiento notoriamente desigual, frente a supuestos similares, todo lo cual permite cuestionar desde el plano de la coherencia intra sistemática la validez de la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 del CP.

No existe por tanto un auténtico conflicto de leyes, dado que para tal situación tendría que haber dos o más todas válidas, todas del mismo rango y total o parcialmente contrapuestas entre sí.

Lo que existe es una norma que ha quedado vacía de contenido sustancial (inciso 3 del artículo 173 CP), y una norma base en cuyo tipo y bien jurídico encaja con comodidad el supuesto de hecho indicado en el artículo 170 CP, disposición que el legislador podría, en ejercicio racional de sus potestades constitucionales, perfeccionar; existiendo además otras normas que operan armónicamente (esto es, los artículos 171 y 172 CP), en tanto que también existen otras varias normas penales que siendo válidas y no estando derogadas, han sido puestas total o parcialmente en entredicho por el contenido de la primeramente indicada (nos referimos a los artículos 175, 176-A.3 y 179-A CP). [Ver Anexo 2].

CAP. IX

16. SOLUCIONES LEGISLATIVAS AL PROBLEMA:

Desde la perspectiva normativa, para dar connotación conglobante y asignarle validez al texto actual del inciso 3 del artículo 173 CP, el legislador tendría que incluir en la descripción típica, la presencia de violencia (física o psicológica-amenaza-), como circunstancia de agravación en los incisos 2 y 3, o cuando menos en el 3 del artículo 173.

Pero mucho más eficaz y conveniente resulta que el legislador (atendiendo, entre otros pedidos de la sociedad civil, los planteamientos de DEMUS sobre el particular) reponga el sentido del inciso 4 del segundo párrafo (anterior versión) del artículo 170 CP, castigando como violación agravada de la libertad sexual, la conducta violenta contra personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, agregando (en realidad restableciendo) dicho supuesto de hecho en el texto actual del indicado artículo, como el inciso 6 del segundo párrafo o creando un tercer párrafo con el contenido precitado, incluyendo nueva y razonable escala punitiva, coherente con las sanciones que se han establecido para los otros delitos sexuales del mismo capítulo del Código Penal.

17. SOLUCIÓN JUDICIAL A LA CONTROVERSIA: No se ha de forzar el alcance del bien jurídico correspondiente a la conducta de abuso sexual en agravio de personas cuya disponibilidad de su libertad sexual se ha reconocido, por lo que en tanto no rectifique el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, de todo lo precedentemente analizado

se concluye que la ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años, es el artículo 170 del Código Penal (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio), y según los hechos concretos, corresponde en su caso, la aplicación de los artículos 172, 173-A, 175 y 179-A del CP o 176-A.3 CP, como fuera atinente.

Con la indicada solución, el capítulo IX (Violación de la Libertad Sexual) y el capítulo X (Proxenetismo) del Título IV (Delitos contra la Libertad) del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, recuperan la coherencia que el legislador había distorsionado y los justiciables sometidos a los alcances de los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176 y 179-A CP, readquieren la vigencia plena del principio de igualdad ante la ley.

III. DECISIÓN

CAP. IX

18. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON:

19. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos de los fundamentos jurídicos noveno al décimo séptimo.
20. PRECISAR que los fundamentos jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.
21. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

SS. San Martín Castro/Villa Stein/Rodríguez Tineo/Salas Arenas Neyra Flores/Morales Parraguez

VOTO EN MINORÍA DE LOS SEÑORES LECAROS CORNEJO, PRADO SALDARRIAGA, BARRIOS ALVARADO, PRÍNCIPE TRUJILLO Y VILLA BONILLA

Los señores Jueces Supremos que suscriben este voto en minoría discrepan del sentido hermenéutico aprobado por mayoría simple, y que asume la aplicación del artículo 170 del Código Penal en casos de acceso carnal no consentido con menores de catorce a menos de dieciocho años de edad. Interviene como Ponente el PRADO SALDARRIAGA.

La discrepancia se expresa en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Sobre las diferencias y autonomía funcional de las modalidades de delitos de violación tipificadas en el Código Penal

1. Tradicionalmente en la legislación penal nacional se han tipificado *tres modalidades de violación* entre los delitos contra la libertad sexual: la violación (*strictu sensu*) o acceso carnal con empleo de medios violentos (violencia física o amenaza); las violaciones presuntas o supuestos donde el acceso carnal se califica como no consentido por el sujeto pasivo y por ende punible, mediante una presunción *iuris et de iure*; y la violación por prevalimiento o acceso carnal mediante abuso de la posición de dominio y subordinación que ejerce el agente sobre la víctima. Tanto el Código Penal de 1924 (Cfr. artículos 196 a 199 y 202) como el de 1991 (Cfr. artículos 170 a 173 y 174) optaron por incluir de modo autónomo tales hipótesis de agresión contra la libertad sexual. No son, pues, tipos penales derivados unos de otros ni elementos típicos accidentales agregados a un tipo básico identificable genéricamente, pese a girar en torno a una conducta típica común de acceso carnal.
2. Una de las modalidades de violación presunta ha sido siempre en nuestro sistema jurídico penal la denominada **violación de menores de edad**, donde la presunción *iure et de iure* se basaba estrictamente en la edad del sujeto pasivo. Siendo, además, frecuente que el legislador considere como un criterio de agravación sucesiva que la edad de la víctima sea menos de siete años, menos de diez o menos de catorce años. Esta técnica legislativa y estructura típica se ha mantenido desde mediados de los años setenta del siglo pasado (Cfr. Manuel Espinoza Vásquez. Los Delitos Sexuales en el Código Penal Peruano. Trujillo. 1974. p. 66 y ss.), hasta la primera mitad de la presente década. Sin embargo, con la publicación de la Ley N.º 28704, el 5 de abril de 2006, se introdujeron dos modificaciones relevantes. Por un lado se elevó hasta menos de 18 años de edad el límite de la operatividad legal del artículo 173 (se amplió la tutela penal absoluta de los menores hasta esa edad). Y por otro lado, se incluyó al interior del citado dispositivo una nueva escala punitiva *para los casos de víctimas entre catorce y hasta menos de dieciocho años de edad*, consignándose para estos supuestos una penalidad conminada *no menor de veinticinco ni mayor de treinta años de pena privativa de libertad*.
3. La repentina y distorsionante modificación, así como lo evidentemente desproporcionado de la consecuencia punitiva que ella generaba, motivó dos Acuerdos Plenarios de las Salas Penales de la Corte Suprema destinados a controlar hermenéuticamente sus riesgos de exceso, especialmente en aquellos casos donde el acceso carnal contó con el consentimiento de la víctima y cuando el autor mantenía una relación sentimental con aquella, así como cuando las diferencias entre los sujetos activo y pasivo, no eran extremas haciendo comprensible dicho

vínculo afectivo (enamorados o convivientes). Es por ello que en un primer Acuerdo Plenario se exhortó a los jueces a no imponer en tales casos penas mayores a seis años de pena privativa de libertad, pues en otros delitos de mayor antijuricidad, pero de iguales características, como los previstos en los artículos 175 y 179-A. Esa era la penalidad máxima prevista para sus autores (Cfr. Acuerdo Plenario N.º 7-2007/CJ-116, fundamentos jurídicos 7 al 12). Luego en un segundo Acuerdo Plenario se procuró legitimar tales actos en base al consentimiento concurrente de la víctima, al que se estimaba válido en base a la capacidad relativa de ejercicio que la legislación civil concede excepcionalmente a menores de edad, reconociéndole al mismo el efecto justificante que establece el inciso 10 del artículo 20 del Código Penal (Cfr. Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116, fundamentos jurídicos 6 al 9). Cabe destacar que *en ninguno de estos dos Acuerdos Plenarios se desconoció la validez legal, normativa y punitiva del inciso 3 del artículo 173 o se planteó su inaplicación a cualquier otro caso donde el acceso carnal tuviera como agraviado a un menor de 14 y hasta menos de 18 años de edad*. Por ende, la observación que formuló al respecto la ponencia de la Jurista GARCÍA CANTIZANO sobre una extralimitación en lo acordado por el segundo de los Acuerdos Plenarios citados, y que afectaría al principio de la legalidad y a las competencias exclusivas del legislador (“El que vía interpretación jurisdiccional de una norma absolutamente clara se pretenda dar solución a un problema de coherencia interna del Código penal, generado por el legislador, nos hace cuestionar seriamente la legitimidad de la solución aportada en el referido Acuerdo Plenario”), no es correcta pero demanda, sí, mejorar la redacción de dicho fundamento para evitar percepciones erradas sobre su alcance y utilidad. En tal sentido, debió aprovecharse este Pleno Extraordinario para hacer la aclaración pertinente. *Menos aún, se ha insinuado, siquiera, en los precedentes Acuerdos Plenarios –como parece entender la propuesta aprobada en mayoría simple– una posible asimilación residual del artículo 173 inciso 3, al supuesto típico de otras formas de violación como las reguladas por los artículos 170, 171, 172 y 174, donde el sujeto pasivo siempre debe ser una persona de dieciocho o más años de edad, como ha sido unánimemente destacado por la doctrina nacional más caracterizada* (Cfr. Ramiro Salinas Siccha. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II. 4.ª Edición. GRIJLEY. Lima 2010. p. 733 y ss.).

§ 2. Los desarrollos hermenéuticos posteriores a los Acuerdos Plenarios de 2007 y 2008

4. En la *praxis* judicial posterior a los Acuerdos Plenarios citados, se fue manifestando una opción hermenéutica que optaba por calificar a los actos de acceso carnal sin consentimiento de la víctima, cuando esta contaba entre catorce y menos de dieciocho años de edad, como asimilables a las hipótesis típicas de violación por medio de violencia o amenaza; violación presunta por mediar estados de inconsciencia; o

violación por incapacidad de resistencia de la víctima o prevalimiento del autor, previstas en los artículos 170, 171, 172 y 174, respectivamente (en ese sentido la Ejecutoria Suprema del 8 de setiembre de 2011, recaída en el Recurso de Nulidad N.º 3206-2010. Procedente de Ayacucho, Noveno Considerando. Ponente Sr. Rodríguez Tineo “habiendo quedado acreditado que el procesado con violencia mantuvo acceso carnal con la menor agraviada, este Supremo Tribunal estima que los hechos materia de imputación se adecuan al delito de violación tipo base tipificado en el artículo ciento setenta, numeral dos del Código Penal...”). Esta posición interpretativa se ha apartado, pues, de los alcances y validez normativa del artículo 173, inciso 3, al que no le reconoce capacidad típica para subsumir tales actos. El argumento sostenido para asumir tal postura jurisdiccional parece ser una posible derivación o transformación particular del bien jurídico tutelado en las agresiones sexuales que sufren menores entre catorce y menos de dieciocho años de edad, y que ya no respondería a la noción de indemnidad sexual. Se trata, pues, de un planteamiento político criminal más que una alegación crítica o superadora de la propia estructura normativa y funcional del artículo 173. Al respecto se infiere lo siguiente: *el menor de catorce y hasta menos de dieciocho años de edad tiene igual libertad sexual que un adulto y por ende las agresiones sexuales que padece deben ser equivalentes a los supuestos que la ley tradicionalmente ha considerado como modalidades punibles de violación de personas de dieciocho o más años de edad* (en ese sentido el Voto Mayoritario del 29 de setiembre de 2011, en la Discordia suscitada en el Recurso de Nulidad N.º 3982-2010. Sala Penal Permanente. Procedente de Junín, suscrito por los Señores Jueces Supremos Pariona Pastrana, Zecenarro Mateus y Santa María Morillo: Que en el presente caso, la agraviada es una menor de catorce años y nueve meses por lo que tiene capacidad jurídica para disponer de su sexualidad “libertad sexual, de manera que el bien jurídico afectado es su libertad y no su indemnidad sexual y en todo momento ha negado haber consentido las relaciones sexuales; que, además, existió una relación de convivencia entre la madre de la agraviada y el encausado..., situación que le permitió tener particular autoridad y prevalerse de su condición de padrastro para ejercer “intimidación” como medio para lograr someterla sexualmente..., de manera que la conducta punible configura el delito de violación previsto en el numeral dos del segundo párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal...”).

CAP. IX

§ 3. Admitir la aplicación del Artículo 170 del Código Penal constituye una reducción teleológica no compatible con el principio de legalidad

5. Los que suscriben consideramos, respetuosamente, que el razonamiento jurisdiccional que sustenta el planteamiento aprobado por mayoría simple, constituye una **reducción teleológica** que contradice el principio de legalidad (Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 4.ª Edición. IDEMSA. Lima

2011. p. 224: “Se trata de un procedimiento que, en razón de criterios fundamentalmente de valor, restringe el ámbito de aplicación de la norma jurídica en relación con casos que están comprendidos, sin mayor duda, en su núcleo connotativo’); y que, además, no es compatible con la configuración sistematice de los tipos penales concernientes a delitos contra la Libertad Sexual en el Código Penal vigente. Sobre todo cuando considera al artículo 170 como un “tipo base “y al artículo 173 como un “tipo derivado” de aquel, lo cual es incorrecto ya que se trata de tipos penales autónomos con roles funcionales y estructuras típicas claramente diferenciables. Pero, además, porque él descarta sin justificación genérica ni específica la concurrencia de un componente especial e **histórico** que gobierna toda la estructura y sentido del **artículo 173** y que es la edad del sujeto pasivo y que le da a este la **condición** de menor, dato óntico que no es superable ni puede ser anulado por ninguna interpretación de *lege lata* o *lege ferenda*, sea que esta incida en el modo de ejecución del delito, en el medio empleado para la practica sexual ilícita, o en las condiciones o aptitudes psicofísicas del sujeto pasivo de dicha práctica. El artículo 173 en la actualidad siempre será el que reprima en exclusiva la **violación** de menores de dieciocho años de edad. De otro lado, cuestionamientos de política criminal o basados en propuestas legislativas frustradas (Cfr. Proyecto de Ley N.º 2723/2008-CR; Proyecto de Ley N.º 3189/2008-CR; Proyecto de Ley N.º 4297/2010-PE) o latentes (Anteproyecto de Código Penal 2008-2010) para la reforma del citado artículo, o para la supresión de su incoherente inciso tercero, serán de momento expectativas técnicas pero no eliminan su actual existencia formal ni sus controvertidos alcances normativos. Por lo demás, la doctrina penal que actualmente comenta el artículo 173, inciso tercero, tiende a ser homogénea y ratifica que se trata de un delito de **violación** presunta de menores de edad y no una modalidad impropia o agravada de las formas de violación regulada en el artículo 170 como lo han sostenido tres de las cuatro ponencias que fueron expuestas en la Audiencia Publica preparatoria del pasado 12 de marzo del presente año (Ver conclusiones de Ponencias de María del Carmen García Cantizano; DEMUS; PROMSEX).

6. Por otro lado el status de menor de edad, como se ha destacado, no es una **ficción** sino una realidad material y legal. En efecto, la position hermenéutica aludida y de la cual cortésmente discrepamos, no toma en cuenta que la legislación civil solo reconoce capacidad de ejercicio relativa a los menores de **dieciséis años** y no a los de catorce años (Cfr. Artículo 44, inciso 1 del Código Civil). Estos últimos muy excepcionalmente pueden ejercer tal capacidad relativa en asuntos de índole familiar (Cfr. Artículo 46, párrafo segundo y 241, inciso 1 del Código Civil). Por tanto todos ellos para la **legislación** civil siguen siendo menores hasta que cumplan dieciocho **años** (Cfr. Artículo 42 del Código Civil). Es más, el propio Código Penal los califica como inimputables por su minoría de edad (Cfr. Artículo 20, inciso 2) y la Constitución no los estima

aun ciudadanos ni les da capacidad política que constituye la máxima expresión de libertad del individuo en una sociedad democrática (Cfr. Artículo 30 de la Constitución Política del Perú), a la vez que el Código de los Niños y Adolescentes los tiene aún como sujetos de sus disposiciones normativas (Cfr. Artículo I, primer párrafo del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes). Es más, la Convención de los Derechos del Niño los comprende como sujetos de protección (Cfr. Artículo 1: "...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...").

§ 4. No existe antinomia legal entre el artículo 170 y el artículo 173. 3 del Código Penal que deba dilucidarse conforme al artículo 139 inciso 11 de la Constitución

7. Las hipótesis y disposiciones normativas del artículo 173.3 y las que corresponden al artículo 170 no configuran una antinomia legal que demande una solución ponderada en base al principio de favorabilidad hermenéutica que autoriza el artículo 139 inciso 11 de la constitución. Tanto en el plano legal como teleológico y constitucional, ambos artículos del Código sustantivo tienen un espacio de tutela funcional y de aplicación propios, que los hace sistemáticamente coherentes y plenamente compatibles. En efecto, el primero desarrolla una tutela penal ampliada de la libertad sexual de todo menor de edad, es decir, de quien no ha alcanzado la condición etaria de sujeto pasivo, de 18 años o más, que exige el artículo 170. De otro lado, no se aprecia desde los contenidos y alcances tuitivos de los artículos 175 y 179-A del Código Penal una contradicción legal con los que comprende el artículo 170, que derive en la necesidad alternativa o de principio de aplicarlo en vez del artículo 173.3, cuando un menor de 14 a menos de 18 años de edad sea agredido sexualmente de modo violento. En efecto, el artículo 170 exige el empleo de la violencia o la amenaza para el acceso carnal de la **víctima** mayor de edad, lo cual esta totalmente excluido como medio de realización del acto sexual o análogo en los artículos 175 y 179-A que, al margen de estar referidos exclusivamente a menores de edad, demandan para la realización de la práctica sexual ilícita que tipifican solo la concurrencia en la víctima de un consentimiento viciado por el **engaño** o la **contraprestación económica**. El componente, pues, del desvalor antijurídico en todos esos artículos es siempre diferente, de allí que resulte lógica la mayor punibilidad y sanción del acto sexual violento cuando el agraviado es un menor de edad lo que corresponde al estándar punitivo fijado por el artículo 173.3. La referencia, entonces, a los artículos 175 y 179-A, no es asimilable para justificar la **aplicación** del **artículo** 170 en vez del artículo 173.3 en los casos de acceso sexual por violencia o amenaza de menores de **18 años**, ella solo lo era para argumentar la **reducción** de la penalidad que propuso el Acuerdo Plenario N.º 7-2007/CJ-116 para las relaciones sexuales consentidas (no impuestas contra la voluntad del menor ni por violencia ni amenaza), con un menor de 14 a menos de 18 años de edad. No resulta, por tanto, suscribible, desde

CAP. IX

este enfoque, la tesis de una interpretación constitucional favorable y benigna que lleve a aplicar el citado artículo 170 en tales supuestos de acceso sexual violento. La cual, por lo demás, debilitaría contra legen el ámbito de protección sexual de los menores ante graves agresiones sexuales en su agravio y entraría en colisión con el principio convencional especial del interés superior de los menores de 18 años que avalan los artículos 1 ° (“Para efectos de la presente Convención, *se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad...*”) y 3 (“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar, *los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial que se atenderá será el interés superior del niño*”) de la Convención del niño, suscrita por el Estado peruano y que integra el bloque de constitucionalidad en nuestra legislación fundamental.

CAP. IX

En atención, pues, a los antecedentes, observaciones y fundamentos expuestos, NUESTRO VOTO es en el sentido de que en tanto no haya una derogación legal expresa de las modificaciones que introdujo la Ley N.º 28704, en el artículo 173 del Código Penal, el acceso carnal que se practique a un menor entre catorce y hasta menos de dieciocho años de edad, sin su consentimiento *o contra su voluntad, debe ser siempre calificado como un delito de violación de menores y ser sancionado conforme a la penalidad prevista para el inciso 3 del citado numeral.*

Ss. Lecaros Cornejo/Prado Saldarriaga/Barrios Alvarado/ Príncipe Trujillo/Villa Bonilla

ACUERDO PLENARIO N.º 1-2012-CJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ Asunto: Artículo 170 del Código Penal y agresión sexual violenta perpetrada contra mayores de 14 y menores de 18 años

FUNDAMENTOS PROPIOS DEL VOTO DEL SEÑOR SAN MARTÍN CASTRO:

1. Que el ordenamiento jurídico en materia de Derecho penal sexual ha sufrido una intensa, contradictoria e incoherente modificación desde la entrada en vigor del **Código Penal** de 1991 –en adelante, CP–. Si se analiza lo que es el objeto materia del presente Acuerdo Plenario, puede decirse con absoluta seguridad que el segmento etario entre catorce y dieciocho años ha sido tratado con perturbadora inconsistencia, de modo que se afecta el carácter racional del Derecho, que deriva fundamentalmente de la previsibilidad que genera al ordenar la conducta mediante normas generales, abstractas y coherentes.

Ello motivo a este Supremo Tribunal a una labor de interpretación sistémica y teleológica, así como a la incorporación de criterios de validez normativa, con sólidos fundamentos jurídicos, tanto constitucionales

como propiamente penales, para armonizar en lo posible los alcances del **Código Penal** y lograr soluciones jurisprudenciales mas razonables.

2. Que la legislación vigente, en lo relativo al tipo legal de agresión sexual (artículo 170 CP) y al tipo legal de agresión sexual de menores (artículo 173 CP) tiene los siguientes alcances:

El artículo 170 CP siempre exigió violencia o grave amenaza contra el sujeto pasivo por parte del sujeto activo, a la vez que persistentemente reconoció precisas circunstancias agravantes. Desde la Ley N.º 28251, del 8 de junio de 2004, se precisó que el acceso carnal podía producirse por vía vaginal, anal o bucal, así como reconocía los “actos análogos” limitándolos a la introducción de objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal.

La Ley N.º 28704, del 5 de abril de 2006 –vigente en la actualidad–, en primer término, agravó la sanción al fijar para su comisión pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años; y, en segundo término, incorporó cinco agravantes en función a la especial conducta peligrosa del sujeto activo o a sus cualidades personales, en cuya virtud estableció como pena privación de libertad no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación.

El artículo 173 CP durante un lapso de tiempo prolongado, pese a las variaciones legales, estableció que el sujeto pasivo del delito era un menor de catorce años. Es más, graduó la pena en función a tres segmentos etarios: menos de siete años, siete años a diez años, y diez años a menos de catorce años. La Ley N.º 28251, del 8 de junio de 2004, si bien en su primer párrafo se limitó a identificar al sujeto pasivo como “menor de edad”, determinó las mismas edades específicas para modular la sanción penal.

Empero, la Ley vigente N.º 28704, del 5 de abril de 2006, no solo insistió en el primer párrafo en designar al sujeto pasivo como un “menor de edad”, sino que varió los segmentos etarios: menos de diez años de edad, entre diez años de edad y menor de catorce, y entre catorce años de edad y menos de dieciocho (numeral 3).

3. Que ante la contradicción legal que representó el numeral 3) del artículo 173 CP, modificado por la Ley N.º 28704, el Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, en relación con los demás tipos legales que integran el Derecho penal sexual y el resto del ordenamiento jurídico, declare –al amparo del artículo 139.11 de la Constitución–, fijando como sentido interpretativo que toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad no puede ser objeto de sanción penal en virtud de la causa de exención de responsabilidad prevista en el artículo 20.10 CP. Tal fue la norma finalmente aceptada por este Supremo Colegiado Penal.
4. Que el problema objeto del presente Acuerdo Plenario se centra, esta vez, en determinar si la agresión sexual cometida con violencia o grave amenaza contra un adolescente de catorce años de edad y menos de

dieciocho años de edad debe reprimirse conforme a las disposiciones del artículo 170 CP o del artículo 173.3 CP.

5. Que el o la adolescente, por su propia evolución en los ámbitos físico y psicológico, ha de ser considerado o considerada como una persona que goza de capacidad suficiente para autodeterminarse en diversos planos de su vida cotidiana, en tanto sujeto de derechos, capaz de ejercer progresivamente los mismos en forma autónoma, en conformidad con la evolución de sus facultades [evidencia científica que está en la base de los Acuerdos Plenarios 7-2007/CJ-116 y 4-2008-CJ-116]. En consecuencia, no puede ser calificado o calificada como menor de edad, haciendo abstracción de su evolución fisiológica y psicológica, a quien por ello debe extenderse, desde el ordenamiento penal, tal y como está configurado, una protección extraordinariamente diferenciada de las personas que tienen dieciocho o más años de edad. Frente a esta constatación, sin embargo, el vigente artículo 173.3 CP no solo extiende la protección penal propia al referido segmento: catorce años a menos de dieciocho años, sino que además fija una pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

El establecimiento de una edad de consentimiento sexual, sobre todo —como en el caso peruano— que no va acompañada de una diferencia de edad mínima (*lage span*) para perseguir penalmente las relaciones sexuales, implica instituir una prohibición de ejercicio de la sexualidad [Couso, Jaime: La sexualidad de menores de edad ante el Derecho Penal. Ponencia presentada entre el 11 y 14 de junio de 2009 en Asunción —Paraguay, página 34]. Incluso la Corte Suprema de Estados Unidos tiene precisado que plantear una incapacidad general y absoluta de los y las adolescentes menores de catorce o dieciséis años de consentir cualquier contacto o relación sexuales aparece como una negación de sus derechos de privacidad (entre otros, *Gillik v. West Norfolk and Wisbech Area Health authority and another*, House of Lords, del 17 de octubre de 1985).

Es claro que la indemnidad sexual, como bien jurídico, solo comprende a los menores de catorce años porque se trata de niños que merecen toda la protección legal razonable que corresponda, y la agresión sexual en su agravio importa un prevalimiento clásico, en la medida en que por su condición personal no pueden prestar consentimiento válido; carecen de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual, al no haber alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea.

También es evidente que la libertad sexual, igualmente como bien jurídico, se entiende referida a las personas que pueden prestar un consentimiento válido de elegir y practicar la opción sexual que prefiere en cada momento. Esto es, al derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, a su capacidad de actuación sexual.

Este último argumento —que tienen libertad sexual—, sin duda, puede reclamarse en su esencia de los adolescentes. Ello no obsta, claro está,

la incorporación de tipos legales o circunstancias que tomen en cuenta la particular evolutivo y desarrollo físico y psicológico de los adolescentes, como ha sido el caso de la vigente legislación punitiva.

6. Que, en tal virtud, es de estimar si dicho precepto legal colisiona con otros del Código Penal, de suerte que tal antinomia debe resolverse aplicando la norma más favorable conforme lo dispone el artículo 139.11 de la constitución. Esta situación: reconocimiento de colisión de disposiciones vigentes, ha sido resuelta en ese sentido por los dos Acuerdos Plenarios antes indicados.

En efecto, el segmento analizado tiene diversas y contradictorias disposiciones jurídico penales. Cabe señalar lo dispuesto en los artículos 176-A CP, 179-A CP y 175 CP (Acuerdo Plenario N.º 7-2007/CJ116, FJ 7), que reconocen lo constante de nuestro sistema punitivo: que el sujeto pasivo de diversos tipos legales que integran el Derecho penal sexual y que se refieren a adolescentes fijan como edad entre catorce años y menos de dieciocho años, casos en los que la protección penal viene condicionada por la presencia de otros elementos adicionales —que se requieren en el supuesto de los niños o niñas—, como el engaño o el aprovechamiento de una situación de prevalencia, superioridad o dominio en sus diversas manifestaciones del autor del hecho sobre la víctima. Esa lógica, como se denuncia en este Acuerdo Plenario, ha sido alterada por el numeral 3) del artículo 173 CP.

7. Que, por otro lado, no puede dejar de reconocerse que el numeral 3) del artículo 173 CP es claro desde una perspectiva o método gramatical de interpretación de la ley penal: se sanciona como delito de agresión sexual agravada, de menores de edad, a los que tienen acceso carnal, sin interesar la voluntad de la víctima, cuando esta tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho. Empero, como postula la doctrina, la interpretación gramatical o literal no suele ser suficiente; debe ser complementada con la interpretación lógico-sistemática, que busca el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley y su relación con otros preceptos, desde la perspectiva de la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico. Los términos legales no pueden interpretarse de manera aislada, sino en relación al contexto en que se les utiliza, de modo que eviten las contradicciones cuando el legislador olvide el orden sistemático.

En atención a lo anteriormente expuesto, y si bien no puede desbordarse el sentido literal posible de las leyes —la interpretación gramatical opera como límite—, cabe aquí incorporar, mas allá de una interpretación restrictiva, una determinación o un juicio de validez concreta de una norma, en la medida en que su texto, aisladamente apreciado, contradice otras disposiciones legales vigentes que regulan un ámbito común del fenómeno social regulado.

En este caso ya no se trata de reducir el ámbito del sentido literal propio de los términos del numeral 3) del artículo 173 CP: interpretación res-

trictiva, sino de entender que se presenta un supuesto de contradicción formativa intrasistémica, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable, tal como establece el artículo 139.11 de la Constitución. La existencia de dos “consideraciones simultáneas sobre la integridad de un mismo fenómeno objeto de regulación jurídica de reglas: contradictorias aplicables al caso —obliga al juzgador a optar, desde los principios— que también son enunciados jurídicos, por la norma más benigna, para lo cual se acude a una fuente del Derecho con autoridad y prestigio, como es el citado artículo 139.11 de la Constitución, y que en lo demás es una norma válida que exige cumplimiento.

8. Que, en tal virtud, el enjuiciamiento jurídico o subsunción, de concreción de la norma, necesariamente abstracta y general, al caso objeto de análisis: agresión sexual con violencia o grave amenaza de una persona entre catorce años de edad y menos de dieciocho, se decanta por el artículo 170 CP, con exclusión del numeral 3) del artículo 173 CP. Esta es la significación o el contenido correcto que en lo sucesivo han de tener presente los jueces, que precisa cuál es la norma válida para la subsunción objeto de análisis; su validez se afirma básicamente en que supone la afirmación de un principio reconocido universalmente por el Derecho Constitucional y Renal. Se invoca, pues, una razón autoritativa. La conclusión asumida, propia de una sentencia de principio de especie, cabe enfatizarlo: es compatible desde el resultado final de la interpretación, subsunción y aplicación de la ley penal, con los principios, valores y garantías previstos en la constitución —no se *puede olvidar el carácter* normativo de la Constitución, la efectividad de los principios y derechos consagrados en ella, y la función jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia—. Es obvio, consecuentemente, que el sentido y el espíritu de todo el ordenamiento jurídico son definidos finalmente por la constitución. Esta fija el criterio de favorabilidad ante contradicciones de normas vigentes aquí invocado expresamente, así como reconoce la aplicación imperativa del principio de proporcionalidad. La justicia material no tendría lugar si se evade estas premisas y, como corolario, se aplica un precepto legal incoherente con las demás disposiciones de la ley sin atender a una regla superior destinada a superar las antinomias normativas. Estos marcos de decisión están ceñidos a los límites y base dogmática que permite la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. La evaluación que aquí se efectúa siempre imprescindible para dilucidar un conflicto de alcances significativos —(i) no es una ceñida a parámetros de oportunidad o de calidad perspectivas autónomas de política criminal—, (ii) ni pierde conexión con el texto constitucional, cuyas normas y principios se invocan; (iii) respeta el principio de separación de poderes —no crea una respuesta jurídica al margen de una regla de Derecho—, y (/v) asume una fórmula reconocida para cubrir un supuesto de vacío o de incoherencia normativa.

Sr. San Martín Castro

EL DELITO DE ACTOS CONTRA EL PUDOR

I. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LOS DELITOS DE ATENTADOS CONTRA EL PUDOR: “INTEGRIDAD CORPORAL EN ZONA SEXUAL”

El bien jurídico protegido en el delito de actos o atentados contra el pudor, además de la integridad personal sexual de una menor, primordialmente está dirigido a proteger su inocencia, cuyo desarrollo psico-emocional se ve afectado por dichos actos libinosos”. Concretamente el bien jurídico protegido es la libertad sexual de un hombre o de una mujer, entendiéndose dicha figura delictiva como todo tocamiento lúbrico somático que realiza el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto activo, con el fin de satisfacer su apetito sexual.

Mientras que en el delito de violación sexual se protege la “libertad” sexual, aquí en el delito de actos contra el pudor (entendiéndose por pudor a la situación de recato, decencia o decoro del que gozamos todas las personas en sociedad), lo que se protege es la “integridad corporal” en zona sexual de las personas.

II. DESCRIPCIÓN LEGAL. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

En la versión original el delito de actos contra el pudor estaba en el artículo 176, bajo el siguiente tenor:

“Artículo 176. El que, sin propósito de practicar el acto sexual u otro análogo, comete un acto contrario al pudor en una persona menor de catorce años será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si la víctima está en una de las condiciones previstas por el último párrafo del artículo 173, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años”.

Luego se modificó por el artículo 1 de la Ley N.º 26293, publicada el 14-02-94, cuyo texto es el siguiente:

Actos contra el pudor

“Artículo 176. El que sin propósito de practicar el acto sexual u otro análogo, con violencia o grave amenaza comete un acto contrario al pudor en una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si el agente se encuentra en las circunstancias previstas en el Artículo 174 la pena será no mayor de cinco años.

Si la víctima se hallare en los supuestos de los Artículos 171 y 172 la pena será no mayor de seis años”.

Luego el artículo es modificado por el Artículo 1 de la Ley N.º 28251, publicada el 08-06-2004, cuyo texto es el siguiente:

CAP. X

“Artículo 176. Actos contra el pudor

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, con violencia o grave amenaza, realiza sobre una persona u obliga a esta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años:

1. Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170 incisos 2, 3 y 4. 2. Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171 y 172.”

Finalmente el artículo 176 es modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 28704, publicada el 05 abril 2006, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 176. Actos contra el pudor

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, con violencia o grave amenaza, realiza sobre una persona u obliga a esta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. La pena será no menor de cinco ni mayor de siete:

1. Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170 incisos 2, 3 y 4.

2. Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171 y 172.
3. Si el agente tuviere la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima.

“Artículo 176-A. Actos contra el pudor en menores

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años.
2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años.
3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o el acto tiene un carácter degradante o produce grave daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad”.

CAP. X

III. TIPICIDAD OBJETIVA

En el tipo objetivo se analizan los siguientes elementos:

1. Sujeto activo

El sujeto activo puede ser cualquier persona, hombre o mujer; por lo tanto, se trata de un delito común o de sujeto activo indeterminado. Resulta irrelevante la opción sexual, puede tratarse de prácticas heterosexuales y homosexuales, no se necesita con experiencia sexual ni con aptitud física para poder acceder sexualmente a su víctima.

2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es la persona, hombre o mujer, mayor de edad; víctima de los actos contra el pudor en su contra. Tendría que tratarse de una persona viva.

3. Conducta típica

El tipo penal 176 prevé dos medios comisivos específicos: mediante violencia o grave amenaza. Por *violencia* entendemos todo acto físico que despliega el sujeto activo para doblegar la voluntad de la víctima (por ej., obligarle a desnudarse y luego realice tocamientos en sus genitales), la violencia necesariamente tendrá que ser hacia una persona física. En cambio, por *amenaza*, debemos de entender el anuncio inminente de un mal dirigido hacia alguien. El agente intimida o asusta al sujeto pasivo para que deje hacer o él se efectúe sobre sí mismo o tercero, actos contrarios al pudor.

Estos medios que de modo explícito aparecen en el supuesto de hecho del tipo penal, necesariamente deben concurrir juntos o por separado para perfeccionarse el delito. Si llega a verificarse que el agente no hizo uso de alguno de estos recursos para someter a la víctima, el delito no se configura.

Actos contrarios al pudor o actos libidinosos, entendemos que dichos actos deben revestir una objetividad impúdica, tal como los tocamientos lujuriosos, frotamientos, la masturbación, el coito *inter femora* (entre los muslos), la *inmisio penis in os* (introducción del pene en la boca de la otra persona), el *cunnilingus* (lamer las partes pudendas de la mujer). Estos actos pueden ser ejecutados por el autor como por la víctima, obligando al ofendido a que los realice sobre el cuerpo del agente. Incluso que tales actos se dirijan hacia la persona de un tercero. Caso contrario, si la acción no tiene objetividad impúdica por ejemplo: un beso dado en la mejilla a una mujer por el sujeto activo, no evidenciará propósito libidinoso, por tanto la conducta quedará impune.

Como se sabe, el tipo penal prevé tres formas de actos contra el pudor, que a continuación pasamos a analizar:

- a) *Tocamientos indebidos en las partes íntimas de la propia víctima, o actos libidinosos*; los tocamientos implica necesariamente rozamientos físicos sobre una zona del cuerpo de la víctima. Estos tocamientos pueden ser mediante las manos, de los dedos, de los brazos, de las piernas, y por supuesto con el miembro viril del sujeto activo (por ej., efectuar rozamientos con el miembro viril en el ano de la víctima); ahora bien, estos rozamientos indebidos tendrán como finalidad única y exclusiva solo las “partes íntimas” del cuerpo de la víctima (por ej., zona vaginal); cualquier otra parte del cuerpo (por ej., rostro, cabello, brazos, etc.) no tendrá relevancia jurídico-penal. No es necesario que el tocamiento se realice sobre el cuerpo; puede realizarse a través de la ropa íntima o sobre el pantalón de la víctima. Lo determinante, reiteramos, es que sea sobre la zona íntima.

Los tocamientos serán considerados “indebidos” porque no han sido consentidos válidamente por el titular del bien jurídico, en este caso, de la

víctima. Caso contrario, si existe consentimiento, la conducta será atípica, desde que aquí lo que se protege es la “libertad sexual” de las personas.

- b) *Obligación de tocamientos indebidos en las partes íntimas de propia víctima o realización de actos libidinosos.* El citado tipo penal señala, expresa dicha modalidad, que señala, parte pertinente lo siguiente: “...u obliga a esta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor...”. En este supuesto el sujeto activo no realiza, sino más bien “obliga” a su víctima a que se toque él o ella misma en sus partes íntimas, produciendo en el autor deseos, excitaciones. Entendemos que la obligación tiene que porvenir del mismo sujeto activo hacia la víctima, para que este realice tocamientos indebidos o actos libidinosos contrarios al pudor. Puede ser en su propio cuerpo de la víctima (por ej., que el autor con un arma blanca en el rostro de la víctima obligue a esta se realice tocamientos en su zona íntima).
- c) *Obligación de tocamientos indebidos en las partes íntimas de una tercera persona u obligación de actos libidinosos sobre una tercera persona.* El citado tipo penal señala, expresa dicha modalidad, que señala, parte pertinente lo siguiente: “...u obliga a esta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor...”. Aquí el sujeto activo obliga a su víctima a que realice tocamientos indebidos o actos contrarios al pudor en el cuerpo de un tercero que se encuentra en la escena del crimen (por ej., que el autor a través de un arma de fuego apunte hacia a una mujer, para que este realice tocamientos en la zona íntima de otra mujer, las mismas que se encuentran juntas).

CAP. X

IV. TIPICIDAD SUBJETIVA

La conducta descrita tendrá que realizarse de manera dolosa (concordancia con el artículo 12 del Código Penal), es más la presencia del dolo directo o de primer grado será aquí lo más usual.

El tipo penal en cuestión resalta algo sumamente importante no solo desde el punto de vista subjetivo, sino también desde lo objetivo, porque prácticamente definirá la totalidad de la conducta típica del artículo 176. En efecto, la relevancia está ubicada al inicio de la descripción típica: “El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170...”; es decir, que el sujeto activo, subjetivamente no tenga finalidad descrito en el artículo 170, del delito de violación sexual real; es decir, no tenga como finalidad de violar sexualmente

La jurisprudencia penal sobre el tema ha dicho: “Que la diferencia entre el delito de violación sexual y los actos contra el pudor, aun cuando ambos protegen la libertad sexual, fundamentalmente estriba, que el atentado contra el pudor no existe intención de haber sufrido el acto sexual a la víctima, sino únicamente someterla a tocamientos lúbrico somáticos en zonas sexuales con el fin de obtener satisfacciones eróticas es por ello”.

V. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO. ESPECIAL MENCIÓN A LAS REGLAS CONCURSALES ENTRE EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL Y ACTOS CONTRA EL PUDOR

La consumación de este delito es donde mayores problemas de aplicación se han suscitado, ya que tiene zonas fronterizas con el delito de violación sexual del artículo 170 del Código Penal. Debemos de entender que cuando no exista, o no se pueda probar, en el proceso penal que el sujeto activo obligó "...a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de la dos primeras vías..." (artículo 170 del Código Penal); estaremos, en realidad por descarte, en el terreno penal de los actos contra el pudor, descritos y sancionados en el artículo 176 (si es mayor de edad) o el artículo 176-A (si es menor de edad) del Código Penal.

El delito de actos contra el pudor se trata de un tipo penal de resultado lesivo; en ese sentido, el artículo 176 tiene dos modalidades típicas específicas sujetas a consumación: en primer lugar, se consuma cuando el sujeto activo ha realizado "tocamientos indebidos" en las partes íntimas de la víctima; y en segundo lugar, se consuma cuando el sujeto activo ha realizado "actos libidinosos" contrarios al pudor.

CAP. X

En este punto, en realidad estamos en presencia de un concurso aparente de normas penales (que el Código Penal peruano no tiene reglas expresas en la Parte general, caso contrario lo que sucede en el Código Penal español), entre un delito de violación sexual y un delito de actos contra el pudor; y para solucionar esta concurrencia de normas penales dentro de un proceso penal, existen dos soluciones concretas: en primer lugar, se aplicaría el denominado *principio de subsidiaridad expresa en forma expresa*; es decir, los actos contra el pudor será subsidiario de la violación sexual, por previsión expresa del mismo Código Penal en cuanto a las formas de consumación de cada delito involucrado; ya que si se descarta la comisión de violación sexual consumada, todavía se podría aplicar el delito de actos contra el pudor (siempre y cuando no exista la posibilidad de aplicar también la tentativa de violación sexual). En segundo lugar, se podría aplicar también el *principio de consunción* existente (en forma aparente de concurso) entre el delito de violación sexual y el delito de actos contra el pudor; en el sentido que los actos contra el pudor quedarán "consumidos" y/o "absorbidos" por el injusto de violación sexual consumado (artículo 170 del Código penal), caso contrario, si no se verifican dentro del proceso penal los elementos objetivos de la violación sexual consumado (o tentada), el hecho no quedará impune, ya que existirá la posibilidad de tipificarlo como acto contra el pudor (artículo 176 y sus variantes del Código penal), siempre y cuando se den sus presupuestos.

En tal sentido, en cualquiera de las dos opciones planteadas siempre llegaríamos a la misma conclusión: la tipificación por el delito de violación sexual real y el descarte total en el proceso penal del delito de actos contra el pudor. Sin embargo, en sentido inverso, también encontramos algunas consecuencias importantes: se podría descartar totalmente el injusto de violación sexual real, quedando la tipificación, en el proceso penal, por el delito de actos contra el pudor (en cualquiera de sus variantes típicas), siempre y cuando se presenten sus presupuestos objetivos.

LA PROPUESTA LEGAL DE INCORPORAR EL DELITO DE TRANSMISIONES O PUBLICACIONES OBSCENAS A MENORES EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

I. SOBRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO (Y ADOLESCENTE) Y SU PROTECCIÓN MEDIANTE EL DERECHO PENAL

Los niños y adolescentes son sujetos de protección especial a través de normas nacionales e internacionales; así tenemos, la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 la que fue aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N.º 25278 el 3 de agosto de dicho año que introdujo la figura del niño como sujeto de derecho. La Convención estableció diversas obligaciones a los Estados en relación a la protección especial del cual son merecedores los niños y niñas. A manera de ilustración tenemos que el artículo 19 garantiza el derecho a la integridad, estableciendo que los Estados partes adoptarán todas la medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger a niño de todo perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, entre otros.

El artículo 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Adolescente consagra que: “los Estados partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán porque el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial, la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud o física y mental. Con tal objeto, los Estados partes: e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18 de la Convención.”

La Convención tiene efecto vinculante para el estado peruano y es de cumplimiento obligatorio. En nuestro país, la protección de los derechos de los niños se encuentra contemplado en la Constitución Política del Estado, Código del Niño y del Adolescente, Decreto Supremo N.º 006-2009-PCM que aprueba el TUO de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor, la Ley de Radio y Televisión y su Reglamento. El Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 4 establece que: el niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral,

psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...), de otro lado, el artículo 29 del mismo cuerpo de leyes establece que es el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social – MIMDES – como ente rector del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente tiene como función velar por el cumplimiento de las normas contenidas en la Convención sobre los derechos del niño, en el Código del Niño y del Adolescente y en la legislación nacional.

Sobre el particular, la Constitución señala en su artículo 14 último párrafo que *los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural*. Por su parte, la Ley de Radio y Televisión consagra como principios rectores, *la protección y formación integral de los niños y adolescentes y el respeto al honor, la buena reputación y la intimidad personal y familiar*. En dicha normativa se contempla el horario de protección familiar que rige desde las 6 a.m. hasta las 10 p.m., quedando prohibido la transmisión de programas de contenido violento y obsceno que puedan afectar los valores inherentes a la familia, los niños y adolescentes, es decir, se encuentra prohibido todo aquello que vulnere o lesione el desarrollo psicológico y emocional de los niños y adolescentes.

CAP. XI

Somos concientes de la forma en que los niños, niñas y adolescentes son afectados por la programación en general que difunden los medios de comunicación social y la manera en que pueden influenciar en su normal desarrollo; en la actualidad observamos que los medios de comunicación social no toman en cuenta a los menores y adolescentes como sujetos de derecho y lo consagrado por la Convención que establece que los estados partes en todas las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será: *el interés superior del niño*. Sin embargo, los medios de comunicación social no tienen en cuenta lo establecido por la Convención ni nuestra legislación nacional ha considerado el interés superior del niño como un límite que debe ser respetado por los medios de comunicación social, existiendo un vacío legal en cuanto a la falta de regulación en los contenidos emitidos por los dichos medios.

En nuestro país, los medios de comunicación y un sector de la prensa están haciendo ejercicio de una actividad muy alejada de la ética, de los principios morales y de las buenas costumbres, eso se observa todos los días tanto en los puestos de periódico como en las diferentes emisiones de la televisión en señal abierta donde nuestros niños y adolescentes son bombardeados con mensajes libidinosos, con publicaciones donde se muestran mujeres desnudas, con escenas de sexo, con palabras soeces en doble sentido, programas televisivos conducidos por personajes de dudosa reputación, todo ello atenta contra la salud psíquica y emocional de nuestros niños y adolescentes y atentan contra los valores de la familia. Los diversos programas y noticieros en la televisión dan cuenta de violaciones, de asesinatos de hijos contra sus padres, de violencia, de accidentes de tránsito donde se puede ver escenas violentas de muertes; alguno de estos noticieros se emiten dentro del horario de protección al menor sin siquiera advertir que dicha noticia no es apta para ser vista por menores de edad.

De lo mencionado que claro que no se respeta las disposiciones sobre el horario familiar contenidas en el artículo 40 de la Ley de Radio y Televisión, existiendo una clara violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes por parte de los medios de comunicación social que afecta sus derechos a la intimidad, honra, imagen y bienestar general. Ante ello, el Estado, entiéndase Poder Ejecutivo y Legislativo no pueden abstraerse del análisis y solución a esta problemática que afecta a la niñez y de la adolescencia trasladando esa responsabilidad a los medios de comunicación que son manejados, en su mayoría, por el sector privado, más aún cuando está demostrado que la autorregulación que dichos medios dictan en sus códigos de ética ha resultado ineficaz, existiendo un “relajamiento” por parte del ente administrativo que es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones el que a la fecha, al amparo del artículo 70 de la Ley de Radio y Televisión que establece que las infracciones tipificadas en dicha normativa serán verificadas, evaluadas, determinadas y sancionadas por dicho ente, solo ha sancionado a (1) una empresa de radiodifusión denominada Radio Difusora Comercial Turbo Mix S.R.L. mediante Resolución Directoral N.º 711-2009-MTC/29 de fecha 21 de julio de 2009 imponiéndole una multa que asciende a dos (2) unidades impositivas tributarias por comisión de infracciones referidas al incumplimiento de las normas relativas al horario familiar y de protección al menor y al incumplimiento de las disposiciones del código de ética.

CAP. XI

Al respecto, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC como ente administrativo le compete resolver el tema de las sanciones, licencias y afines y pretender que sea este el que atienda esta problemática sería inconveniente, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social – MIMDES por su lado como ente rector del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente que tiene como función, entre otros, velar por el cumplimiento de las normas contenidas en la Convención sobre los derechos del Niño en la legislación nacional, no ha tenido un pronunciamiento sobre el particular.

En lo que concierne al Consejo Consultivo de Radio y Televisión – CON-CORTV, este como órgano consultivo, adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones tiene opinión no vinculante en los procesos administrativos sancionadores y otras funciones no relacionadas con el tema de análisis, aunque no se descarta que este tema haya estado en agenda de dicho órgano pero lo cierto es que no ha habido un avance significativo para poner límites al derecho de la información cuando esta puede afectar el normal desarrollo de nuestros niños y adolescentes.

En este contexto es que se enmarca el Proyecto de Ley N.º 3621/2009-CR, de autoría del ex congresista Ricardo Belmont Cassinelli; mediante el cual propone incluir en el Código Penal el artículo 183, inciso “B”, a efectos de sancionar a quienes tienen el poder de dirección y decisión dentro de un medio de comunicación social (que puede ser televisivo, radial o escrito); es decir, al director, editor o responsable de la transmisión o edición de los medios de comunicación, y que publiciten contenido obsceno y pornográfico, y que lesionan el bien jurídico “ofensas al pudor público”.

II. NECESIDAD DE UN TIPO PENAL QUE SANCIONE LAS CONDUCTAS DE LOS DIRECTIVOS DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL QUE TRANSMITAN O PUBLICITEN CONTENIDOS OBSCENOS O PORNOGRÁFICOS

Como cuestión previa, tenemos que advertir que las publicaciones o transmisiones con contenido obscenos o pornográficos, y que trascienden el ámbito privado, si bien constituye una modalidad nociva y atentatoria del pudor de una parte de la población adulta, lo es más en el caso de los menores de edad, cuya estabilidad psíquica y emocional constituye objeto de tutela y protección por parte del Estado, a quien corresponde establecer lazos de convivencia digna y la observancia de los Derechos Humanos de todas las personas, y como vamos a dar cuenta en el punto 3 del presente predictamen, el Código Penal actual reprime, inclusive como circunstancias agravantes en el rubro jurídico “ofensas al pudor público” si el agente dirige su conducta típica a los menores de edad.

En esa lógica es que el Código Penal peruano, en el artículo 183, inciso 1 sanciona aquel sujeto que “...muestra, vende o entrega a un menor de dieciocho años, por cualquier medio, objeto, libros, escritos, imágenes visuales o auditivos que por su carácter obsceno, pueden afectar gravemente el pudor, excitar prematuramente o pervertir su instinto sexual”; es decir, sanciona la conducta del que por ejemplo tiene su puesto de periódicos en un lugar público, y “muestra”, “vende” o “entrega” a un menor de edad revistas, periódicos o de cualquier otra naturaleza con contenido pornográfico u obsceno. Esa conducta se encuentra reprimida expresamente en el artículo 183, inciso 1 del Código Penal con una pena privativa de libertad no menor de seis años.

No obstante, el Código Penal peruano no castiga a aquel que tiene la condición de “director”, “gerente”, “editor” o “responsable” de la emisión de esos “...libros, escritos, imágenes visuales o auditivos que por su carácter obsceno, pueden afectar gravemente el pudor, excitar prematuramente o pervertir su instinto sexual”. Precisamente para sancionar penalmente todo el circuito de distribución en cuanto se refiere a la emisión de los materiales (obscenos y pornográficos) a través de los medios de comunicación, y que vayan en contra de la formación integral del menor de edad, y que atentan a su vez contra su pudor (“ofensas al pudor público”), ya que ese es, al final de cuentas, lo que se protege en este nuevo delito de modalidad agravada que la Comisión de Justicia y Derechos Humanos está proponiendo como reforma legal (es decir, en el artículo 183, en un cuarto inciso, conservándose la misma pena que ya prevé el artículo 183, en el segundo párrafo).

Por ello considero que debería incorporarse dicha figura en un cuarto inciso del artículo 183 del Código Penal, para precisamente poder cerrar toda la cadena de distribución de contenido pornográfico que realizan las personas involucradas en este rubro; y no solo sancionar a los de “abajo” (es decir, al que “vende”, “muestra” o “entrega” el material pornográfico o obsceno a un menor) sino también sancionar con el mismo marco penal, a los que se encuentran “arriba” (es decir, al “director”, al “gerente”, al “editor” o “responsable” de la publicación, edición o transmisión del material obsceno o pornográfico).

Asimismo, considero viable que se no se exija una prueba judicial de lesividad hacia el bien jurídico (técnica legislativa de delito de lesión), es decir, que no se exija una relación de causalidad material entre la conducta del agente (“gerente”, “editor”, “director” o “responsable” de ordenar o realizar) y las ofensas al pudor a un menor de edad; en ese sentido, solo la propuesta del tipo penal es que se reprima la conducta riesgosa o peligrosa del agente activo (técnica legislativa de delito de peligro concreto). Por ello considero viable dicha posición con el siguiente texto legal: “...que publiciten en lugar de libre acceso al público, imágenes, textos y/o audios obscenos o pornográficos *que pueda afectar* el pudor a un menor de dieciocho años”.

En cuanto a la conducta típica se debe incorporar al respectivo tipo penal los verbos alternativos de “realizar” u “ordenar”. En el primer supuesto –de realizar–, se exige una conducta de carácter física y material por parte del gerente, director, editor o responsable de las ediciones o transmisiones de los medios de comunicación social. En cuanto a la segunda modalidad típica, es decir, de “ordenar”, aquí básicamente lo que se reprime, no es una modalidad física y material del agente, en el sentido que no es necesario que, por ejemplo, el gerente o editor esté en el lugar de los hechos; basta que ordena libremente a su personal en su condición de “gerente” o “editor” para que lleve adelante una transmisión, publicación o edición con contenido obsceno o pornográfico y que puedan afectar el pudor de un menor de edad. Además, debemos advertir que la “toma de decisiones”, sobre todo en el marco de personas jurídicas o entes colectivos, debe ser el supuesto más usual en dicho tipo de escenarios, pues ahí existirá una mayor división de trabajo del personal y una mayor jerarquización de las funciones de directivos, y donde el gerente y otros similares están, como se sabe, en la cúspide de dicha persona jurídica, y la única forma que puedan realizar su función es a través de la toma de decisiones.

La condición indispensable del tipo objetivo del artículo 183, segundo párrafo, inciso 4, es que la conducta típica del agente, (vale decir, las publicaciones, ediciones o transmisiones) tienen que darse a través de los medios de comunicación social de carácter masivos; sin embargo, se exige que además tenga que realizarse “... *en lugar de libre acceso al público...*”. En ese sentido, si la exhibición de una revista de contenido obsceno, por ejemplo, se realiza en un contexto privado, por más que esté presente un menor de edad, no se consumaría el presente tipo penal. Con ello se incorpora un límite de restricción a la interpretación y aplicación judicial de la tipicidad de la conducta, al descriminalizar aquellas conductas bagatelares o que no tengan un mayor contenido de lesividad al bien jurídico “ofensas al pudor público”.

Mi propuesta es que solo se sanciona a los “directivos”, “editores” siempre y cuando las transmisiones o publicaciones sean obscenos o pornográficos, pero dirigido solo a menores de edad, y no a cualquier público, como al parecer está saliendo en los medios de comunicación (primera restricción). La propuesta está diseñada como bajo la técnica de *delitos de peligro concreto* por que dice “...*que pueda afectar* el pudor de un menor de dieciocho años...”. Es decir, que se necesita que la transmisión sea *riesgosa* para el menor de edad, y que el fiscal deba probar una relación de causalidad entre la conducta y el resultado riesgoso. No solo es la conducta del “editor” la que se reprime (no es delito de mera actividad), sino

que además se necesita un resultado riesgoso acreditado en el proceso penal. (segunda restricción). Esta misma conducta propuesta ya se encuentra reprimida en el artículo 183, inciso 1, pero esa conducta es para los “vendedores”, para los que “entregan” a menores de edad textos, audios con contenido “obscenos” o “pornográficos”, es decir, se reprime para los de abajo. Ahora se intenta reprimir con esta ley a los de arriba: a los “editores”, “gerentes”. Lo que se ha hecho es cerrar o completar la cadena de distribución. Finalmente, se ha puesto la misma pena que se estipula para los casos de represión hacia “abajo” (artículo 183, inciso 1), es decir, hasta seis años de privativa de libertad, ni para decir que se ha elevado las penas en este tipo de delitos.

III. RELACIÓN DE TIPOS PENALES DE LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL PERUANO DONDE SE PROTEGE EL “PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE”

En los delitos contra la libertad personal, y en especial cuando se pretende proteger la formación sexual del niño y adolescente el legislador penal se ha mostrado una severidad no solo en cuanto a la sanción penal, sino también en procurar adicionar circunstancias agravantes en los títulos de “proxenetismo” y “ofensas contra el pudor”. En efecto, véase los siguientes tipos penales:

El delito de favorecimiento a la prostitución, del artículo 179 dice: “El que promueve o favorece la prostitución de otros persona.... 1. *La víctima es menor de dieciocho años*”.

- El artículo de usuario-cliente del artículo 179-A dice: “El que, mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías *con una persona de catorce y menor de dieciocho años...*”.
- El artículo 182-A el delito de publicidad en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual a menores que tiene el siguiente texto: “Los gerentes o responsables de las publicaciones o ediciones a transmitirse a través de los medios de comunicación social masivos que publiciten la *prostitución infantil, el turismo sexual infantil o la trata de menores de dieciocho años de edad* serán sancionados con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis. El agente también será sancionado con inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36 y con trescientos sesenta días multa”.
- El artículo 183 el delito exhibiciones y publicaciones obscenas, en el segundo párrafo sanciona una modalidad agravada; así en el inciso 1 dice: “El que muestra, vende o entrega *a un menor de dieciocho años*, por cualquier medio, objeto, libros, escritos, imágenes visuales o auditivos que por su carácter obsceno, pueden afectar gravemente el pudor, excitar prematuramente o pervertir su instinto sexual”. En la misma lógica se ubica el segundo inciso 2 del artículo 183 que prescribe: “El que incita a

un *menor de dieciocho años* a la práctica de un acto obsceno o le facilita la entrada a los prostíbulos u otros lugares de corrupción”. Finalmente en el tercer párrafo del mismo artículo 183 se sanciona lo siguiente: “El administrador, vigilante o persona autorizada para controlar un cine u otro espectáculo donde se exhiben representaciones obscenas, que permitan ingresar a un *menor de dieciocho años*”.

- El delito de rufianismo del artículo 180, segundo párrafo, dice: “Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años...”.
- El delito de proxenetismo del artículo 181 dice: “El que compromete, seduce o sustrae a una persona para entregarla a otro con el objeto de tener acceso carnal....1. *La víctima tiene menos de dieciocho años*”.
- En el artículo 181-A el delito de explotación sexual comercial infantil y adolescentes en ámbito del turismo dice: “El que promueve, publicita, favorece o facilita la explotación sexual comercial en el ámbito del turismo, a través de cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible electrónico, magnético o a través de Internet, con el objeto de ofrecer relaciones sexuales de carácter comercial de *persona de catorce (14) y menor de dieciocho (18) años de edad*...”.
- El delito de pornografía infantil del artículo 183-A dice: “El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializada o publica, importa i exporta por cualquier medio, incluido la Internet, objetos, escritos, imágenes visuales o auditivas, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a personas de *atorce y menos de dieciocho años de edad*...”.

CAP. XI

IV. RESULTA RECOMENDABLE QUE EL JUZGADOR ESTABLEZCA UN SISTEMA DE REMISIONES A UNA NORMA EXTRAPENAL

Considero recomendable un sistema de remisiones normativas de carácter extrapenales en la conducta típica del inciso 4 del artículo 184 del Código Penal, en la que solo será sancionado en la medida que el Juez Penal verifique si efectivamente se ha incumplido la Ley de la materia. Así, por ejemplo sería la Ley N.º 28278, Ley de Radio y Televisión, que en sus artículos pertinentes señala lo siguiente:

“Artículo II. Principios para la prestación de los servicios de radiodifusión

La prestación de los servicios de radiodifusión se rige por los siguientes principios:

- a. La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad.
- b. La libertad de expresión, de pensamiento y de opinión.
- c. El respeto al pluralismo informativo, político, religioso, social y cultural.

- d. La defensa del orden jurídico democrático, de los derechos humanos fundamentales y de las libertades consagradas en los tratados internacionales y en la Constitución Política.
- e. La libertad de información veraz e imparcial.
- f. El fomento de la educación, cultura y moral de la Nación.
- g. *La protección y formación integral de los niños y adolescentes, así como el respeto de la institución familiar.*
- h. La promoción de los valores y la identidad nacional.
- i. La responsabilidad social de los medios de comunicación.
- j. El respeto al Código de Normas Éticas.
- k. El respeto al honor, la buena reputación y la intimidad personal y familiar.
- l. El respeto al derecho de rectificación.

CAP. XI

Luego se señalan los artículos pertinentes que se refiere al horario de protección al menor

TÍTULO SEGUNDO HORARIO FAMILIAR

“Artículo 40. Horario familiar

La programación que se transmita en el horario familiar debe evitar los contenidos violentos, obscenos o de otra índole, que puedan afectar los valores inherentes a la familia, los niños y adolescentes. *Este horario es el comprendido entre las 06:00 y 22:00 horas.*

Artículo 43. Prohibición de pornografía

Los servicios de radiodifusión no pueden difundir programas con contenido pornográfico o que promuevan el comercio sexual”.

V. LEGISLACIÓN COMPARADA

Se han estudiado las normas legales sobre contenidos de las emisiones de televisión de países como Argentina, donde recientemente se ha aprobado la Ley de Servicios Audiovisuales de Comunicación Social, la que concretamente legisla a favor de preservar al menor de edad ante los mensajes audiovisuales que atentan contra la moral y las buenas costumbres.

Otro caso es los Estados Unidos de Norteamérica, donde el Consejo Consultivo de Padres aplaudió, el 28 de abril de 2008, la decisión de la Corte Suprema, afirmando que “Las emisiones televisivas públicas pertenecen al público, y no a los emisiones que tienen una licencia para utilizar ondas públicas gratuitas”, debiendo, en opinión del referido Consejo, “priorizarse el bienestar de los niños y permitir que ciertas horas del día sean un espacio seguro para toda la familia”.

Es más, la *Federal Communications Commission* (FCC), de los Estados Unidos de Norteamérica, señala que las transmisiones obscenas, lascivas, indecentes o profanas, en cualquier horario, por medio de la televisión, constituyen una violación de las leyes federales. Por ello, el Congreso estadounidense le ha otorgado a la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC, por sus siglas en inglés) la responsabilidad de hacer cumplir la ley que gobierna este tipo de programas. Véase que este organismo inclusive ha definido a la “indecencia” en la programación como “el lenguaje o el material que, en contexto, representa o describe en términos evidentemente ofensivos, según los estándares de programación comunitarios actuales, los órganos o las actividades sexuales y excretoras”. Ahora, si bien los programas “indecentes” contienen referencias sexuales o excretoras claramente ofensivas que no llegan a ser obscenas, y si bien los Tribunales han llegado a determinar que el material indecente está protegido por la Primera Enmienda y no pueda prohibirse totalmente; no obstante ello, puede restringirse para evitar su transmisión en los horarios diurnos cuando haya un riesgo razonable de que los niños sean parte de la audiencia.

CAP. XI

En el caso de México tenemos, por ejemplo, en el artículo 5 del Reglamento de la Ley Federal, de Radio y Televisión y de la Ley de la Industria Cinematográfica, relativo al contenido de las transmisiones en Radio y Televisión, la disposición siguiente: “Los programas recreativos procurarán un sano entretenimiento, que afirme los valores nacionales, no sean contrarios a las buenas costumbres, eviten la corrupción del lenguaje, la vulgaridad, las palabras e imágenes procaces, frase y escenas de doble sentido y atiendan al propósito de ennoblecer los gustos del auditorio”.

Y en el caso de Europa, países como Bélgica, preocupados por la presencia de la violencia de todo tipo (incluyendo la sexual) en la televisión, creó el Consejo Superior de los Audiovisuales (CSA), con el objeto de regular los programas de televisión. Pero, más que una estricta regulación de los programas, cuyo contenido pueda generar impactos negativos en los menores, lo que pretende dicho Consejo es buscar medidas que aseguren que los infantes no puedan tener acceso a programas nocivos y lascivos para su desarrollo físico o mental, a través del control de horarios.

VI. PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL DELITO DE TRANSMISIONES O PUBLICACIONES OBSCENAS O PORNOGRÁFICOS A MENORES EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL, EN EL ARTÍCULO 183, INCISO 4 DEL CÓDIGO PENAL

“**Artículo Primero.** Incorporación del delito de transmisiones o publicaciones obscenas o pornográficas a menores en los medios de comunicación social.

Incorpórese el delito de transmisiones o publicaciones obscenas o pornográficas a menores en los medios de comunicación social en el artículo 183, inciso 4 del Código Penal, con el siguiente texto:

4. (...) *El gerente, director, editor o responsable que realiza u ordena publicaciones, ediciones o transmisiones, a través de los medios de comunicación social masivos, **que publiciten en lugar de libre acceso al público, imágenes, textos y/o audios obscenos o pornográficos que pueda afectar el pudor a un menor de dieciocho años (...).***”

EL DELITO DE HURTO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO CONSIDERACIONES A PARTIR DEL HURTO BÁSICO DEL ARTÍCULO 185

I. CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES DE LOS DELITOS PATRIMONIALES

En el Derecho penal de corte material –de tendencia principalmente euro-continental– resulta necesario identificar a los efectos de analizar los tipos penales de la Parte Especial o Legislación complementaria, los niveles de perspectiva del Derecho penal sustantivo y la teoría jurídica del delito. Como debe recordarse la calificación de una conducta –humana– como delito supone la verificación de la concurrencia de las categorías que conforman la teoría jurídica del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. La posible solución a esta problemática se ubica tanto en las categorías destinadas al análisis y valoración del hecho, es decir, aquellas que buscan determinar la concurrencia de un *injusto penal* (tipicidad y antijuricidad); como en aquellas que analizan y valoran al autor del ilícito (culpabilidad).

En tal contexto, “nuestro” Derecho penal como consecuencia de su conocida función subsidiaria y complementaria dentro del marco del control social formalizado, propugna la existencia de otros sectores jurídicos extrapenales donde la protección de determinados bienes jurídicos también resultaría igualmente eficaz; sin embargo, si bien en principio se podría afirmar que constituiría una forma y manera de racionalizar y limitar la violencia –convencional y no convencional– dentro de una Sociedad, a la vez constituiría un serio problema por la reiterada confluencia normativa-legal que se suscita, ya que citada función subsidiaria y complementaria de la intervención punitiva trae como colorario que existan algunas zonas “límites” de la responsabilidad penal con algunos sectores de la responsabilidad extrapenal.

En ese sentido, existen una dualidad de supuestos concretos de zonas límites dentro del campo del Derecho penal de corte material: así, por un lado, están aquellos delitos donde tienen zonas fronterizas con el *Derecho público administrativo* (que pueden ser de naturaleza disciplinaria y sancionadora) como son los delitos ambientales, delitos socioeconómicos, delitos financieros, algunos delitos contra la propiedad intelectual, y delitos contra la libre competencia, etc.; y por otro lado, están aquellos delitos donde tienen zonas fronterizas más bien con el *Derecho privativo civil*. Tanto ha sido la influencia que ha tenido el Derecho administrativo-sancionador con respecto al Derecho penal que no solo ha condicionado la defini-

ción de la tipicidad penal de algunos delitos –a través del tema de la ley penal en blanco o remisiones normativas–, sino que en muchos casos la citada influencia ha condicionado hasta la persecución de la acción penal por parte del Ministerio Público por el tema de la concurrencia previa y oportuna de los llamados “requisitos de procedibilidad” como en el caso de los delitos ambientales.

A mi entender, cuando en algunos delitos sobre todo los patrimoniales hay ciertos límites y hasta confusiones por ejemplo con el Derecho privado, esto porque existe y debe existir una realidad “previa” de control jurídico que desde años lo ha venido monopolizando el Derecho privado, el cual el Derecho penal no puede desconocer esta realidad y que más bien el esfuerzo sea por coordinar mejor ambas regulaciones y sanciones, ya que si es todo lo contrario, es decir, si el Derecho penal cumpliría una función primaria y pedagógica en términos de regulación y sanción, entonces existiría un completo divorcio entre el Derecho penal y el Derecho privado donde el único perjudicado sería los bienes jurídicos, lo cual debería estar totalmente proscrito de nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, el presente estudio que presento a la comunidad jurídica de nuestro país –de tendencia dogmática y pero principalmente de doctrina jurisprudencial– hemos focalizado nuestra atención en el análisis de los delitos patrimoniales dentro del Código Penal peruano, específicamente en tres delitos donde a nuestro juicio, incide la mayoría de zonas límites de responsabilidad penal y responsabilidad civil: así el delito de apropiación ilícita del artículo 190, el delito de estafa del artículo 196, y por último el delito de usurpación inmobiliaria de los artículos 202, 203 y 204, sin perjuicio de que existan otros delitos como la confianza y la buena fe en los negocios donde también existen áreas de coordinación y hasta confusión entre el Derecho penal y Derecho civil. Dicha coexistencia de responsabilidades no solo es una cuestión de orden normativo, sino también en la forma cómo los juzgadores penales aplican, o mejor dicho, solucionan tal situación de conflictividad; por ello en casi todos los delitos analizados en el presente trabajo hemos incorporado aspectos jurisprudenciales para saber el estado de la cuestión en el denominado “Derecho vivo” de nuestro país.

En el presente estudio se realiza un análisis literal-exegético y a la vez un crítico-constructivo de algunos de las figuras delictivas que afectan el patrimonio de las personas, los mismos que se encuentran sistemáticamente ubicados en el Título V de la Parte Especial de nuestro Código Penal peruano. En otros Códigos penales antiguos y también los modernos, estos delitos se agrupan en un mismo Capítulo bajo la rúbrica de “Delitos contra la propiedad”. Nuestro legislador, en el Código Penal actual, manteniendo la misma rúbrica del abrogado Código de 1924, ha sido consciente de todas las dificultades de interpretación que conlleva el empleo del término “propiedad”, en la medida en que tal concepto no comprende todos los comportamientos típicos acogidos bajo el Título V de la Parte Especial, de ahí que en la actualidad, tanto en el ámbito jurídico-penal como en el jurídico-civil, se utilice en cuanto término más apropiado el de “patrimonio”. Debemos advertir que en los delitos patrimoniales, al menos en nuestro país, ocasionado por el método tradicional de corte positivista, no contamos con principios generales que informen sobre la dogmática de los delitos patrimoniales en general, y de aquellos que requieren

sustracción, en particular, de ahí que encontremos interpretaciones en relación a los tipos penales aisladas y hasta contradictorias. Por ejemplo, el problema de cómo identificar el momento de la consumación en el robo agravado –objeto hasta de una Sentencia Plenaria por la Corte Suprema de nuestro país en el año 2005– no fue abordado como una cuestión que atañe –como efectivamente lo es– a todos los delitos patrimoniales de sustracción, esto es, a los artículos 185, 186, 188, 189.

Como ya es de conocimiento público en nuestro país quizá el delito de robo simple y agravado y el delito de hurto agravado sean los ilícitos donde más carga procesal generan en los Juzgados Penales y Sala Penales con reos en cárcel de cualquier Distrito Judicial de nuestro país, porque después del delito de homicidio (en cualquiera de sus formas típicas), donde a la persona se le “trunca” su proyecto de vida existencial, el delito de robo, y en menor gravedad el hurto, sean los ilícitos penales que más impacto negativo generan en cualquier sociedad (por revestir dentro de su accionar medianas y grandes organizaciones criminales dedicadas la comisión de delitos patrimoniales de apoderamiento violento), porque precisamente le “quitan” sus pertenencia de modo injustificado a la víctima. El truncar la vida de alguien, y el de “quitar” sin derecho sus pertenencias a alguien tengan el mismo grado de afectación en cuanto a los intereses de la sociedad se refiere. Es decir, político-criminalmente hablando el homicidio (en cualquiera de sus formas) y el robo (en cualquiera de sus formas) causan la misma sensación de inseguridad en la población; sin embargo, jurídico-dogmáticamente hablando entre ambas figuras delictivas deben existir grandes diferencias no solo en el aspecto de la estructura típica, sino también en las sanciones penales previstas, situación que en el caso peruano, como veremos más adelante, no se evidencia tal diferencia.

En esta línea de pensamiento, cuando uno habla del término seguridad ciudadana siempre está relacionado con aquellos delitos que afectan principalmente bienes jurídicos de naturaleza individual, nos estamos refiriendo a los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud de las personas (véanse los homicidios en cualquiera de sus modalidades y las lesiones corporales), y obviamente aquellos delitos que afectan a los intereses patrimoniales de las personas, que en este caso serán los delitos de hurto (agravado) y robo (agravado). La influencia de la seguridad ciudadana puede verse reflejada –positiva o negativamente– no solo en el esquema peruano, sino el contexto jurídico-comparado, así, por ejemplo, la Ley Orgánica española de fecha 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introduce numerosos cambios en el Código Penal español de 1995, afectando de forma particularmente intensa a los preceptos contenidos en el Título XIII, dedicado a los “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. Por ello no se puede hacer un estudio serio de corte político-criminal y criminológico del concepto de seguridad ciudadana, si no se tiene en cuenta los delitos patrimoniales, y quizá ahí radique su enorme agresividad en cuanto a la sanción de estos ilícitos penales (véase la sanción que prevé el delito de robo agravado del artículo 189, último párrafo, C.P., por organización criminal o por muerte o lesiones graves de la víctima).

Se ha dicho que los delitos patrimoniales constituye el grueso de la carga procesal de nuestros tribunales, inclusive asumiendo niveles de desbordamiento

estadístico y social tolerables (Véase: ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos patrimoniales*, volumen I, Lima, 2000, p. xxvii y ss.), Así lo confirman, por lo demás, las estadísticas del año 2009 recientemente propaladas por la Fiscalía de la Nación, de acuerdo con los cuales los delitos contra el patrimonio figuran como los de mayor índice en nuestra capital (nada menos que el 32.5% del total de casos ingresados) y, entre ellos, la estafa ocupa un segundo lugar equivalente al 21% de los casos de este rubro (Véase: MEDINA FRISANCHO, José Luis; *La imputación a la víctima en los delitos de defraudación tributaria. Un estudio sobre el alcance de la autorresponsabilidad de la víctima en las actividades económico-financieras*, Lima, 2011, p. 13).

Un tema que llama poderosamente la atención es que los delitos patrimoniales, o contra la propiedad en su mayoría, siempre viene acompañado durante el transcurso del proceso penal y hasta en etapa de ejecución penal –específicamente para los beneficios penitenciarios de semilibertad o liberación condicional– del tema de la reincidencia y la habitualidad delictiva, es decir, que muy raras veces el sujeto imputado o condenado, ha cometido *un solo* delito patrimonial, no viene “limpio” en cuanto a antecedentes judiciales o penales se refieren, pues siempre el sujeto ha cometido dos, tres o más eventos delictivos de la misma naturaleza, o lo más peligroso es que lo cometen con dos o más sujetos, o premunido de bandas u organizaciones criminales dedicadas a la comisión del delito patrimonial; por todo ello, debe tenerse en cuenta lo argumentado doctrinalmente por el denominado *Derecho penal del enemigo*, propuesto en su momento por el Profesor alemán Gunther Jakobs, en la cual debe mirarse el aspecto del “pasado” delictivo del sujeto activo para resolver, por ejemplo, situaciones cautelares personales (prisión preventiva, cesación del mismo, libertad provisional, entre otros) dentro del proceso penal de un delito patrimonial; así también debe tenerse en cuenta el Derecho penal del enemigo, para aspectos concretos de cara al final del proceso penal, como es el tema de la determinación judicial de la pena, y hasta los beneficios penitenciarios referidos a delitos patrimoniales. Por todo ello considero, que no solamente los *delitos de status* (como los delitos de asociación ilícita para delinquir) y los *delitos de posesión* (como los delitos de tenencia ilegal de armas o municiones) pueden ser considerados como manifestaciones concretas del Derecho penal del enemigo, ya que también los denominados delitos de apoderamiento (en su versión de robo y hurto) también quedarían incluidos en dicho concepto, no por la acción típica en sí, sino por el “pasado” que enfrenta el imputado-condenado en relación al evento delictivo cometido (varios delitos patrimoniales tentados y/o consumados), pues dicho evento está conectado fáctica y normativamente por el factor de *continuidad delictiva* (reincidencia-habitualidad, véase el artículo 46-A, 46-B° del Código Penal peruano) de sus agentes activos de cara precisamente a lesionar o poner en peligro intereses patrimoniales de las personas. Por otro lado, Polaino-Orts señala que la pertenencia del autor a una organización criminal o el hecho de que los delitos se realicen en el seno de esa organización es un criterio habilitante para la imposición de una sanción máxima, y una manifestación del Derecho penal del enemigo; y pone como ejemplo la legislación peruana el artículo 189 del Código penal, que prevé para el robo agravado una penalidad máxima de “cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda”.

Como es sabido, el *Derecho penal de enemigos* constituye una anomalía dentro del sistema penal y supone una verdadera contradicción en términos. Su propósito es, como puede reconocerse, demonizar a cierta clase de infractores, en este caso de delincuentes habituales que afectan intereses patrimoniales, conocidos como “carteristas”, “robacoches”, “robacasas”, entre otros, o porque los infractores tienen cortes o tatuajes en el cuerpo; a todo esto nos preguntamos: ¿No volvemos acaso al Derecho penal de autor?

La reincidencia-habitudinalidad (y hasta la multirreincidencia) y los delitos patrimoniales nucleares (sobre todo los de apoderamiento como el hurto y el robo) podría decirse, sin temor a equivocarme, que se trata de dos caras de una misma moneda, situación que el Estado peruano (a través de políticas criminales y penales) no puede dejar de pasar por alto, en tal línea, el Estado debe decidir *hacia dónde va* su política en cuanto a los delitos patrimoniales se refiere: preferir el bien común, es decir, la seguridad de todos los ciudadanos, o preferir el bien particular, esto es, tratar de reeducar al penado dentro de un Centro Penitenciario para que dentro de un tiempo vuelva a la sociedad sin delinquir en lo mismo. En todo caso, los niveles de reincidencia-habitudinalidad delictiva explica muchas veces las sucesivas e incomprensibles modificaciones legales que ha padecido nuestros delitos patrimoniales desde el primer Código Penal que tuvimos en el año 1863, pasando por el segundo Código en el año 1924; modificaciones que se han producido sobre todo, en el delito de hurto (y sus agravantes) y el delito de robo (y sus agravantes), llegando hasta límites insospechados en cuanto a la pena criminal (la debida *anticipación* de la protección penal es una de las características principales del Derecho penal del enemigo), teniendo en consideración los otros delitos donde se protegen igualmente bienes jurídicos igualmente valiosos como la vida humana o la libertad individual, donde la protección penal no tan es semejante.

Por ello, debería pensarme si es conveniente o no, desde el punto de vista de la eficacia político-criminal del Estado, que se incorpore dentro de la Parte Especial del Código, la llamada “colaboración eficaz” para supuestos de criminalidad organizada en el ámbito del delito patrimonial, sobre todo los supuestos de apoderamiento, como lo sí lo hay en los delitos ambientales a través de la Reforma del año 2008. Como es sabido, la expansión de la reglas creadas para enfrentar la llamada “criminalidad organizada” al Derecho penal común, no es reciente ni excepcional en el ordenamiento peruano. Las normas de colaboración eficaz y sus consecuencias premiales son conocidas en nuestro medio sobre todo a raíz de la legislación antiterrorista de los años ochenta, cuya principal fuente de inspiración fue la regulación italiana relativa a los *pentiti* o arrepentidos.

Aunque suele apreciarse como un instrumento jurídico relevante en la persecución del crimen organizado, las críticas contra el modelo penal premial y su expansión al Derecho penal ordinario son el lugar común de la doctrina hispanoamericana, tanto por objeciones de tipo jurídico-material, como por objeciones de orden procesal y constitucional. Esa expansión del régimen premial también se observa en el Perú en los últimos 10 años, no solo en sectores específicos vinculados a la criminalidad organizada violenta, como el tráfico de drogas (Dec. Leg. N.º 824) y las llamadas “normas de seguridad ciudadana” (Dec. Leg. N.º 901). Recientemente,

a partir del procesamiento del grupo criminal cuya dirección se atribuye a los Sres. Montesinos y Fujimori, se ha implementado un régimen general de colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada a través de la Ley N.º 27378 de 21 de diciembre de 2000, cuya vigencia se ha fijado de inicio por dos años y que permite abarcar delitos cometidos en general por organizaciones criminales, delitos de peligro común, contra la administración pública, contra los Derechos Humanos, etc. Asimismo, el régimen premial se extiende a delitos vinculados al Derecho penal económico, como se aprecia en el ordenamiento penal tributario (Dec. Leg. N.º 815) o en los delitos concursales (artículo 212 del Código penal).

II. CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO A LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

Al margen de que si el delito de hurto, ya se básico o agravado, se trata de un delito de *apoderamiento* (es decir, lo fundamental es que se trata solo del apoderamiento doloso de bienes muebles, sin utilizar violencia o amenaza) o si se trata de un delito de *enriquecimiento* (es decir, que lo fundamental en el delito de hurto es el apoderamiento doloso de bienes muebles, sin utilizar violencia o amenaza, con la finalidad de que el sujeto obtenga un provecho económico), lo más relevante es que se trata de un delito que afecta los intereses patrimoniales de las personas, desde que se encuentra como el primer delito a castigar en los delitos contra el patrimonio.

CAP. XII

En el delito de hurto el bien jurídico tutelado de manera general es el patrimonio, entendiéndose que se encuentra constituido por la suma de valores económicos puesto a disposición de una persona, bajo la protección del ordenamiento jurídico.¹ Las características del patrimonio son la legalidad, instrumentalidad, autonomía y unidad. De manera que el patrimonio está integrado por los bienes (muebles, inmuebles y semovientes) que son susceptibles de apreciación económica. Es justamente, a esta clase de bien jurídico (patrimonio) lo que se trata de proteger en los “delitos contra el patrimonio”.

Según Muñoz Conde los delitos patrimoniales normalmente se ha caracterizado por ser un ilícito de enriquecimiento, que se dividen en dos: de apoderamiento y de defraudatorios. Con respecto al delito de apoderamiento –como lo es el hurto– requieren normalmente un desplazamiento físico de las cosas del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo.

Por su parte Mezger afirma que los delitos patrimoniales se dividen en: los delitos con desplazamiento patrimonial y los simples delitos de daño al patrimonio. En aquellos, el hecho punible consiste en quitar a un patrimonio un elemento del mismo a fin de incorporarlo a otro patrimonio y, en éstos, en perjudicar al patrimonio. Es exacto que esta diferenciación no se basa en el bien jurídico lesionado.

Según el profesor alemán Kindhauser los derechos del individuo protegidos jurídicos penalmente se subdividen en dos grupos:

- Al primer grupo pertenecen aquellos derechos que tienen como objeto lo determinado, el status de una persona en derecho de libertades

definidas. Ejemplos de ello son la libertad de movimiento, el honor o el derecho a la vida y a la integridad corporal. Puesto que aquellos derechos son constitutivos para una persona en derecho, ellos pueden ser designados también como derechos suprapersonal.

- Al segundo grupo pertenecen los derechos de bienes que facilitan a una persona la posibilidad del libre desarrollo. Estos derechos corresponden a su titular no en su ser de persona de derecho, sino porque él los adquiere. Aquellos derechos no son constitutivos para la “existencia jurídica” de una persona. Ellos sirven mucho más a la salvaguardia de los respectivos intereses de la persona. En correspondencia a su función esos derechos son básicamente transferibles. *La totalidad de bienes que a una persona se le adjudica en virtud de derechos transferibles puede ser definida como su patrimonio.*

Según García Caverio “...el patrimonio debe ser entendido como aquellas realidades materiales o inmateriales susceptibles de apropiación, que la persona utiliza para su realización personal en su interacción con otras personas. La susceptibilidad de apropiación implica necesariamente una correspondencia con la regulación civil de los derechos reales. Esta alineación a una comprensión jurídica del patrimonio no significa, sin embargo, una renuncia a la formación autónoma de los conceptos jurídico-penales, sino una realidad jurídicamente estructurada.

CAP. XII

El patrimonio, en cuanto a bien jurídico debería incluir a las obligaciones, sin embargo, no debe ser entendido como que son las deudas del sujeto pasivo del delito los objetos de tutela penal, sino que las obligaciones que pueden tener diversa fuente de producción que convergen en provecho del sujeto pasivo o incrementarían en el futuro su patrimonio son las asimilables en el bien jurídico protegido por la norma penal. Sin embargo desde esta perspectiva, considerar que un hurto sobre el patrimonio del deudor que se haya obligado frente al acreedor, va configurar una lesión a los activos de este, reconducible a un ámbito de tutela penal bajo el título de hurto que convertir al acreedor en sujeto pasivo del delito, no es más que una concepción maximalista y de extrema *ratio* del Derecho penal, inaceptable desde múltiples enfoques que dan cuenta de los fines, la naturaleza y principios fundantes del Derecho penal.

Sin perjuicio de lo anterior, se considera que, concretamente, el objeto de tutela penal es el derecho de propiedad que comprende el derecho de posesión sobre un bien al ser la posesión inherente al dominio. De lo anterior, se desprende que para la configuración de la tipicidad objetiva del delito de hurto (art. 185 CP), se tiene que verificar que el poseedor de hecho, es decir, el agente que se ha apoderado del bien de manera ilegítima, cuente una disponibilidad potencial, que no sea efectiva sobre la cosa –de realizar materialmente sobre ella actos dispositivos– a efectos de establecer un resultado típico, verificable y que comporte una vulneración al bien jurídico que la norma penal tutela. Es decir, tendría que acreditarse la sustracción por parte del sujeto activo, y que dicha sustracción sea en términos *ilegítimos*.

Con respecto al bien jurídico tutelado en los delitos de hurto, se ha dicho desde algún sector de la doctrina que debe protegerse la propiedad; sin embargo, y

siguiendo a Muñoz Conde, la propiedad no siempre está actualizado en el momento en que se comete el hurto; así, por ejemplo, la sustracción de una cosa perdida al depositario de la misma es hurto aunque el propietario no aparezca nunca. Además, la posesión puede tener, a veces, una protección autónoma e incluso preferente frente a la propiedad. En tal sentido, el bien jurídico protegido directamente en este precepto es, por consiguiente, la *posesión*.

Para Gálvez Villenas/Delgado Tovar que en el delito de hurto "...se podrá considerar como objeto de protección únicamente a la propiedad, en otras, también se podrá considerar a la posesión y otros derechos reales, y en otros casos, como en el nuestro, se podrán considerar como objetos de protección no solo a la propiedad, posesión y demás derechos reales, sino también a otros elementos como la energía eléctrica, gasífera, hidráulica o cualquier otra que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético, sobre el cual el Estado, no tiene propiamente derechos reales de propiedad o posesión, sino más bien la potestad de regulación y administración".

En ese sentido tienen importancia para el Derecho penal algunos conceptos definidos por la ley civil. Desde luego, el concepto de propiedad en el sentido de dominio es siempre el mismo; pero así como otros delitos son directos atentados contra el derecho de dominio, el hurto se caracteriza por "lesionar la propiedad por medio de una lesión a la posesión. El concepto de posesión protegida es mucho más amplio que el de posesión en el sentido civil, porque, no siendo la cosa propia del que la toma, tanto importa que fuese quitada al propietario, como a alguien que posea por el propietario, o a alguien que meramente la tenga, sea cual sea el título o la causa de la tenencia, incluso si esa es ilegítima y delictiva: hurtar una cosa a quien a su vez la hurtó, es también hurto. Salvo que ello ocurra entre los partícipes del mismo hecho, en cuyo caso el que se quedó con la cosa no comete un nuevo hurto contra el cómplice. A este respecto, tanto vale el *jus possessionis* como el *jus posesionendi*.

En ese sentido, lo que salta al entendimiento del delito de hurto es la concurrencia de tres verbos rectores que caracterizan al delito de hurto básico; apoderar, sustraer y aprovechar. Si alguno de estos verbos falta en determinada conducta que lesione el patrimonio de la víctima, aquella no constituiría hurto.

El delito de hurto tiene diferencias, por ejemplo, con el delito de apropiación ilícita, no obstante que los dos ilícitos el sujeto activo no utiliza violencia ni amenaza, y más aún ambos se encuentran en el mismo bien jurídico de delitos contra el patrimonio; así nos encontramos frente a un hecho típico de hurto, que se agrava por la concurrencia de los agentes, y no frente a un delito de apropiación ilícita; que la diferencia entre ambas figuras típicas reside en que en el primer caso, el agente sustrae el bien mueble del lugar en que se encuentra, esto es, sin autorización propietario; mientras que en el segundo, el bien mueble es entregado al agente por el mismo propietario, ya sea en calidad de depósito, administración, comisión u otro ilícito que produzca obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado.

El legislador patrio, sobre base del principio de mínima lesividad e insignificancia social, ha considerado que en el caso del delito de hurto simple, el bien mueble

ajeno tenga una mínima virtualidad económica para ser considerada como delito, en este caso se exige una remuneración mínima vital (RMV); es decir, se exige típicamente un *quantum* económico mínimo para dotarle de lesividad al bien jurídico lesionado (“patrimonio”), al no verse involucrado en el delito de hurto otros bienes jurídicos como en el delito de robo, donde se protege además del patrimonio, la vida y la integridad física de las personas naturales. En tal sentido, si no sobrepase el quantum económico la cosa mueble hurtada, será considerada como una mera falta o contravención; y obviamente serán consideradas como faltas contra el patrimonio, que se encuentra en el artículo 444 del Código Penal peruano bajo los siguientes términos: “El que realiza cualquiera de las conductas previstas en los artículos 185 y 205, cuando la acción recae sobre un bien *cuyo valor no sobrepase de una remuneración mínima vital*, será reprimido con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ciento veinte jornadas o con sesenta a ciento ochenta días multa, sin perjuicio de la obligación de restituir el bien sustraído o dañado”.

En el delito de hurto simple le es extraña cualquier forma de acción violenta, coaccionante o generadora de riesgo a la persona y, en tal sentido, la lesividad debe ajustarse directamente a la afectación del bien jurídico. Y como en este caso lo que se protege es el patrimonio, entonces, la mínima lesividad debe ser proporcional al daño económico ocasionado a la víctima. En ese sentido, corresponde al legislador la determinación de la cuantía mínima que establezca con precisión la frontera entre lo que es delito o la falta. En ese sentido, Hugo Vizcardo sostiene que la “... referencia a la cuantía no determina una exigencia típica, dado que no constituye un requisito de orden material que integre la tipicidad objetiva. Su finalidad es distinta sirve de instrumento para discriminar, en su caso, qué conducta lesiva al patrimonio debe imputarse como delito o falta. En ese sentido, asume la característica de una condición objetiva de punibilidad, que como presupuesto a la denuncia pena, debe ser tomada en cuenta por el operador penal. Pero su ausencia no determina la atipicidad de la conducta, ya que el delito típicamente se perfecciona con el apoderamiento injusto que se haga sobre el bien mueble”.

La simplicidad del delito de hurto lo convierte en la figura delictiva más leve de entre los delitos patrimoniales. De ahí que la moderna criminología pueda pretender, con fundamento, relegar el hurto a un simple ilícito civil o administrativo. Ciertamente, el hurto, desprovisto del desvalor de acción que implica la violencia, la intimidación, la fuerza o el engaño, resta como simple apoderamiento productor de un resultado lesivo de la propiedad ajena, en donde solo cuenta como desvalor este afecto. El parecido que la mayor parte de los supuestos pueden tener con el incumplimiento de obligaciones, permite admitir como materia de discusión la despenalización o, al menos, la conversión del delito de hurto en delito perseguible a instancia de parte, lo que haría más acorde con la realidad criminológica la persecución de este hecho delictivo.

III. DESCRIPCIÓN LEGAL

El delito de hurto simple se encuentra regulado en el artículo 185 del Código Penal (artículo modificado por el artículo 29 del Decreto Legislativo N.º 1084 del 28-06-2008), bajo los siguientes términos:

“Artículo 185. El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objetos de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación”.

CAP. XII

Artículo original

“Artículo 185. El que para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentran será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tengan valor económico, así como el espectro electromagnético”.

En cuanto a los antecedentes podemos encontrar el primer Código Penal peruano de 1863 que señalaba respecto al hurto (art. 330) lo siguiente: “Cuando el valor de la cosa hurtada no exceda de doscientos pesos, la pena será de cárcel en primer grado; si no pasare de cien pesos, se aplicará arresto mayor de cuarto grado” (esta disposición estaba contenida en el Título: “De los robos y hurtos”).

En cuanto al futuro legislativo del delito de hurto simple podemos citar el Anteproyecto del Código Penal peruano (2010) publicada por el Congreso de la República, regulado en el artículo 197 bajo el siguiente tenor: “El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objetos de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación”.

Que si observamos la norma penal antes citada, no vemos en realidad muchos cambios significativos a la regulación actual que se tiene en nuestro Código penal.

1. El delito de hurto agravado (artículo 186 CP)

He creído conveniente incorporar el texto legal, y sus sucesivas modificaciones, del delito de hurto agravado, ya que si bien no he desarrollado exegéticamente cada uno de los incisos correspondientes, en el desarrollo de los comentarios del delito de hurto simple, siempre incido en algunos de los aspectos agravatorios.

“Artículo 186. Hurto agravado

El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido:

1. Durante la noche.
2. Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos.
3. Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado.
4. Sobre los bienes muebles que forman el equipaje del viajero.
5. Mediante el concurso de dos o más personas.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años si el hurto es cometido:

1. En inmueble habitado.
2. Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos.
3. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.
4. Mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general o la violación del empleo de claves secretas.
5. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.
6. Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos.
7. Utilizando el espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de telecomunicación ilegales.

CAP. XII

8. Sobre bien que constituya único medio de subsistencia o herramienta de trabajo de la víctima.
9. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.
10. Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transportes de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones.
11. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos”.

(Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 30076 [19-08-2013] y último párrafo modificado por la Ley N.º 30077 [20-08-2013], la cual entró en vigencia el 1 de julio de 2014).

CAP. XII

Texto original:

“**Artículo 186.** El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

1. En casa habitada.
2. Durante la noche.
3. Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos.
4. Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado.
5. Sobre los bienes muebles que forman el equipaje de viajero.
6. Mediante el concurso de dos o más personas.

Si el agente usa sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general, o viola el empleo de claves secretas, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres no mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días–multa”.

Modificación al texto original.

“Artículo 186. El agente será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años, si el hurto es cometido:

1. En casa habitada.
2. Durante la noche.
3. Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos
4. Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado.
5. Sobre los bienes muebles que forman el equipaje de viajero.
6. Mediante el concurso de dos o más personas

La pena no será menor de cuatro ni mayor de ocho años si el hurto es cometido:

1. Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos.
2. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.
3. Mediante la utilización de sistema de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general, o la violación del empleo de claves secretas.
4. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.
5. Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos”.
6. Utilizando el espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de telecomunicación ilegales (incorporado por Ley N.º 28848, del 27-07-2006).

La pena no será menor de ocho ni mayor de quince años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos. (Posteriormente, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 29407 del 18-9-2009 y por el artículo único de la Ley N.º 29583 del 18-9-2010).

CAP. XII

IV. EN CUANTO A LOS SUJETOS EN EL DELITO DE HURTO SIMPLE. ESPECIAL MENCIÓN A LA AGRAVANTE DEL CONCURSO DE 2 O MÁS PERSONAS

En cuanto al sujeto activo podemos observar que se trata de un delito considerado de carácter simple o de sujeto activo indeterminado (*"El que..."*). El tipo penal no exige que el agente cuente con determinadas cualidades o condiciones; solo exige que el agente se haya apoderado de un bien ajeno o parcialmente ajeno mediante la sustracción. No puede ser sujeto activo el dueño o propietario del bien. El propietario del bien que lo sustrae a quien lo tenga en legítima posesión (custodio, depositarios judiciales, acreedores, prendarios, etc.) no es sujeto pasivo de hurto sino de una modalidad específica de apropiación ilícita (*furtum possessionis*) (art. 191).

Por otra parte, sujeto pasivo de este delito puede ser cualquier persona que tenga derecho a la propiedad o la posesión de bien mueble, pudiendo ser tanto una persona natural como una persona jurídica. Por cierto, un delito patrimonial clásico como el hurto o la estafa pueden lesionar o poner en peligro el patrimonio de una persona natural, como de una jurídica, de un colectivo social (asociación, cooperativa, fundación, etc.), como del Estado en sus diversas expresiones. Y seguirá siendo pese a todo ello un delito patrimonial clásico. No es el destinatario o el titular del sujeto pasivo lo que va a determinar la naturaleza patrimonialista del delito.

Ahora bien, se aplicará el tipo base del artículo 185 cuando participe una sola persona en el delito de hurto; sin embargo habrá supuestos en los cuales participarán varios sujetos activos en el evento criminal de hurto, con lo cual tenemos que aplicar las reglas generales de la autoría y participación (artículo 23 y siguientes), teniendo en consideración que el hecho de que varias personas participen en un delito de hurto, ya constituye una circunstancia agravante del artículo 186, inciso 5, del Código Penal, que señala: *"Mediante el concurso de dos o más personas"*.

En el supuesto de hurto mediante concurso de dos o más personas, se ha visto un caso de apoderamiento de automóvil que define ya consumación del delito de hurto y no así tentativa del mismo, al haber los agentes roto el ámbito de custodia y dominio, llevando el bien mueble a un lugar desconocido. Así: "La consumación en el delito de hurto agravado, perpetrado con el concurso de dos o más personas, se produce cuando los agentes se apoderan de un bien mueble total o parcialmente ajeno, privándole al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia y posesión de dicho bien, asumiendo de hecho los sujetos activos la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición de dicho bien, en caso de autos, el apoderamiento del automóvil fue perpetrado en circunstancias en las cuales el agraviado se encontraba prestando servicios de taxi, habiéndose llevado los procesados el taxi, siendo capturados horas después por efectivos de la Policía nacional, por tanto el hecho global ha llegado al nivel de la consumación delictiva y no así al de la tentativa como incorrectamente lo señala la sala penal superior, toda vez que los agentes al haberse llevado consigo el bien mueble violando la esfera de custodia y dominio de su legítimo poseedor y trasladado a un lugar desconocido, ya han realizado actos de disposición patrimonial, no pudiendo

existir una tentativa de delito por cuanto este último significaría que el tipo penal solamente se habría realizado de un modo parcial”. Asimismo, se ha conocido otro caso de la jurisprudencia penal de la Corte Superior de Lima, del despojo de billetera sin violencia o amenaza por dos personas. En efecto, “si el procesado no utilizó violencia o amenaza para despojar al agraviado de su billetera, que contenía dinero, no se dan los supuestos legales para que se configure el delito de robo sino el de hurto agravado, ya que el hecho delictivo se llevó a cabo con el concurso de dos personas”.

En todo caso, el delito de hurto agravado en función a la participación de más de dos sujetos se considerarán como “coautores” del delito de hurto agravado (artículo 23 del Código Penal), y obviamente quienes no tengan el respectivo dominio funcional del hecho, serán considerados como “cómplices” o “inductores” de dicho delito de acuerdo a las normas del artículo 24 o 25 del Código Penal.

Debemos de tener en consideración lo prescrito en el artículo 186, segunda parte, inciso 2, que señala lo siguiente: “Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos”; en el sentido que integrar o formar parte de una organización criminal es sin duda una circunstancia mucho más gravosa que la sola intervención de dos o más personas en el delito de hurto (artículo 186, inciso 5, del Código Penal), pues aquella está sancionada con una pena no menor de cuatro ni mayor de ocho años, mientras la del inciso 5, del artículo 186 se sanciona con una pena menor de privación de libertad que va no menor de tres ni mayor a seis años. En efecto, la organización se exige mínimamente una jerarquía de sus miembros, además de cierta permanencia de sus miembros a cometer los delitos de hurtos; mientras que en el inciso 5 del artículo 186 se exige una participación coyuntural, eventual de dos o más sujetos que se encuentran para cometer dolosamente el delito de hurto.

Ahora bien, en cuanto al sujeto pasivo es quien es afectado directamente por el delito; en la cual debe tener una relación de hecho y de derecho con la cosa o bien mueble sustraído. Tal situación debe estar protegida jurídicamente, teniendo el sujeto pasivo la calidad de protegido, poseedor o tenedor.

V. SOBRE EL CONCEPTO DE APODERAMIENTO Y SUSTRACCIÓN

El verbo rector del delito de hurto simple, según la descripción del artículo 185 consiste en “apoderarse”. Algo parecido a lo que se señala en el delito de hurto de uso del artículo 187 del Código Penal que señala: “El que *sustraе* un bien mueble ajeno...” y el delito de robo del artículo 188 del Código Penal (“El que se *apodera* ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, *sustrayéndolo* del lugar en que se encuentra...”).

La acción de apoderarse como elemento exigido por el tipo penal, se realiza cuando el agente se apodera, apropia de un bien mueble que no le pertenece, pues lo sustraе de la esfera de custodia del que lo tenía antes. Este apoderamiento implica la disponibilidad que tiene el agente en relación al bien mueble sustraído; es decir, es una situación resultado de la acción de sustracción en que constituye

el hecho delictivo; para llegar a esta situación se requiere que el agente haya sacado de la esfera de custodia que tiene la víctima sobre el bien. En tal sentido, el elemento típico esencial del hurto es el apoderamiento que implica adueñarse de un bien, ocuparlo, ponerlo bajo su poder, luego de haberlo sustraído del lugar donde se encontraba.

Se discute en la doctrina si el apoderamiento debe o no durar un determinado tiempo. El problema de delimitación se presenta cuando el agente después de haber sustraído el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima inmediatamente es perseguido por la Policía que interviene al observar la sustracción. No obstante, en la doctrina y la jurisprudencia se ha impuesto la posición en el sentido de que el tiempo no es relevante, sino que es suficiente que el agente haya tenido la posibilidad de disponer en provecho propio del bien sustraído para estar frente al estado de apoderar. Siendo así en el supuesto de hecho narrado, todavía no habrá apoderamiento.

El término sustracción debe entenderse como un hecho material que constituye un medio obligado para lograr el apoderamiento. Por tanto, esta acción puede tener lugar no solo con la aprehensión manual del bien por el agente, sino que este puede valerse del empleo de fuerzas extrañas, como sería utilizar un perro adiestrado, un niño, etc 4. Como bien señala Bernal Caveró: “cuando en la forma del delito de hurto se emplea el verbo “apoderarse”, debe entenderse como una acción típica inherente al hurto que consiste en la posibilidad de realizar materialmente sobre el bien actos dispositivos; posibilidad que carecía antes de la acción porque el bien se encontraba en poder de otra persona, fuese propietaria o, simplemente tenedor o poseedor” 3. En efecto, a tenor de lo acotado por el art. 185 de nuestro Código Penal, se requiere la sustracción de la cosa, esto es, la separación del bien del ámbito de custodia del propietario o del legítimo tenedor; así como la incorporación de esta dentro de la esfera de organización del agente.

Debemos de considerar que no son sujetos activos de hurto común los funcionarios o servidores públicos que vinculados funcionalmente con el bien mueble público se lo apoderan; en estos casos estamos ante el delito de peculado. Lo son de hurto y/o de apropiación ilícita si carecen de tal vinculación funcional.

Ahora bien, algo debe quedar en claro: que uno puede apoderarse de las cosas muebles que están por ejemplo en su domicilio, en su oficina, es decir, ponerlas en sitios o lugares distintos a donde se encontraba primigéneamente dichas cosas, y aquí obviamente no hay nada de ilícito penal; sin embargo, lo que reprime este delito es la forma ilegítima, de forma ilegal de cómo se apoderan de las cosas. Es decir, el sujeto activo, sin solicitar el respectivo permiso a su real dueño o poseedor de dicha cosa, se apodera de dicho bien mueble. No es necesario que el sujeto activo esté en “administración previa”, o en “vigilancia previa”, o en “percepción o custodia previa” de la cosa mueble, o sobre la cosa mueble, objeto a sustraer, cómo sí se exige por ejemplo en el delito de peculado por utilización o por sustracción doloso del remozado artículo 387 del Código penal.

Si aplicamos una interpretación literal de la norma (artículo 185) llegaríamos a una conclusión provisional: que el apoderamiento, y por ende la consumación

del delito de hurto, estaría cuando el sujeto activo sustrae la cosa mueble *alejándola del lugar donde se encontraba*, es decir, estaríamos adhiriéndonos a la teoría de *amotio* según la cual se considera consumada el hurto y el robo cuando la cosa ha sido trasladada o movida del lugar. Empero, esta no es la posición que se ha asumido actualmente en nuestro sistema jurídico, a partir de la Sentencia Plenaria N.º 01-2005 de la Corte Suprema, referente a la consumación del delito de robo, en el sentido que el desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio definitorio del delito de hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición. El acto de apoderamiento es, pues, el elemento central de identificación para determinar, en el *iter criminis*, la consumación y la tentativa. Desde esta perspectiva el apoderamiento importa: (a) el desplazamiento físico de la cosa del ámbito del poder patrimonial del tenedor –de su esfera de posesión– a la del sujeto activo, y (b) la realización material de actos posesorios, de disposición sobre la misma. Si el desplazamiento no viene acompañado de la disposición, mejor dicho de una mínima disposición, no hay perfeccionamiento típico posible, en todo caso habrá tentativa del artículo 16 del Código penal.

En este punto debemos de tener en consideración lo que prescribe el propio tipo penal del hurto imple (artículo 185 CP): “El que para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, *sustrayéndola del lugar donde se encontraba...*” (las negritas son mías); y la idea del “lugar” tiene un significado relativo y representa la esfera de posesión del tenedor del bien por lo que no puede determinársele a priori, sino según las circunstancias de cada caso. El lugar donde se encuentra debe interpretarse como ámbito de custodia del sujeto pasivo.

Ahora bien, aquí tenemos que preguntarnos lo siguiente: ¿Si para el Código Penal peruano “apoderarse” resulta semejante a “sustracción”?; o en todo caso ¿Son conceptos jurídico-penales totalmente distanciados? Al parecer pudiera el concepto de apoderamiento implicar varias acepciones. En primer lugar, el concepto de apoderamiento implicaría un primer momento del hurto, y un momento posterior el de la sustracción. En una segunda acepción el concepto de “apoderamiento” englobaría el concepto de “sustracción”, que según podemos entender se trata que el sujeto activo tome posesión de la cosa mueble, y como el propio tipo penal lo señala, lo sustraiga dolosamente del lugar donde primigéneamente se encontraba.

Objetivamente debe haber actos de desplazamiento por parte del agente del bien objeto del hurto, caso contrario el delito no aparece, no habrá hurto cuando el agente se apodera o adueña de los caballos del vecino que espontáneamente se pasaron a su esfera de dominio. La Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarísimos con Reos Libres de la Corte Superior de Lima, por Resolución Superior del 15 de abril de 1999, sentenció lo siguiente: “...para que configure el delito de hurto, es necesario que se acredite no solo el apoderamiento del bien mueble, sino también la sustracción del lugar en que previamente se encontraba, y si bien es cierto, que se ha demostrado que los encausados se hallaban en posesión de los bienes sustraídos de la agraviada, no es menos cierto que tenga que demostrarse que ellos sean los autores de dicha sustracción”.

El desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio del hurto, sino el desplazamiento del *sujeto* que puede realizar actos de disposición. El hurto no está en la acción de *tomar la cosa*, sino en la usurpar el poder sobre ella.

VI. AUSENCIA DE VIOLENCIA O AMENAZA PARA EL APODERAMIENTO EN EL DELITO DE HURTO. CASOS LÍMITE DE ARREBATAMIENTO DE LA COSA

El apoderamiento de los bienes muebles sin el empleo de violencia o amenaza contra la persona, configura el delito de hurto pero no el de robo. Efectivamente, una de las grandes diferencias entre el hurto y el robo es por la forma de cómo el sujeto activo realiza el apoderamiento de la cosa mueble. En el robo se utiliza la violencia o amenaza, mientras que en el delito de hurto no. En realidad no entendemos la circunstancia agravatoria del artículo 186, inciso 3, del Código Penal cuando señala: “*Mediante destreza...*”, cuando precisamente la destreza que muestra el sujeto activo sobre la cosa mueble es la situación o circunstancia estándar o general para conceptualizar el hurto simple. Decir que ha habido destreza, habilidad para la sustracción es porque ha habido un hurto de manera simple no de manera agravada. Entonces, ¿qué debe utilizar el sujeto activo para que su conducta sea considerada como un hurto simple? Si no es precisamente la destreza y habilidad.

En este orden de ideas, existe un caso de la jurisprudencia penal suprema sobre el denominado “hurto por destreza”, en el supuesto de interceptación de la agraviada a la que arrebatan bolso, el mismo que no constituye delito de robo sino delito de hurto agravado. En efecto: “En la conducta de los acusados, quienes luego de obtener información acerca que la agraviada había retirado una suma del dinero de la entidad bancaria, la interceptan arrebatándole la bolsa que contenía el dinero para luego repartírselo, no concurren los elementos configurativos del delito de robo ilícito por el cual se formalizó denuncia, se investigó judicialmente y se sentenció, que luego de la instrucción, de los debates orales y la deliberación queda establecida que los hechos materia de proceso configuran el delito de hurto agravado previsto en el artículo 186 inciso 3 del Código Penal”.

Por otro lado, debemos de precisar lo siguiente: si el sujeto activo realiza la sustracción de la cosa mueble mediante el empleo de materiales o artefactos explosivos para destrucción o rotura de obstáculos constituirá una circunstancia agravante del hurto (artículo 186, segunda parte, inciso 5). Nótese que la utilización de dichos explosivos es solamente para “facilitar” o “asegurar” la ejecución delictiva, y aun cuando solo se utilice las manos para la destrucción o rotura de obstáculos también constituye una circunstancia agravatoria de menor grado que la anterior (véase el artículo 186, primera parte, inciso 3 del Código penal); porque si los explosivos o la rotura de obstáculos fuera para “lesionar” otros bienes jurídicos tutelado, aparte del patrimonio, como la vida o la integridad física, el hecho se convertiría en un delito de robo.

La fuerza sobre las cosas, que se aprecia por ejemplo en los hurtos mediante explosivos o con rotura de obstáculos supone energías focalizadas sobre los

objetos no sobre las personas, pues de ocurrir ello cambiaría cualitativamente la naturaleza del delito por el de robo. No se puede sostener, desnaturalizando el concepto de violencia, que el hurto supone violencia y fuerza sobre las cosas, pues dicha aseveración traslada impropia e inapropiadamente una cualidad desvalorada de las acciones direccionadas exclusivamente sobre los seres humanos. Al respecto esta agravante del hurto mediante el empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos se trata de una agravante mixta, ya que relaciona el medio empleado (materiales o artefactos explosivos) con el modo de ejecución del hurto (con destrucción o rotura de obstáculos). El agente deberá cometer el delito ejerciendo violencias sobre todo aquello que aparece como defensa natural o artificial de los bienes muebles objeto de la infracción. Esto es, deberá superar “obstáculos”, predispuestos para evitar el apoderamiento de bienes ajenos (caja fuerte, cercos electrificados, etc.).

Una de las características del delito de hurto es la sustracción de la cosa mueble sin la utilización de violencia ni amenaza; concitando la atención los casos límites de “arrebato” o “tirón” que realiza el sujeto activo. En efecto, en estos casos el problema límite está en el medio de “violencia” más no en la amenaza; en ese sentido, el sujeto activo utiliza intencionalmente un cierto nivel de violencia física para lograr su propósito criminal; por ejemplo, el sujeto activo se acerca a su víctima que lleva una cartera costosa en uno de sus brazos, y realiza un tirón fuerte hacia abajo que rompe los tirantes de la cartera, llevándose consigo la misma, huyendo del lugar de los hechos. En otras palabras, el arrebato de cartera, sin violencia o amenaza configura el delito de hurto agravado; así lo ha señalado una Ejecutoria Suprema: “La conducta delictiva del encausado se encuentra en el tipo descrito en el artículo 186 del Código Penal, ya que se encuentra acreditada la responsabilidad del encausado por arrebato de cartera, mas no así que en tal despojo haya mediado violencia o amenaza alguna, no configurándose el delito de robo agravado, previsto en el artículo 189.

Así, existe otro caso conocido por la Corte Suprema (arrebato del monedero), que tiene dicho lo siguiente: “El arrebato del monedero de la agraviada cuando se encontraba en un mercado se subsume dentro de los alcances del inciso cuarto del artículo 186 del Código Penal vigente, toda vez que en el accionar del agente ha primado la destreza para apoderarse del monedero, no habiendo ejercido violencia física contra la víctima”.

En todo caso, nos preguntamos si realmente: ¿Estamos ante un delito de hurto o un delito de robo? La respuesta dependerá de cada caso concreto, sin embargo, consideramos tener en cuenta dos supuestos:

- En primer lugar, si el arrebato con violencia física lleva consigo lo mínimo necesario para sustraer la cosa estaremos simplemente ante un delito de hurto (por ejemplo, el arrebato de la cosa solo ha ocasionado un mero susto en la víctima), pues no ha puesto todavía en riesgo la integridad física de la víctima;
- En cambio, si el arrebato se torna violento a tal punto que pone en riesgo inminente la integridad física de la víctima (por ejemplo, la víctima

opone tenaz resistencia por un lapso ante la fuerza del sujeto activo, produciéndose agresiones mutuas, logrando el ladrón su cometido) aquí se producirá un delito de robo, es más se produciría un robo agravado de acuerdo al artículo 189, segunda parte, inciso 1, que a la letra reza: *“Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima”*.

VII. ILEGITIMIDAD DEL APODERAMIENTO

La ilegitimidad del apoderamiento como elemento típico se realiza cuando el agente se apropia del bien mueble sin tener Derecho alguno sobre dicho bien, esto es, no cuenta con el sustento jurídico ni con el consentimiento válido de la víctima para generarse un ámbito de dominio y por tanto de disposición sobre el bien mueble; en consecuencia, si existe un consentimiento (válido) de la víctima para que el sujeto activo pueda sustraer el bien mueble y luego disponerlo, no existirá una infracción por el delito de hurto. Esto es, la ilegitimidad y el consentimiento de la víctima son dos elementos (objetivos) totalmente contrapuestos que pueden determinar el cerrar o no la tipicidad de la conducta objeto de análisis.

El adjetivo “ilegítimo” es un elemento normativo del tipo de hurto simple, y como tal dependerá de las circunstancias legales y objetivas de cada caso concreto, y obviamente de lo decida el juez penal en el respectivo proceso penal. Con esta palabra de “ilegitimidad” se hace referencia a una parte de la descripción típica: el apoderamiento de la cosa mueble. Se trata, en otras palabras, de una característica *típica y no de una valoración total del hecho que hace referencia a la antijuricidad de la acción*.

En efecto, la ilegitimidad o lo contrario a Derecho en el apoderamiento solo está en función al primer elemento de la teoría general del delito, como es la tipicidad penal de la conducta del hurto (concretamente a una parte del tipo objetivo, no afectando a los demás elementos como son los sujetos, ajeneidad de la cosa, al concepto de bien mueble, el *animus* de lucro, etc.), mas no la ilegitimidad afecta al contenido total del injusto penal (antijuricidad), y ni muchos menos la “ilegitimidad” del apoderamiento está en función a la culpabilidad individual del sujeto.

VIII. EL CONCEPTO DE BIEN MUEBLE AJENO EN EL DELITO DE HURTO. CONCEPTO FUNCIONAL Y AUTÓNOMO DE BIEN MUEBLE EN EL DERECHO PENAL. LA PROBANZA DE LA PREEXISTENCIA Y EL ERROR DE TIPO EN LA COSA MUEBLE

El *objeto material* de este ilícito penal recae sobre un bien mueble, entendiéndose, como toda sustancia corporal o material susceptible de ser aprehendida y que tenga un valor, de tal manera que su pérdida o sustracción cause un perjuicio efectivo propietario. En la doctrina penal alemana se discute si la apropiación recae sobre la cosa misma (teoría de la sustancia) o el valor de la cosa (teoría del valor de la cosa). Hay incluso posturas que intentan unificar ambas perspectivas (teorías de la unificación). En todo caso, el concepto de bien mueble, se entiende como todo objeto del mundo exterior con valor económico que sea susceptible de apode-

ramiento material; por tanto, se comprenden a los objetos con existencia corporal y los elementos no corpóreos, tales como la energía eléctrica, el agua, el gas, el espectro electromagnético y cualquier otro elemento que tenga valor económico.

Ahora bien, tenemos que delimitar conceptualmente el concepto de “bien” con relación al concepto de “cosa”. El concepto de bien indica cosas con existencia real y con valor patrimonial para las personas; en tanto que “cosa” indica todo lo que tiene existencia corporal o espiritual, tenga o no tenga valor patrimonial para las personas. En tal sentido, es muy importante destacar que el ámbito de aplicación del tipo penal de hurto en nuestro Código Penal está delimitado por el término “bien” y no por el de “cosa”. Si bien en otros sistemas jurídicos puede que la relación entre bien y cosa se comprenda de manera distinta, el caso es que en nuestra normativa civil se sigue la relación de género para el bien y de especie para la cosa. Todas las cosas son bienes, pero no todos los bienes son cosas. En consecuencia, el tipo penal de hurto no puede limitarse a los bienes corporales (cosas), sino que debe abarcar los bienes inmateriales (derechos).

Pueden integrar el delito de hurto sustracciones de objetos que no merecen la condición de “cosa mueble” en el Derecho civil, pero que son “aprehensiones, transportables y valorables” para el Derecho penal. Por ejemplo, títulos valores, letras aceptadas, cheques firmados, todo lo cual puede ser objeto de hurto o de robo. En suma, el de “cosa mueble” es un concepto normativo que tan solo en parte se puede interpretar con arreglo al Derecho civil. En ese sentido, la jurisprudencia penal nacional ha dicho que: “El concepto de bien mueble en estos delitos es uno funcional y autónomo propio del Derecho Penal que no coincide con el concepto civil del mismo”.

En este punto García Caveró señala que el tipo penal de hurto hace una precisión respecto de los bienes que se protegen con dicho tipo penal. Se trata de bienes muebles. El Código civil peruano recoge la *summa divisio* de los bienes que los clasifica en muebles e inmuebles. Así, el citado autor nos dice que: “Una interpretación literal podría llevar a entender que el criterio de distinción es físico, es decir, la movilidad o no del bien. Sin embargo, el criterio de la movilidad no resulta plenamente compatible con lo dispuesto por la normativa civil, pues bienes que pueden moverse como las naves aeronaves son considerados bienes inmuebles (artículo 885 inciso 4 del Código Civil), del mismo modo que se reconocen como bienes muebles los derechos patrimoniales del autor (inciso 6) o las acciones o participaciones en sociedades o asociaciones (inciso 8), los cuales no necesitan tener corporalidad y, por tanto, no pueden someterse a un desplazamiento físico”.

Añade García Caveró que la interpretación de los tipos penales debe corresponderse con lo dispuesto en el ámbito jurídico civil, pero no por una supuesta unidad del ordenamiento jurídico, sino porque la asunción de los criterios jurídicos civiles no genera ninguna distorsión en la estructuración de los tipos penales y se ajusta mejor a las exigencias de seguridad jurídica. Posiblemente el único aspecto en el que cabría una divergencia entre la protección penal y la regulación civil sería el caso de los bienes accesorios a un bien inmueble, que, según la normativa civil, deberían seguir la suerte del principal. Considero que en caso estos bienes

puedan ser separados del inmueble y llevados a otro lugar, podrían considerarse un bien mueble en términos penales y, por lo tanto objeto del delito de hurto. De lo anterior se puede concluir que las acciones (desmaterializadas) en una sociedad pueden ser perfectamente consideradas un bien mueble desde la perspectiva del delito de hurto.

Las cosas (bienes) *extra commercium* por su ilicitud y/o destino, en las que ingresan los objetos delictivos (pasta básica y clorhidrato de cocaína, heroína, marihuana, animales o especies de venta prohibida, maquinarias falsificadoras, etc.) perseguibles por el Estado y de prohibida comercialización, han suscitado encontradas opiniones a nivel doctrinario y jurisprudencial. Lo que queda claro en esta materia es que tales bienes, no obstante la postura estatal al respecto, si tienen referentes económicos en el mercado informal o clandestino cuando no sea el Estado mismo quien asuma su comercialización en las contadas hipótesis de orden científico-médico; lo cual los hace susceptible de hurto (entre los propios traficantes o contra el Estado). El problema jurídico práctico derivado de esta posición, que concierne a si el poseedor de tales bienes que han sido objeto de sustracción debe ser sujeto pasivo del delito. Se resuelve negativamente, ocupando el Estado la titularidad de dicho sujeto.

CAP. XII

Por ello el concepto de bien mueble es un elemento normativo –y no descriptivo– del tipo penal, en la medida en que el Juez Penal necesita, para efectos de interpretar el delito de hurto, complementar, reforzar dicho concepto jurídico con las normas relativas al Derecho civil, específicamente al Libro de Derechos Reales (artículo 886 del Código Civil). En tal sentido, haciendo precisiones sobre el bien mueble, una Ejecutoria Superior, tiene dicho que: “El concepto de bien mueble en estos delitos es uno funcional y autónomo propio del Derecho penal que no coincide con el concepto civil del mismo. Por bien mueble hay que entender todo objeto exterior con valor económico que sea susceptible de apoderamiento material y de desplazamiento”.

Así dicho artículo considera que son bienes muebles los siguientes:

1. Los vehículos terrestres de cualquier clase.
2. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.
3. Las construcciones en terreno ajeno hechas con fin temporal.
4. Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo.
5. Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o derechos personales.
6. Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares.
7. Las rentas o pensiones de cualquier clase.
8. Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque estas pertenezcan a bienes inmuebles.
9. Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro.

10. Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885.

Ahora bien, con respecto al cadáver puede decirse, como regla general, que no es susceptible de hurto porque no es cosa en los términos del Código civil. El cadáver carece de valor económico o de cualquier otra naturaleza. Las partes unidas artificialmente al cuerpo, en cambio (p. ej., todo tipo de prótesis: dientes, miembros articulados, pelucas), pueden dar lugar al delito, por cuanto estos objetos son cosas que poseen un valor económico. El cadáver, no obstante, puede ser objeto de hurto cuando ha entrado al tráfico mercantil (p. ej., una momia como pieza de museo o de venta en un comercio). La sangre también puede ser susceptible de hurto, solo cuando se encuentra separada del cuerpo humano, por ejemplo, envasada en el banco de sangre o en un laboratorio, así como también otras partes del cuerpo, como los tejidos, órganos, etc., para fines de trasplantes.

Una forma de cómo el *bien mueble* tiene una fuerte influencia en el delito de hurto, es por ejemplo en el delito de hurto de ganado o llamado también abigeato (artículo 198– A del Código penal, –introducido a través de la Ley N.º 26326 de 04/06/1994– que la letra prescribe: “El que, para obtener provecho, se apropia ilegítimamente *de ganado vacuno, ovino, equino, caprino, porcino o auquénido*, total o parcialmente ajeno, aunque que se trate de un solo animal, sustrayéndolo del lugar donde se encontraba...”), ya que este delito de abigeato comparte los mismos elementos objetivos del delito de hurto simple, es más ambas infracciones penales comparten el mismo bien jurídico protegido (delitos patrimoniales) y la misma modalidad conductual específica (mediante apoderamiento sin violencia ni amenaza); y lo único que lo diferencia en realidad es en el objeto material del delito, ya que en el delito de abigeato es el ganado y sus variantes existentes en el artículo 189-A del Código penal, mientras que en el delito de hurto simple (artículo 185 del Código penal) puede ser cualquier bien mueble (ajeno) siempre y cuando supere una remuneración mínima vital, menos obviamente que sea el ganado.

En este punto, si bien los animales no se puede decir de forma rigurosa que se traten de “bienes muebles”, resulta más evidente que aquellos se encuentren valorados en el mercado, pues su venta es algo legal, canes que pueden llegar a precios superiores a los quinientos dólares, qué decir de los caballos de carrera cuyo valor asciende fácilmente al precio de un vehículo del año. Son susceptibles de individualización, de desplazamiento y de valoración dineraria, pero su particular naturaleza determinó que el legislador construya una tipificación autónoma, que se contrae de los injustos que se contemplan bajo el rubro de “abigeato”, siempre y cuando se cumpla con las condiciones que hacen de aquellos su denominación como “ganado”.

Al parecer el núcleo jurídico-conceptual de la cosa mueble, según el Código civil peruano, es el hecho que la cosa mueble “pueda llevarse de un lugar a otro” (véase el artículo 886, inciso 9), es decir, que la cosa para ser considerada como “mueble” tenga la virtud de desplazarse físicamente de un lugar a otro lugar. Entendido el concepto de bien mueble en sentido amplio, comprendo no solo los objetos con existencia corporal, sino también a los elementos no corpóreos pero con las características de ser medidos, tales como la energía eléctrica, el gas, el agua y

cualquier otro elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético. De aquí podemos concluir que los recursos pesqueros que pueden ser objeto del delito de hurto en los términos de la modificación serán solo la anchoveta y la anchoveta blanca (*Engraulis ringens* y *Anchoa nasus*) destinado al consumo humano indirecto. El límite máximo de captura por embarcación lo determina el Ministerio de la Producción según el mecanismo previsto en el segundo párrafo del artículo 5 del Decreto legislativo N.º 1084 de Junio de 2008.

Ahora bien, se exige para efectos de la configuración típica, que la cosa mueble sea de carácter “ajeno”, es decir, que no le pertenezca al sujeto activo. En igual sentido se describe en el artículo 187 del Código penal, llamado delito de hurto de uso, que señala: “*El que sustrae un bien mueble ajeno...*”. El bien mueble sobre el cual va a recaer la acción tiene que tener una nota característica: “la ajeneidad”, la misma que puede ser total o parcial. En efecto, para la configuración de este delito se debe verificar que el bien mueble que se sustrae, sea total o parcialmente ajeno. Sobre el particular, es de precisar que el concepto de “ajeneidad” nos permite determinar la existencia de una relación de hecho o de derecho entre la persona física o jurídica, y el bien que mantiene bajo su custodia en una u otra forma.

Tal concepto trae como consecuencia que los *res nullius* no sean susceptibles de ser objeto del delito de hurto, igual sucede con las *res derelictae* (bienes abandonados por sus dueños) y los *res comunis omnium* (cosa de todos). En todos estos casos los bienes no tienen dueño, y por lo tanto, el acto de apoderarse de ellos no lesiona patrimonio alguno.

La verificación de la “ajeneidad” de la cosa mueble es lo que, a mi juicio, limita objetivamente el hurto penal de la simple irrelevancia penal. En tal sentido, puede existir “apoderamiento” y “sustracción”, puede existir la “cosa mueble”, puede existir hasta el “sujeto activo” totalmente individualizado, pero si la dicha cosa mueble no le pertenece a la víctima o sujeto pasivo, o en su defecto es más bien de propiedad del propio autor o sujeto activo, no hay delito de hurto simple. En otras palabras, el concepto de ilegitimidad y el concepto de ajeneidad son las dos caras de una misma moneda.

Estaremos ante una situación de ajeneidad parcial cuando el sujeto activo o agente del delito sustrae un bien mueble que parcialmente le pertenece. Esto es, participa de él en su calidad de copropietario o coheredero con otro u otras personas. Es lógico indicar que para perfeccionarse el delito de hurto, resultará necesario que el bien se encuentra dividido en partes proporcionalmente establecidas; caso contrario, si llegase a establecerse que el bien es indiviso, es decir, no hay cuotas que correspondan a tal o cual copropietarios y por tanto el bien corresponde a todos a la vez, será materialmente imposible la comisión del delito de hurto.

Refuerza esta tesis el artículo 912 del Código Civil, el cual prescribe: “*El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario*”. Esto es de acuerdo, con la normativa nacional vigente, siempre se presumirá que aquella persona que ha sufrido un hurto de sus bienes será propietario de los bienes hurtados, salvo que se pruebe que otra persona es su propietaria, correspondiendo a esta última la condición de víctima o perjudicado del delito.

El legislador penal peruano ha creído conveniente que cuando el bien mueble (“ajeno”) presentara algunas particularidades especiales se configurará una circunstancia agravatoria del delito de hurto, así el artículo 186 presenta varios supuestos concretos: el inciso 5: “Sobre los bienes muebles que forman el equipaje de viajero”; en la segunda parte del artículo 186, en el inciso 2, señala que: “Sobre bienes de valor científico o que integran el patrimonio cultural de la Nación”; en el inciso 7 señala: “Sobre bien que constituya único medio de subsistencia o herramienta de trabajo de la víctima”; o aquella incorporada en el inciso 9 mediante la Ley N.º 29583, publicado el 18-09-2010, que señala: “Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones”.

Desde el punto de vista jurídico-procesal, esta parte de la descripción legal tiene especial desde que se exige que el titular de la cosa mueble hurtada acredite que es su “propiedad”. En efecto, el artículo 201, numeral 1 del Código procesal penal de 2004, señala expresamente lo siguiente: “En los delitos contra el patrimonio deberá acreditarse la preexistencia de la cosa materia del delito, con cualquier medio de prueba idóneo”. Es más la preexistencia de la cosa mueble es una exigencia de orden legal que viene desde la década de los noventa cuando entró algunos artículos del Código Procesal Penal de 1991 (véase el artículo 245 que señalaba: “En los delitos contra el patrimonio deberá acreditarse la preexistencia de la cosa material del delito”).

CAP. XII

Al respecto, la jurisprudencia penal peruana ha dicho que: “Con relación al delito de hurto imputado al procesado, no existe prueba fehaciente que corrobore las imputaciones hechas por la agraviada, más aún si no ha demostrado la preexistencia de lo sustraído, tanto más si existe la negativa uniforme y coherente por parte del procesado”. En esta misma línea de pensamiento una Ejecutoria Superior tiene señalado que la no incautación de bienes sustraídos, ni acreditación de preexistencia de los bienes, impiden valorar como delictiva a título de hurto la sola sindicación de haber visto a uno de los procesados descolgándose de la pared de una vivienda. En efecto: “La sola sindicación de los testigos de haber intervenido al procesado por encontrarse en actitud sospechosa, al ver a uno de ellos descolgándose por la pared de la casa de la agraviada, no tiene mérito suficiente para configurar prueba idónea que acredite la comisión del delito; tanto más, si pese a que el encausado fue intervenido instantes después de sucedidos los hechos, en su poder no se encontró ninguno de los bienes que originaron la denuncia penal, no habiendo tampoco el agraviado acreditado la preexistencia de los objetos materia de hurto”.

Ahora, se ha hecho más explícito en el Código procesal penal de 2004 el principio de libertad probatoria a efectos de acreditar que la víctima era o es el legítimo propietario de la cosa hurtada, pues señala que con cualquier medio de prueba idóneo acreditará el propietario de la cosa; por ejemplo, la prueba documental será la más común entre las pruebas idóneas, es decir, preestablecidas por la norma procesal penal, pero si no existiese tal prueba, será en su defecto las pruebas testimoniales, grabaciones, hasta fotografías proporcionadas por la

propia víctima. Muchas veces se observa en la praxis judicial que no se acredita este extremo de la tipicidad penal, cuando en realidad es un requisito indispensable la “preexistencia” de la cosa mueble. Aunque debemos de tener en consideración una Ejecutoria Superior que tiene dicho, que la procesada, que estuvo el día de los hechos con la agraviada en el ambiente donde se guardaron las joyas; sin embargo la sola sindicación y la *acreditación de los bienes* no es medio de prueba suficiente de culpabilidad.

Las pericias valorativas que acreditan la preexistencia del bien deben sustentarse en documentos fehacientes y no en criterios subjetivos. Así, lo tiene señalado una jurisprudencia peruana en materia penal: “Se le imputa a la procesada haber utilizado un duplicado de la llave de la puerta del inmueble del agraviado para ingresar y sustraer los mismos, joyas y alhajas por un monto estimado de 20, 000 nuevos soles. La imputación formulada por el agraviado debe estar sustentada en prueba idónea, igualmente debe acreditarse en este tipo de delitos la preexistencia de ley, debiendo las pericias valorativas hallarse sustentadas en documentos fehacientes y no en criterio subjetivos, revisados los recaudos que conforman el sumario no se ha acreditado por parte del agraviado la preexistencia de ley, existiendo solo su dicho en el que incurre en contradicciones respecto a la forma como habrían ocurrido los hechos”.

DAP. XII

La verificación de la cosa mueble “ajena” tiene importante consecuencia prácticas desde el punto de vista subjetivo dentro de la tipicidad, ya que si el sujeto activo por ignorancia se lleva por ejemplo el abrigo de otra persona, que estaba en una silla dentro de un cafetín. Por supuesto que el sujeto activo cumple “objetivamente” con todas y cada una de las exigencias del tipo penal del artículo 185, sin embargo, la solución al caso planteado debemos encontrarla en la tipicidad subjetiva, desde que no hubo el dolo del delito de hurto, porque jamás hubo, por parte del sujeto activo, consciencia y voluntad de realizar la “apropiación” y “sustracción” del abrigo, él desconocía el carácter “ajeno” de la cosa mueble, por lo tanto no existe, o mejor dicho, no podemos cerrar la tipicidad de la conducta.

Por otro lado, ahora veremos las consecuencias del desconocimiento del agente en cuanto al apoderamiento del bien mueble que era “ajeno”. En efecto, el artículo 14 del Código Penal reconoce trascendencia al error sobre los elementos del tipo penal, eliminando, en caso de ser un error vencible sobre los elementos del tipo, el dolo, y en caso de ser un error invencible, toda la imputación subjetiva (dolo y culpa). Pues bien, el dolo del hurto exige el conocimiento, siquiera eventual, de la realización de los elementos del tipo objetivo del mismo, el cual tiene como uno de sus contenidos primordiales la existencia la ajenidad del bien mueble. Esto significa que quien se equivoca o yerra sobre la existencia del concepto de *ajeno* del bien mueble no actúa dolosamente, conforme a las cláusulas contenidas en el artículo 14 del Código Penal peruano.

En tal sentido se verifica la presencia del error de tipo, primer párrafo, del artículo 14 del Código penal: “El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando

se hallare prevista como tal en la ley”. Podemos afirmar que si el sujeto activo podía salir de su error si este realizaba en el momento de la realización de la conducta actos de diligencia debida, sin embargo, solo será reprimido la conducta del sujeto activo, si existe un tipo penal culposo, que no lo hay en el delito de hurto, ni en los delitos patrimoniales; en ese sentido, seguirá siendo impune la conducta descrita.

IX. LOS GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO DE HURTO: MOMENTO CONSUMATIVO EN EL DELITO DE HURTO

Históricamente se han formulado diversas teorías para determinar el momento consumativo en el delito de hurto, siendo las más importantes los siguientes:

- La teoría de la *attrectatio* (teoría del contacto o de la contractación, para algunos) entiende que el hurto se consuma con el mero tocamiento de la cosa.
- La teoría de la *apprehensio* consiste en la simple captación material del objeto o en poner la mano sobre la cosa ajena.
- La teoría de la *amotio* exige la remoción de la cosa del lugar en donde se encontraba.
- La teoría de la *ablatio*, según la cual el apoderamiento se consuma cuando la cosa es transportada o trasladada de un lugar a otro.

CAP. XII

Si bien el artículo 185, primer párrafo, del Código Penal no señala expresamente un resultado típico separado de la conducta típica como sí lo realiza en otros tipos penales de la Parte Especial (véase en el artículo 304: “...que causen o puedan causar perjuicio, alteración o daño...”; o por ejemplo el artículo 427: “...si de su uso puede resultar algún perjuicio...”), debemos de entender que la definición del verbo rector del delito de hurto simple, o mejor dicho la realización –total o parcial– del verbo rector implicaría ya la misma consumación típica, pues sustrayéndolo del lugar donde se encuentra el bien mueble representa una lesión efectiva al patrimonio de su titular. En sentido, la acción de apoderarse mediante sustracción, materialmente, define al delito de hurto y, por extensión, de robo como uno de resultado y no de mera actividad. En otras palabras, el hurto es un delito de resultado lesivo, ya que hace falta el desplazamiento patrimonial y exige la separación fáctica de una cosa del patrimonio de su dueño y su incorporación al del sujeto activo.

Me explico: dentro de los grados de desarrollo del delito de orden externo se verifican como es sabido los siguientes actos de progresión delictiva: actos de preparación, los actos de ejecución (hasta llegar a la consumación típica) y por último los actos de agotamiento (que en muchos casos son impunes). Sabido es que los actos de preparación son totalmente impunes y esto se puede verificar en los delitos de resultado lesivo donde los espaciamientos entre uno y otro acto son bien diferenciados. Ese sentido, por ejemplo si Juan ingresa a una joyería y se apodera dolosamente de unas alhajas de oro que está en un estante exhibiéndose al público y, cuando está Juan por salir del local, se le cae de la mochila donde los había guardado dichas alhajas; y el personal de seguridad de la joyería se da cuenta de tal suceso, y lo interviene inmediatamente a Juan para llevárselo a la Comisaría Policial más cercana.

La pregunta aquí será la siguiente: ¿Si existe tentativa o consumación del delito de hurto en el acto de Juan? La respuesta es sumamente importante por si es tentativa se bajará prudencialmente la pena, en cambio, si es un delito consumado se aplicará la pena que establece el artículo 185 del Código penal. A mi criterio, aquí ya habría consumación típica desde que ya ha habido una mínima disposición del sujeto, en este de Juan, sobre las alhajas de oro, disposición que abarca desde el momento en que Juan agarró con sus manos las alhajas de oro y luego caminó unos metros hacia la puerta principal de la joyería, tiempo suficiente como para entender que podía disponer libremente, como si fuera dueño, de las citadas joyas de oro; lesionándose materialmente con ello el patrimonio del dueño de la joyería; por tanto aquí tendría que aplicarse la pena del artículo 185 del Código penal.

Consumación, esta tiene lugar en el momento en que el agente ha logrado la situación de disponibilidad del bien mueble. Al respecto: “situar la cosa en la esfera de disponibilidad real que haga posible su utilización, como si fuera dueño de ella, (...) pues los procesados tenían la disponibilidad del bien mueble, no importando si se llegó o no a obtener efectivamente el provecho ni la forma de materialización, pues el tipo penal descrito en la norma penal no exige que se haya efectivizado el provecho, sino que la finalidad perseguida por el agente sea obtenerlo que el mismo se cumple desde el momento en que el sujeto activo del delito tiene disponibilidad del bien mueble sobre el cual recayó la acción”.

CAP. XII

Una tesis a tener en cuenta es la sostenido por Salinas Siccha, en la cual refiere que el momento consumativo del delito de hurto debemos de encontrarla en la disposición de la cosa, la misma que debe ser “Libre”, “espontánea” y “voluntaria”. En efecto, el citado autor sostiene que “...la posibilidad real/o potencial de disposición del bien que tenga el agente debe ser libre, espontánea y voluntaria, sin más presión que el temor de ser descubierto, esto es, la voluntad del agente no debe estar viciada por precisiones externas como ocurriría, por ejemplo, cuando al estar en plena huida del lugar donde se produjo la sustracción es inmediatamente perseguido el agente. Sin duda el momento de la fuga, el agente puede tener la posibilidad de disponer del bien ya sea destruyéndolo o entregándolo a un tercero, etc., pero ello de ningún modo puede servir para afirmar que se ha consumado el delito. Esa disposición no es voluntaria ni espontánea. En plena huida puede también ser aprehendido el sujeto no llegando a tener la posibilidad de hacer una disposición provechosa del bien sustraído”.

El estado o situación de disponibilidad del bien en el que se coloca el sujeto activo del delito presupone: a) El surgimiento de un nuevo poder (de hecho) sobre el bien, distinto al del propietario que en modo alguno constituye una propiedad, sino tan solo una posesión de facto que no afecta el derecho de propiedad del propietario, b) Dificultad real para recuperar el bien por parte del propietario o poseedor; y c) facultad de dominio factual y disposición propiamente dicha del sujeto activo del delito sobre el bien mueble. El estado de disponibilidad coloca así al sujeto activo en la posibilidad real e inmediata del aprovechamiento.

Entre el inicio de la sustracción y el apoderamiento pueden producirse situaciones de tentativa idónea, delito imposible desistimiento y frustración del delito

(tentativa acabada). Pero una vez que el sujeto activo haya adquirido la facultad de disposición del bien, que es una de las consecuencias del apoderamiento, no cabe tentativa frustrada, acabada ni desistimiento, pues el delito de hurto se ha consumado instantáneamente.

En ese sentido, es el apoderamiento el que marca el fin de la tentativa y la consumación del delito; por tanto, mientras no exista la facultad de disposición del bien –aunque sea mínima– podrán presentarse supuestos de tentativa inidónea, delito imposible o tentativa acabada. No constituirá hurto consumado la *amotio* preparatoria que importará solamente hacerle perder al dueño la disponibilidad inmediata de la cosa, si el ladrón no ha podido volver a sacarla del lugar donde la tuvo que dejar dentro de la cosa, para disponer de ella. Reducir una cosa a la condición de cosa perdida no es consumir el hurto, salvo que ese acto constituya de parte del ladrón un acto que consume la cosa, es decir, un acto de disposición total: arrojarla al mar.

Debemos de tener en consideración lo señalado críticamente por el profesor Rojas Vargas. “Cuando los actos de disposición del bien mueble ajeno obtienen coberturas, esto es, líneas de protección (que consolida el agente o que le confieren terceros), derivadas del nuevo poder ilegítimo que ejerce sobre el bien, estamos hablando de que el delito de hurto se ha consumado, poco importa ya entonces argumentar vía discurso académico si hubo real o potencial disposición, pues por definición el poder de disposición no se concilia con un poder potencial, siempre será un dominio real, incluso si es temporal o fragmentario en relación a los bienes sustraídos y apoderados”.

CAP. XII

X. LA EQUIPARACIÓN DE BIEN MUEBLE A LA ENERGÍA ELÉCTRICA, EL AGUA, EL GAS Y CUALQUIER OTRA ENERGÍA O ELEMENTO QUE TENGA VALOR ECONÓMICO

El legislador penal no se ha dejado llevar por el concepto “civil” de bien mueble solamente, sino que en función a criterios político-criminales, el legislador ha incorporados “otros” conceptos de bien mueble como puede observarse en la segunda parte del artículo 185 del Código Penal peruano que incorpora, mediante el artículo 29 del Decreto Legislativo N.º 1084, del 28/06/2008 una cláusula de equiparación normativa referente al bien mueble objeto de apoderamiento mediante el hurto. En ese sentido se señala lo siguiente: “Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objetos de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación”.

El segundo párrafo del artículo 185 del Código Penal equipara como bien mueble a la energía eléctrica, el agua, el gas y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético. Esta situación presenta dos problemas:

- a. *Primero*, la que se había, la calificación como bien mueble o inmueble no es tomado en base a su transportabilidad (o no) lo que sí ocurría en

el Derecho romano. Para el derecho punitivo los mencionados en el art. 185 del CP, se consideran bienes muebles.

- b. *Segundo*, cabe una interpretación extensiva, toda vez que el legislador asevera “cualquier otra energía o elemento” será pasible de hurto, claro está, con la condición de que tenga un valor económico, *contrario sensu*, la conducta será atípica.

XI. TIPICIDAD SUBJETIVA

Se trata de un delito de realización eminentemente dolosa; por lo tanto, no admite una modalidad culposa desde que el delito de hurto simple, ni en las agravantes ni en las otras modalidades de hurto la admite expresamente. Para la verificación de la *tipicidad subjetiva* se requiere *el dolo*, entendiéndose como conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos típicos, tales como apoderarse ilegítimamente de un bien total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo de la esfera de dominio de la víctima, con la finalidad de obtener un provecho económico 6.

El sujeto activo, tiene que conocer o presumir que conoce a la escala de la esfera de un hombre medio o de un profano, que implica tener conocimiento de todos, o casi todos los detalles que exige la tipicidad objetiva del delito de hurto simple. En otras palabras, el sujeto activo tiene que conocer la cosa *mueble*, tiene que conocer que se trata de una cosa mueble *ajena*, tiene que conocer la conducta de *alejamiento* de la cosa mueble ajeno de su dueño; y finalmente la última exigencia objetiva es la más controvertida en el sentido que el propio tipo penal en comentario, exige un plus subjetivo que vale la pena mencionar, ya que señala en la primera parte: “*El que, para obtener provecho...*”. Además así lo ha señalado una Ejecutoria Superior en el caso de la sustracción clandestina de corriente eléctrica. En efecto, parte pertinente, señala dicha Ejecutoria: “Al haber las procesadas, *para obtener provecho económico*, sustraído en forma clandestina corriente eléctrica del domicilio de la agraviada mediante la utilización de conexiones de claves, ilícito prolongado por varios años, se ha acreditado el delito y la responsabilidad penal de las procesadas”. (las cursivas son nuestras).

A todo esto, nos preguntamos lo siguiente: ¿es necesario para configurar la tipicidad del hurto la probanza certeza o indicaría del “aprovechamiento” del sujeto activo?. O por otro lado, ¿simplemente se trata de una finalidad subjetiva de dirección de la conducta por parte del sujeto activo, en la cual no se necesite efectivamente el aprovechamiento material de la cosa hurtada?

La respuesta que realice, dependerá de varios aspectos a tener en cuenta. En efecto, si sostenemos que el aprovechamiento *forma parte*, o mejor dicho integra la tipicidad del delito de hurto simple, entonces concluimos que el sujeto activo tiene que conocer la finalidad concreta del aprovechamiento económico en función a la cosa mueble ajena, para cerrar la respectiva tipicidad. Por otro lado, si sostenemos que el aprovechamiento *no forma parte* de la tipicidad del delito de hurto, por lo tanto el aprovechamiento solo quedará como simple finalidad (subjetiva) que esperaba en el futuro alcanzar el sujeto activo. Con la emisión de la Sentencia Plenaria N.º 01-2005 de la Corte Suprema en el sentido de que la consumación del delito

de robo –y por ende también del hurto– se verifica con la mínima disponibilidad de la cosa mueble por parte del sujeto activo, entonces debemos concluir que no es necesario que el sujeto activo “se beneficie”; es decir, no debemos de esperar –a efectos de la consumación típica– que el sujeto venda la cosa mueble ajena a otra persona. Basta que el sujeto lo tenga, aunque sea por minutos la cosa mueble, alejándola del deber de custodia de su titular de la cosa, para decir que está consumado. Entonces, esto tiene un efecto relevante a nivel subjetivo, desde que no se exigirá la probanza de que el sujeto conozca el aprovechamiento económico sobre la cosa mueble. Sostener lo contrario sería ir en contra de lo postulado por la Sentencia Plenaria N.º 01-2005 de la Corte Suprema.

Una muestra de que finalidad subjetiva del agente es determinante en los delitos patrimoniales de apoderamiento es, por ejemplo, el artículo 187 que regula el denominado delito de hurto de uso bajo el siguiente supuesto: “El que sustrae un bien mueble ajeno con el fin de hacer uso momentáneo y lo devuelve será reprimido con pena privativa de libertad no menor de un año”. Como puede verse, si la intención del agente está exento del *animus lucrandi*, es decir, si el apoderamiento ilegítimo solo tiene como finalidad realizar un uso momentáneo de la cosa mueble y posterior lo devuelve a su dueño o titular de la cosa hurtada, el supuesto quedará tipificado como un simple hurto de uso del artículo 187. Por ejemplo, el universitario que dolosamente se apodera, sin el respectivo permiso, de un libro de Derecho de la biblioteca para llevárselo a su domicilio porque tiene un examen al otro día, y luego lo devuelve.

El aprovechamiento puede ser de cualquier índole, no solo de carácter patrimonial, el propio uso, -según las propiedades del bien-, importa ya una ventaja; v. gr. en el caso de los ladrones que hurtan un vehículo para ingresar a robar un banco y luego lo dejan abandonado, estarán incurso en un concurso delictivo de hurto de uso con robo agravado. En este punto, el lucro no debe identificarse con provecho económico, sino con la satisfacción que el autor del delito persiguiera alcanzar, que puede ir desde la venta de la cosa a un perista a donarla como limosna.

En otras ocasiones, el legislador peruano ha puesto un límite temporal al uso de la cosa, siempre y cuando no medie ninguna intención lucrativa, como es el caso de la incorporación del delito de hurto de uso de ganado, regulado en el artículo 189-B, bajo el siguiente supuesto: “El que sustrae ganado ajeno, con el fin de hacer uso momentáneo y lo devuelve, directa o indirectamente, *en un plazo no superior a setentidós horas*, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de un año de prestación de servicios a la comunidad no menor de cincuenta jornadas. Si la devolución del animal se produce luego de transcurrido dicho plazo, será aplicable el artículo anterior”.

El elemento “provecho” ofrece también algunos problemas hermenéuticos y matices nada desdeñables. No siempre el decrecimiento económico sufrido por el sujeto pasivo va implicar un automático provecho simplemente provecho del autor del delito (o de un tercero). Tal vinculación de causa y efecto puede producirse como no. Lo realmente discutible aquí es la naturaleza del provecho. Sobre esto existen discrepancias y posiciones encontradas en la doctrina y la jurisprudencia. El Código

Penal peruano en esta materia no ha sido lo suficientemente explícito: el uso del vocablo “provecho” en diez ocasiones y su omisión en las restantes once figuras básicas pareciera no abonar suficientemente el contenido lucrativo o pecuniario en la totalidad de los delitos patrimoniales. Se sobreentiende que la clasificación de estos delitos en unos (la mayoría) de enriquecimiento y otros de daño, nos va delimitando el provecho para determinadas figuras donde no es requisito explícito ni implícito (daños, algunas modalidades de receptación guarda-esconde).

Ahora bien, ¿qué sucede con las figuras penales que exigen expresa y taxativamente el elemento “provecho”? ¿se trata este de uno de naturaleza pecuniaria?; ¿Alude acaso al concepto genérico de ventaja, de forma tal que pueda aplicarse el provecho de base pecuniario a otros de uso, placer o utilidad en sentido amplio? Particularmente, y adelantando opinión, considero que hay que tomar en cuenta lo siguiente: a) el ámbito de tutela penal, vale decir, la protección de intereses patrimoniales del sujeto pasivo; b) el carácter indicante de los tipos penales que aluden distintamente al provecho, el uso y las ventajas o utilidades; y c) el tomar en consideración que el provecho se referencia exclusivamente en función del sujeto activo del delito (o de terceros en algunos casos), nunca del sujeto pasivo. Situación esta última que tornaría en la mayoría de los casos inexistente el delito.

CAP. XII

Tomando en consideración lo anotado en el párrafo precedente, el Código Penal peruano utiliza el concepto provecho en sentido abierto bajo el contexto del ámbito de tutela penal patrimonial y cuando quiere cerrar la significación de dicho componente típico acude a frases tales como “hacer uso momentáneo” o el obtener “ventaja económica”. Vale decir “provecho” tiene una acepción genérica solo limitada por los valores patrimonial-económico a los que tiene que ser traducible o expresable en sus diversas manifestaciones, poseyendo asimismo acepciones estricta o focalizadas cuando la norma la determina.

De más está decir que si el sujeto desconocía lo que está sustrayendo, esto es, desconocía que se trataba de bienes muebles ajenos, su conducta quedará atípica. En efecto, una Ejecutoria Suprema tiene dicho que si “El acusado ha actuado en error de tipo, toda vez que en todo momento ha desconocido que se estaba cometiendo el delito de hurto agravado, y por ende no puede afirmarse que haya conocido y querido la sustracción de los bienes materia de incriminación; por lo que al no concurrir el primer elemento del delito, esto es, la tipicidad de la conducta, se excluye la responsabilidad penal conforme a lo dispuesto por la última parte del artículo 14 del Código penal”.

XII. EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO “PATRIMONIAL” COMO CAUSAL DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

Para nadie es una novedad que los delitos patrimoniales, a excepción de los delitos pluriofensivos, está en la línea de protección, o mejor dicho de desprotección, de los bienes jurídicos de libre disposición; es decir, el sujeto pasivo puede hacer uso de su derecho o facultad de disponer voluntariamente como mejor crea conve-

niente, sea para protegerlos o en su defecto, para desampararlos de su protección penal, y es en este último supuesto donde entra a tallar el tema del consentimiento válido y su influencia en la exoneración de la responsabilidad penal del sujeto activo (véase artículo 20, inciso 10 del Código Penal peruano).

En efecto, una de las características de los bienes jurídicos de libre disposición –como con los delitos patrimoniales o los de libertad sexual por excelencia– es que el titular del bien jurídico puede, dentro de sus facultades físicas y mentales, decir expresamente: “Señor ladrón, en este momento, llévase todas las cosas de mi domicilio”, y quién puede decir lo contrario, quién podría refutar o impedir la decisión ya tomada por el dueño: ¿sus familiares?, ¿Los vecinos?, evidentemente que no, salvo eso sí, que con dicha decisión se afecte o ponga en riesgo latente otros bienes jurídicos como por ejemplo la vida o la integridad física de las personas. De más está señalar que para que funcione como causal de exoneración penal el consentimiento, debe tratarse del “titular” del objeto a consentir, es decir, que sea el “dueño” de la cosa; en este caso la persona física o natural (o jurídica) tiene que poseer derechos y facultades sobre la cosa, porque si existe alguna duda o incertidumbre sobre este extremo (por ejemplo, no puede acreditar la preexistencia de la cosa), el consentimiento carecería de valor, y por lo tanto habría infracción jurídico-penal.

Naturalmente, es indispensable que el autor capte (en términos de dolo) la falta de voluntad del dueño. A ello se añade un problema “objetivo”: quién es dueño que puede consentir y hasta dónde alcanza su consentimiento. Por ejemplo, el dueño no puede dar permiso para que alguien se apodere de lo que tiene arrendado o prestado a un tercero y, en cambio, ese arrendatario puede consentir, en orden a provocar la atipicidad de la conducta, en que alguien se lleve la cosa, con independencia de la responsabilidad que contraía frente al dueño. Por tanto, a los efectos del delito de hurto, dueño es quien está en condiciones de permitir que otra persona “tome” la cosa.

En torno a la relevancia del consentimiento discute la doctrina el caso de la criada que entrega un objeto, o permite que, un mendigo coja un objeto. Según Pérez Manzano, “...la resolución de este caso variará dependiendo de los conocimientos de los intervinientes. Si el mendigo desconoce que la cosa no es propiedad de la criada o cree que tiene autorización para disponer del objeto, estamos ante un error de tipo que excluye la comisión dolosa y, por tanto, convierte en impune como hurto de sustracción. Si la criada cree erróneamente tener facultad de disposición, es ella quien incurre en error de tipo. Y si es consciente de la ausencia de poder de disposición comete hurto de como autora media si permite que el mendigo coja el objeto”.

XIII. EL ACUERDO PLENARIO N.º 04-2011/CJ-116 DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA REFERENTE AL VALOR ECONÓMICO DE LA COSA MUEBLE Y NO EXIGENCIA DE APLICACIÓN COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE EN EL DELITO DE HURTO

En el Código Penal existen circunstancias atenuantes y circunstancias agravantes que tienen efectos para disminuir o aumentar la pena con arreglo

a ciertas reglas legalmente establecidas para cada caso. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad son elementos accidentales del delito; es por ello que en la dogmática penal han sido diversos autores que han determinado la diferencia entre las circunstancias y el injusto, así, el profesor Bustos Ramírez señala que “el carácter accidental implica que no constituyen (ni son coconstitutivas) el injusto ni la responsabilidad del sujeto. Por eso haya que diferenciarlas de aquellas que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito como en el asesinato o la apropiación indebida y, en general, de la mayoría de los delitos, ya que un tipo legal, como es la descripción de un ámbito situacional, *requiere ser circunstanciado*. (...) las circunstancias, pues, tienen por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e igualmente, están en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales”.

Por su parte, Bacigalupo indica que “... en la parte general se encuentran también las circunstancias *agravantes* y *atenuantes*, que constituyen elementos que, accidentalmente, completan la descripción del tipo penal agregándole circunstancias que hacen referencia a la gravedad de la ilicitud o de la culpabilidad...”. Muñoz Conde señala que “...las circunstancias agravantes pueden clasificarse a si supone: a) un incremento a la gravedad objetiva del hecho; o, b) un mayor reproche al autor, lo que nos conduce a distinción entre *objetivas* y *subjetivas* (...). Son circunstancias objetivas aquellas en las que es posible apreciar una mayor gravedad del mal producido por el delito o bien una mayor facilidad de ejecución que supone mayor desprotección del bien jurídico, con independencia de que de ellas se produzca o no una mayor reprochabilidad del sujeto”.

Entonces, sentadas las posiciones dogmáticas, los elementos típicos accidentales se definen como aquellas circunstancias que concurren con una conducta típica, esta se anexa a aquélla –la conducta típica– y forma un tipo penal “derivado”, es decir, el elemento que se adhiere a la tipificación para formar otro tipo penal derivado es lo que se denomina elemento típico accidental.

En nuestro caso concreto, para estar ante un delito de hurto agravado, se requiere la presencia de la totalidad de elementos típicos del hurto básico, con excepción del elemento valor pecuniario, toda vez que el hurto agravado es una modal especificidad en atención a como se ha realizado la sustracción– apoderamiento, lo que lo hace que un tipo penal con autonomía operativa. Para su realización el agente debe conocer la circunstancia agravante y valerse de ese conocimiento.

Como circunstancia agravante, se tiene la comisión mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos, esto es, que el sujeto activo para sustraer y apoderarse ilícitamente del bien mueble, actúa superando corporalmente los obstáculos dispuestos como defensas preconstituidas de cercamiento o protección del bien (cercos, paredes, etc.) mediante esfuerzo considerable o de agilidad. Asimismo, se tiene la comisión durante la noche; de otra además que la comisión se haga con el concurso de dos o más personas, es decir, una pluralidad de agentes, estos en calidad de coautores.

Uno de los mayores problemas que ha presentado el delito de hurto en cuanto a aplicabilidad judicial es: ¿Si es necesario la exigencia de una remuneración mínima vital de la cosa mueble hurtada para la aplicación del delito de hurto agravado? En la lógica que todo tipo agravatorio debe contener todos y cada uno de los elementos estructurales del tipo básico. Como es sabido, había algunas Salas Penales de la Corte Suprema nuestro país que exigían el cumplimiento de la remuneración mínima vital de la cosa mueble para su configuración agravatoria. Así, por ejemplo véase la Ejecutoria Suprema de fecha 24 de enero de 2006, R. N. N.º 4531-2005, que señala, parte pertinente lo siguiente:

“Quinto: Que, sin embargo, la conducta desarrollada por los cuatro agentes delictuales conllevó a que se apropiaran del dinero del agraviado, sin el uso de la violencia, como se anotó en el cuarto considerando, y como tal configuraría el tipo penal de hurto agravado –previsto en el apartado seis del artículo ciento ochentiseis del Código penal–; empero, dicha circunstancia agravante (que no contiene conducta alguna) solamente será valorada si previamente se cumplieron con todos los elementos objetivos y subjetivos del injusto típico básico de hurto en cuanto aquí se describe la conducta –contenida en el artículo ciento ochenta y cinco del citado Código–; que dentro de este contexto debe precisarse que el solo despojo del dinero al agraviado no resulta suficiente para establecer la concurrencia de la figura penal anotada –como delito–, en cuanto la legislación nacional ha establecido como condición *sine qua non* de delimitación el valor del objeto de la acción –diferencia cuantitativa–; que, en tal sentido, cuando el valor no sobrepasa las cuatro remuneraciones mínimas vitales estaremos frente a una falta contra el patrimonio –véase el artículo cuatrocientos cuarenta y cuatro del Código Penal–; que, en este último caso, el desvalor de la acción es idéntico al delito de hurto en tanto protegen también bienes y derechos que integran el patrimonio y que son puestos en peligro por la inobservancia de las normas establecidas en la Ley”.

CAP. XII

A nivel doctrinario podemos citar lo señalado por Rojas Vargas quien decía en relación a este tema lo siguiente: “Desde una perspectiva dogmática (fundada en los principios de unidad, coherencia y razón suficiente) y manejando el criterio de que el hurto agravado es complementario y dependiente del hurto básico. Los hurtos agravados deberían estar referenciados asimismo en la cuantía fijada en el artículo 444. Tesis avalada con los criterios hermenéuticos de interpretación restrictiva y la observancia del principio de significancia económica que deben de guiar las consideraciones de las circunstancias agravantes. Pero desde las determinaciones normativas establecidas en el Código Penal la solución a tal problemática (plantada en la esfera doctrinaria o dogmática) cede ante la preeminencia de la taxatividad de la norma penal que restringe solo al hurto y daños básicos (artículo 185 y 205) el referente económico pecuniario. Obviamente se verá afectado el principio de legalidad de calificarse un hurto agravado en función de los mínimos establecidos en las cuatro remuneraciones vitales. Solución legal que ofrece por cierto un buen número de inequidades y desproporcionalidades, al trabajar el artículo 186 del Código con escalas punitivas de creciente y alta elevación en la sanción colisionándose así, en determinadas circunstancias típicas, con el principio de proporcionalidad de las penas”.

Por el contrario, la jurisprudencia de la Corte Superior de Lima, no lo exige tal valor de la cosa mueble para la configuración del hurto agravado; así, véase la Sexta Sala Penal de la Corte Superior de Lima, que en el Expediente N.º 795-07, de fecha 1 de julio de 2008, señala, parte pertinente, lo siguiente :

“Cuarto: (...) no resulta necesario que concurren los presupuestos del tipo penal básico previsto en el artículo 185 del Código penal, como es el valor de los bienes objeto del apoderamiento ilegítimo dentro de los parámetros previstos en el artículo 444 del Código acotado (...)”.

El debate lo ha cerrado de alguna manera, luego de un resumen de las posiciones a favor y en contra, la emisión del Acuerdo Plenario N.º 01-2011 de la Corte Suprema de la República, denominado “Relevancia del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186 CP”, que señala lo siguiente:

“9. Las agravantes del delito de hurto agravado se encuentran descritas en el artículo 186 CP. Ellas requieren la presencia de la totalidad de elementos típicos del hurto básico, a excepción del elemento “valor pecuniario”, pues conservan, en relación al tipo penal básico, un específico margen de autonomía operativa [Ramiro Salinas Siccha: Derecho Penal – Parte Especial, 2da Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 867]. El criterio cuantitativo es una exigencia que se encuentra expresa, inequívoca y taxativamente establecida solo para el hurto simple (artículo 185 CP) y daños (artículo 205 CP), conforme lo estipula el artículo 444 CP; esta exigencia no afecta a los supuestos agravados”.

“11. Nuestro legislador, por lo demás, ha estimado tales conductas como agravadas, atendiendo a su mayor lesividad, esto es, a su carácter pluriofensivo de bienes jurídicos. La Ley penal asignó tal condición a los hurtos cometidos bajo circunstancias especiales y graves, tales como la casa habitada, durante la noche, con ocasión de incendio, inundación, naufragio, mediante el concurso de dos o más personas, etcétera [Hamilton Castro Trigos]. Las faltas en el ordenamiento jurídico penal, Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 68], obviando en estos casos criterios de cuantía.

Diferente es el criterio político criminal que rige para el delito de hurto simple, que por ser una conducta de mínima lesividad y en observancia a los principios de mínima intervención y última ratio del Derecho penal, demanda que se fije un valor pecuniario mínimo a fin de diferenciarlo de una falta patrimonial. No es este el caso del hurto con agravantes, dado que existe un mayor nivel de reproche, caso contrario se tendría que establecer una cuantía significativa para el delito de robo [Ramiro Salinas Siccha; Ibidem, p. 845]”.

Como puede observarse, el citado Acuerdo Plenario de la Corte Suprema se adhiere a la posición de la no exigencia del valor pecuniario de la cosa en el delito de hurto agravado por su autonomía operativa de este delito en relación al delito de hurto simple; aunque vale la pena mencionar, en sus partes más relevantes, la posición contraria, expresado en este caso en el voto singular del Juez Supremo, profesor Dr. Víctor Prado Saldarriaga, que señala lo siguiente:

- “4. Ahora bien, es evidente que el artículo 186 CP por la forma como está construido no es un tipo penal derivado sino un catálogo de circunstancias agravantes. Por tanto, no puede operar automáticamente como en el caso del parricidio o del homicidio por emoción violenta, sino que está dogmática y sistemáticamente subordinado a la existencia de un delito de hurto. No existe, pues, un delito agravado sino un delito de hurto con agravantes.

El delito de hurto con agravantes consistirá siempre en el apoderamiento mediante destreza de un bien mueble ajeno cuyo valor sea superior a una remuneración mínima vital, pero que tiene que ser cometido con la concurrencia de cualquiera de las circunstancias agravantes específicas que se detallan en el artículo 186 CP. Lo cual por lo demás, es expresamente requerido por el párrafo inicial de dicha disposición en los términos siguientes: “El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años *si el hurto es cometido*”. Esta clara distinción legal es aún más notoria en el caso delito de daños, ya que el propio artículo 206 CP textualmente reconoce que es una norma catálogo de circunstancias agravantes específicas al señalar: La pena para el delito previsto en el artículo 205 será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando:...”.

5. Por consiguiente, el tratar de dar autonomía operativa al artículo 186 CP, prescindiendo del monto superior a una remuneración mínima vital, solo en base a razonamientos de política criminal como los expuestos en algunas de las ponencias sustentadas en la audiencia pública (mayor ofensividad de la conducta o mayor peligrosidad en el agente o desigualdad en la tutela de las víctimas potenciales) son buenos argumentos para una valoración de *lege ferenda* pero exceden los límites de todo análisis posible de *lege lata*, y al posibilitar efectos de mayor sanción punitiva podrían ser expresión involuntaria de una analogía *in malam partem*”.

Ahora bien, fijar una cuantía es un asunto de política criminal para delimitar los delitos y las faltas contra el patrimonio. Por consiguiente, la cuantía del objeto material del delito de hurto es un elemento de su tipicidad penal y no es una condición objetiva de punibilidad como algunos pretender sostener; en consecuencia, complementa el desvalor de la acción, y que se integra por el “normativo-jurídico” descrito en el artículo 444 del Código penal. En tal sentido, los elementos objetivos del delito de hurto no están únicamente regulados en el artículo 185 del Código penal, sino que debe complementarse la tipicidad de la conducta con lo prescrito en el artículo 444 del Código penal, en cuanto a la valorización del objeto material del delito, elemento “normativo-jurídico” que fija la frontera entre el “delito” y “la falta”.

XIV. LA CONTINUIDAD EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO DE HURTO

Se ha presentado casos en los cuales el sujeto activo ha realizado dolosamente varias acciones ejecutivas y consumadas de sustracción de objetos y cosas muebles, sustracción que se ha realizado de manera astuta, sin utilizar violencia ni amenaza a su dueño, solo la habilidad del sujeto activo. Por ejemplo, el empleado de un banco se apodera de la caja de 100 nuevos soles todos los días, en el horario de su trabajo, por el transcurso de un mes aproximadamente, y en una de esas sustracciones lo intervienen en flagrancia los agentes de seguridad y vigilancia del

banco. En este supuesto se representa un delito continuado, o como lo llaman en el argot policiaco “hurto sistemático”.

Además, aquí se está hablando de una sustracción que ha sido ejercida en forma sistemática, que en el tecnicismo jurídico-penal se llama delito continuado, el mismo que se encuentra regulada en el artículo 49 Código Penal peruano, modificado conforme a la Ley N.º 26683 (11 de noviembre de 1996) en los siguientes términos: “Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave. La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos”. Dicha reforma legal también introduce la figura del *delito masa*.

CAP. XII

El delito continuado consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en el mismo momento o en diversos momentos, pero en análogas ocasiones infringen la misma ley penal, como acciones ejecutivas de una misma resolución. Al respecto, Reyes Alvarado apunta que “...surge la figura del delito continuado cuando desde un punto de vista naturalístico un sujeto desarrolla varios comportamientos que individualmente considerados constituirían por sí solos un hecho punible pero que son apreciados por el derecho penal como un delito único en cuanto guiados por una misma voluntad final lesionan todos el mismo bien jurídico protegido...”. Así también Caramuti, manifiesta que “Bajo esta denominación se consideran los casos de pluralidad de acciones homogéneas que, a pesar de encuadrar cada una de ellas en el mismo tipo penal o en tipos penales con igual núcleo típico, una vez realizada la primera, las posteriores se aprecian como su continuación, presentando así una dependencia o vinculación en virtud de la cual se las somete a una única desvaloración normativa, que las reduce a una unidad delictiva”. Por su parte, Castiñeira sostiene que “el delito continuado puede definirse como una pluralidad de acciones semejantes objetiva y subjetivamente, que son objeto de valoración jurídica unitaria”.

Ahora bien, en el supuesto negado que exista sustracción violenta o simplemente una sustracción, habrá que acreditar, luego, que exista un *delito continuado* en el accionar del sujeto activo; es decir, que haya, en primer lugar, una unidad de acción, en segundo lugar, que haya una vulneración de bienes jurídicos homogéneos y en tercer lugar, que exista un dolo global en el agente. De los documentos que se adjuntan no se acredita que exista ni siquiera una unidad de acción de los sujetos involucrados, ni mucho menos un dolo subjetivo global; con lo cual el carácter de sucesión temporal para afectos de imputar un continuidad delictiva de acuerdo con el artículo 49 CP no se presenta en el presente caso.

XV. RELACIONES CONCURSALES: CON EL DELITO DE RECEPCIÓN, EL DELITO DE ROBO Y EL DELITO DE PECULADO

Quizá unas de las relaciones concursales que mayor frecuencia se presenta en la praxis judicial sea con el delito de receptación simple del artículo 194 del Código Penal que señala lo siguiente: “El que adquiere, recibe en donación o en compra o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debería presumir que prevenía de un delito...”; pues la finalidad subjetiva última del sujeto activo es la de enriquecerse con la cosa mueble que ha sustraído, es decir, vender la cosa mueble. En ese sentido, debemos diferenciar dos momentos de conducta que representan dos tipicidades penales también distintas. Por un lado, el que “sustraer” la cosa mueble, y por otro lado, el que “vende” la cosa mueble sustraída. El que sustrae la cosa está en un primer momento de conducta (hurto); y luego el que vende está un momento posterior al hurto. En el hurto, su tipicidad termina con la mínima disposición de la cosa mueble; en el delito de receptación comienza con la “adquisición”, “esconder”, “vender”, o “ayudar a negociar” la cosa mueble sustraída.

Ahora bien, puede tratarse que la cosa mueble sea distinta a aquella que se vende o recibe en la receptación, con lo cual en este supuesto no habría relación concursal entre hurto y receptación siempre y cuando se trata de sujetos también distintos. En otras palabras, cada sujeto responderá por su ilícito penal, y pueden ser encausados en procesos penales distintos, siempre y cuando no pidan acumulación por conexidad. Por otro lado, puede presentarse el caso que el mismo sujeto que sustrajo el bien mueble sea el mismo luego que venda a otra persona dicho bien mueble. En este punto, el sujeto activo cometerá dos delitos independientes, de hurto y luego de receptación, y será bajo las reglas del concurso real de delitos (artículo 50 del Código penal), donde el tratamiento punitivo será la respectiva sumatoria de penas de acuerdo con la escala que se ha fijado en los tipos penales y de acuerdo con la pena concreta que le fije el juez penal.

Otro delito con el que está “emparentado” el delito de hurto es definitivamente con el delito de robo del artículo 188 del Código penal, ya que comparte todos los requisitos objetivos (véase “delito común”, “cosa mueble ajena”, “apoderamiento”, “alejamiento del lugar”) solo lo va a diferenciar de la “violencia” o “amenaza” que realiza el sujeto activo sobre la persona titular la cosa mueble, por ello se dice que el delito de robo es un delito pluriofensivo. En efecto, el artículo 188 del Código Penal señala lo siguiente: “El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encontraba, *empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física...*”.

Puede presentarse el caso que comience con un delito de hurto y luego termine, o al menos de forma interrumpida como un delito de robo. Así, por ejemplo, el sujeto está agarrando un abrigo de piel en un cafetín de manera astuta –hasta aquí existen actos de inicios de ejecución del hurto–; sin embargo, en ese preciso momento el dueño del abrigo, que estaba al lado de su abrigo, se percata de tal hecho, y obviamente impide inmediatamente la sustracción del

abrigo, produciéndose un forcejeo violento entre ambas personas. Aquí existirá una tentativa de robo (artículo 16 del Código penal), ya que el hurto quedó consumido por el delito de robo, aplicando las reglas del concurso aparente de leyes penales.

También el delito de hurto produce relaciones concursales con el delito de peculado doloso del artículo 387 del Código penal, que señala lo siguiente: “El funcionario o servidor público que se *apropia* o utiliza en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...”. Como puede observarse, tanto el peculado doloso como el hurto simple comparten el mismo verbo rector –apoderamiento–; sin embargo, la diferencia radica en la especialidad del sujeto activo en el delito de peculado –funcionario o servidor público–, y en el patrimonio, que es el de la Administración Pública en el delito de peculado y no un particular como lo es en el delito de hurto.

Es decir, si un funcionario o servidor público se apodera de un bien mueble ajeno de un particular cometerá el delito de hurto en forma agravada, en concordancia con la circunstancia agravatoria genérica del artículo 46-A, primer párrafo, del Código penal, que señala lo siguiente: “Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional o autoridad, *funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible...*”. Si el funcionario o servidor público, que está en custodia, administración o vigilancia los caudales o efectos, se apodera de los mismos cometerá delito de peculado doloso; en cambio, si un particular se apodera dolosamente de los caudales o efectos de la Administración Pública, la aplicación del delito ¿es hurto o es peculado?, dependerá a qué teoría de la participación se adhiere: si es de unidad o si es de ruptura del título de la imputación penal. Si nos adherimos a la unidad del título se aplicará el delito de peculado, si nos adherimos a la ruptura se aplicará el delito de hurto.

EL DELITO DE ROBO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El Derecho Romano no logró distinguir el hurto del robo, sin embargo, en las postrimerías de la República se esbozaron matices diferenciadores. Según Teodoro Mommsem, la Cornelia de Sicariis consideraba *crimen publicum* la rapiña-violencia e intimidación en las personas (robo) solo cuando el autor portara armas fuera de su casa con intención de apoderarse de la propiedad ajena atacando a una persona (delincuente conocido como *grassator* o ladrón de caminos). Durante la época imperial, los delitos contra la propiedad y a mano armada, y otros delitos contra las personas, en su mayoría, si no se causaban lesiones, se consideraban hurtos agravados³²⁷.

El delito de robo es considerado desde antaño como uno de los que forma parte del núcleo central de los delitos de la Parte especial de los códigos penales del mundo. No tener regulado el delito de robo generaría un enorme vacío legislativo, tan igual a como no tener sancionado el delito de homicidio o el delito de violación sexual en el Código penal. Su antigua regulación y sanción de este delito se debe quizá a que la sustracción, mediante la fuerza física o psíquica, de la cosa ajena ha sido la forma más usual y cotidiana que han realizado las personas para satisfacer sus intereses de enriquecimiento económico, perjudicando obviamente al titular de la cosa mueble³²⁸. Si el hurto —que ya de por sí tiene límites con la falta

327 GARCÍA DEL RÍO, 2006, p. 45. En algunos casos el delito de robo sería entonces un delito que no solo atenta contra la propiedad, sino también contra la libertad. El Derecho Romano de su última etapa lo llamaba rapiña, y era un *furtum* (especie de hurto pero más extenso en sus alcances) calificado por la violencia, pero solo sobre las personas. En España es donde el concepto de robo fue adoptado como fuerza sobre cosas e intimidación y violencia en las personas. La intimidación estaba prevista anteriormente en el Derecho argentino, pero al eliminársela se entiende que la intimidación debe existir, ya que toda violencia intimida, pero no debe mediar intervalo de tiempo entre la intimidación y la sustracción.

328 En ese sentido, y siguiendo a GARCÍA DEL RÍO, 2006, pp. 62 y 63, tiene también diferencias el delito de robo con el delito de hurto, que son las siguientes:

- a. El robo presupone la presencia de medios facilitadores de la sustracción/apoderamiento: la violencia sobre la persona y la amenaza grave para la integridad física o la vida. En el hurto incluso en los agravados queda descartada la violencia.
- b. La pluriofensividad en el robo (propiedad/posesión, libertad/vida/integridad física) es una nota característica no apreciable en las modalidades agravadas del hurto, menos en su

patrimonial— ya es considerado una infracción jurídico-penal desde hace muchos años atrás, con mayor razón lo es el delito de robo, en el sentido de que cumple los mismos presupuestos típicos del delito de hurto, a los que se añade los medios típicos como es la fuerza o la amenaza que emplea el sujeto activo hacia la víctima; sin embargo, por más que parezca grave en relación con el delito de hurto, el robo contempla, actualmente, sanciones gravísimas —incluso cadena perpetua (véase el artículo 189 del Código Penal)— que sobrepasan largamente las penalidades prescritas de algunos delitos contra la vida, el cuerpo y la salud³²⁹. En tal línea, Montes Flores señala que “...el legislador penal agrava la figura de robo cuando es el propio Estado quien está ausente y no protege realmente al turista debido a que en muchos lugares, como en las áreas protegidas, no existe siquiera presencia policial. Ante este hecho el Estado cae en el error de pensar que se resuelve el problema con agravar las penas, una auténtica manifestación de “la demagogia del legislador penal”³³⁰.

Por ello una Ejecutoria Suprema conceptualiza el delito de robo de la siguiente manera: “...el delito de robo es aquella conducta por la cual el agente se apodera

CAP. XIII

tipo básico. Si bien en el hurto en casa habitada y con fuerza sobre las cosas cabe hablar de una pluriofensividad restringida potencial, la misma no reúne definiciones sustantivas como en el caso del robo.

- c. La cantidad de injusto es notoriamente mayor en el robo que en el hurto. El grado de ilicitud penal y reprobación jurídico-social es patente y desfavorable para el robo.
- d. La sustracción y apoderamiento en el hurto básico (simple) es, por lo común, subrepticio, clandestino, esto es, sin que la víctima advierta o conozca de dicha acción ilícita. De modo diametralmente distinto en el robo, la acción de sustracción/apoderamiento es evidente, manifiesto, muchas veces aparatoso y traumatizante. Es impensable hablar de robos subrepticios.
- e. El valor económico del bien mueble sustraído/apoderado en el robo no está sujeto a cuantías o referencias mínimas.
- f. El robo, tanto el simple como el agravado presentan penas más elevadas que el hurto simple y agravado, respectivamente.
- g. El dolo del agente que roba posee una estructura cognitiva más amplia que la del agente que hurta, pues comprende además de la representatividad mental del empleo de la violencia y la grave amenaza, la voluntad o el querer realizar de tal modo la sustracción/apoderamiento.

329 En este sentido, véase lo señalado por: ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra el patrimonio*, Volumen I, Lima, 2000, p. 74. “En tal sentido resulta reñido con el más mínimo sentido racional comunicativo de los enunciados normativos y con los criterios lógico-jurídicos de sanción, el hecho de que el bien jurídico “patrimonio” en lo que concierne al hurto y robo agravado, exhiba penalidades mayores que las reservadas a los delitos de lesiones y homicidios agravados. Esta situación, o bien refleja un extravío en los fundamentos dogmáticos criminológicos de los diseños criminales de reforma, o bien es una desesperada salida del Estado que ha apostado por la extrema severidad de las penas en el tratamiento de la delincuencia patrimonial. Lo primero, pondría en evidencia la orfandad objetivo valorativo que sobre la primacía de los bienes jurídicos tienen nuestros legisladores penales. Lo segundo expresaría la criticable actitud del Estado al convertir al derecho penal en un abierto instrumento de temor y amenaza, así como la pobreza de argumentos preventivos de eficacia y contención social”.

330 MONTES FLORES, Efraín; “La protección del turista a través de la ley penal; el delito de robo agravado y la nuevas circunstancias agravantes”, en: JUS, Doctrina y Práctica; Setiembre 09, 2007, Lima, p. 81.

mediante violencia o amenaza de un bien mueble ajeno, total o parcialmente, privando al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia o posesión, asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición, constituyendo sus circunstancias agravantes, aquellas situaciones debidamente tipificadas en el artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, que aunado a la afectación de bienes de tan heterogénea naturaleza, como son la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo convierten en un delito de evidente complejidad³³¹.

En consecuencia, consideramos –siguiendo a Vilcapoma Bujaico– que el delito de robo es autónomo ya que el interés patrimonial –a diferencia del hurto, en el que es predominante– no tiene mayor trascendencia en su calificación. Y esto es así porque el delito de robo no se distingue por el objeto de la acción, sino por la violencia e intimidación que se ejerce sobre la persona, que pone en juego la vida y la integridad de la víctima, lo cual está por encima del interés patrimonial, entendido este como la totalidad de bienes que a una persona se le adjudica en virtud de derechos transferibles. Y si ello no nos lleva a otro delito distinto del patrimonial, entonces es debido a que el peligro en que es expuesta la persona, constituye la vía necesaria para hacer efectiva la sustracción del bien mueble.³³²

Tenemos que tener en consideración que el empleo de la fuerza o la amenaza debe tener como objetivo principal el “asegurar” el resultado típico del robo, cual es el apoderamiento y la sustracción de la cosa ajena; es decir, que a través de fuerza o amenaza se creen las condiciones mínimas de aseguramiento para que el sujeto activo puede disponer luego de la cosa mueble ajena; porque si no es así, por ejemplo si el uso de la fuerza o amenaza tiene como objetivo principal solo golpearlo físicamente, con lo cual primero lo deja desmayado a la víctima; y posteriormente, luego de un lapso y aprovechando el estado de la víctima, el sujeto activo se apodera de una cosa mueble perteneciente a la víctima, se produciría a nuestro juicio, un evidente concurso real de delitos, entre el delito de lesiones (artículo 121, lesiones graves o 122 lesiones leves³³³ del Código penal) con un delito de hurto (artículo 185 del Código penal); o en su defecto, si se produce la muerte de la víctima, se aplicaría en forma global el delito de asesinato (artículo 108, inciso 2 del Código Penal, en la modalidad de facilitar la comisión de un delito).

331 Recurso de Nulidad N.º 675-2008-Lambayeque, de fecha 22/04/08

332 VILCAPOMA BUJAICO, Walter; “¿Son suficientes la “violencia” y “el concurso de personas” para calificar un hecho como delito de robo agravado?”, en: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales, 2008, Lima, p. 497.

333 El artículo 122º del Código Penal regula el llamado delito de lesiones leves doloso en los siguientes términos: “El que causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso...”. En la tipicidad objetiva del artículo citado se tiene que acreditar –judicialmente– que el sujeto activo haya ocasionado una lesión en la integridad física o en la salud personal de la víctima, por cualquier medio ya que la Ley penal no precisa una modalidad específica para causar la lesión. Se trata de un delito de resultado lesivo ya que para la consumación o el perfeccionamiento típico se necesita la causación efectiva de la lesión del sujeto pasivo (persona física o natural). En la tipicidad subjetiva se exige necesariamente la concurrencia del dolo en todas sus manifestaciones; en otras palabras, el agente debe actuar con conciencia y voluntad de causar un daño leve, ya sea en la integridad corporal o en la salud de la víctima.

La figura del robo es un delito de apoderamiento. Este acto debe entenderse, según señala el profesor alemán Urs Kindhäuser, como “una declaración de voluntad que tiene, como parte externa, el desplazamiento de la posesión y, como parte subjetiva, la arrogación del poder de disposición de un poseedor en nombre propio. Aquí los términos tomar y apropiarse se entienden como sinónimos, y por tomar se debe entender, conforme a una autorizada doctrina, a “la ruptura de la posesión ajena e instauración de una nueva sobre la cosa en cuestión, que para que se configure el robo en nuestra legislación se tiene que llevar “empleando” (nexo causal) violencia o intimidación de clara connotación finalista, pues la violencia o intimidación se utiliza para lograr o facilitar la sustracción y, de esta manera, concretar el apoderamiento”.³³⁴

El delito de robo tiene zonas fronterizas con los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, específicamente con el delito de lesiones corporales, asimismo con el delito de homicidio doloso (artículo 106 del Código penal), y también con los delitos contra la libertad personal, especialmente con el delito de coacción (artículo 151 del Código penal). Podríamos sostener, sin temor a equivocarnos, que el concepto de robo, tal como está estructurado en nuestro sistema penal, se fundamenta con todos los presupuestos de los delitos antes citados, como la “sumatoria” de todos los elementos objetivos de los delitos antes mencionados; por ello, el valor económico de la cosa mueble –como sí lo tiene en el delito de hurto– no tiene ninguna incidencia en la configuración típica del robo desde que en esta infracción están involucrados otros bienes jurídicos protegibles.

CAP. XIII

En el punto 6 de la Sentencia Plenaria N.º 01-2005/DJ-301-A de la Corte Suprema de la República –referido a la consumación del delito de robo– ha establecido, parte pertinente, lo siguiente: “El delito de hurto fija los criterios esenciales para determinar la consumación del delito de robo, en tanto que este último delito coincide en sus elementos típicos básicos con el primero –el bien jurídico afectado es el mismo: el patrimonio–, y la diferencia deriva del hecho de que requiere la presencia de violencia o amenaza –intimidación– contra la persona, en tanto que constituye una forma calificante con respecto al hurto. El robo, como añadido, exige dos condiciones: la acción, en la violencia o amenaza ejercidas sobre las personas; y, el elemento temporal, en virtud del cual los actos de violencia o de intimidación deben ser desplegados antes, en el desarrollo o inmediatamente posterior a la sustracción de la cosa”.

En esta línea de ideas, el delito de robo es conocido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, por ser una infracción penal donde su afectación involucra a dos bienes jurídicos. Por un lado, se afecta los intereses patrimoniales, y por otro lado, afecta intereses de integridad física y hasta la vida misma de la víctima. En otras palabras, se dice que el delito de robo es considerado un delito pluriofensivo³³⁵. En

334 Citado: MONTES FLORES; “La protección del turista a través de la ley penal; el delito de robo agravado y la nuevas circunstancias agravantes”, cit., p. 77.

335 En este sentido: BRAMONT ARIAS, TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Lima, 2006, p. 306 nos dicen que el delito de robo: “...está considerado como un delito complejo o mixto; esta clase de delitos existe cuando en una sola figura se reúnen varios hechos los cuales constituirían por sí solos infrac-

efecto, una Ejecutoria Suprema sostiene al respecto lo siguiente: “pluriofensividad de bienes jurídicos, utilización de arma de fuego, violencia física hacia la víctima. “Cuarto: Que, asimismo, es de precisar que el comportamiento de los justiciables ha sido subsumido dentro de la descripción típica del delito de robo agravado, previsto en la concordancia del artículo ciento ochenta y ocho y el artículo ciento ochenta y nueve, siendo el mencionado tipo penal, de carácter complejo y pluriofensivo por cuanto afecta bienes jurídicos de heterogénea naturaleza, constituyendo sus elementos típicos, un todo homogéneo e indisoluble que de ser separados conllevaría a la desfiguración del tipo; que, en el caso sub examine, se advierte que los procesados hicieron uso de armas de fuego al momento de perpetrarse el robo, ejerciendo violencia física contra las víctimas, que pudo haber generado lesiones, sin embargo estos comportamientos no pueden ser considerados de modo alguno como delitos independientes, pues aquellos se encuentran subsumidos en la descripción típica del delito de robo agravado”³³⁶.

En esta misma línea, una Ejecutoria Suprema sostiene la complejidad del delito de robo al involucrar varios intereses jurídicos comprometidos. Así, “El delito de robo es aquella conducta por la cual el agente se apodera mediante violencia o amenaza de un bien mueble total o parcialmente ajeno privando al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia o posesión, asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición, constituyendo sus circunstancias agravantes aquellas situaciones debidamente tipificadas en el artículo 189 del Código Penal que aunado a la afectación de bienes jurídicos de tan heterogénea naturaleza como son la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo convierten en un delito de evidente complejidad”³³⁷. Por ello se ha dicho que los componentes del robo se hallan indisolublemente vinculados entre sí. “En el delito de robo se trasgreden bienes de tan heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física, la vida, el patrimonio, entre otros bienes jurídicos, lo que hace de este injusto un delito complejo; siendo un conglomerado de elementos típicos, en el que sus componentes aparecen tan indisolublemente vinculados entre sí, formando un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo”³³⁸.

CAP. XIII

ciones independientes. Según esto, en el tipo del delito de robo cada uno de sus componentes es constitutivo, –si se analiza de manera independiente–, de una infracción penal: el empleo de violencia o amenaza constituiría un delito de coacciones y el apoderamiento un delito de hurto”.

336 Recurso de Nulidad N.º 2843-2006-AREQUIPA, 03/07/08

337 Ejecutoria Suprema del 13/7/2009, Recurso de Nulidad N.º 4937-2008-ANCASH, Vocal Ponente: Rodríguez Tineo, Gaceta penal y procesal penal, tomo 13, Gaceta jurídica, Lima, julio 2010, p. 182.

338 Ejecutoria Suprema del 9/6/2004, Recurso de Nulidad N.º 253-2004-UCAYALI, extraído de: CASTILLO ALVA, José Luis; *Jurisprudencia penal 3, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Lima 2006, p. 160.

II. EVOLUCIÓN Y ANTECEDENTES LEGALES

El primer Código Penal peruano de 1863 (hoy abrogado) prescribía en el artículo 326 el delito de robo bajo el siguiente tenor: “El que cometa robo, hiriendo ó maltratando a una persona, para que descubra, entregue o no defienda la cosa que intenta robar, sufrirá penitenciaría en tercer grado”.

Asimismo, el Código Penal abrogado de 1924 contemplaba la figura del robo en el artículo 239 bajo el siguiente tenor: “El que para perpetrar un robo, o el que sorprendido en flagrante delito de robo, ejerciere violencia sobre una persona o la amenazare con un peligro inminente para la vida o la salud de otra manera la inhabilitare para resistir será reprimido con penitenciaría o prisión no mayor de siete años ni menor de cuatro años”.

Como veremos en la siguiente y sucinta evolución legislativa del delito de robo en el Perú, una vez puesto en vigencia el Código Penal de abril de 1991, el legislador patrio lo único que le ha interesado a los efectos de la eficacia del delito en cuestión —y en general para cualquier delito que se lesione o ponga en riesgo aspectos de la seguridad ciudadana— es en el endurecimiento de la sanción penal, llegando incluso a límites legales irracionales (quince años como pena máxima en el año 1998), relegando lamentablemente aspectos como el de concretizar los contornos específicos del comportamiento típico del robo simple o agravado.

CAP. XIII

En ese sentido, en la versión original del Código Penal de 1991, el delito de robo simple (artículo 188) estaba regulado de la siguiente manera:

“El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años.”

Luego con la modificatoria producida a través de la Ley N.º 26319, de fecha 01-06-94 el texto del delito de robo sufrió un incremento de la pena tanto en el extremo mínimo (antes era de dos, ahora es de tres años) como en el extremo de la pena máxima (antes era de seis, ahora es de ocho años). En efecto, el artículo 188 del Código Penal quedó redactado de la siguiente manera:

“El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años”.

Después de unos años, a través del Decreto Legislativo N.º 896, de fecha 24-05-98 la pena se incrementó considerablemente llegando la pena máxima hasta quince años de pena privativa de libertad, quedando en igualdad punitiva con el extremo mínimo con el delito de asesinato, o parricidio. En efecto, el artículo 188 del Código Penal quedó redactado de la siguiente manera:

“El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.

Con la Ley N.º 27472 del año 2001, el delito de robo quedó regulado por el artículo 188 (texto vigente a la fecha) del Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 188. “El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años”.

En cuanto al futuro legislativo del delito de robo simple podemos citar el Anteproyecto del Código Penal peruano (2010) publicado por el Congreso de la República³³⁹, regulado en el artículo 201 bajo el siguiente tenor: “El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar donde se encontraba, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años”. Si observamos la norma penal antes citada, no vemos en realidad muchos cambios significativos a la regulación actual que se tiene en nuestro Código Penal.

CAP. XIII

III. TIPICIDAD OBJETIVA

1. Sujeto activo y sujeto pasivo

En cuanto al sujeto activo, este puede ser cualquier persona, por lo tanto se trata de un delito de naturaleza común, con las particularidades que hemos mencionado en el delito de hurto anteriormente analizado.

Mientras que el sujeto pasivo puede ser una persona natural física no importando la edad o estatus social, como una persona jurídica de derecho público o privado, o mixta, basta que tenga un derecho de titularidad con respecto de la cosa mueble, objeto del delito de robo. En cuanto a la persona jurídica, se presenta una dualidad de afectaciones: así, cuando el sujeto activo robó, por ejemplo, en un establecimiento comercial por la madrugada amenazando al vigilante de la puerta; aquí hay un sujeto pasivo de la *acción* que viene hacer el vigilante –ya que

339 TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código Penal peruano. Exposición de Motivos. Anteproyecto del Código Penal y Estudios sobre Derecho penal*, Lima, 2011, p. 185.

él directamente recibe la amenaza concreta—, y obviamente también existe otro sujeto pasivo del *delito* —titular del bien jurídico protegido— que es en definitiva el dueño o los dueños del establecimiento comercial.

2. Conducta típica

De la redacción típica del precepto penal (art. 188 CP), se desprende como uno de los elementos esenciales del tipo objetivo, el hecho de que el sujeto activo se haya sustraído un bien mueble ajeno, mediante “violencia” o “amenaza”. En principio, la acción típica consiste en: “apoderarse ilegítimamente de un bien mueble”. Esto comprende: (i) el desplazamiento físico de la cosa del ámbito del poder patrimonial del tenedor —de su esfera de posesión— al sujeto activo; (ii) la realización material de actos posesorios, de disposición sobre la misma (iii) Que el desapoderamiento de la cosa mueble sea mediante violencia o amenaza.

En este punto, los conceptos de “apoderamiento” y “sustracción” —en forma ilegítima— de la cosa mueble “ajena” son las mismas consideraciones del delito de hurto antes analizadas. Asimismo, el concepto de “cosa mueble” en el delito de robo es semejante al delito de hurto, también anteriormente analizados.

3. El robo debe tratarse de un bien mueble

CAP. XIII

Como en el delito de hurto, aquí el robo debe tratarse de un bien mueble (“ajeno”) con las mismas características que hemos dicho cuando hemos analizado el bien mueble en el hurto. A veces la calidad del bien mueble influye en la tipicidad del delito de robo. Así, si el robo recae sobre bienes de valor científico o que integran el patrimonio cultural de la Nación (véase el artículo 189, segunda parte, inciso 4, del Código penal), se trata de un robo agravado.

Una forma de cómo el *bien mueble* tiene una fuerte influencia en el delito de robo es por ejemplo el robo de ganado (artículo 198-C del Código penal —introducido a través de la Ley N.º 26326 de 04/06/1994— que la letra prescribe: “El que se apodera ilegítimamente *de ganado vacuno, ovino, equino, caprino, porcino o auquénido*, total o parcialmente ajeno, aunque que se trate de un solo animal, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años”), ya que este delito comparte los mismos elementos objetivos del delito de robo simple. Es más, ambas infracciones penales comparten el mismo bien jurídico protegido (delitos patrimoniales y la pluriofensividad del afectación: “vida” e “integridad física”) y la misma modalidad conductual específica sancionada (mediante apoderamiento con violencia y amenaza en contra de las personas en vinculación con el ganado y sus variantes).

4. El apoderamiento mediante amenaza o violencia

4.1. Cuestiones comunes

La nota característica del delito de robo –tanto simple como agravado– es forma de apoderamiento del patrimonio ajeno mediante “amenaza” o “violencia”. Tanto la violencia como la amenaza pueden compartir los mismos medios para conseguir el objetivo de apoderamiento. Así, un sujeto puede utilizar un cuchillo, armas de fuego, un palo de madera, etc.; es decir, el sujeto puede utilizar por ejemplo un cuchillo para amenazar a la víctima y causar violencia contra esta, y así arrebatarle su cartera y celular.

En otros delitos, la violencia y amenaza formar parte de la tipicidad básica, como por ejemplo en el delito de usurpación inmobiliaria (artículo 202 del Código penal), o como en el caso de los delitos contra la libertad laboral, en el cual la norma del artículo 168, primer párrafo, exige que se “obligue a otro, mediante *violencia o amenaza*” a realizar los actos descritos entre los incisos 1 al 4. En dicho contexto, la expresión “obligar” del artículo 168 precisa que el sujeto activo compela a una persona a que realice o deje de hacer algo contrario a su voluntad, lo cual puede efectuarse mediante conductas comisivas u omisivas.

La violencia o amenaza en el delito de contraste impreciso son los medios tradicionales por los cuales se produce una afectación a otros bienes jurídicos, aparte del bien jurídico patrimonio. En efecto, a través de la violencia, por ejemplo, se lesiona la integridad física de la víctima, de ahí su carácter pluriofensivo del delito de robo que ha establecido enfáticamente la doctrina y la jurisprudencia.

No serán violencia o amenaza instrumental en el contexto del robo, cuando no se hallen dirigidos a facilitar la sustracción apoderamiento, sino que obedecen a otras finalidades delictivas (por ejemplo, cuando el agente dispara contra la persona o víctima por venganza, motivo fútil, o cuando tales acciones eran ya necesarias, es decir, no cumplía un rol facilitador o apropiador de impunidad)³⁴⁰. Ahora bien, si el acto de apoderamiento ya se ha consumado y, por ende, alcanzando la disponibilidad de las cosas por el sustractor, sin mediar violencia ni intimidación para ello, con posterioridad, en el transcurso de una huida, por ejemplo, o cuando ya el autor se ha desprendido de la cosa sustraída, surgen las acciones de violencia, nos encontraríamos, tan sólo, ante un delito de hurto o de robo con fuerza, según los casos, independiente de la sanción, según su entidad, de la conducta violenta³⁴¹.

La violencia o amenaza tiene que ser el “medio” para causar materialmente el apoderamiento y/o sustracción de la cosa mueble; porque si es posterior la violencia o amenaza al apoderamiento y/o sustracción serían considerados dos infracciones penales valorables por separado, independientes de acuerdo con el artículo 50 del Código penal (concurso real de delitos): uno de lesiones corporales (artículo 121,

340 ROJAS VARGAS, 2000, p. 370.

341 MAZA MARTÍN, José; en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (director), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coordinador); *Comentarios al Código Penal*, T. III, Barcelona, 2007, p. 1801.

122 y 123 del Código penal), o de coacción (artículo 151 Código penal) y el otro de hurto (artículo 185 del Código penal).

El actual Código Penal peruano cuando define los medios típicos para cometer el delito de robo simple (artículo 188), que lo hace bien es diferenciar hacia dónde va dirigido dichos medios de comisión. En efecto, “El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, *empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física*” (las cursivas son nuestras). En esta misma línea también podemos nombrar al abrogado Código Penal de 1924 que contemplaba la figura del robo en el artículo 239 bajo el siguiente tenor: “El que para perpetrar un robo, o el que sorprendido en flagrante delito de robo, *ejerciere violencia sobre una persona o la amenazare con un peligro inminente para la vida o la salud...*” (las cursivas son nuestras). Incluye en la perspectiva de *lege ferenda* el Anteproyecto del Código Penal peruano (2010) publicado por el Congreso de la República³⁴² ha regulado en el artículo 201 (robo simple) bajo el siguiente tenor: “El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar donde se encontraba, *empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física*. (las cursivas son nuestras).

Es decir, tanto la violencia como la amenaza tienen que ir dirigidas hacia las personas; así lo entiende la Corte Suprema cuando señala que: “A fin de imponerse la pena debe tenerse en cuenta que el menoscabo al bien jurídico no se ha dado en la magnitud de extremo peligro *para la víctima*”³⁴³; caso contrario es lo que pasa

CAP. XIII

342 TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código Penal peruano. Exposición de Motivos. Anteproyecto del Código Penal y Estudios sobre Derecho penal*. Lima, 2011, p. 185

343 Recurso de Nulidad N.º 473-04 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia Lima, dos de junio de dos mil cuatro.-

VISTOS; actuando como ponente el Señor Vocal Supremo Raúl Alfonso Valdez Roca, de conformidad en parte con lo dictaminado por el Señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO además: Primero. Que de las pruebas aportadas y merituadas en el proceso, se llega a establecer que han concurrido los modos facilitadores de la comisión del hecho punible, como es la “vis corporales” o “vis absoluta” y la amenaza contra la persona de la víctima, asimismo, con la confesión y arrepentimiento sincero del procesado Mario Ernesto Huacachi Zamora, quien solicita que se le rebaje la pena, aduciendo que ha colaborado con la administración de justicia, toda vez que luego de producidos los hechos se puso inmediatamente a disposición de la autoridad policial competente. Segundo. Que del estudio y revisión de los autos, se advierte que con colaboración del procesado Mario Ernesto Huacachi, se recuperó la mototaxi de placa MG veinte dos ocho cuatro, asimismo no se le incautó al citado procesado ningún tipo de arma, conforme se desprende del acta de fojas veintiséis, con los que pudiera generar mayor gravedad en el hecho punible; sin embargo, su culpabilidad queda acreditada no solo con el reconocimiento expreso que le hace a fojas veintidós el agraviado, sino también con la intervención en “cuasiflagrancia” por parte de los efectivos policiales a cargo del operativo. Tercero. Que sin embargo, a fin de imponerse la pena debe tenerse en cuenta que el menoscabo al bien jurídico no se ha dado en la magnitud de extremo peligro para la víctima; aunado a ello, el ánimo de enmienda frente a los hechos, coyuntura que permite inferir al juzgador que una pena mínima y efectiva provocará su inminente readaptación social, por lo que apreciando los actuados con el criterio de conciencia que la ley faculta y estando a la forma y circunstancias de la comisión del delito imputado: Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas doscientos seis, su fecha veinticuatro de

con el actual Código Penal español de 1995, que en el artículo 237 señala que la violencia (fuerza) es solo para las cosas, mientras que la intimidación (y también la violencia física) es para las personas. En efecto, el artículo 237 señala que: “Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderen de las cosas muebles ajenas *empleando fuerza en las cosas* para acceder al lugar donde estas se encuentran o violencia o intimidación en las personas”. (las cursivas son nuestras).

4.2. Sobre la violencia

La violencia implica el desarrollo de una actividad física “efectiva”, real sobre la víctima³⁴⁴. No basta la presunción, por parte de esta de que la violencia va a ser empleada (p. ej., portar el arma sin exhibirla o blandirla). Puede recaer sobre cualquier persona, la víctima o un tercero, pero siempre debe tratarse de un ser humano vivo³⁴⁵. En un caso concreto, con buen criterio la Corte Suprema de la República –vía recurso de nulidad– ha señalado que no constituye delito de robo haberse llevado los bienes de la agraviada luego de haberla matado, pues la violencia típica del robo no fue ejercida sobre una persona viva.

julio de dos mil tres, que condena a Mario Ernesto Huacachi Zamora, como autor del delito contra el patrimonio – robo agravado en perjuicio de Alex Junior Barrientos Aquino y Marco Antonio Tanta Mendoza, fija en la suma de un mil nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá abonar el sentenciado a favor del agraviado, HABER NULIDAD en el extremo que se las impone trece años de pena privativa de la libertad efectiva; reformándola, le impusieron la pena privativa de la libertad efectiva de siete años, que con el descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el dos de marzo de dos mil dos, vencerá el uno de marzo de dos mil nueve; Reserva el juzgamiento a Juan Carlos Méndez Pascual; mandaron que la Sala Superior de Justicia para procesos con Reos en Cárcel reitere las Órdenes de ubicación y captura para su juzgamiento; NO HABER NULIDAD en demás que contiene; y los devolvieron.-S.S. GONZALES CAMPOS R.O. / VILLA STEIN / VALDEZ ROCA / CABANILLAS ZALDÍVAR / VEGA VEGA.

344 Según ROJAS VARGAS, 2000, p. 378, los supuestos de violencia contras las personas podrían ser los siguientes casos:

- Sujetar a la víctima para sustraerle la cartera, alhajas y demás objetos de valor
- Arrancar, produciendo lesiones levisimas, cadenas (del cuello), brazaletes, aretes, filetes de aro de los dientes, puentes, planchas, etc.
- Hacer perder el sentido de conciencia a la víctima, mediante golpes o caída, o uso de drogas, alcohol, somníferos, etc.
- Causar daños a la silla de ruedas del paralítico
- Golpear al guía de una persona ciega o al conductor de una persona paralítica
- Hacer uso de sustancias lacrimógenas, vomitivas, paralizantes sobre la víctima o terceros que le auxilian
- Maltratos de obra, empujones, empujones, forcejeos, llevar a la víctima contra la pared, etc.
- Causar lesiones que no configuran delito.
- Encerrar a la persona, atarla, amordazarla o retenerla.
- Atar durante el día al guardián o vigilante para ingresar en la noche a efectos de sustracción
- Las excoriaciones, magulladuras, equimosis
- Retener a una persona e impedirle libertad de movimientos
- Hacer caer al suelo a una mujer o menor (en general a toda persona vulnerable).

345 BUOMPADRE, 2012, p. 412.

La violencia física, para que se configure el robo simple, debe limitarse a lo mínimo necesario para consumar la sustracción y apoderamiento ilegítimo del bien mueble³⁴⁶. Si esta violencia física desborda el fin de lograr la sustracción y apoderamiento, ocasionando lesiones graves (física o psíquicas) o, inclusive, la muerte de la víctima, nos encontramos ante un robo agravado (art. 189, último párrafo, Código penal). Además, la violencia en el robo está siempre orientada a neutralizar o impedir toda capacidad de actuación anterior o de reacción concomitante de la víctima.

Así lo entiende una Ejecutoria Suprema en materia penal cuando señala, parte pertinente, lo siguiente: “En consecuencia la violencia en el robo es causa determinante del desapoderamiento y está orientada a neutralizar o impedir toda capacidad de actuación anterior o de reacción comitente de la víctima que pueda obstaculizar la consumación del robo. Ahora bien, cualquier género e intensidad de violencia física *vis in corpore* energía física idónea para vencer la resistencia de la víctima, es penalmente relevante. Además ella puede ejercerse antes o en el desarrollo de la sustracción del bien mueble, pudiéndose distinguir entre la violencia que es utilizada para conseguir la fuga y evitar la detención que no modifica la naturaleza del delito de apoderamiento consumado con anterioridad; y la violencia que se convierte típicamente en aparente delito de hurto en robo. Cabe precisar que en el primero de los casos mencionados, no hay conexión instrumental de medio a fin entre la violencia y la sustracción, pues esta ya se había producido. No obstante, el medio violento se aplica antes de que cese la acción contra el patrimonio y el aseguramiento del bien en la esfera del dominio del agente vía el apoderamiento”³⁴⁷.

La posibilidad de que sea una persona jurídica aquella sobre quien se ejerza violencia resulta no asumible (en nuestra legislación penal) y por la naturaleza misma de las cosas, lo cual no obsta a que en ella se reúnan los requisitos de la titularidad del sujeto pasivo al ser la propietaria del bien mueble sustraído, y tampoco impide que al ser sus representantes objeto de la violencia instrumental se considere la acción dirigida contra la persona jurídica³⁴⁸.

En consecuencia, la violencia es causa determinante del desapoderamiento y está siempre orientada a neutralizar o impedir toda capacidad de actuación anterior o de reacción concomitante de la víctima que pueda obstaculizar la consumación del robo³⁴⁹. Para la configuración del delito de robo es necesario que exista una vinculación tanto objetiva como subjetiva de la violencia con el apoderamiento, ello implica, que su empleo haya sido el medio elegido por el agente para perpetrarlo o consumarlo.

346 En este punto citaremos la jurisprudencia penal peruana: “No puede considerarse violencia insignificante y por tanto, atenuante para disminuir la pena por debajo del mínimo legal, los actos consistentes en reducir a la agraviada, maniatándola, de tal manera de imposibilitarle cualquier reacción” (Exp. N.º 3761-97-Lima, Ej. Supr., 1 set. 1997, SP, en: Rojas Vargas, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 199, T I, p. 389) extraído: CARO JOHN, José Antonio; *Diccionario de Jurisprudencia penal*, Lima, 2007, p. 597.

347 Ejecutoria Suprema del 4/ 11 / 99, Recurso de Nulidad N.º 2924-99-LIMA, extraído de: ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal y procesal penal*, Idemsa, Lima, 2002, p. 524.

348 ROJAS VARGAS, 2000, p. 373.

349 Acuerdo Plenario N.º 03- 2008 de la Corte Suprema.

Ahora bien, cualquier género e intensidad de violencia física *vis in corpore* –energía física idónea para vencer la resistencia de la víctima– es penalmente relevante. Además, ella puede ejercerse antes o en el desarrollo de la sustracción del bien mueble, pudiéndose distinguir entre la violencia que es utilizada para conseguir la fuga y evitar la detención –que no modifica la naturaleza del delito de apoderamiento consumado con anterioridad–, y la violencia que se emplea para conseguir el apoderamiento y la disponibilidad, la que convierte típicamente un aparente delito de hurto en robo. Cabe precisar que en el primero de los casos mencionados, no hay conexión instrumental de medio a fin entre la violencia y la sustracción, pues esta ya se había producido. No obstante, el medio violento se aplica antes de que cese la acción contra el patrimonio y el aseguramiento del bien en la esfera de dominio del agente vía el apoderamiento³⁵⁰.

En este punto, debemos de advertir que la privación de libertad de la víctima en fase postconsumativa a la del delito de robo –ya sea simple o agravado– no forma parte de la tipicidad penal del mismo. Así lo entiende correctamente una Ejecutoria Suprema, la cual señala: “La privación de libertad que sufrió el agraviado se dio en la etapa postconsumativa del robo, por lo que no puede ser considerada un medio empleado por el agente para consolidar el apoderamiento, resultando ser en consecuencia un tipo independiente distinguible del robo precedente, así tenemos que existe una pluralidad de hechos de los mismos sujetos que constituye una pluralidad de delitos, correspondiendo aplicar las reglas del concurso real”³⁵¹.

CAP. XIII

4.3. Sobre la amenaza

El otro medio típico del delito de robo lo constituye la amenaza, el mismo que conlleva sentimientos de angustia y miedo en la víctima, ante la contingencia del daño anunciado. La amenaza debe manifestarse a través de palabras, gestos, escritos y debe ser capaz de producir efectos intimidatorios en el sujeto pasivo, lo que permitirá al agente vulnerar su resistencia o la defensa de sus bienes, facilitándose así, la sustracción de los mismos³⁵². La entidad intimidatoria de la conducta del agente delictivo ha de ser suficiente para condicionar el comportamiento de la víctima haciendo de ella un sujeto pasivo, incapaz de defender lo que es suyo³⁵³.

“La intimidación o amenaza consiste en el anuncio o conminación de un mal inmediato grave, personal y posible que inspire al perjudicado un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la posibilidad de un mal real o imaginario, de suerte que la intimidación puede producirse de manera expresa mediante la exteriorización con palabras de la amenaza del mal o implícitamente cuando el comportamiento que precede a la toma de las cosas o a la petición de las mismas para proceder a su

350 Acuerdo Plenario N.º 03-2008 de la Corte Suprema.

351 Ejecutoria Suprema 04/11/99, Recurso de Nulidad, N.º 2924-99-LIMA–, extraído de: ROJAS VARGAS, Fidel; Jurisprudencia penal y procesal penal, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 388.

352 GÁLVEZ VILLEGAS / DELGADO TOVAR, T. I, 2011, p. 764.

353 MAZA MARTÍN, José; en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (director), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coordinador); *Comentarios al Código Penal*, T. III, Barcelona, 2007, p. 1802.

apoderamiento haga perfectamente deducible el propósito de causar un mal si se opone resistencia a los deseos del agente”³⁵⁴.

Mediante la amenaza en el robo se busca trabar la libertad de decisión de la víctima. A lo antes mencionado debe agregarse otra circunstancia necesaria para que la amenaza logre intimidar a la víctima: en medio debe de ser idóneo para bloquear la voluntad del sujeto pasivo de querer resistir al ataque del agente. Así por ejemplo, no podrá ser un elemento material para intimidar un arma de plástico detectable como tal, a su sola exposición. *Contrario sensu*, constituye un elemento idóneo para intimidar un arma de fuego, así ella no cuente con balas.³⁵⁵

Para la debida determinación de la amenaza, se deberá tomar en cuenta las cualidades o condiciones de la víctima; pues no es lo mismo intimidar a un campeón de artes marciales que a una señorita; asimismo, también se considerarán las circunstancias propias del hecho a efectos de determinar la concreta afección a la libertad de actuación de la víctima³⁵⁶. Debemos de tener en consideración para definir el concepto de (grave) amenaza, el criterio de razonabilidad para precisamente cerrar la respectiva tipicidad del delito de robo, que según Fidel Rojas el “Amenazar verbalmente es arrojar a la víctima a un barranco, a un caldero de agua hervida, o golpear a un menor, etc. Ni el solo arrebató verbal es ni la amenaza escrita, o promesa directa de un mal futuro, incluso ni la amenaza de hacer en el futuro uso de armas para matar o lesionar gravemente, condicionándolos a la sustracción y apoderamiento de la cosa mueble son suficientes para dotar de contenido a la grave amenaza del robo básico, dado el requisito de inminencia que requiere el tipo penal”³⁵⁷.

Una Ejecutoria Suprema señala correctamente que la intimidación del sujeto activo a la víctima para que no le siga, no forma parte de la tipicidad del delito de robo, al no ser coetánea al apoderamiento de la cosa. Así, dicha Ejecutoria señala que: “La agraviada señala que la sustracción de los bienes ocurrió la manera sorpresiva, precisando que al perseguir al imputado, quien al momento de la sustracción se encontraba acompañado de otro individuo y cuando ya se encontraba a unos sesenta metros de su tienda la amenazó con un cuchillo para que no lo siga, ahora bien para que la intimidación pueda ser considerada como un elemento objetivo del tipo penal de robo requiere que se haga efectiva en el momento necesario para posibilitar o facilitar, lo que no ha ocurrido en el caso de autos, dado que el imputado no solo había sustraído efectivamente los bienes de la víctima sino también tenía la disponibilidad sobre aquellos, en consecuencia al no darse la cotaneidad de la intimidación no puede reputarse el hecho como delito de robo, sino de hurto agravado, no siendo relevante al respecto el valor de

354 VILCAPOMA BUJAICO, Walter “¿Son suficientes la ‘violencia’ y ‘el concurso de personas’ para calificar un hecho como delito de robo agravado?”, cit., p. 499.

355 VILCAPOMA BUJAICO; “¿Son suficientes la ‘violencia’ y ‘el concurso de personas’ para calificar un hecho como delito de robo agravado?”, cit., p. 499.

356 GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, T. II, 2011, p. 764.

357 ROJAS VARGAS, Fidel; *El delito. Preparación, tentativa y consumación*, Lima, 2009, p. 614.

los bienes sustraídos, dado que las agravantes citadas excluyen la aplicación del artículo 444 del Código acotado³⁵⁸.

Por otro lado, la jurisprudencia penal peruana señala correctamente que la pistola de fogeo, en cuanto a la amenaza supone algo más que un efecto intimidatorio, esto es, la creación de un peligro general para la vida o la integridad física. En efecto: “Al haberse establecido con la pericia balística que el medio o instrumento con el que se amenazó al agraviado no es más que una pistola de fogeo para percutir fulminantes, no puede afirmarse entonces que la amenaza utilizándose este objeto haya entrañado un riesgo objetivo inminente contra la vida o integridad física del agraviado, desde que para apreciar esta agravante específica debe existir algo más que un efecto intimidatorio, y este no es otro que la creación de un peligro general para la vida o integridad física de las personas, y eso solo puede conseguirse con un arma real y objetivamente peligrosa”³⁵⁹.

3.5. La preexistencia de la cosa mueble

Una Ejecutoria Suprema hace mención que la acreditación de la preexistencia del bien sustraído a través de declaraciones testimoniales presenciales tiene un valor probatorio a tener en cuenta. Así, en el considerando quinto, señala lo siguiente: “Que si bien el acusado mencionó que se encontraba en las inmediaciones del lugar en que fue intervenido debido a que minutos antes se había encontrado con su amigo de nombre Juan Carlos Castro Basilio –cuya dirección recién proporcionó el acto oral– esa testimonial no se realizó pese a la notificación cursada; que, pese a que el agraviado no presentó documentación de los bienes objeto de delito, la preexistencia ha quedado plenamente establecida con lo expuesto por el agraviado y los testigos Felipe Alberto Alfaro Loyola –fojas ciento diecinueve–, Miguel Eugenio Arroyo Moyano –fojas ciento veinte–, Ricardo Eleazar Sánchez Casas –fojas ciento veintiuno–, quienes han informado la existencia de los bienes que fueron robados, y cómo fueron sacados del lugar”³⁶⁰.

Por otro lado, un caso conocido –vía recurso de nulidad– por la Corte Suprema de nuestro país, se dijo, en la parte pertinente, que se acredita la preexistencia del dinero (objeto de sustracción y apoderamiento) al ser la víctima un trabajador independiente que requiere capital disponible para sus labores.

CAP. XIII

358 Ejecutoria Suprema de 17/5/2004, Recurso de Nulidad N.º 3448-2003-CALLAO, extraído de: PEREZ ARROYO, Miguel; *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, T. II, Lima, 2006, p. 1047.

359 Ejecutoria Suprema del 17/2/2005, Recurso de Nulidad N.º 3932-2004-AMAZONAS, extraído de: PAREDES INFANZÓN, *Jurisprudencia penal vinculante*, Lima, 2010, p. 70.

360 R. N. N.º 4960-2006, LIMA NORTE, 08/02/07.

Expediente: 2007-236
Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

Resolución Número cincuenta y cuatro

Denunciado: Luis Miguel Rojas Pastor

Agraviada: Natividad Oncoy Páucar

Asunto: robo agravado

Fecha: 26 de mayo de 2008.

“El día de los hechos en horas de la madrugada el acusado atacó al agraviado que se encontraba en compañía de otras dos personas causándoles lesiones en el rostro, para luego proceder a despojarle de su billetera que contenía algunos de cientos de dólares y soles. El acusado sostuvo en su declaración policial que ese día, en el momento mencionado, se encontraba ebrio y que al regresar a su casa vio a tres personas libando licor en la calle, se acercó a ellos solicitándoles que se retiraran del lugar, pero al no querer retirarse estos surgió una discusión, apartándose a las inmediaciones de su casa encontró un pico de botella rota, con el que regresó al lugar donde se encontraban los tres individuos y le ocasionó una lesión en el rostro a uno de ellos, luego de lo cual ingresó a su domicilio. Dicha versión de los hechos fue ratificada en parte en su declaración instructiva, en la que señala que las tres personas parecían estar discutiendo y al solicitarse que se retiraran, estas intentaron agredirlo, motivo por el que ingresó a su casa y sacó un cuchillo con el cual ocasionó cortes en la cabeza a cada uno de ellos. Sin embargo durante el juicio oral, además de que las tres personas y el mismo se encontraban ebrios, que discutieron porque él le solicitó que se retiraran del lugar, pero que al negarse estos fue a su casa a buscar un cuchillo para asustarlos; sin embargo ellos habrían agarrado piedras y lo empezaron a atacar, circunstancias en las cuales golpeó a uno de ellos con el mango del cuchillo. Por otro lado, del certificado médico legal se aprecia que el agraviado “presenta en la cabeza herida cortante de doce centímetros de longitud, suturada en la región parietocigomática derecha, tumefacción dematosa en región paraorbitaria derecha, arribando a la conclusión de que la lesión fue causada por objeto con filo”, por lo que la versión del procesado en cuanto refiere que la lesión fue ocasionada con el mango del cuchillo queda desvirtuada. El agraviado, sostiene desde la etapa de investigación preliminar e incluso durante la confrontación, que el día de los hechos él y dos amigos se encontraban caminando rumbo a su domicilio para descansar y que no hacían bulla ni estaban ebrios, pero que el acusado sin mediar razón alguna le causó una lesión en la cabeza con un cuchillo, para después sustraerle su billetera. Sostiene que debido al paso de los años no puede precisar el monto exacto que le fue sustraído, pero que está completamente seguro que el acusado lo despojó de su dinero. Esta versión es corroborada además con la declaración de una de las personas con la que se encontraba (que resulta ser su primo), que añade que vio cuando el acusado lo sustraía la billetera a su primo, y que aunque no recuerda ni de dónde ni cuánto sería el monto robado, está seguro de que su primo llevaba dinero, puesto que trabajan vendiendo cuadros y espejos. De esta manera, a pesar de que el procesado sostiene que no sustrajo dinero alguno al agraviado y que la lesión que le provocó fue resultado de una discusión, pues al no conocerlos pensó que eran delincuentes y les exigió que se retiraran de las inmediaciones de su casa. Sin embargo, de las declaraciones de uno de los acompañantes del agraviado que refirió conocer al acusado e incluso mencionó el apelativo con el que es conocido, y al ser reconocido por el

mismo procesado que es cierto que tal es su apelativo, queda desvirtuada la versión de que aquel no conocía ni al agraviado ni a sus acompañantes. Por último, en lo referente al robo, se tiene que si bien el agraviado sostuvo ante la autoridad policial que en su billetera portaba trescientos dólares americanos y seiscientos nuevos soles y en el acto oral, señaló que el importe fue de doscientos dólares americanos y seiscientos nuevos soles. La Sala Penal Transitoria que conoce de este considera que debe tenerse en cuenta que los hechos ocurrieron hace más de cinco años y, por lo tanto, no resulta fácil relatar los hechos de manera exactamente igual a lo sucedido, siendo que al subsistir la incriminación de la sustracción de la billetera conteniendo dinero, las imprecisiones sobre el monto exacto, no son idóneas para desvirtuar la versión inculpativa. Respecto de la preexistencia del dinero sustraído, los magistrados consideran que al existir declaraciones de los dos testigos en el sentido que el agraviado se dedicaba al comercio de cuadros que traía de Lima y les pagaba por su trabajo, existen argumentos razonables para concluir que el agraviado era un comerciante que contaba con dos trabajadores, lo cual implica que en rigor tenía un capital de trabajo y como tal se encuentra acreditada la preexistencia del dinero. Y si bien no se ha determinado con exactitud el monto sustraído, sin embargo, está demostrado que el móvil del evento delictivo fue el robo (al no haberse acreditado que en las relaciones entre agraviado e imputado y entre este y los testigos exista odio, resentimiento, enemistad, venganza, revanchismo u otras), cuya cuantía no requiere determinarse para su configuración. En este sentido, al llegar a la conclusión de que efectivamente el acusado se apoderó del patrimonio del agraviado durante la noche y mediante el uso de fuerza, llegando a ocasionarle lesiones con un arma blanca, se condena al procesado por el delito de robo agravado”.

CAP. XIII

6. Idoneidad del bien objeto de sustracción

No solo la preexistencia del bien mueble se tiene que acreditar en un proceso penal, sino también que dicho bien (mueble) tenga las mínimas condiciones para que pueda producir luego una afectación patrimonial a los intereses del titular del bien sustraído. En otras palabras, el bien tiene que ser idóneo para que pueda ser considerado lesionado o puesto en peligro (artículo IV del Título Preliminar del Código penal), caso contrario sería un supuesto de delito imposible, llamado también tentativa inidónea del artículo 17 del Código Penal peruano. En efecto, en un caso conocido por la Corte Suprema se dijo expresamente que el robo es imposible si las tarjetas de crédito sustraídas estaban desactivadas y al no haberse retirado dinero, no existe perjuicio patrimonial.

Recurso de Nulidad N.º 2924-99 Lima

Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Denunciados: Marco Guillermo Dioses Saldarriaga o Marcos Guillermo Dioses Saldarriaga y Víctor Eleodoro Imakuko Chávez

Agraviado: Samuel Gonzales Victoria

Asunto: robo agravado y otro

Fecha: 04 de noviembre de 1999

“La sentencia expedida por un Tribunal Superior que se pronuncia sobre diversos hechos que configuran múltiples delitos, los que tienen como agraviados a diferentes personas y cuyos agentes tampoco son los mismos; contiene a criterio de la Sala Suprema que conoce del recurso de nulidad, serios de ciertos en la calificación de las conductas instruidas. Estos errores tampoco habrían sido advertidos por el fiscal, al formular su acusación por lo que dicha Sala Suprema cree pertinente hacer las precisiones respectivas. En este caso, nos referiremos solo a uno de tales hechos. Así, de las pruebas actuadas se ha llegado a establecer que en circunstancias en que el agraviado transitaba en horas de la noche por las calles de un distrito limeño, fue interceptado por dos sujetos que descendieron de un vehículo portando armas de fuego, lo conminaron a abordar dicho medio de transporte para luego despojarlo de sus tarjetas de crédito, las causales no se encontraban activadas. Ante esto, fue mantenido como rehén, para luego ser liberado unas horas después el mismo día, por las inmediateces de una avenida en el Callao. Habiendo sido capturados dichos agentes y posteriormente procesados, la sala Superior los condenó como coautores en grado de tentativa de los delitos de secuestro, robo agravado y extorsión. Sin embargo, los Magistrados supremos ya habían hecho la precisión de que los tipos de los delitos de robo y extorsión son excluyentes, pues el primero importa la acción de “sustraer” los bienes de la víctima, mientras que la acción propia de la extorsión implica la acción de “obligar” a la víctima a entregar sus bienes. En tal sentido, del análisis de los hechos se descartó la comisión del delito de extorsión, y si bien los agentes actuaron con evidente ánimo de lucro, no pudo cometerse el robo previsto ya que las tarjetas electrónicas de la víctima no se encontraban activadas, lo cual impidió el retiro de dinero de las cuentas y, en consecuencia, el perjuicio patrimonial. Es así que al no haber bien posible de sustraer, la tentativa de perpetrarla es idónea, por lo que el robo deviene en un delito imposible. Por lo tanto, se aprecia que el único bien jurídico afectado es la libertad personal (libertad de locomoción) del agraviado, pues luego de despojarse de sus tarjetas de crédito se le mantuvo en cautiverio, es decir, se configuró el secuestro no solo en grado de tentativa (como señala la sentencia recurrida), sino que este se consumó al haberse producido impedimento físico a la libre actividad corporal de la víctima con una significación suficiente. De esta manera, se absuelve a los acusados por los delitos de extorsión y robo agravado, pero se les condena por secuestro (consumado)”.

CAP. XIII

IV. TIPICIDAD SUBJETIVA

El delito de robo, su configuración típica es eminentemente dolosa, no admitiendo ninguna posibilidad de una comisión culposa. En este punto, debemos de precisar que, a través de un fallo de la Corte Suprema de la República, que el hecho de haber ingresado a la casa del agraviado por una ventana y en contra de su voluntad prueba intención de robar, mas no de matar como ocurrió.

Recurso de Nulidad, N.º 304-2005 Cusco
Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

Denunciado: Sabino Quispe Huamán

Agraviado: Gustavo Escalante Escalante

Asunto: robo agravado

Fecha: 21 de abril de 2005.

“El extremo de la condena por robo agravado con subsecuente muerte en grado de tentativa es recurrida por el acusado al precisar que no se acreditó con prueba suficiente que haya tenido intención de robar, pues su conducta en realidad habría estado dirigida a repeler el ataque del agraviado, por lo que considera que su acción corresponde al delito de lesiones graves seguidas de muerte. La conducta imputada al recurrente es que el día de los hechos ingresó a la vivienda del agraviado provisto de un cuchillo y con la intención de sustraer sus bienes. Pero en tal circunstancia atacó al agraviado infiriéndole heridas mortales. Diversos testigos que señalan haber encontrado al agraviado todavía con vida, declararon que este refirió algunas características de su atacante (color de tez, cabello, talla, contextura) y que mientras se dirigía al segundo piso de su vivienda para cambiarse de ropa, este individuo que habría ingresado al interior por una ventana trasera (pues la puerta estaba intacta), lo empezó a atacar introduciéndole un cuchillo a la altura de la cadera. Asimismo, otro testigo afirma haber estado presente cuando el agraviado reconoció al acusado como su atacante, en el hospital al que fue trasladado por dos efectivos policiales versión que se encuentra corroborada con el atestado policial, que precisa que se identificó plenamente al acusado como el autor de los hechos delictivos. Por otro lado, en la diligencia de reconstrucción de los hechos e inspección ocular realizada en la vivienda del agraviado, se pudo constatar que existen huellas de sangre por debajo de los tubos del pasamanos de la gradería de acceso al segundo nivel, en la viga de madera colocada en la parte posterior pegada a la construcción y huellas de raspado en los tubos del pasamanos hasta en los sectores, aspectos o rastros que sustentarían la versión inculpativa en el sentido de que el inculpa posiblemente haya ingresado a la habitación del segundo nivel escalando por las vigas salientes y luego entrado por la ventana. Por todas estas pruebas, la Sala Penal Permanente considera desvirtuada la versión de los hechos que ofreciera el acusado al señalar que no subió al segundo piso del domicilio de la víctima y que el incidente se produjo a seis metros del lugar. Además, en lo referente al dolo de robar, que según el recurrente no se ha probado, los jueces supremos precisan que dicho elemento subjetivo solo puede ser probado de manera indirecta, y a través de hechos, por lo que según las reglas de la común experiencia el acto de ingresar a una vivienda por una ventana, sin consentimiento del propietario, es decir, contra su voluntad, indica primigeniamente la intención de sustraer los bienes de este, no obstante lo cual, el propósito delictivo no pudo concretarse, pues al ser comprendido el agente por la víctima al interior de la habitación la atacó, causándole lesiones que ocasionaron su muerte. De esta manera, no se aprecia que dentro del plan de acción del acusado se encontrara matar al agraviado, sino que se presentaron circunstancias ajenas al plan delictivo (del robo) que dieron lugar al homicidio. Por tales consideraciones, confirman la condena del recurrente por el delito de robo agravado con muerte subsecuente, en grado de tentativa”.

CAP. XIII

Véase, Recurso de Nulidad, N.º 1669-04-Lambayeque (Data 45 000), Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

Denunciado: Humberto Iparraguirre Salvatierra y Santos Santiago Ruiz Iparraguirre (autores); Cirilo Segundo Escobedo Siccha, Víctor Santos Escobedo Siccha, Juana Natalia Escobedo Siccha, Teófilo Inocente Escobedo Ruiz y Wilmer Escobedo Carranza (partícipes)

Agraviado: Hipólito Damián Aguilar Casas

Asunto: robo agravado

Fecha: 28 de febrero de 2005.

Una Sala Superior Penal condena a dos personas (primos) como autores del delito de robo agravado y a cinco personas más (también parientes) como partícipes, al haberse detenido a los dos primeros conduciendo el vehículo de propiedad del agraviado. Esta sentencia es impugnada por todos los acusados que alegan su inocencia argumentando que no se beneficiaron económicamente del camión del agraviado, por lo que no se configuraría el delito de robo que se les imputa. Las personas sindicadas como autores refieren que el día de los hechos uno de ellos le ofreció en venta semillas de papa y aceptando el otro, se dirigían a una laguna, pero en el trayecto observaron un camión que era conducido por un sujeto que ellos conocen como "Escobedo" quien le solicitó a uno de estos primos que manejara dicho vehículo. Por lo que admiten que si bien tuvieron momentáneamente en su posesión el camión no lo robaron.

CAP. XIII

Por otro lado, uno de los supuestos partícipes niega los cargos que se le imputan, alegando que cuando se produjeron los hechos se encontraba en una fiesta patronal y su hermano y también coencausado (ausente) le informó que había recuperado un camión de su propiedad, que habría perdido al ser estafado. Se sustenta la acusación (como partícipe) de la hermana de los mencionados, pues habría amedrentado a quien en el momento de los hechos ejercía custodia del camión, además de haber impedido que la Policía incautara el referido vehículo. Tanto otro hermano como el padre de todos ellos, fueron identificados por el mismo guardián como partícipe del robo del vehículo, sin embargo, aunque ellos han sostenido que desconocen los hechos que se le imputan. Se tiene que de la prueba ofrecida por los encausados, el procesado ausente fue demandado en la vía civil ante el Juzgado de Paz Letrado de Sánchez Carrión por obligación de dar suma de dinero y el vehículo (objeto material del robo) fue adjudicado al agraviado en mérito de este proceso judicial. Siendo así, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema que conoce el recurso de nulidad presentado por los procesados (autores y partícipes) considera que debido a dicha controversia en vía civil, se puede afirmar una rivalidad existente entre el procesado ausente y el agraviado, duelo actual del camión de dicho procesado, quien perdiera ese vehículo precisamente a raíz del juicio civil, y que la intervención de los acusados fue hecha por pretender recuperar el vehículo que pertenecía al mencionado procesado actuando como consecuencia del ejercicio arbitrario de un mal entendido derecho a favor de un tercero, *por lo que su accionar no sería doloso al no tener ánimo de lucro al haber despojado al agraviado del vehículo*". (las cursivas son nuestras).

El tipo subjetivo del delito de robo hace referencia a especiales elementos anímicos, esto es a elementos subjetivos distintos del dolo, que vienen definido por el *ánimo de lucro*, el cual se define como la intención de obtener cualquier provecho, beneficio, ventaja, goce o utilidad o acrecentamiento patrimonial; en consecuencia,

no se configura el robo, por ejemplo, si el acusado queriendo recuperar el vehículo del que fue despojado por mandato judicial despoja al actual dueño, precisamente por no acreditarse que el agente actuó con *animus de lucro*.

**Recurso de Nulidad N.º 1669-04-Lambayeque,
Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia**

Denunciado: Humberto Iparraguirre Salvatierra y Santos Santiago Ruiz Iparraguirre (autores); Cirilo Segundo Escobedo Siccha, Víctor Santos Escobedo Siccha, Juana Natalia Escobedo Siccha, Teófilo Inocente Escobedo Ruiz y Wilmer Escobedo Carranza (partícipes)

Agraviado: Hipólito Damián Aguilar Casas

Asunto: robo agravado

Fecha: 28 de febrero de 2005.

Una Sala Superior Penal condena a dos personas (primos) como autores del delito de robo agravado y a cinco personas más (también parientes) como partícipes, al haberse detenido a los dos primeros conduciendo el vehículo de propiedad del agraviado. Esta sentencia es impugnada por todos los acusados que alegan su inocencia argumentando que *no se beneficiaron económicamente del camión del agraviado, por lo que no se configuraría el delito de robo que se les imputa*. Las personas sindicadas como autores refieren que el día de los hechos uno de ellos le ofreció en venta semillas de papa y aceptando el otro, se dirigían a una laguna, pero en el trayecto observaron un camión que era conducido por un sujeto que ellos conocen como “Escobedo” quien le solicitó a uno de estos primos que manejara dicho vehículo. Por lo que admiten que si bien tuvieron momentáneamente en su posesión el camión no lo robaron.

CAP. XIII

Por otro lado, uno de los supuestos partícipes niega los cargos que se le imputan, alegando que cuando se produjeron los hechos se encontraba en una fiesta patronal y su hermano y también coencausado (ausente) le informó que había recuperado un camión de su propiedad, que habría perdido al ser estafado. Se sustenta la acusación (como partícipe) de la hermana de los mencionados, pues habría amedrentado a quien en el momento de los hechos ejercía custodia del camión, además de haber impedido que la Policía incautara el referido vehículo. Tanto otro hermano como el padre de todos ellos, fueron identificados por el mismo guardián como partícipe del robo del vehículo, sin embargo, aunque ellos han sostenido que desconocen los hechos que se le imputan. Se tiene que de la prueba ofrecida por los encausados, el procesado ausente fue demandado en la vía civil ante el Juzgado de Paz Letrado de Sánchez Carrión por obligación de dar suma de dinero y el vehículo (objeto material del robo) fue adjudicado al agraviado en mérito de este proceso judicial. Siendo así, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema que conoce el recurso de nulidad presentado por los procesados (autores y partícipes) considera que debido a dicha controversia en vía civil, se puede afirmar una rivalidad existente entre el procesado ausente y el agraviado, duelo actual del camión de dicho procesado, quien perdiera ese vehículo precisamente a raíz del juicio civil, y que la intervención de los acusados fue hecha por pretender recuperar el vehículo que pertenecía al mencionado procesado actuando como consecuencia del ejercicio arbitrario de un mal entendido derecho a favor de un tercero, *por lo que su accionar no sería doloso al no tener ánimo de lucro al haber despojado al agraviado del vehículo*". (las cursivas son nuestras).

De ahí la importancia del elemento subjetivo en el delito de robo resaltado por Jurisprudencia penal peruana, y su efecto directo cual es la proscripción de la responsabilidad objetiva del hecho. Así: “Para la configuración del delito de robo deben concurrir los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. El primero consistente en el apoderamiento de un bien mueble total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra; y, el segundo en la intención del sujeto activo de perpetrar dicho acto con la finalidad de obtener un provecho indebido. En el presente caso, en la actividad desplegada por los recurrentes no se advierte la concurrencia del elemento subjetivo, dado que el accionar de los acusados no estuvo orientado a perpetrar el ilícito penal que se les imputa, sino de apoderarse únicamente del sello de la Gobernación del Distrito que estaba dentro del maletín, a fin de impedir que la agraviada ejerza el cargo de Gobernadora para el que había sido nombrada, actitud adoptada, según los encausados, debido a que no era una persona del lugar. Por tanto, estando proscrito la responsabilidad objetiva, y en base al principio de legalidad, que debe regir el ordenamiento jurídico de todo país que respete el Estado de Derecho se debe absolver a la acusada del hecho que se le imputa”³⁶¹.

Era evidente que como estamos en delitos de apoderamiento, el sujeto activo, con violencia o sin violencia, el tipo penal exija un aprovechamiento, que al igual que en el delito de hurto, no es necesario que el agente afectivamente se lucre del bien, sino que tenga tal finalidad.

CAP. XIII

V. LOS GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO DE ROBO. LA PROBLEMÁTICA SOBRE LA CONSUMACIÓN

Como cuestión previa podemos manifestar que la verificación del resultado típico del robo, y para cualquier delito de la Parte especial de estructura de resultado lesivo, no agota el examen de relevancia jurídico-penal, sino que es menester establecer que aquel resultado lesivo resulta atribuible objetivamente a la conducta del imputado o imputados. Ese vínculo de causalidad, o mejor dicho de *imputación objetiva* debe ser también objeto de acreditación en sede judicial.

Ahora bien, como se sabe, el robo es considerado como un delito pluriofensivo, en la cual no solo se protege penalmente el patrimonio, sino también la integridad y libertad de la persona. En suma, no se puede hablar de **grados de desarrollo del delito** de robo porque para precisar la determinación del momento consumativo del robo tiene que haber existido violencia o amenaza contra la víctima.

Una Ejecutoria Suprema señala que existen actos de frustración en la ejecución típica (tentativa, artículo 16 Código penal) en el delito de robo agravado por participación directa de la víctima, al momento de la realización de la sustracción de sus pertenencias. En efecto: “De las pruebas actuados durante el proceso, se aprecia que se encuentra acreditada la responsabilidad del encausado en la comisión del delito de robo agravado en grado de tentativa por el cual se le ha instruido,

361 Ejecutoria Suprema del 24/5/2005, Recurso de Nulidad N.º 117-2005-ANCASH, extraído de: Diálogo con la Jurisprudencia, año 13, N.º 115, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2008, p. 2002.

toda vez que está demostrado que en horas de la mañana del (...), en compañía de un sujeto desconocido utilizando un arma de fuego de fabricación casera, en forma violenta abordaron el vehículo de servicio público que manejaba el agraviado tratando de sustraerle el dinero producto de su trabajo, acto ilícito que no llegó a consumarse, debido a la resistencia que puso de manifiesto el agraviado, quien con ayuda de su cobrador y dos personas más lograron aprenderlo y conducir a la dependencia policial juntamente con el arma que portaba”³⁶².

Como es sabido, luego de innumerables y discrepantes criterios esbozados por las Sala Penales de las Cortes Superiores y Corte Suprema de nuestro país, así la Corte Suprema ha establecido en este punto lo siguiente: “Tercero: Que, la consumación del delito de robo agravado se produce cuando el agente se apodera mediante violencia o amenaza de un bien mueble total o parcialmente, privando al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia o posesión, asumiendo de hecho la *posibilidad objetiva de realizar actos de disposición*”³⁶³.

362 Recurso de Nulidad, N.º 1050-2004 SALA PENAL PERMANENTE-CHIMBOTE. Lima, ocho de setiembre de dos mil cuatro.-

VISTOS; el Recurso de Nulidad interpuesta por el procesado Isaías Lorenzo de la Cruz Rodríguez o Henry Inga Rodríguez contra la sentencia condenatoria de fojas 1135, su fecha 7 de enero de dos mil cuatro; de conformidad en parte con el señor Fiscal Supremo no penal; y CONSIDERANDO además: Primero: Que, los integrantes de este Supremo Tribunal, circunscribiéndose al primer párrafo del artículo 300 del Código de Procedimientos Penales, solo pueden pronunciarse en relación al extremo condenatorio impugnado debidamente por el procesado De la Cruz Rodríguez o Inga Rodríguez. Segundo: Que, de las pruebas actuadas durante el proceso, se aprecia que se encuentra acreditada la responsabilidad del encausado en la comisión del delito de Robo Agravado en grado de tentativa por el cual se le ha instruido, toda vez que está demostrado que en horas de la mañana del día 8 de diciembre de 2001, en compañía de un sujeto desconocido utilizando un arma de fuego de fabricación casera, en forma violenta abordaron el vehículo de servicio público que manejaba el agraviado tratando de sustraerle el dinero producto de su trabajo, acto ilícito que no llegó a consumarse, debido a la resistencia que puso de manifiesto el agraviado, quien con ayuda de su cobrador y dos personas más lograron aprenderlo y conducir a la dependencia policial juntamente con el arma que portaba. Tercero: Que, además debe resaltarse el hecho de que la línea jurisprudencias ha determinado que si el Robo Agravado es perpetrado con armas de fuego, no cabe instruir por el delito de tenencia ilegal de armas, dado que este último ilícito de subsume en aquél, conforme a lo previsto en el inciso tercero del artículo 189 del Código Penal; que en tal virtud debe absolverse al procesado de los cargos contenidos en el dictamen acusatorio de fojas 559, por el citado delito. Cuarto: Que, los agravios que expresa el procesado en sus recursos de fojas 1155, no resultan atendibles, por cuanto constituyen argumentos de defensa con los que pretende enervar su responsabilidad. Por tales fundamentos: declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas 1135, su fecha 7 de enero de dos mil cuatro, que condena a Isaías Lorenzo de la Cruz Rodríguez o Henry Inga Rodríguez, como autor del delito contra el patrimonio -Robo Agravado en grado de tentativa, en perjuicio de Víctor Raúl García moreno, a 10 años de pena privativa de libertad, fija en 500 nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar de manera solidaria con los demás sentenciados, a favor del agraviado; HABER NULIDAD en la propia sentencia en cuanto condena a Isaías Lorenzo de la Cruz Rodríguez o Henry Inga Rodríguez, por delito contra la seguridad pública -tenencia ilegal de armas de fuego, en agravio del Estado; y REFORMÁNDOLA; lo absolvieron de los cargos contenidos en el dictamen acusatorio por el precitado ilícito penal, disponiéndose la anulación de los antecedentes generados a este respecto; NO HABER NULIDAD en lo demás que contienen; y los devolvieron. S. S. SAN MARTÍN CASTRO / PALACIOS VILLAR / BARRIENTOS PEÑA / LECAROS CORNEJO / MOLINA ORDÓÑEZ.

363 Recurso de Nulidad N.º 501-2007, PIURA, 05/09/07.

CAP. XII

(las cursivas son nuestras). Es decir, se requería por parte del sujeto activo actos materiales y efectivos de disposición de la cosa sustraída.

En esta misma línea, podemos citar un caso conocido por la jurisprudencia penal peruana, cuando ha mencionado lo siguiente: “Se inculpa al encausado haber intentado sustraer, conjuntamente con el sentenciado absuelto, mediante violencia física y premunidos de una pistola, el dinero de la recepción del Hotel “Gran Miraflores”, ubicado, en la provincia de Trujillo, siendo aproximadamente las diecisiete horas con veinte minutos del día veintinueve de marzo de dos mil dos, accionar que fuera observado por el representante del hotel, mediante el sistema de circuito cerrado de televisión, dando aviso a la autoridad policial, la que al apersonarse al local logró impedir la consumación del delito.

**Recurso de Nulidad N.º 1059-2004 La Libertad,
Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia**

Lima, veintisiete de mayo de dos mil cuatro.

VISTOS los Recursos de Nulidad interpuesto por Fredy Roland Ortecho Pacheco, contra el extremo de la sentencia que lo CONDENA como autor del delito contra el patrimonio -Robo Agravado- en perjuicio de Segundo Aldo Ortiz Luján y Nilda Elizabeth Alvarado Reyna del delito contra el patrimonio -Robo Agravado en grado de tentativa- en agravio del Hotel “Gran Miraflores” representado por Edward Luis Cuenca Goicochea, a 15 años de pena privativa de la libertad, y por el Señor Fiscal Superior, contra el extremo de la misma sentencia que ABSUELVE a José Miguel Vega Pacheco de la acusación fiscal por delitos contra el patrimonio -Robo Agravado en grado de tentativa- en agravio del Hotel “Gran Miraflores” representado por Edward Luis Cuenca Goicochea; interviniendo como ponentes el señor Vocal Superior Guillermo Cabanillas Zaldivar; con los expuestos por el señor Fiscal Supremo; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que constituye derecho fundamental de toda persona, la presunción de inocencia reconocida en el artículo segundo, inciso 24, literal “e” de la Constitución Política del Estado, las misma que solo puede ser desvirtuada en base a una actividad probatoria que con las debidas garantías procesales, produzca certeza en el Juzgador sobre la responsabilidad del justiciables. **Segundo:** Que se inculpa al procesado Ortecho Gonzales, el haber participado en compañía de otros sujetos que mediante el uso de violencia física y premunidos con armas de fuego, arrebataron treinta y seis mil nuevos soles a Nilda Elizabeth Alvarado Reyna, que en esos momentos se encontraba con Segundo Aldo Ortiz Luján, en circunstancias en que siendo las 13 horas aproximadamente del día 20 de marzo de 2002, llegaban a su oficina situada en el Jirón Alfonso Ugarte número 531. **Tercero:** Que, asimismo, se inculpa al encausado Ortecho Gonzales el haber intentado sustraer, conjuntamente con el sentenciado absuelto José Miguel Vega Pacheco, el reo contumaz Luis Oliden Ruiz y el reo ausente Fredy Rivera Araujo o Christian Araujo Rivera Pacheco, mediante violencia física y premunidos de una pistola, el dinero de la recepción del Hotel “Gran Miraflores”, ubicado entre las Avenidas Miraflores y Cecilio Cox de la urbanización Miraflores, en la provincia de Trujillo, siendo aproximadamente las 17 horas con 20 minutos del día 29 de marzo de 2002, accionar que fuera observado por el representante del hotel, Edward Luis Cuenca Goicochea, mediante el sistema de circuito cerrado de televisión, dando aviso a la autoridad policial, la que al apersonarse al local logró impedir la consumación del delito. **Cuarto:** Que del análisis de los actuados no se ha acreditado la responsabilidad del procesado Ortecho Gonzales

en la comisión del delito de robo agravado, toda vez que este ha sido condenado solo en base a la sindicación efectuada por la agraviada Nilda Elizabeth Alvarado Reyna, no obstante que dicha imputación ha devenido en contradictoria; más aún si el otro agraviado Segundo Aldo Ortiz Luján, en el juicio oral ha referido que no puede precisar cómo era su atacante; *no habiendo los agraviados acreditado tampoco la preexistencia del dinero presuntamente sustraído*. **Quinto:** Que asimismo, no se ha probado fehacientemente en autos la responsabilidad del procesado Ortecho Gonzales en el delito de tentativa de robo agravado, toda vez que al haber sido intervenido por la policía Marco Plascencia Vergara, en el juicio oral, este reconoció que solo lo aprendió porque fue la única persona que se encontraba cerca del hotel asaltado y que además, porque fue visto a dos cuadras del lugar de los hechos, agachado y caminando en forma sospechosa, pareciendo esta poco bebido; que de igual forma, el testigo presidencial Teodoro Alva León, empleado de limpieza del hotel, no es uniforme en el reconocimiento que hace a la persona del encausado Ortecho Gonzales, mientras que Olivia Castilla, mucama del mencionado hotel, a fojas 193 afirma no reconocer al encausado; a lo que se suma que el administrador Edward Luis Cuenca Goicochea, a fojas 18 refiere que si bien pudo observar el asalto por el circuito cerrado, sin embargo solo vio a dos sujetos de espaldas, sin poderles ver el rostro; **Sexto:** Que el análisis de los actuados, tampoco se ha acreditado la responsabilidad de Miguel Vega Pacheco, que a lo largo del proceso ha negado categórica y uniformemente su participación en los hechos que se le inculpan, imputación que solo se sustentó en la sindicación que hizo el policía Manuel Carvajal Benítez, por lo que la absolución del mencionado procesado se encuentra arreglada a derecho; por estas consideraciones, resulta procedente también la absolución de Fredy Roland Ortecho Gonzales, de conformidad con el artículo 284 del Código de Procedimientos Penales; en consecuencia: declararon HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas 484, su fecha 5 de febrero de 2004, en el extremo que condena a Fredy Roland Ortecho Gonzales, como autor del delito contra el patrimonio –Robo Agravado– en perjuicio de segundo Aldo Ortiz Luján y Nilda Elizabeth Alvarado Reyna y del delito contra el patrimonio– Robo Agravado en grado de tentativa– en agravio del Hotel “Gran Miraflores” representado por Edward Luis Cuenca Goicochea, a 15 años de pena privativa de la libertad; y REFORMÁNDOLA, absolviéron al referido procesado de la acusación fiscal por los indicados por delitos; y de conformidad con lo dispuesto por el decreto ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, dispusieron la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia de los citados ilícitos; y encontrándose sufriendo carcelería, ordenaron su inmediata libertad, siempre y cuando no exista en su contra otra orden de detención emanada de autoridad competente; oficiándose para tal efecto, NO HABER NULIDAD en la misma sentencia en el extremo que absuelve de la acusación fiscal a Miguel Vega Pacheco como autor del delito contra el patrimonio –robo agravado en grado de tentativa– en agravio del Hotel “Gran Miraflores” representado por Edward Luis Cuenca Goicochea, con lo demás que contienen; y los devolvieron. S.S. GONZÁLES CAMPOS R.O. / VILLA STEIN / VALDEZ ROCA / CABANILLAS ZALDÍVAR / VEGA VEGA.

CAP. XIII

Sin embargo, el Pleno de las Salas Penales Supremas acordó la emisión de la Sentencia Plenaria N.º 1-2005/DJ-2301-A del treinta de septiembre de dos mil cinco, el mismo que estableció lineamientos sobre la consumación del delito de robo, en la cual para el perfeccionamiento típico se exige la disponibilidad potencial en el agente activo, con relación a la cosa sustraída. En efecto, en la Sentencia Plenaria N.º 01-2005 de la Corte Suprema, sobre consumación del delito de robo

agravado, ya se ha señalado lo siguiente: “En tal virtud, el criterio rector para identificar la consumación se sitúa en el momento en que el titular o poseedor de la cosa deja de tener a esta en el ámbito de protección dominical y, por consiguiente, cuando el agente pone la cosa bajo su poder de hecho. Este poder de hecho –resultado típico– se manifiesta en la posibilidad de realizar sobre la cosa actos de disposición, aun cuando solo sea por un breve tiempo, es decir, cuando tiene el potencial ejercicio de facultades dominicales; solo en ese momento es posible sostener que el autor consumó el delito. 9. Este criterio de la disponibilidad potencial, que no efectiva, sobre la cosa –de realizar materialmente sobre ella actos dispositivos– permite desestimar de plano teorías clásicas como la *aprehensión* o *contrectatio* –que hacen coincidir el momento consumativo con el de tomar la cosa, la *amotio* –que considera consumado el hurto cuando la cosa ha sido trasladada o movida de lugar– y la *ilatio* –que exige que la cosa haya quedado plenamente fuera del patrimonio del dueño y a la entera disposición del autor–; y, ubicarse en un criterio intermedio, que podría ser compatible con la teoría de la *ablatio* –que importa sacar la cosa de la esfera de custodia, de la vigilancia o de la actividad del tenedor, efectivo dominio sobre la cosa–. El desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio definitorio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición”.

CAP. XIII

En la Sentencia Plenaria N.º 01-2005 de la Corte Suprema, en un voto singular del señor Balcázar Zelada, nos dice lo siguiente: “1. No comparto los fundamentos de la presente Sentencia Plenaria y, por el contrario, considero que el criterio debe presidir la diferenciación entre consumación y tentativa en los delitos de robo agravado es, propiamente, la *amotio*. Por tanto, basta que el sujeto activo, luego de utilizar violencia o amenaza, se apodere de la cosa, la toma para sí y la remueva, esto es, la traslade o mueva de lugar. La acción de apoderamiento, en este caso, quedará consumada con ese hecho, por lo que no hace falta que el autor pueda disponer efectiva o potencialmente de la cosa sustraída, pues con la remoción ya se afectó la esfera de custodia del afectado. 2. En tal virtud, *mi voto* es porque en los delitos de robo el momento consumativo tiene lugar cuando el agente toma para sí la cosa y la remueva o traslade de lugar, sin que a ello sea trascendente que tenga la disposición, real o potencial, de la misma”.

En este punto la Corte Suprema confunde el agotamiento con la realización del tipo, puesto que, en el robo, solo se exige la sustracción del bien para consumir el delito. Cuando se dice posibilidad potencial de disponer de la cosa ya estamos en la esfera del agotamiento; por eso, esa disquisición técnica que se hace va en contra de la doctrina mayoritaria y según Arbulú Martínez, es totalmente errada la posición asumida en el Acuerdo Plenario vinculante y asume la postura de la Ejecutoria Suprema R. N. N.º 3932-2004 y el voto en minoría en el Pleno del Señor Juez Supremo Balcázar Zelada³⁶⁴.

Debemos de citar en este punto sobre la consumación típica del delito de robo, un caso conocido por la Corte Suprema –vía recurso de nulidad– donde se dejó,

364 ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy; *Comentarios de los precedentes vinculantes penales. Análisis de las decisiones vinculantes de la Corte Suprema (2004-2012)*, Lima, 2012, p. 127.

parte pertinente, que habrá que tener en cuenta que se consuma el delito de robo si uno de los coautores no pudo disponer de lo sustraído al ser capturado, pero el resto de los agentes escapó con otros bienes.

R. N. N.° 636-2005-Lambayeque
Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

Denunciado: Oscar Miguel Cabrejos Vilchez

Agraviados: Jorge Luis Inicio Segura, Cleivi Leonel Villegas Núñez, Jhonatan Gregory Fernández Cusma, Abel Eduardo Martínez Salazar y Luis Alfredo Silva Herrera

Asunto: robo agravado

Fecha: 05 de mayo de 2005.

“Un acusado de delito de robo agravado recurre la sentencia que lo encuentra culpable de tal delito, y lo condena a ocho años de pena privativa de la libertad y al pago de una remuneración civil a favor de los cinco agraviados. El día de los hechos, en horas de la tarde, el recurrente en compañía de otros tres o cuatro individuos, cuya identidad no pudo ser precisada, aprovecharon el hecho de que los agraviados se encontraban bañándose en un río y habrían dejado sus pertenencias en las riberas del mismo (ropa y bicicletas), los atacaron y amenazaron con un arma de fuego, llegando incluso a efectuar varios disparos al aire, para luego proceder a sustraer las pertenencias de los agraviados y huir. Sin embargo, debido a que los propios agraviados no se limitaron a observar como los despojaban de su patrimonio, procedieron a perseguir a los sujetos, logrando capturar a uno de ellos, recuperando solo una parte de sus bienes y sin que los demás participantes de este hecho delictivo fueran aprehendidos. Realizada la denuncia respectiva, los agraviados en sede policial señalaron al recurrente como uno de los autores del delito y, más aun, como quien portaba el revólver con el que fueron amenazados. En dicha instancia, el acusado en presencia del Fiscal, reconoció que él era quien portaba el arma de fuego, que intervino en el robo a los agraviados y que solo se sustrajo una bicicleta, ya que mientras escapaban tiraron la ropa de los agraviados. Luego de la valoración de la prueba, es que se le encuentra culpable de robo agravado, como ya mencionáramos y recurre la sentencia argumentando que en ningún momento durante los hechos ejerció violencia contra los agraviados (no existiendo además pericia médica que lo confirme), que tampoco se le encontró en posesión de arma alguna al momento de ser intervenido por la Policía, además que él ha reconocido de manera voluntaria su responsabilidad. Asimismo, considera que se tipificaron de manera incorrecta los hechos, pues el delito quedó en grado de tentativa, en busca de que fue aprehendido antes de poder huir con los bienes de los agraviados. La Sala Penal Permanente que conoce del recurso de nulidad considera que con la versión de los agraviados y la manifestación del acusado prestada en sede preliminar con la intervención de un representante del Ministerio Público que coincide con aquella, se ha llegado a acreditar que el recurrente no solo participó como coautor del robo, sino que también portaba un arma de fuego con la cual amenazó a los agraviados y efectuó disparos, siendo que su posterior declaración en sede judicial retractándose parcialmente no puede enervar todas las otras evidencias”. Por otro lado, se enfatiza que pese a que el acusado fue capturado mientras huía del lugar de los hechos, ello no elimina la consumación del delito, pues los demás delincuentes sí lograron huir y robar parte de los bienes que fueron despojados a los agraviados. De esta manera, el delito se consumó al, efectivamente existir disposición, así sea solo parcial, de los bienes sustraídos”.

CAP. XIII

VI. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE ROBO SEGÚN LOS FALLOS JURISPRUDENCIALES NACIONALES

El artículo 23 del Código Penal peruano regula las distintas formas de autoría criminal ("El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción") y en todas ellas la *realización el hecho* (*por sí* en la autoría directa, *por medio de otro* en la autoría mediata, o *conjuntamente* en la coautoría) constituye condición esencial para la calificación del agente como autor.

Ahora, desde la perspectiva de la autoría, o mejor dicho de coautoría, un caso de la jurisprudencia penal peruana indica que es coautor del robo perpetrado por varios agentes quien golpea al agraviado dejándolo inconsciente así no haya despojado a este de su patrimonio.

Expediente: 98-0429-070701JP06
Segunda Sala Superior de Justicia del Callao

Denunciado: Julio Enrique Falma Cáceres

Agraviado: Miguel Bustamante Cotrina

Asunto: robo agravado

Fecha: 12 de enero de 1999

CAP. XIII

"El agraviado transitaba por una calle con un amigo, cuando fue interceptado por tres sujetos en estado de ebriedad que le solicitaron dinero y al negarse fue agredido violentamente por uno de ellos, quien le propinó un puñetazo a la altura del maxilar derecho, ocasionando que cayera al suelo y perdiera el conocimiento, mientras que su amigo también era golpeado por los otros individuos, pero al lograr escapar de ellos, este regresó a auxiliarlos. Al revisar sus pertenencias, se percató de que le había robado su billetera que contenía veinte nuevos soles y su libreta militar, por lo que se dirigió a presentar una denuncia a la delegación policial respectiva. En la declaración policial del sujeto agresor (y en su instructiva) reconoce que golpeó en la sien al agraviado, pero que este no entregó dinero al grupo que conformaba, con quienes afirma además había estado libando alcohol desde tempranas horas; y niega haber sustraído la billetera del agraviado, desconociendo si sus amigos lo hicieron. Esta versión se corrobora por lo declarado por el agraviado en su manifestación policial y durante el juicio oral, así como por la declaración del amigo de este, que afirma que el acusado se hallaba en estado de ebriedad, pero que no obstante no *haber un dictamen pericial al respecto, puede afirmarse que no era de tal grado de privarle de sus facultades. Por otro lado, la lesión provocada es certificada con el certificado médico-legal (ratificado en el juicio oral por los profesionales que lo expidieron), en el que se afirma la presencia de "tumefacción maxilar y geniana derechas, producidas por agente contundente duro", con atención facultativa de un día por cinco de incapacidad médico legal. Se tiene que el delito de robo agravado ha quedado acreditado por la violencia que emplearon contra el agraviado (lesión que se haya probada) una pluralidad de agentes y durante la noche, con el objetivo de robarle sus pertenencias, pues en tal la intención que debe apreciarse de la conducta y la de los otros agresores no identificados que lo acompañaron. En tal sentido, la Segunda Sala Superior de Justicia del Callao considera que nos es indispensable individualizar*

el aporte de cada uno de los intervinientes en el hecho o si el acusado fue el que sustrajo la billetera del agraviado, pues es razonable creer que si luego de la agresión desaparece tal billetera, alguno de los otros dos sujetos debió tomarlas (hecho, que además fue reconocido parcialmente por el acusado). Y con eso se consuma el delito contra el patrimonio, pues hasta que el acusado haya tenido la intención de intervenir en el robo, facilitando este, para considerársele autor, apreciándose de los hechos una repartición funcional de roles. Por tal motivo se condena al agente por robo agravado en calidad de coautor”.

Asimismo, otro caso judicial señala que es coautor de robo agravado el mototaxista que prestaría sus servicios para facilitar la fuga de quien debía despojar de su cartera a la agraviada.

R. N. N.° 4580-2008 Lambayeque
Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema

Denunciados: William Eddington Sánchez Timaná

Agraviado: Erika Lissett Chanduví Cholán

Asunto: robo agravado

Fecha: 23 de enero de 2009.

Se tiene como hechos probados que cuando la agraviada se dispone a cruzar una pista, un sujeto apareció en forma repentina a sus espaldas y procedió a coger su bolso con la intención de arrebatárselo, produciéndose un forcejeo entre ambos, instantes en que se presentó una mototaxi cuyo conductor también procedió a forcejear con la agraviada a fin de arrebatarse sus pertenencias. En estos momentos, la agraviada cae al suelo y un taco de su zapato se incrustó en los rayos de la llanta posterior del vehículo menor, quedando atascada, arrancando el vehículo el conductor quien arrastró a la agraviada hasta una distancia de varios metros ocasionándole lesiones. Posteriormente se detuvo y se dio a la fuga a pie. Las lesiones se encuentran acreditadas por el certificado médico legal que precisa que se originó un traumatismo músculo esquelético del pie izquierdo de la agraviada, requiriéndose diez días de atención facultativa por cuarenta y cinco de incapacidad médico legal. La Corte Superior de Lambayeque que conoció del caso, condenó al conductor de la mototaxi como autor del delito contra el patrimonio en la figura de robo agravado en grado de tentativa con lesiones subsecuentes. Esta sentencia es recurrida por este procesado, pero también por el fiscal superior (quien solicita el incremento de la pena y el monto de la reparación civil) ante la Primera sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. El acusado señaló que el Tribunal Superior no consideró que la agraviada incurrió en serias contradicciones, que él no participó en los hechos delictivos que se le imputan, que concurrió en forma puntual a todas las diligencias judiciales a las que fue citado, que carece de antecedentes penales, judiciales y policiales y que tiene domicilio fijo, trabajo honesto y honrado, gozando del aprecio de la vecindad por las grandes condiciones de su persona.

Es más, el acusado sostiene que se encontraba simplemente prestando el servicio de transporte cuando su pasajero se colgó de la baranda de la mototaxi y pretendió arrebatarse la cartera a la agraviada, la cual cayó al suelo y su pie izquierdo se enganchó en los rayos de la llanta posterior por solo escasos metros. Luego, al bajar de la moto advirtió la presencia de una multitud de personas que se acercaban a él, por lo que temeroso a una agresión física se dio a la fuga abandonando la mototaxi.

CAP. XIII

Sin embargo, esta versión se encuentra desvirtuada, pues las declaraciones de la agraviada han sido persistentes en cuanto a la intervención dolosa del acusado en los hechos delictivos, infiriéndose que el recurrente habría concertado previamente con el sujeto no identificado para lograr robar la cartera de la agraviada. Además se proveyeron de una mototaxi para darse a la fuga en forma rápida, repartiéndose en consecuencia, los roles a seguir, uno sustraería violentamente la cartera a la agraviada y el otro conduciría el vehículo. Además de la sindicación de la agraviada, existen otros hechos relevantes, que dan certeza sobre la culpabilidad del acusado, como es que sin importarle la vida de la agraviada no detuvo la mototaxi y la siguió arrastrando. Además no le prestó asistencia pese a su estado, sino por el contrario, huyó del lugar de los hechos dejando abandonado el vehículo que afirma es su herramienta de trabajo. De hecho, la mototaxi no contaba con placa de rodaje (según el acusado, la había retirado, pues se encontraba floja y a punto de caerse, versión que es desmentida por el propietario de la moto). Finalmente que haya huido supuestamente por miedo a la multitud que se acercaba no se condice con su formación militar acreditada. Por todo ello, se declara no haber nulidad en la sentencia recurrida que condena al acusado como autor del delito contra el patrimonio en la figura de robo agravado en grado de tentativa con lesiones subsecuentes”.

Finalmente un caso de la jurisprudencia peruana indica que es coautor de robo quien pese a alegar miedo insuperable condujo la motocicleta en la que huyó con la persona que despojó de su dinero al agraviado.

CAP. XIII

R. N. N.º 1982-2005-Lima
Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

Denunciado: Antonio Pelagio Salazar Cabrera

Agraviado: Luis Estibi Sosa Yarlequé

Asunto: robo agravado

Fecha : 4 de julio de 2005 “Se acusa al recurrente de ser responsable de robo agravado al haber huido del lugar de los hechos a bordo de una motocicleta junto con un sujeto que momentos antes había amenazado con un arma de fuego al agraviado para despojarlo del dinero que había retirado previamente de una entidad bancaria. Al ser intervenido por la Policía, se llegó a capturar al acusado, mientras que el segundo sujeto se dio a la fuga, encontrándosele un revólver abastecido con seis cartuchos. La sentencia que es recurrida lo condenó por el delito de robo agravado, pero el acusado sostiene su inocencia alegando que si bien condujo la motocicleta lo hizo porque fue amenazado con un arma de fuego por el sujeto que él denomina “Cholo César”, por lo que considera que debe aplicarse la eximente de miedo insuperable. Agrega que no hay prueba de que manipuló el arma de fuego, que tanto el acta de registro personal e incautación como el reconocimiento físico en sede policial carecen de valor probatorio y que la víctima no acreditó la preexistencia del dinero robado. Según expone, aquel día se encontró ocasionalmente con un cliente a quien conoce como “Cholo César”, quien le solicitó trasladarlo unas cuadras mientras le señalaba la ruta a seguir, y que al llegar al lugar donde se encontraba el vehículo del agraviado le pidió que parara, lo que aprovechó el indicado sujeto para bajarse y amenazar con un arma de fuego a la víctima, quien arrojó un cuaderno que contenía dinero. El acusado señala que el “Cholo César” también lo amenazó para que no lo dejara en aquel lugar; y luego de recoger el dinero y subir a la motocicleta, lo amenazó nuevamente con la misma

arma para que lo sacara de la zona, en cuyo trayecto cayeron al suelo, siendo ayudado por tal sujeto, quien le señalaba que “iban a morir los dos”, para finalmente ser capturado. De lo actuado durante el proceso se ha llegado a establecer el dolo en la conducta del acusado, pues, además del indicio de su capacidad delictiva (acreditado con su certificado de antecedentes penales), este ha sido reconocido por el agraviado como el sujeto que estuvo presente durante los hechos. Además que en la diligencia de confrontación, el acusado no reiteró la supuesta amenaza que habría recibido del “Cholo César”. En el momento que despojaba del dinero al agraviado, y que existe constancia mediante un parte policial de la persecución que lograría su captura. Por otro lado, la Sala Penal, Permanente de la Corte Suprema que conoce del recurso precisa que no resulta atendible la eximente de responsabilidad que alegara la defensa del recurrente (miedo insuperable), debido a la valoración de la siguiente sucesión de hechos: encontrarse con una persona desconocida a quien no ha identificado, desconocimiento del itinerario desde que se encontró con el “Cholo César”, sin precisar detalles sobre las conversaciones o el destino final de tal sujeto; y, el hecho de que si fuera cierta su versión de los hechos tuvo oportunidad de huir al momento en que el “Cholo César” recogía el dinero de la víctima. En consecuencia, se condena al recurrente por el delito de robo agravado a diez años de pena privativa de la libertad y fija en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del agraviado”.

En esta misma línea, aunque aplicada una agravante específica del delito de robo, una Ejecutoria Suprema (R. N. N.° 4172-Chincha, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República) tiene dicho, parte pertinente, lo siguiente: “...constituye circunstancia agravante específica en el robo la concurrencia de dos o más personas en la comisión del latrocinio (...). Que tal agravante se justifica porque la pluralidad de agentes incrementa el poder ofensivo de la agresión y potencia la indefensión de la víctima elevando el peligro de un daño su vida o salud; c) Que cuando la conducta típica es realizada por dos o más personas, se presenta la coautoría o supuesto de autoría funcional donde cada uno de los sujetos toma parte en la ejecución de los hechos en forma consciente y voluntaria con un dominio compartido del hecho; esto es, cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho, a través de la ejecución de la parte que le corresponde en la división ejecutiva del acto delictivo. Se trata pues de una coautoría ejecutiva parcial, basada en el reparto de las tareas comitivas de la infracción”³⁶⁵.

Asimismo, un caso de la Corte Suprema señaló, en un delito de robo, que “...su participación fue a título de coautor al haber actuado con total dominio del hecho delictivo al momento de su perpetración, por cuanto además de ser planificado, existió una distribución de roles en base al principio de la división funcional de trabajo, que generan lazos de interdependencia entre los agentes.

Recurso de Nulidad N.° 344-2004, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República– LIMA, Fecha: siete de junio de dos mil cuatro. VISTOS; por los fundamentos pertinentes desde recurrida; y CONSIDERANDO además, **primero**: que conocer el presente proceso este Supremo Tribunal por haber interpuesto recursos de

365 Ejecutoria extraída de: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia. Penal, constitucional penal y procesal penal*, Lima, 2012, p. 801.

nulidad el encausado Américo Choque Campos contra la sentencia que lo condena como autor del delito de Robo Agravado, a diez años de pena privativa de la libertad. **Segundo:** Que el procesado ha reconocido a lo largo del proceso que fue el conductor del automóvil de placa de rodaje AOZ-quinientos setenta y cuatro el que colisionó intencionalmente con la motocicleta en la que se desplazaban los agraviados Marcos Lorenzo Romero Campos y Juan Retuerto Guardamino, pero que desconocía las intenciones de las personas que intervinieron en el delito submateria cuando le pidieron que interceptara dicha unidad motorizada. **Tercero:** Que resulta obvio que no puede existir licitud en una conducta cuando lo que se pide es que se intercepte o golpee con un automóvil a los ocupantes de una motocicleta, de ahí que las alegaciones de inocencia del acusado relativas a su desconocimiento del propósito de los sujetos que participaron en el robo no resultan válidas para eximirlo de responsabilidad penal; por el contrario, los perjudicados han sido uniformes en sindicarlo como la persona que conducía el vehículo que condicionó con ellos y de donde descendieron los demás asaltantes, situación que determina que su participación fue a título de coautor al haber actuado con total dominio del hecho delictivo al momento de su perpetración, por cuanto además de ser planificado, existió una distribución de roles en base al principio de la división funcional de trabajo, que generan lazos de interdependencia entre los agentes. **Cuarto:** Que la pena impuesta se encuentra conforme a ley, toda vez que se ha tenido en cuenta sus condiciones personales, así como los hombres circunstanciales de comisión del evento delictivo, con arreglo a lo previsto por los artículos 45 y 46 del Código Penal y el principio de proporcionalidad. **Quinto:** Que finalmente, se advierte que el monto fijado por concepto de reparación civil no ha sido individualizados a favor de cada uno de los agraviados, debiendo integrarse dicho extremo en aplicación de lo dispuesto por el penúltimo párrafo del artículo 398 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo ciento veintiséis. Por estas razones: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas 204, de fecha 10 de julio de dos mil tres que condena a Américo Choque Campos como autor del delito contra el patrimonio –Robo Agravado– en perjuicio de Marcos Lorenzo Romero Campos y Juan Retuerto Guardamino, a diez años de pena privativa de libertad; y Fija en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar el sentenciado a favor de los agraviados, INTEGRÁNDOLA a razón de quinientos nuevos soles para cada uno; con lo además que contienen; los devolvieron. S. S. PAJARES PAREDES / SAN MARTÍN CASTRO / PALACIOS VILLAR / LECAROS CORNEJO / MOLINA ORDOÑEZ.

En este contexto, es imposible no considerar en este acápite el caso conocido como el “taxista” resuelto por la Corte Suprema de nuestro país (Recurso de Nulidad N.º 4166-99 SALA PENAL – Lima, siete de marzo del año dos mil), que finalmente absolvió al acusado del delito de robo agravado. En efecto, parte pertinente, dicha Ejecutoria Suprema, señala:

“A efectos de determinar si las conductas devienen en penalmente relevantes, el punto inicial de análisis es la determinación del rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción. El concepto de rol está referido a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables, de modo que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol, es aquello que objetivamente se imputa a su portador. Una vez establecido esto, cabe afirmar, que tratándose de actividades realizadas por una pluralidad de agentes, la comunidad que surge entre ellos, no es, de manera alguna, ilimitada, ya que quien conduce su comportamiento

del modo adecuado socialmente, no puede responder por el comportamiento lesivo de la norma que adopte otro. Por ello, queda demostrado que el procesado se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual, podríamos calificar de inocuo, ya que no es equivalente, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado. De otro lado, se ha establecido en autos que el citado encausado, en un momento determinado del desarrollo de la acción, tuvo pleno conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes, lo cual tampoco es sustento suficiente para dar lugar a alguna forma de ampliación del tipo, de modo que la responsabilidad penal por el delito perpetrado pueda alcanzarle, ya que el solo conocimiento, no puede fundar la antijuridicidad de su conducta. Dicho esto, concluimos afirmando que, si bien el encausado, intervino en los hechos materia de autos, su actuación se limitó a desempeñar el rol de taxista, de modo que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable en virtud a la Prohibición de Regreso, lo que determina que su conducta no pueda ser calificada como penalmente relevante”.

Por otro lado, en los niveles de participación criminal encontramos los supuestos de complicidad primaria o necesaria (artículo 25, primer párrafo, del Código penal), y concretamente un caso penal de la Corte Suprema que señalaba que habría complicidad (primaria) al haberse encontrado manejando un camión que había sido robado momentos antes, indica responsabilidad en el delito pese a no haber captura en flagrancia.

CAP. XIII

Recurso de Nulidad N.º 859-2008
Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

Denunciados: Luis Antonio Castro Tasayco

Agraviado: empresa Procter y Gamble

Asunto: robo agravado

Fecha: 08 de setiembre de 2008

“Se encuentra responsable de robo agravado a un sujeto que fue detenido mientras conducía un camión con mercadería que había sido objeto de robo solo minutos antes de la intervención policial. Se le acusa junto con otros cinco sujetos no identificados de haber sustraído un camión y su remolque con cargamento valorizado en 240.00 nuevos soles aproximadamente. Este vehículo fue intervenido por dos automóviles de los cuales descendieron cuatro sujetos que abordaron el camión portando armas de fuego. Obligando a bajar al conductor y a su ayudante. Estos fueron introducidos a los automóviles y transportados a lugares diferentes en los que serían abandonados posteriormente, llevándose los delincuentes el camión con rumbo desconocido. Y sería precisamente el procesado quien se encontraba manejando el camión robado cuando fue detenido por la Policía. La sentencia fue recurrida por el acusado y el fiscal. Señalando el primero de ellos que la condena se ha basado en hechos subjetivos, pues no se le ha encontrado en flagrancia sino solo manejando el camión robado. Además sostiene no haber puesto resistencia al momento de ser detenido por la Policía, que tampoco se le encontró alguna arma de fuego u objeto que lo relacione con el delito de robo, que no ha sido reconocido por el chofer del camión ni por su ayudante y que si el agraviado lo sindicó a nivel policial como interviniente en el robo fue por indicación de la Policía, lo cual se expresa en

su declaración instructiva. Por lo que al haber dudas sobre su participación en los hechos, debería absolversele. El Fiscal Superior por su parte considera que no existe atenuante alguna en el comportamiento del recurrente que amerita una reducción de la pena, sino que esta debería ser incrementada prudentemente. Sostiene su pedido en el hecho de que el acusado ha tenido el dominio del hecho, fue detenido en cuasiflagrancia, no ha cooperado con la justicia para el esclarecimiento de los hechos, pues se negó a proporcionar los nombres de los otros partícipes del hecho. Además el procesado registra antecedentes penales por el mismo delito, teniendo la condición de reincidente. Pues bien, del análisis de lo actuado, se verifica que si bien el chofer y el ayudante no lo han reconocido como uno de los intervinientes en el robo, ello se debe a que en todo momento fueron amenazados con un arma de fuego y obligados a mantener la cabeza baja. Y si bien el recurrente niega los cargos que se le imputan, no ha podido justificar qué hacía manejando un camión robado solo minutos antes, pues al referir que recibió la llamada de un sujeto que le propuso manejar un camión a cambio de pagarle la suma de cincuenta nuevos soles, aceptó pese a que ya se había comprometido para otro trabajo. Además que al señalar que conocía al sujeto que lo llamó por trabajar en determinada fábrica, luego de verificar el nombre de dicha persona se ha determinado que esta nunca trabajó en la mencionada empresa. Igualmente se tiene de la declaración testimonial de uno de los efectivos policiales que lo intervino en el sentido que le ofreció un soborno para que lo dejara huir. Por lo que la Sala Suprema que conoce del caso cree que las pruebas han sido debidamente actuadas por una sala de la Corte Superior del Cono Norte de Lima, de manera *que acredita la responsabilidad del recurrente como cómplice primario en el delito de robo agravado en grado de tentativa acabada*". (las cursivas son nuestras).

Otro fallo de nuestro máximo Tribunal de Justicia señaló que los aportes de información sobre el movimiento económico de la entidad afectada configura una complicidad primaria o necesaria, no requiriéndose además intervención del sujeto en fase ejecutiva del delito de robo. Así, dicho fallo prescribía lo siguiente: "La actividad probatoria glosada en autos, ha acreditado fehacientemente tanto la comisión del delito, como el grado de responsabilidad penal del procesado, pues los procesados ya sentenciados han reconocido al sentenciado como la persona que proporcione la información del movimiento económico de la Municipalidad, quien a su vez la había obtenido de un auxiliar de contabilidad de la referida institución edil, por otro lado, la sindicación por parte de sus coacusados de que participó activamente en el robo denunciado, no ha sido corroborada objetivamente con prueba alguna, declararon no haber nulidad en la sentencia que condena al procesado como cómplice primario en delito de robo agravado."³⁶⁶

En la misma línea encontramos otro caso de la Corte Suprema, que el hecho de no portar licencia de conducir y otros hechos son indicios de participación delictiva, complicidad secundaria (artículo 25, segundo párrafo, del Código penal) del chofer que alegó haber sido contratado solo para transportar un camión robado.

366 Ejecutoria Suprema del 1/12/2003, Recurso de Nulidad N.º 2340-2003-LIMA, extraído de: CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal 2, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Lima, 2006, p. 251.

Recurso de Nulidad N.º 4481-2006 – Lima Norte
Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

Denunciado: Julio Torres Santos

Agraviado: Alfonso Retuerto Martínez, Carlos Alberto Ramírez Cadenillas y la empresa Kodak

Asunto: robo agravado

Fecha: 22 de marzo de 2007

La Sala Penal Superior condenó como cómplice del delito de robo agravado a un chofer que conducía un vehículo robado. Este solicita a la sala Penal Transitoria de la Corte Suprema que se revoque tal sentencia y se le absuelva, pues el Tribunal Superior no habría tenido en cuenta su uniforme y coherente negativa en los hechos imputados, al sostener que los intervinientes en el robo del camión que conducía el agraviado solo lo contrataron para conducir tal vehículo, no sospechando de su procedencia ilícita, pues dicha unidad contaba con la tarjeta de propiedad y el SOAT respectivo. De la misma manera ha acreditado ser chofer de diferentes empresas de transporte. Relata que de contratado por tres sujetos para conducir el vehículo hasta el Distrito de Ancón o a la Ciudad de Huaral (no precisa a cuál de las dos exactamente) ofreciéndosele pagar la suma de 400 nuevos soles a tal efecto. Y que, sin embargo, recién fue conducido hacia el vehículo dos horas después del acuerdo, es decir, a las 4 de la tarde. El hecho delictivo ocurrió aproximadamente a las 05:20 pm en circunstancias en las que el agraviado se encontraba conduciendo un camión en el que transportaba mercadería de una empresa. Fue interceptado por ocho sujetos a bordo de dos camionetas, portando armas de fuego, y que bajo amenaza, lo obligaron a descender del citado vehículo, para posteriormente ser conducido a un lugar desconocido, con la finalidad de sustraer la mercadería transportada. El vehículo robado que conducía el acusado recurrente fue detenido por efectivos policiales luego de la persecución que se extendió por más de un kilómetro y medio, pese a haber recibido por parte de la policía la voz de alto. Luego de que el vehículo se detuviera, el chofer descendió y nuevamente emprendió la huida, esta vez a pie. Estos hechos se encuentran corroborados por las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales que intervinieron, además del documento de la concurrencia policial. De la misma manera, el agraviado ha sostenido en su manifestación policial que en los momentos que era trasladado a un inmueble desconocido pudo escuchar a uno de los captores comentar que el camión había sido detenido. Se añan a estos hechos que el chofer (que dice tener más de diez años de experiencia) no se percató de que la guía de remisión de mercadería señalaba como destino el distrito de Los Olivos y no Ancón o Huaral, además de que no establece de manera categórica a cuál de los dos últimos lugares se dirigía. Igualmente según su versión lo condujeron al camión que habría de transportar a las cuatro de la tarde, cuando el hecho delictivo se cometió todavía una hora y media más tarde aproximadamente. Otro indicio que apunta a la responsabilidad del recurrente es que al ser supuestamente un experimentado conductor no haya solicitado el nombre completo de las personas que lo contrataron para trasladar un camión que transportaba mercadería, y que además no portaba siquiera su licencia de conducir. *Entonces, al concluirse por diversos indicios, la participación del chofer, se declara no haber nulidad en la sentencia recurrida, por lo que se confirma su condena como cómplice secundario del delito de robo agravado*" (las cursivas son nuestras).

CAP. XIII

Recurso de Nulidad N.º 2864-2005 Lima
Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

Denunciado: Aurelio de la Cruz Espinoza y Ana Huaysara Aroste

Agraviado: Hermenegildo Trigos Ramírez

Asunto: robo agravado

Fecha: 11 de octubre de 2005

“Se acusa a un grupo de personas de robo agravado al haber despojado al agraviado de sus pertenencias y del vehículo con que realizaba el servicio de taxi, luego de reducirlo y maniatarlo. Según se logró establecer en la sentencia que los condena por dicho delito patrimonial, en la madrugada del día de los hechos cuatro personas (una mujer y tres varones) se apoderaron del vehículo que conducía el agraviado, para lo cual dos de ellos (un varón y una mujer) simulon ser pasajeros y solicitaron este que lo trasladara hasta Villa María del Triunfo. Durante el trayecto, sin embargo, uno de ellos redujo al taxista con el empleo de un arma de fuego, y otro de los procesados lo amarró con los pasadores de su zapato. Esta versión ha sido corroborada con la declaración del agraviado y de la mujer interviniente en el hecho. Ese mismo día, a las cero horas con cuarenta minutos, unos efectivos policiales intervinieron el vehículo en que se transportaban dos de los intervinientes en los hechos previamente narrados, quienes al ser interrogados proporcionaron información sobre la ubicación de varios vehículos robados que se encontraban escondidos en el inmueble ubicado en el distrito de Villa El Salvador, este fue motivo del registro, siendo encontrados al interior de dicho inmueble tres vehículos además de autopartes, tarjetas de propiedad y placas de otros dos vehículos. Respecto a la intervención de la única mujer en el robo del vehículo del agraviado, esta ha declarado que si se encontraba con los demás procesados cuando ocurrieron los hechos fue porque aceptó la invitación de uno de ellos con quien mantenía una relación sentimental, pero que desconocía su intención criminal. Y si bien admite que simuló ser pasajera para que el agraviado detuviera la marcha de su vehículo, precisa que lo hizo coaccionada porque uno de los sujetos la amenazó con un arma de fuego. Además, cita la declaración del agraviado que señala que cuando fue despojado de sus pertenencias y de su vehículo se encontraban dos personas de sexo masculino; así aquel declaró “me fue solicitado mis servicios por una pareja hombre y mujer (...)” no percatándome bien si había subido la mujer (...) cuando este sujeto me pidió para miccionar me di cuenta de que la mujer no había subido. Del análisis de lo actuado, la Sala Suprema concluye que respecto a dicha procesada, si bien no se ha probado la violencia de la que dice haber sido objeto para prestar su declaración en el robo producido en perjuicio del citado agraviado, si bien no participó en el dominio, planificación o ejecución del ilícito, sí lo hizo en la fase de inicio del delito. Por lo tanto, su conducta solicitar en compañía de otro sujeto los servicios de taxi no resultó indispensable para la realización del delito, de esta manera no puede imponerle responsabilidad como autora sino, a criterio de la Sala, solo a título de cómplice secundaria en el delito de robo agravado”.

En esta misma línea, otro caso conocido por la jurisprudencia penal peruana (Recurso de Nulidad de fecha quince de julio del dos mil cuatro, N.º 989-2004 – CALLAO–, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia) consideró como Complicidad Secundaria, teniendo en cuenta la valoración del aporte prescindible del sujeto para la atribución de responsabilidad penal a título de complicidad secundaria.

“VISTOS interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo César Javier Vega Vega por su fundamentos; y CONSIDERANDO además. Que como se desprende de autos, los encausados Walter Augusto Zúñiga Cuenta y Abel Alfredo Alvites Cuenta, se mantuvieron a escasos metros donde se desarrolló el hecho imputado, expectantes e inactivos, consintiendo la consumación del ilícito, dialogando con los sujetos que ejecutaron el mismo, a quienes conocían, configurándose por ende un caso de complicidad secundaria, ya que la presencia de los citados procesado fue prescindible, no requiriéndose su concurso activo en la consumación del objetivo trazado: en consecuencia: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas 586, su fecha 30 de diciembre de dos mil tres, que condena a Walter Augusto Zúñiga Cuenta y Abel Alfredo Alvites Cuenta, como en calidad de cómplices secundarios por el delito contra el patrimonio-Robo Agravado en perjuicio de Sergio Lucio Checa Ledesma, a diez años de pena privativa de libertad, la misma que con descuentos de cárceles de que viene sufriendo desde el doce agosto de dos mil, dos-fojas 18:19—, vencerá el 11 de agosto de 2012; fija en veinte mil nuevos soles, la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar solidariamente los sentenciados a favor de los herederos legales del occiso; y reserva proceso contra Christian Alberto Orejuela Chiroque y Roberto Carlos Mercedes De la cruz, hasta que sean habidos; mandaron que la Sala Penal Superior reitere las ordenes de captura contra los citados; y los devolvieron . S.S GONZÁLEZ CAMPOS R.O. / VILLA STEIN / VALDEZ ROCA / CABANILLAS ZALDÍVAR / VEGA VEGA”.

Finalmente, también un caso de la Corte Suprema puntualmente señaló la exoneración de la responsabilidad penal por el hecho de solicitar los servicios de un taxi, el mismo que no es un aporte necesario para lograr el robo del vehículo.

CAP. XIII

VII. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE DISTINTO RANGO EN EL DELITO DE ROBO

Las circunstancias agravantes deben ser evaluadas, atendiendo a su condición, naturaleza y efecto, para poder configurar la pena concreta. La eficacia de las circunstancias agravantes concurrentes quedará siempre limitada por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo indicador o factor de agravación (*ne bis in idem*). El juez deberá verificar que cada circunstancia concurrente este referida siempre a un factor o indicador diferente. Si las circunstancias agravantes luego de ser examinadas por el juez resultan compatibles entre sí, el órgano jurisdiccional deberá valorarlas en conjunto y extraer de ellas los efectos correspondientes que abonen a la construcción y definición de la pena concreta.

Cuando las circunstancias agravantes concurrentes aluden a un mismo factor ellas son incompatibles y deben excluirse en función de su especialidad. Es decir, la circunstancia agravante especial excluirá a la genérica³⁶⁷. Cuando hay concurrencia de circunstancias agravantes específicas de diferente grado o nivel, a circunstancia de mayor grado absorberá la potencial eficacia agravante de las de grado inferior. Por tanto, ella operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer³⁶⁸.

367 Acuerdo Plenario N.º 2-2010/ CJ-116

368 Acuerdo Plenario N.º 2-2010/ CJ-116

**Recurso de Nulidad N.º 2864-2005 Lima
Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia**

Denunciado: Aurelio de la Cruz Espinoza y Ana Huaysara Aroste

Agraviado: Hermenegildo Trigos Ramírez

Asunto: robo agravado

Fecha: 11 de octubre de 2005

“Se acusa a un grupo de personas de robo agravado al haber despojado al agraviado de sus pertenencias y del vehículo con que realizaba el servicio de taxi, luego de reducirlo y maniatarlo. Según se logró establecer en la sentencia que los condena por dicho delito patrimonial, en la madrugada del día de los hechos cuatro personas (una mujer y tres varones) se apoderaron del vehículo que conducía el agraviado, para lo cual dos de ellos (un varón y una mujer) simulaban ser pasajeros y solicitaron este que lo trasladara hasta Villa María del Triunfo. Durante el trayecto, sin embargo, uno de ellos redujo al taxista con el empleo de un arma de fuego, y otro de los procesados lo amarró con los pasadores de su zapato. Esta versión ha sido corroborada con la declaración del agraviado y de la mujer interviniente en el hecho. Ese mismo día, a las cero horas con cuarenta minutos, unos efectivos policiales intervinieron el vehículo en que se transportaban dos de los intervinientes en los hechos previamente narrados, quienes al ser interrogaron proporcionaron información sobre la ubicación de varios vehículos robados que se encontraban escondidos en el inmueble ubicado en el distrito de Villa El Salvador, este fue motivo de registro, siendo encontrados al interior de dicho inmueble tres vehículos además de autopartes, tarjetas de propiedad y placas de otros dos vehículos. Respecto a la intervención de la única mujer en el robo del vehículo del agraviado, esta ha declarado que si se encontraba con los demás procesados cuando ocurrieron los hechos fue porque aceptó la invitación de uno de ellos con quien mantenía una relación sentimental, pero que desconocía su intención criminal. Y si bien admite que simuló ser pasajera para que el agraviado detuviera la marcha de su vehículo, precisa que lo hizo coaccionada porque uno de los sujetos la amenazó con un arma de fuego. Además, cita la declaración del agraviado que señala que cuando fue despojado de sus pertenencias y de su vehículo se encontraban dos personas de sexo masculino; así aquel declaró “me fue solicitado mis servicios por una pareja hombre y mujer (...)” no percatándome bien si había subido la mujer (...) cuando este sujeto me pidió para miccionar me di cuenta de que la mujer no había subido. Del análisis de lo actuado, la Sala Suprema concluye que respecto a dicha procesada, si bien no se ha probado la violencia de la que dice haber sido objeto para prestar su declaración en el robo producido en perjuicio del citado agraviado, si bien no participó en el dominio, planificación o ejecución del ilícito, sí lo hizo en la fase de inicio del delito. Por lo tanto, su conducta solicitar en compañía de otro sujeto los servicios de taxi no resultó indispensable para la realización del delito, de esta manera no puede imponerle responsabilidad como autora sino, a criterio de la Sala, solo a título de cómplice secundaria en el delito de robo agravado”.

El problema a dilucidar está en relación con la concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel. Este conflicto se presenta cuando en la realización de un delito concurren simultáneamente circunstancias agravantes, que como en el ejemplo anterior planteado no corresponden a un mismo nivel o grado sino a diferentes grados, y por tanto están vinculados a distintas escalas de pena conminada. El siguiente ejemplo grafica tal situación: X ha cometido un

delito de robo en casa habitada (artículo 189, inc. 1 primer párrafo, pena privativa de libertad entre doce y veinte años), apoderándose de un bien de valor científico (artículo 189, 4 segundo párrafo pena privativa de libertad entre veinte y treinta años) y causando lesiones graves al propietario del inmueble (artículo 189, tercer párrafo).

En estos casos, la circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y la eficacia agravante de las de grado inferior. Por consiguiente, ella operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer. Por tanto, el ejemplo utilizado permite reconocer y concluir que ante tal concurrencia de circunstancias agravantes el Juez deberá decidir la pena concreta sobre la base de la escala punitiva de la agravante específica de mayor grado o nivel (producción de lesiones graves), por lo que la pena a imponer al condenado será la cadena perpetua³⁶⁹.

VIII. LAS RELACIONES CONCURSALES DEL DELITO DE ROBO

No podemos agotar aquí todas las posibilidades de concursos del delito de robo –simple y agravado– con los otros delitos de la Parte especial o legislación complementaria; en todo caso solo expondremos los más comunes que se presentan en la praxis judicial.

1. Con el delito de lesiones corporales

El delito de robo como figura penal pluriofensiva tiene evidentes relaciones concursales con los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, y uno de ellos sería con el delito de lesiones corporales (artículo 121 y siguientes del Código Penal), ya que precisamente uno de los componentes objetivos del delito de robo es la “violencia física” que realice el sujeto activo sobre la integridad corporal de la víctima. Por tal motivo puede al sujeto activo “irsele la mano” cuando este pretendía sustraer sus pertenencias, y agrede a la víctima causándole lesiones leves o graves, hasta producirse por ejemplo lesiones mutuas entre el autor y la víctima.

Debe quedar claro que la violencia física en el delito de robo debe servir como uno de los “medios” para alcanzar o pretender alcanzar la sustracción ilegítima de la cosa mueble ajena, mas no la violencia física debe servir como “resultado final” antes o después de la sustracción de la cosa, porque entonces desbordaría conceptualmente el delito de robo y obviamente englobaría a otras infracciones penales. En ese sentido, debemos diferenciar varios supuestos: en primer lugar, si el sujeto activo tenía la finalidad subjetiva desde el *inicio* causar lesiones corporales a la víctima y luego observa que esta tiene objetos muy valiosos (joyas, celulares, ropa, etc.) que porta en su cuerpo, decide robar, mediante violencia, las citadas cosas a la víctima, entonces aquí habrá un concurso ideal delitos entre lesiones y el robo, configurándose una “unidad de acción” (finalidad única inicial), sancionándose con una pena única del delito más grave (artículo 48 del Código Penal).

En segundo lugar, si el sujeto activo no tenía la intención de causar lesiones a la víctima, y si *después* de la sustracción de la cosa, decide el sujeto activo cau-

369 Acuerdo Plenario N.º 2-2010/ CJ-116.

sar lesiones corporales a la víctima (por ejemplo, si la víctima opone resistencia permanente y lo insulta por eso luego lo agrede); aquí a nuestro juicio, se producirá un concurso real o material de delitos, es decir, se trata de comportamientos independientes, espacial y temporalmente distintos ya que primero se consuma el robo y posteriormente se consuma el de lesiones corporales, produciéndose en la determinación judicial de la pena una sumatoria de penas de acuerdo con el artículo 50 del Código Penal. Ahora bien, este supuesto tenemos que diferenciarlo de la agravante del último párrafo del artículo 189 del Código Penal, ya que en esta se sanciona un supuesto parecido.

Debemos agregar que si se llegara a producir durante el delito de robo una producción de lesiones corporales hacia la víctima, el robo se tornará uno de tipo agravado de acuerdo con el artículo 189, segunda parte, inciso 1, que a la letra reza: *“Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima”*.

2. Con el delito de secuestro

Uno de los delitos por los cuales puede concurrir concursualmente el delito de robo es con el delito de secuestro según el artículo 152, primer párrafo, del Código Penal, que señala: “Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años, el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera ser el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad”.

El bien jurídico protegido por el tipo penal de secuestro, está constituido por la libertad personal, pero en su manifestación como libertad ambulatoria o de locomoción, es decir, la capacidad del sujeto de trasladarse de un lugar a otro. Ahora bien, en lo que respecta a la tipicidad objetiva del tipo penal objeto de análisis, resulta conveniente indicar que este es un delito común, razón por la cual el sujeto activo del mismo puede ser cualquier persona, no exigiendo el tipo penal condiciones especiales para el autor. El comportamiento consiste en privar a una persona, sin derecho, de la facultad de movilizarse de un lugar a otro, con independencia que se deje cierto espacio físico para su desplazamiento, cuyos límites, la víctima, no obstante no puede traspasar; es en este caso que se configura el delito.³⁷⁰ *En efecto, tenemos que lo importante no es la capacidad física de moverse, sino la de decidir el lugar donde quiere o no estar.* En lo que respecta a las modalidades de la acción, el tipo penal no establece criterios específicos para ella. Sin embargo, es menester destacar que las modalidades más frecuentes consisten en la violencia, la amenaza y el engaño.

Ahora bien, cuando el sujeto activo se decide a robar, con el concurso de dos personas, utilizando para ello un auto; y cuando la víctima sube en la parte posterior de dicho auto, y el sujeto que está al lado del asiento lo amenaza con un cuchillo a la víctima para arrebatarle sus pertenencias. La víctima opone resistencia en el trayecto, y para ello el auto avanza por unas cuantas horas por la carretera, hasta que

370 BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 4 ed., Ed. San Marcos, Lima, 1999, pp. 186 y 187.

finalmente los sujetos activos logran su cometido apoderándose de las pertenencias de la víctima, dejándolo a este luego en un paradero lejano. Definitivamente aquí ha existido un delito de robo agravado consumado; sin embargo, la pregunta que surge aquí sería la siguiente: ¿ha existido también el delito de secuestro al momento de producirse el robo? O es que ¿la privación de libertad en contra de la víctima forma parte del concepto de “amenaza” utilizado en la tipicidad básica del robo?

A nuestro juicio, la amenaza es el despliegue de temor de un suceso o circunstancia que está por pasar de manera inminente, que sirve obviamente para asegurar el resultado típico; aunque el tipo penal del robo no lo diga expresamente, pero la amenaza debe ser “grave”. Ahora, quedará en cada caso concreto determinar hasta dónde puede llegar en términos temporales la amenaza.

Como es sabido, la amenaza para el delito de robo (ya sea simple o agravado) debe ser de manera transitoria, mas no permanente. Debe ser lo suficiente como para asegurar el apoderamiento de la cosa ajena. Si la amenaza va más allá del simple temor y luego se transforma en el transcurso de los minutos, de las horas en una privación ilegítima de la libertad personal de la víctima, la conducta quedará subsumida también en el delito de secuestro consumado (tipo básico, artículo 152 del Código penal), en la medida en que ambas conductas –primer lugar: amenaza y en segundo lugar: privación de libertad– no pueden ser abarcadas un solo *disvalor* de acción o de injusto penal, es decir, cada conducta mantendrá su valor autónomo dando lugar a un concurso real de delitos del artículo 50 del Código penal.

En cambio, si la amenaza del sujeto activo lleva consigo (en términos de causalidad material) la respectiva privación de la libertad individual de la víctima (por ejemplo, el sujeto le está robando a la víctima dentro de un automóvil, cuanto este se encuentra circulando por la carretera, es obvio que el apoderamiento esté unido causalmente a la privación de libertad por el trayecto de circulación del automóvil), pues solo la privación de libertad ha durado el tiempo estrictamente necesario para lograr el objetivo de sustraer las pertenencias de la víctima; dicha temporalidad de la privación de libertad no puede adquirir, en función a la tipicidad, ribetes de autonomía de injusto penal, por lo tanto, descartamos la presencia del delito de secuestro básico, y estaremos solo por el delito de robo agravado (véase el artículo 189, primera parte, inciso 8: “La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años, si el robo *es cometido sobre vehículo automotor*”). Claro está, esto dependerá también del grado de intención que ha tenido o han tenido los sujetos activos, es decir, que su intención solo haya sido la de robar a la víctima, si esto es así, habrá una “unidad de acción”, descartándose una vez más la tipicidad autónoma del delito de secuestro.

Una Ejecutoria Suprema señaló que: “La intención de los procesados no han sido la de secuestrar a los agraviados, ya que no hubo intención –dolo– en su accionar, sino más bien su conducta empleada fue la de facilitar el delito de robo agravado, por lo que es del caso absolverlos de la acusación fiscal en dicho extremo.”³⁷¹ Del análisis integral de lo actuado se evidencia que los procesados actuaron

371 Exp. N.º 116-2004– Junín, Data, 30,000.G.j. Art.152.

con conciencia y voluntad para ejecutar el secuestro, el que planificaron al detalle, llegando inclusive a acondicionar una habitación –celda para el agraviado en el que incluso invirtieron dinero; estableciéndose fehacientemente su culpabilidad. El fundamento de la punibilidad del delito de secuestro está en el menoscabo de la libertad corporal, siendo esencial la concurrencia del elemento subjetivo, esto es, que el agente haya conducido con la intención específica de tomar a la víctima y efectuar su libertad personal privándola de la misma, privación que además debe representar verdaderamente un ataque a su libertad³⁷². La conducta perpetrada por los encausados ha merecido una calificación de dos delitos en concurso real: secuestro y robo agravado; sin embargo, el delito de secuestro no se ha cometido, toda vez que los agraviados no solo fueron sorprendidos en el vía pública y obligados a entrar en el vehículo para conducirlos en otro lugar, sino que tampoco – y esto es fundamental en orden al injusto del delito de secuestro– fueron retenidos independientemente al robo por un lapso de tiempo adicional o de cierta duración; en efecto, es de precisar que antes de llegar a su domicilio los agraviados fueron atacados por los delincuentes, los cuales mediando amenazas y violencia física los despojaron de sus pertenencias, reteniéndolos el tiempo necesario para garantizar la sustracción y ulterior huida, lo que solo tipifica el delito de robo agravado en la medida en que la retención solo se llevó a cabo a propósito del robo perpetrado; esto es, solo se empleó para lograr el fin propuesto al punto que la privación de libertad no aparece como innecesaria o sobreabundante.”³⁷³

CAP. XIII

Al respecto, Gálvez Villegas y Delgado Tovar nos dicen: “...consideramos que si bien la norma correspondiente al delito de robo se protege directamente el patrimonio, también se protege indirectamente otros bienes jurídicos como la libertad, la vida e integridad física de la víctima; asimismo, la intención final del agente no es afectar la libertad de la víctima, sino apoderarse de su dinero; consecuentemente, la afectación a la libertad de la víctima en estos casos, está abarcada por la represión del delito de robo; encontrándonos ante un concurso aparente de normas penales que se resuelve aplicando el principio de consunción, a favor del delito de robo agravado”³⁷⁴.

372 Código Penal en su Jurisprudencia, sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Penal, Editorial Diálogo con la Jurisprudencia, pp. 256 y 257.

373 Ejecutoria Suprema del 07-04-2004, R. N. N.º 3546-2003 CUSCO. Extraído de: ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante y ROBLES BRICEÑO, Mery; *Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de La Corte Suprema*, Lima, Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, 2005, p. 238

374 GÁLVEZ VILLEGAS / DELGADO TOVAR, T. II, 2011, p. 765. En este punto: GÁLVEZ VILLEGAS / DELGADO TOVAR, T. II, 2011, p. 765 citan un Recurso de Nulidad N.º 1640-2007-Lima, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, que ha señalado: “Que, respecto a la absolución de los encausados por el delito de secuestro, es de precisar que el asalto, intimidación y traslado al que fueron sometidos los agraviados Cevasco Aguirre y Paz Funez si bien implicó una afectación ilegítima de su libertad personal formó parte integrante del modo de ejecución del delito de robo agravado-delito pluriofensivo que también entraña un menoscabo a la libertad de la víctima, en tanto exige como un supuesto que el agente amenace a la víctima con un peligro inminente para su vida o integridad física”.

3. Con el delito de tenencia ilegal de armas, municiones o explosivos

Otro delito con el que normalmente concurre el delito de robo es con el delito de tenencia ilegal de armas, municiones, explosivos previsto en el artículo 279 del Código Penal que señala: "El que, ilegítimamente fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación..."³⁷⁵. Se han visto casos en la judicatura en los cuales el sujeto activo realiza dolosamente el robo utilizando armas de fuego. Es más, esta modalidad forma parte de la tipicidad agravada del delito robo (véase el artículo 189, inc. 3 del Código penal). Aquí la discusión sería: ¿si el arma de fuego tendría que estar en perfectas condiciones técnicas para su uso?

A nuestro criterio, para el delito de robo agravado (artículo 189, inc. 3 del Código penal) no es necesario que el arma de fuego esté en perfectas condiciones para uso, desde que el arma solo debe servir, para el caso específico del delito de robo, de "oponer" resistencia en la víctima al momento de producirse el apoderamiento de la cosa; en este caso basta que el sujeto activo muestre de manera objetiva e indubitable ante los ojos de la víctima. Más que el funcionamiento del arma de fuego, lo que agrava la tipicidad de la conducta es que la víctima se intimide con el arma mostrada, aun cuando este no sea un arma verdadera. Al menos se exigiría que tenga una apariencia "externa" de arma de fuego para configurar la agravante.

CAP. XIII

375 Resulta recomendable la incorporación del artículo 279-F en relación al delito de uso de armas en estado de ebriedad o bajo el efecto de estupefacientes en razón a los siguientes argumentos. En primer lugar, la criminalización de esta conducta responde a **criterios preventivo-generales** pues lo que se busca es impedir que los posibles agentes activos cometan esta clase de delito afectando el bien jurídico colectivo "Seguridad Pública". En segundo lugar, lo que se busca es dotar de un contenido *especial* al delito de uso de armas en estado de ebriedad o bajo el efecto de estupefacientes (propuesta del artículo 279-F), en la medida que cuando se verifique un hecho concreto de un sujeto que manipula por ejemplo un arma de fuego en estado de ebriedad no acudamos también al tipo penal básico (fabricación y tenencia ilegal de armas, municiones y explosivos) del artículo 279 del Código Penal, produciendo una hipertrofia y/o superposición de normas penales ubicadas en un mismo rubro sistemático de bien jurídico (Delitos de Peligro Común, Capítulo I; Delitos contra la Seguridad Pública, Título XII), solucionable a través de las reglas del concurso efectivo de delitos (concurso real de delitos – artículo 50– o concurso ideal de delitos – artículo 49–); en ese sentido, se pretende evitar el uso de las normas concursales aplicando más bien las reglas del concurso aparente, aplicando el **principio de especialidad** en la cual, pues, se preferirá el artículo 279-F cuando y cuando se verifiquen sus presupuestos típicos. En tercer lugar, el **principio de taxatividad** como un desprendimiento del principio de legalidad criminal se ve garantizado plenamente con la incorporación del citado artículo 279-F, ya que el legislador está siendo objetivamente previsible y detallista tanto en la descripción típica de la norma ("...El que, en lugar público o poniendo en riesgo bienes jurídicos de terceros y teniendo licencia para portar arma de fuego, hace uso, maniobra o de cualquier forma manipula la misma en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro o bajo el efecto de estupefacientes, drogas sintéticas o sustancias análogas...") como también en las consecuencias jurídicas de sanción penal que es de manera racional y coherente ("...será sancionado con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 36° inciso 6°"); en suma la taxatividad en la propuesta normativa del art. 279-F también se garantiza la resalta la función de los juzgadores ya que podrán aplicarla al caso concreto de manera clara y precisa.

Efectivamente, un caso concreto conocido por la Corte Suprema indicaba que quienes con una metraladora ingresan violentamente a una vivienda con el fin de apoderarse de dinero y otros objetos, cometen el delito de robo agravado y no tenencia ilegal de armas³⁷⁶; y en otro caso señala que pese a no haberse demostrado fehacientemente el uso de un arma de fuego en el robo, pero sí haber otras circunstancias agravantes del hecho, debe ser considerado como robo agravado.

“El recurrente en esta instancia fue condenado por la Corte Superior de Ica como autor del delito de robo agravado en perjuicio de un menor de edad, quien sostiene que se le sustrajo (en compañía de otros dos sujetos, uno de ellos también menor de edad) en horas de la noche, una suma económica que llevaba en un sobre manila. Este dinero momentos antes le había sido entregado por su padre, quien a su vez lo habría obtenido en préstamo otorgado por el gerente de una inmobiliaria (siendo que la preexistencia del dinero se encuentra acreditada con la copia certificada notarial del recibo de egreso de la empresa). Los sujetos delictivos habrían atacado al

376 Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

Expediente: 2007-236

R. N. N.º 2650-2003-Cusco (Data 45 000)

Denunciado: Gregorio Ccapatinta Tomayconza y otro

Agraviado: El estado y otros

Asunto: tenencia ilegal de armas y otro

Fecha: 08 de enero de 2004

“En horas de la madrugada, dos personas ingresaron violentamente provistos de armas de fuego, entre ellos una ametralladora, en una vivienda aprovechando que sus habitantes se encontraban descansando, con dicho accionar se apoderaron de cierta cantidad de dinero, para luego darse a la fuga, circunstancias en que se produjo un forcejeo con los afectados quienes logaron arrebatárseles la ametralladora que portaban, resultando con lesiones de regular magnitud el dueño de la vivienda. Por estos hechos ambos sujetos fueron procesados y luego condenados por el Colegiado Superior a pena privativa de la libertad, por la comisión de los delitos de robo agravado y tenencia ilegal de arma de fuego. Contra este fallo, uno de los encausados interpuso recurso de nulidad. Por su parte los miembros de esta sala Suprema advierten de la revisión de autos, que tanto el recurrente como su encausado durante el juzgamiento se declararon confesos del delito de robo agravado, perpetrado, asimismo sostienen que durante el proceso no se ha probado que los sujetos involucrados hayan actuado como integrantes de una organización delictiva o banda, encontrándose la conducta delictuosa prevista en el segundo párrafo del artículo 189 del Código Penal modificado por la Ley 27472, por lo que se consideran que para la determinación de la sanción punitiva debe tenerse en cuenta los fines de la pena que prevé el artículo IX del Título Preliminar así como las circunstancias que establece el artículo 48 del Código Penal. Respecto a la imputación por tenencia ilegal de armas, refieren que el delito de robo agravado con utilización de arma de fuego, como instrumento para ejecutarlo, no puede ser considerada como delito independiente del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, pues este último se subsume en el inciso 3 del artículo 189 del Código acotado. Y en la medida que el artículo 300 del Código de procedimientos penales modificado por la ley N.º 27454, establece que las penas de los sentenciados que no hayan sido objeto de nulidad, solo podrán ser modificadas cuando les sea favorable; consideran procedente modificar la pena impuesta al coencausado del recurrente, por encontrarse en la misma situación jurídica.

En consecuencia, declararon no haber nulidad en la sentencia recurrida en cuanto condena a los encausados por el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, haber nulidad en cuanto condena a los mismos por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego en agravio del estado, y reformándola en dichos extremos absolvió a los aludidos en este extremo”.

menor mientras este transitaba por un parque. Uno de ellos le habría apuntado en la cabeza con un arma de fuego, mientras que el recurrente le habría rebuscado entre sus ropas hasta despojarlo de un sobre que contenía 1300 soles. El tercer sujeto lo reducía sujetándolo fuertemente. Presentada la denuncia en la comisaría del sector, se produjo una rápida intervención policial lográndose ubicar en el lugar de los hechos a un grupo de personas que se encontraban reunidos libando alcohol, quienes al percatarse de la presencia policial huyeron del lugar, realizando uno de ellos un disparo. Pero se logró capturar a varios sujetos, entre los cuales se encontraba el recurrente. Los argumentos del acusado para sustentar su pedido de absolución giran en torno a señalar que el Colegiado Superior no ha valorado debidamente las pruebas actuadas en el proceso, ya que las declaraciones del agraviado no demuestran su responsabilidad en el hecho delictivo. Más aún si existen contradicciones en su relato de los hechos respecto al uso de armas de fuego. Además, que el acto de reconocimiento físico no cumple con las formalidades, y no se valoraron las declaraciones de varios testigos. No obstante ello, la primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema considera acreditado el delito y la responsabilidad del recurrente en razón a la sindicación consistente del menor agraviado tanto a nivel policial, instrucción y acto oral del proceso, quien identifica al acusado como quien lo despojó del sobre con el dinero. En lo referente a las supuestas contradicciones en la declaración del menor sobre el uso del arma de fuego, la Sala precisa que si bien aquel varió de versión en el sentido de que no se sabía si lo apuntaron con un arma de fuego o con la mano al producirse los hechos, ello no inhabilita su declaración para la apreciación judicial, ya que los efectivos policiales intervinientes manifestaron que en el momento de la intervención policial uno de los sujetos que huía hizo un disparo. Luego el casquillo encontrado conforme el acta de hallazgo y recojo no pertenece a un arma de la Policía nacional (por no registrar la siglas de la institución), debiendo entenderse, en todo caso, que tal disparo fue efectuado por el atacante que el menor expresó le apuntó con un arma de fuego. Por otra parte, en cuanto a que el acto de reconocimiento no cumpliría las formalidades, se ha de señalar que pese a que en el acta de reconocimiento realizada a nivel policial no se habría cumplido con la formalidad de describir físicamente al reconocido, dicha diligencia fue realizada en presencia del fiscal, con lo cual adquiere valor probatorio. Ello en todo caso, carece de relevancia pues el menor agraviado no solo reconoció en el acusado a su atacante en tal diligencia, sino también por haberlo conocido de vista (al ser un vecino de la urbanización donde reside, lo que permitió que condujera a los efectivos policiales al lugar donde se habían suscitado los hechos, lográndose su captura). Por último, respecto a considerar las declaraciones de las personas que señala el recurrente (que son quienes fueron capturados junto con él), se deben guardar ciertas reservas, pues se aprecian diversas contradicciones entre sus declaraciones. En este sentido, la Sala Suprema precisa que si bien no se ha acreditado fehacientemente la utilización de arma de fuego al momento de suscitarse los hechos, se ha valorado correctamente que estos se produjeron durante la noche, con el concurso de dos o más personas y en agravio de un menor de edad lo que establece la gravedad de la conducta, no existiendo motivación para justificar una absolución ni una rebaja de la pena impuesta en la sentencia recurrida. Por lo tanto, se confirma la condena del recurrente como autor de robo agravado”.

CAP. XIII

La calidad del arma, esto es, su potencial de lesividad –lo que se discute en el caso de las armas aparentes e impropias– para fundamentar tanto el tipo básico de la grave amenaza como la circunstancia agravante, merecerá siempre un análisis

ex ante, de modo que, en el marco de una situación concreta, sí cumplió su rol intimidador o facilitador del delito al hacer desaparecer o disminuir ostensiblemente las defensas de la víctima, el análisis *ex post* realizado después del suceso carecerá de fuerza para desvanecer la tipicidad del hecho lesivo³⁷⁷.

En cambio, para la tipicidad de la tenencia ilegal del arma de fuego (artículo 279 del Código penal), sí es necesario que el arma de fuego funcione, claro está, tendría que demostrarse en el proceso penal –mediante una pericia balística– que el arma de fuego incautada esté en perfectas condiciones técnicas para su uso. Por el contrario, si el sujeto activo no tiene la respectiva licencia de portar arma de fuego, se subsumirá además del robo en el delito de tenencia ilegal de armas, municiones o explosivos (artículo 279 del Código penal), dando lugar a un concurso ideal de delitos si es que el sujeto activo tenía la única finalidad subjetiva de “robar”, probándose que ha existido una unidad de acción delictiva.

Al respecto, y citando un fallo de la Corte Suprema de la República, podemos decir que: “Para los efectos de la configuración de la tenencia ilegal de armas esta debe ser portada independientemente a la comisión del delito de robo agravado, puesto que se trata de un ilícito penal de peligro abstracto, que al materializarse el delito de robo agravado mediante el empleo de arma, dicha figura ilícita absorbe a la tenencia ilegal de armas, por lo que no pueden ser procesos indistintamente por ambas figuras en consecuencia debe absolverse del delito de tenencia ilegal de armas al encontrarse dentro de los alcances del artículo 189 inciso 3”³⁷⁸.

CAP. XIII

4. Con el delito de extorsión

El delito de extorsión, con sus sucesivas modificaciones legales, se encuentra regulado en el artículo 200 del Código Penal peruano, bajo el siguiente tenor:

Texto vigente

“Artículo 200. Extorsión

El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

La misma pena se aplicará al que, con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de extorsión, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito.

377 ROJAS VARGAS, Fidel; *El delito. Preparación, tentativa y consumación*, Lima, 2009, p. 615.

378 Expediente N.º 386-98, LIMA, de fecha 01 de junio de 1999, fundamento N.º 6, extraído de: CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo Grimaldo; *El delito de tenencia ilegal de armas*, Lima, 2009, p. 143.

El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años e inhabilitación conforme a los numerales 4 y 6 del artículo 36, si la violencia o amenaza es cometida:

- a) A mano armada;
- b) Participando dos o más personas; o,
- c) Contra el propietario, responsable o contratista de la ejecución de una obra de construcción civil pública o privada, o de cualquier modo, impidiendo, perturbando, atentando o afectando la ejecución de la misma.

Si el agente con la finalidad de obtener una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, mantiene en rehén a una persona, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años.

La pena será privativa de libertad no menor de treinta años, cuando en el supuesto previsto en el párrafo anterior:

- a) Dura más de veinticuatro horas.
- b) Se emplea crueldad contra el rehén.
- c) El agraviado ejerce función pública o privada o es representante diplomático.
- d) El rehén adolece de enfermedad grave.
- e) Es cometido por dos o más personas.
- f) Se causa lesiones leves a la víctima.

La pena prevista en el párrafo anterior se impone al agente que, para conseguir sus cometidos extorsivos, usa armas de fuego o artefactos explosivos.

La pena será de cadena perpetua cuando:

- a) El rehén es menor de edad o mayor de setenta años.
- b) El rehén es persona con discapacidad y el agente se aprovecha de esta circunstancia.
- c) Si la víctima resulta con lesiones graves o muere durante o como consecuencia de dicho acto.
- d) El agente se vale de menores de edad”.

(artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 30076, publicada el 19 de agosto de 2013).

Texto original

CAP. XIII

“Artículo 200. El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años.

La pena será privativa de libertad no menor de doce ni mayor de veinte años.

- a. El rehén es menor de edad.
- b. El secuestro dura más de cinco días.
- c. Se emplea crueldad contra el rehén.
- d. El secuestrado ejerce función pública.
- e. El rehén es inválido o adolece de enfermedad.
- f. Es cometido por dos o más personas”.

Modificaciones al texto original

Decreto Legislativo N.º 896

“Artículo 200. El que mediante violencia o amenaza o manteniendo en rehén a una persona, obliga a esta o a otra a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica

indebida o de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años.

La pena será privativa de la libertad no menor de veinte años cuando:

1. El rehén es menor de edad.
2. El secuestro dura más de cinco días.
3. Se emplea crueldad contra el rehén.
4. El rehén ejerce función pública o privada o es representante diplomático.
5. El rehén es inválido o adolece de enfermedad.
6. Es cometido por dos o más personas.

La pena será de cadena perpetua si el rehén muere o sufre lesiones graves a su integridad física o mental (24-05-1998)".

Ley N.º 27472

CAP. XIII

“Artículo 200. El que mediante violencia o amenaza o manteniendo en rehén a una persona, obliga a esta o a otra a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de doce años.

La pena será privativa de la libertad no menor de veinte años cuando:

1. El rehén es menor de edad.
2. El secuestro dura más de cinco días.
3. Se emplea crueldad contra el rehén.
4. El rehén ejerce función pública o privada o es representante diplomático.
5. El rehén es inválido o adolece de enfermedad.
6. Es cometido por dos o más personas.

La pena será no menor de veinticinco años si el rehén muere y no menor de doce no mayor de quince años si el rehén sufre lesiones graves a su integridad física o mental (05-06-2001)".

Ley N.º 28353

“Artículo 200. El que mediante violencia o amenaza o manteniendo en rehén a una persona, obliga a esta o a otra a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de doce años.

La pena será privativa de la libertad no menor de veinte años cuando el secuestro:

1. Dura más de cinco años.
2. Se emplea crueldad contra el rehén.
3. El rehén ejerce función pública o privada o es representante diplomático.
4. El rehén es inválido o adolece de enfermedad.
5. Es cometido por dos o más personas.

La pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco si el rehén fallece durante el delito o consecuencia de dicho acto (06-10-2004)”.

CAP. XIII

Ley N.º 82760.**“Artículo 200.**

El que mediante violencia o amenaza o manteniendo en rehén a una persona, obliga a esta o a otra a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años.

La pena será privativa de la libertad no menor de treinta años cuando el secuestro:

1. Dura más de cinco días.
2. Se emplea crueldad contra el rehén.
3. El rehén ejerce función pública o privada o es representante diplomático.
4. El rehén adolece de enfermedad.
5. Es cometido por dos o más personas.

La pena será cadena perpetua si el rehén es menor de edad, mayor de sesenta y cinco años o discapacitado o si la víctima sufre lesiones en su integridad física o mental o si fallece a consecuencia de dicho acto (14-06-2006)".

(*) Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 982 del 22/07/2007.

El delito de extorsión es de naturaleza pluriofensiva por atacar contra bienes jurídicos diversos como la libertad individual, integridad física y psíquica de las personas, así como el patrimonio siendo este último bien jurídico el prevalente. El delito de extorsión es una figura penal que se encuentra entre los delitos de apoderamiento, que exige ánimo de lucro, para cuya consumación basta la acción de desprendimiento patrimonial efectuada por el sujeto pasivo o agraviado, sin que se requiera típicamente que dicha ventaja económica o de cualquier índole llegue al poder del sujeto activo del delito.

En otras palabras, para la consumación del delito de extorsión es necesario que el o los agraviados hayan cumplido con todo o parte de la ventaja económica indebida, esto es, que el sujeto pasivo haya sufrido detrimento en su patrimonio. El tipo penal de extorsión señala como modos facilitadores los siguientes: cuando el agente utiliza violencia, amenaza o mantenimiento en un rehén a una persona y con ellos obliga a entregar una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole.

CAP. XIII

En el delito de robo la acción se consuma cuando el sujeto activo realiza el apoderamiento de forma ilegítima de un bien mueble, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, igualmente concurren los modos facilitadores vis compulsiva y vis absoluta; sin embargo, cuando el sujeto activo realiza el apoderamiento entendido como arrebato, y posterior huida del mismo, usando igualmente la violencia para doblegar la capacidad defensiva de la víctima, seguimos en la línea del robo, ya que esta situación no ocurre en el delito de extorsión, puesto que este tipo penal el sujeto activo usa la coacción como medio. En ese sentido, el verbo rector "es el obligar a otro" en el delito de extorsión, por tal motivo los delitos de robo y extorsión son excluyentes.

Recurso de Nulidad N.º 119 – 2004 Arequipa Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

Lima, veintiséis de mayo de dos mil cuatro. **VISTOS**; actuando como ponente el señor Vocal Supremo Raúl Alfonso Valdez Roca; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que la responsabilidad penal en el delito de extorsión que se les imputa a los procesados Edin Rolando Delgado Salazar y Miguel Ángel Marcelo Acencio, se encuentra debidamente acreditada, con la sindicación coherente y uniforme desde la etapa de la indagatoria policial hasta juicio oral por los agraviados Octavio Vilca Galindo y Lucy Huamán Pérez, corroborados con las actas de reconocimiento de fojas veintiséis y 27 y actas de recepción y entrega de dinero a fojas 30 y 31. **Segundo:** Que si bien el procesado Miguel Ángel Marcelo Acencio,

refiere que en su accionar no existió dolo, por cuanto lo único que hizo fue cobrar una deuda que tenía pendiente con los agraviados; sin embargo su descargo debe tomarse como un mecanismo de defensa frente a los hechos incriminados, razonamientos que no resultan lógicos, por el hecho de haberlas cobrado en horas de la madrugada, esto es, cinco de la mañana y acompañado de tres sujetos conocidos con los apelativos de Gringo, Negro y Borracho; señalando que desconoce sus nombres y que solo los acompañaron por lo peligroso de la zona, versión que resulta contradictoria, ya que no es dable que una persona que se ha desempeñado como efectivo de la Policía Nacional, se haga acompañar en horas de la madrugada por sujetos desconocidos, por lo que a lo único que arriba es en ahondar su responsabilidad penal, más aún que no ha probado en forma fehaciente la deuda existente que sostenía con el agraviado Octavio Vilca Galindo. **Tercero:** Que la responsabilidad penal del procesado Edin Rolando Delgado Salazar, igualmente se encuentra probada en autos en su condición de cómplice secundario, dado que por la hora en que se produjo el evento criminal facilitó el desplazamiento del procesado Marcelo Acencio. **Cuarto:** Que estando la forma y circunstancias de la comisión de los hechos, se llega a establecer que concurren los elementos objetivos y con figurativos del delito de extorsión, puesto que los procesados usando como modos facilitadores la “vis compulsiva” o intimidación obligaron con amenazas a la víctima a ser la entrega de la ventaja patrimonial económica, consistente en una suma de dinero. **Quinto:** Que en el delito de robo la acción se consuma cuando el sujeto activo se produce el apoderamiento de forma ilegítima de un bien mueble, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, igualmente concurren los modos facilitadores vis compulsiva y vis absoluta, pero en este caso, el sujeto activo, el apoderamiento es entendido como arrebato, y posterior huida del sujeto activo, usando igualmente la violencia para doblegar la capacidad defensiva de la víctima, situación que no ocurre en el delito de extorsión, puesto que este tipo penal sujeto activo usa la coacción como medio, por ende el verbo rector es el obligar a otro, por ende estos delitos son excluyentes. **Sexto:** Que en lo que respecta a la tacha de documento de fojas 421, interpuesta por el procesado Miguel Ángel Marcelo Acencio, documento con el cual la parte civil acredita la preexistencia del dinero, señala el procesado que no se le debe dar mérito probatorio, ya que no es un título valor y que no tiene relación con los hechos materia de juzgamiento; en efecto la sala en audiencia de fecha 22 de septiembre de 2002 a fojas 527, dispuso resolver conjuntamente con la sentencia, habiendo omitido resolver esta incidencia. **Séptimo:** que el artículo 298 del Código de Procedimientos Penales en el inciso primero establece “no procede declarar la nulidad, tratándose de vicios procesales susceptibles de ser subsanados o que no afecten el sentido de la resolución”; en el análisis formulado ya se ha establecido que los hechos denunciados sí constituyen el injusto penal del delito de extorsión y su responsabilidad penal, por lo que declarar nula la sentencia, en nada va a estar el sentido de lo resuelto, de ahí que la validez de los actos del proceso deben juzgarse atendiendo la finalidad entre cada caso concreto están destinados a conseguir no procediendo la nulidad, cuando aun siendo defectuosos han logrado cumplir sujeto, ya que para efecto de la declaración de la nulidad del vicio debe influir de manera decisiva sobre la sentencia, dado que el núcleo de la nulidad es el “perjuicio cierto el irreparable”; aunado a ello que no se ha vulnerado las garantías fundamentales en el juicio, garantizándosele en todo momento la garantía fundamental del debido proceso; lo que se llega a la conclusión de que la comisión en el pronunciamiento de la Sala Superior, no acarrearán nulidad del presente proceso; por lo que es subsanable. **Octavo:** Que para efectos de imponerse la pena es necesario tener en cuenta que los sujetos activos carecen de antecedentes penales, el monto del objeto material del delito, la reparación espontánea que ha tenido el procesado Marcelo Acencio, que las circunstancias descritas les hace pasibles a que

se les reduzca prudencialmente la pena impuesta; que la reparación civil se ha fijado teniendo en cuenta la capacidad económica de los sujetos activos, por lo que estando a las consideraciones expuestas en consecuencia: declararon **infundada** la tacha de documento presentado por el procesado Miguel Ángel Marcelo Acencio, **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas 642, su fecha 15 de diciembre de dos mil tres, en el extremo que **condena** a Edin Rolando Delgado Salazar y Miguel Ángel Marcelo Acencio, como autores del delito de extorsión en agravio de Octavio Vilca Galindo y Lucy Huamán Pérez, y **fija** en una suma de cinco mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil en agravio de los citados perjudicados; **HABER NULIDAD** en la parte que **condena** a los procesados Edin Rolando Delgado Salazar y Miguel Ángel Marcelo Acencio, como autores del delito de robo agravado en agravio de Octavio Vilca Galindo y Lucy Huamán Pérez; así como en el extremo que **impone** al primero de los nombrados veinte años y el segundo de los designados diez años de pena privativa de la libertad, **REFORMÁNDOLA** absolvieron a los procesados Miguel Ángel Marcelo Acencio y Edin Rolando Delgado Salazar, de la acusación fiscal por el delito de Robo Agravado en agravio de Octavio Vilca Galindo y Lucy Huamán Pérez Hunter, **dispusieron**: la anulación de sus antecedentes penales y judiciales que se hayan producido en el extremo absolutorio e impone al procesado Miguel Ángel Marcelo Acencio, 15 años de pena privativa de la libertad que con el descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el 9 de septiembre del dos mil dos vencerá el 8 de septiembre de los dos mil diecisiete; al procesado Edin Rolando Delgado Salazar ocho años de pena creativa de la libertad que con el descuento de la carcelería que viene sufriendo desde enero de septiembre de dos mil dos vencerá el 8 de septiembre de dos mil diez; reserva el proceso contra Carlos Palacios Soto, hasta que sea habido; mandaron que la Sala Superior disponga las órdenes de ubicación y captura contra el procesado ausente, para su juzgamiento; y los devolvieron.-S. S. GONZÁLEZ CAMPOS R. O. / VILLA STEIN / VALDEZ ROCA / CABANILLAS ZALDÍVAR / VEGA VEGA.

CAP. XIII

Por eso mismo, si bien ambos están ubicados bajo el mismo bien jurídico “patrimonial”, existen enormes diferencias estructurales entre un delito de apoderamiento/sustracción violento y un delito de extorsión, y así tiene dicho un caso conocido por la Corte Suprema de la República: “El delito de robo agravado es inminentemente un delito de sustracción, mientras que por el contrario para configurar el delito de extorsión se requiere que sea el propio sujeto pasivo quien haga entrega de una ventaja económica indebida ante la amenaza o violencia que recaiga sobre él o sobre un tercero, en el supuesto de la extorsión, si bien el agente se vale de idénticos medios comisivos, esto no ocurre tratándose de la forma comisiva la que difiere de la del robo, ya que en este la acción importa sustraer, mientras que la acción propia de la contraria que el agente debe vencer, dicho esto, queda claro que entre el acto de disposición patrimonial y la intimidación o violencia, de existir una relación causal; las precesiones conceptuales expuestas nos llevan a concluir que resulta técnicamente imposible que una misma conducta sea calificada como de delito de robo y extorsión al mismo tiempo, dada la sustancial diferencia que existe entre los elementos que forman parte del tipo objetivo de cada uno de ellos, quedando claro que cuando hay apoderamiento de parte del agente hay robo y cuando hay disposición de parte de la víctima hay extorsión”³⁷⁹.

379 Ejecutoria Suprema del 04/11/99, Recurso Nulidad N.º ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal y proceso penal*, Lima, 2002, p. 524.

Finalmente, según la doctrina³⁸⁰, la diferencia entre el delito de robo y el delito de extorsión estriba en el intervalo de tiempo. En el delito de robo, entre la violencia o amenaza y el apoderamiento del bien mueble hay una continuidad, lográndose inmediatamente el resultado. En cambio, en la extorsión se requiere el transcurso de un cierto intervalo de tiempo.

5. Con el delito de coacción

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone en su artículo primero que *“todo ser humano tiene derechos...a la libertad”*. Mientras que el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo séptimo: *“que toda persona tiene derecho a la libertad”*. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, expresa en su artículo noveno, apartado primero, que *“todo individuo tiene derecho a la libertad”*. La Constitución Nacional preceptúa lo siguiente: *“Artículo 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: ...de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino...”* El preámbulo de la Const. preceptúa *“...la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”*. La Constitución Política del Perú, el art. 2.24 consagra a la libertad y la seguridad personales como derechos fundamentales, que solo se pueden restringir por expresa disposición jurídica con rango de ley. De la interacción de las normas internacionales y constitucionales surge, inequívocamente, el derecho a la libertad personal, corporal o físico, de la que gozan los habitantes, con una marcada tendencia filosófica humanista, en el respeto a la dignidad de la persona humana.

CAP. XIII

5.1. La libertad personal como bien jurídico-penal

En el moderno constitucionalismo, y por ende, en un Estado de Derecho, es loable reconocer que la libertad personal es uno de los bienes jurídicos de mayor jerarquía axiológica. Sin ninguna duda, que dentro de los denominados derechos subjetivos, públicos y privados, el derecho a la libertad es el más preciado. Solo el derecho a la vida está en condiciones de superarlo. Cuando algunos tratados o constituciones aluden a los términos *“libertad personal”* y *“seguridad personal”* pareciera que estarían aludiendo a una misma situación, lo cual es incorrecto. La primera significa aquella libertad circunscrita a la libertad de movimiento efectiva de la persona; y, en lo atinente a la segunda, la condición de que esa libertad se encuentre protegida en las normas jurídicas, la cual debe satisfacer determinados requisitos vinculados a hacer predecible cualquier privación de libertad y evitar cualquier arbitrariedad en la forma de interpretación. Aunque, en la realidad, veremos que la llamada seguridad colectiva es la que primaría, ante *“causas urgentes”* (secuestros extorsivos, robos, violación sexual, etc.) sobre o en perjuicio de determinados derechos y garantías del ciudadano. Por tal motivo, Silva Sánchez señala que una de las características de la era postindustrial es la sensación general

380 Véase, en este sentido: BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCIA CANTIZANO, 2006, p. 370.

de inseguridad (o la sociedad del miedo)³⁸¹. Por ejemplo, en el informe final de la Comisión que asesora para la prevención del secuestro de personas dicen: “No obstante esta concesión que debemos hacer a tan dura realidad, la Comisión considera que es misión primaria del Estado proveer a la *seguridad común* y garantías a todos sus habitantes el disfrute de los bienes jurídicos mediante el sostenimiento y fortalecimiento de los distintos recursos del sistema penal”.

El artículo 152 del Código Penal peruano establece que: “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera que sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad”. El bien jurídico protegido por el tipo penal de secuestro, está constituido por la libertad personal pero en su manifestación como libertad ambulatoria o de locomoción, es decir, la capacidad del sujeto de trasladarse de un lugar a otro. Ahora bien, en lo que respecta a la tipicidad objetiva del tipo penal objeto de análisis, resulta conveniente indicar que este es un delito común, razón por la cual el sujeto activo del mismo puede ser cualquier persona, no exigiendo el tipo penal condiciones especiales para el autor. El comportamiento consiste en privar a una persona, sin derecho, de la facultad de movilizarse de un lugar a otro, con independencia que se deje cierto espacio físico para su desplazamiento, cuyos límites, la víctima, no obstante no puede traspasar; es en este caso que se configura el delito.³⁸² En efecto, tenemos que lo importante no es la capacidad física de moverse, sino la de decidir el lugar donde quiere o no estar.

CAP. XIII

El artículo 151 del Código Penal peruano señala que: “El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”. El bien jurídico protegido por el tipo penal objeto de comentario viene configurado por la libertad de resolución y/o actuación, dado que con este delito se coloca al sujeto amenazado ante la elección de tomar una determinada resolución de voluntad y llevarla a cabo, o de sufrir un mal, lo cual presupone en la víctima la capacidad de formar libremente su voluntad, y en consecuencia la libertad de actuación.³⁸³

La primera noción de libertad personal es la que siempre ha estado protegida por el Derecho penal, sancionando con penas, algunas veces severas, su

381 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, p. 24. Este autor apunta (p. 30) que: “Así, puede advertirse que, frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del Derecho penal, aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad. Al plantearse esta demanda, ni siquiera importa que sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho: al contrario, estas se ven a veces denostadas como demasiado “rígidas” y se abona “flexibilización”.

382 BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 4.ª ed., Ed. San Marcos, Lima, 1999, p. 186-187.

383 BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 4.ª ed., Aumentada y Actualizada, Lima, 1998, p. 182.

incumplimiento. El bien jurídico-penal “libertad personal” se encuentra en aquellos bienes individuales que pertenecen a las bases de existencia de un sistema social. “Entendemos a la libertad personal ambulatoria –siguiendo a Zugaldía Espinar– en el sentido de libertad de locomoción, esto es, libertad de traslación física, de resistencia o movilidad. Con otras palabras: la facultad de determinar libremente y en cada momento la propia situación espacial”³⁸⁴. Libertad de obrar (o libertad física), pues apunta a impedir o compeler a *hacer* algo. Ciertamente, no obstante, cabría entender que alcanza también a la libertad de *formación de la voluntad*, ya que el decidir es presupuesto del hacer y solo actúa libremente quien antes puede decidir con libertad su actuación”³⁸⁵. El bien jurídico es un derecho individual, es la expresión de la libertad individual respecto de una situación concreta: la libertad de disponer de la propia vida, de la honra, de las ideas, de la propiedad, en suma, de todo aquello a lo que tenemos derecho de disponer. Con los bienes jurídicos colectivos ocurre lo mismo, solo que son muchos titulares³⁸⁶.

En conclusión, el delito de coacción (artículo 151) con respecto del delito de robo está en una relación de progresión aumentativa del resultado lesivo, en el sentido que si el sujeto activo solo coarta la libertad de su víctima y nada más, estamos ante la consumación del artículo 151 del Código penal; sin embargo, si existe un plus adicional al comportamiento inicial, en el sentido que si el sujeto activo “sustraer” alguna pertenencia de su víctima, entonces estamos ante la presencia de un delito patrimonial de robo –ya sea una modalidad básica o agravada–; en otras palabras, estamos ante la presencia de un concurso aparente de leyes, pero solucionable, aplicando el principio de consunción en las conductas iniciales, en la cual el *disvalor* del delito de robo consume todas las modalidades conductuales del delito de coacción y del delito de hurto.

CAP. XIII

IX. EL DELITO DE ROBO AGRAVADO PRODUCIDO POR ORGANIZACIÓN CRIMINAL O BANDA Y MUERTE O LESIONES GRAVES. COMENTARIOS A PARTIR DEL ARTÍCULO 189, ÚLTIMO PÁRRAFO DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

1. Marco legal

El último párrafo del artículo 189 del Código Penal es el que quizá tiene mucha controversia en nuestro sistema penal, por el tema de la aplicación de la ley penal en el tiempo, precisamente por las sucesivas modificaciones legales que ha tenido desde el nacimiento del Código Penal en el año 1991, teniendo siempre como circunstancias agravantes dos situaciones concretas: “organizaciones y bandas delictivas” y el “concurso con el delito de lesiones corporales”.

384 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; “Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto (Análisis de la Ley 46 / 1978 de 7 de octubre, por la que se modifica los delitos de estupro y rapto)”, en: ADPCP, 1978, p. 611.

385 MIR PUIG, Santiago; “El delito de coacciones en el Código Penal”, en: ADPCP, 1977, p. 270.

386 SILVESTRONI, Mariano H.; *Teoría constitucional del delito*, Buenos Aires, 2004, p. 145.

Como veremos, la redacción legal actual es mediante la última modificatoria producida a través de la Ley N.º 27472 (05-06-01), que ha quedado regulada de la siguiente manera:

“La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental”.

2. Evolución legislativa

La versión original del *último* párrafo del artículo 189 del Código Penal –Decreto Legislativo N.º 635– tuvo la siguiente redacción:

“En los casos de concurso de delitos contra la vida y la salud, la pena se aplica sin perjuicio de otra más grave que pudiera corresponder en cada caso”.

El *último* párrafo del artículo 189 del Código penal, la primera modificación se realizó a través de la Ley N.º 26319 (01-06-94) en el sentido que incrementa la pena cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a cometer el delito de robo. En este supuesto típico, la pena sería no menor de quince ni mayor de veinticinco años.

Posteriormente, mediante el artículo 1 de la Ley N.º 26630 (21-06-96), se modifica nuevamente el artículo 189 del Código Penal con el siguiente texto:

CAP. XIII

“La pena será cadena perpetua cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos o con empleo de armamentos materiales o artefactos explosivos o con crueldad”.

Luego, viene la modificación a través del Decreto Legislativo N.º 896 –Ley contra los Delitos Agravados–, donde el artículo 189 del Código Penal quedó redactado de la siguiente manera:

“12. La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima o se causa lesiones graves a su integridad física o mental”.

Nuevamente se produce otra modificación en este articulado, mediante la Ley N.º 27472 (05-06-01), donde queda redactado de la siguiente manera:

“La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima o se causa lesiones graves a su integridad física o mental”.

Y la última modificación que se acaba de realizar mediante la Ley N.º 30077, publicada el 20 de agosto de 2013, la misma que entró en vigencia el 1 de julio de 2014, estableciendo lo siguiente:

“La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental”.

3. Comentarios a partir del último párrafo del artículo 189 Código Penal

El presente tipo penal agravatorio tiene dos momentos bien definidos a tener en consideración, los cuales a continuación pasamos a exponer:

3.1. En cuanto a la calidad de integrante de una organización delictiva

Antes de la modificatoria, el legislador patrio equiparaba “punitivamente” lo que conceptualmente es totalmente distinto, el régimen de intervención delictiva de “organización criminal” con el concepto de “banda criminal”; así, como sabemos, el concepto de organización tiene sus propios requisitos dogmáticos tan igual como el delito de asociación ilícita (artículo 317 del Código penal), tal como se ha desprendido de la jurisprudencia penal nacional: pertenencia a una organización, irrelevancia de los delitos que se comentan, organización en función a distribución de roles³⁸⁷; en otro fallo judicial, los presupuestos de la “organización criminal” son: agrupación, finalidad delictiva, pertenencia a la organización y dolo del agente³⁸⁸.

CAP. XIII

387 R.N N.º 2843-2006, Arequipa, 03/07/08).

Quinto: “Que, respecto al delito de asociación ilícita para delinquir, previsto en el artículo trescientos diecisiete del Código Penal, sanciona la conducta del agente por la sola pertenencia a una agrupación delictiva independientemente de los delitos que se realicen, lo que constituye la materialización de su finalidad colectiva, es de recalcar que dicha agrupación esta conformada por un conjunto de personas organizadas en función a una estructura basada en la distribución de roles, ligados por la finalidad colectiva de cometer delitos, en tal sentido el Colegio Superior al absolver a los procesados por este ilícito no ha tenido en cuenta que aquéllos formarían parte de la banda denominada ‘Los Cachimbos’, dedicada a perpetrar robos a mano armada en diferentes lugares de la ciudad de Arequipa”.

388 R. N. N.º 1296-2007, Lima Norte, 12/0/12/07 “...cabe indicar que para la configuración de este ilícito se requiere los siguientes elementos: a) agrupación: este delito es necesariamente plurisubjetivo o pluripersonal – delito de convergencia– cuya conducta típica consiste en formar parte de un agrupación criminal – delito de comisión permanente o de tracto sucesivo–, esta agrupación debe conformarse por el acuerdo de dos o más personas para dedicarse a determinada actividad ilícita, y debe destacarse también como elemento típico la permanencia, esto es, la existencia de un vínculo estable y duradero de varios sujetos, orientados a la ejecución de un programa criminal de carácter indeterminado; b) la agrupación debe tener por finalidad la comisión de delitos: se trata de asociaciones que tenga por objeto cometer delitos o, que después de constituidas promuevan la comisión de delitos – inclusive no es necesario que los actos delictivos se hayan perpetrados–; c) Pertenencia: en la organización jerárquica de la asociación primero se encuentran los fundadores y directores, que son quienes tienen funciones directivas, y luego están quienes pertenecen a la asociación (integrantes). Todos ellos forman parte de la asociación criminal – los intranets; y, d) el tipo subjetivo: se requiere necesariamente el dolo, es decir, que el sujeto debe saber que forma parte de una asociación que tiene por finalidad la comisión de delitos. Además en el Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil seis/ CJ– ciento dieciséis, del tres de octubre de dos mil seis, se dejó establecido que “...el indicado tipo legal (de asociación ilícita) sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación – a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas sin que se *materialice sus planes delictivos*”.

Al legislador nacional, al momento de producirse la modificatoria en el año 1999, poco o nada le interesó la correcta delimitación jurídico-conceptual de “organización” y “banda”, hasta el año 2013 que finalmente decidió suprimir “banda”.

En ese sentido, lo único que le interesa al legislador es sancionar de manera drástica –cadena perpetua– al conjunto de personas físicas, organizadas y duraderas en el tiempo, dedicadas al delito de robo, teniendo como claro norte la eficiencia político-criminal en función a la dureza de las penas conminadas, porque la pena para este delito agravado es de “cadena perpetua”, vulnerándose con ello el principio de racionalidad y humanidad de las penas; olvidando, o mejor dicho vulnerando otro principio fundamental como es el de jerarquía de bienes jurídicos protegidos (¿El patrimonio vale más, o se protege más que la vida humana misma?).

La irracionalidad de la incorporación del artículo 189, último párrafo del Código Penal, debe tener alguna diferencia con el delito de asociación ilícita del artículo 317 del Código Penal. Por un lado, en el artículo 189, último párrafo del Código Penal, los sujetos activos efectivamente tienen que intervenir en la comisión de un delito patrimonial de sustracción mediante violencia (robo); por el contrario, este requisito de la “intervención” no es indispensable para la configuración típica del delito de asociación ilícita desde que tiene autonomía dogmática, y además de la inconcreción de la finalidad delictiva de la asociación³⁸⁹.

El Acuerdo Plenario N.º 08-2007 de la Corte Suprema de la República ha señalado que “la diferenciación sistemática que realiza el artículo 189 del Código Penal, respecto a la intervención de una pluralidad de agentes en la comisión de un robo, permite sostener que se trata de dos circunstancias agravantes distintas. Por un lado, la pluralidad de agentes prevista en el inciso 4) del primer párrafo alude a un *concierto criminal* en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Se trata, pues, de un supuesto básico de coautoría o coparticipación, en el que los agentes no están vinculados con una estructura organizacional y con un proyecto delictivo de ejecución continua. Por otro lado, la agravante que contempla el párrafo *in fine* del citado artículo alude a un proceder singular o plural de integrantes de una *organización criminal* sea esta de estructura jerárquica –vertical o flexible– horizontal”.

CAP. XIII

389 R. N. N.º 1296-2007, Lima Norte, 12/0/12/07. “En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometan determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. *Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado.* La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan – no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar; pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hechos diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituye (...) En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelinquencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar”.

Entonces, no se debe confundir pluralidad de personas con organización criminal, ya que puede existir pluralidad, pero no organización. En esta última, siempre hay pluralidad de personas; pero como agravante se aplica aquellos que forman parte de estructuras criminales que tienen como rasgo distintivo su permanencia en el tiempo y una jerarquía. Tiene sentido esta distinción porque la penalidad es diferente, ya que la agravante como organización criminal implica la posibilidad de aplicación de pena cadena perpetua³⁹⁰.

En otras palabras, no son circunstancias compatibles la organización criminal con la pluralidad de personas en un evento delictivo, en este caso del delito de robo. En la organización criminal, la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación. Es decir, esta clase de agravante exige mínimamente que el agente individual o colectivo del robo sea siempre parte de una estructura criminal y actúa en ejecución de los designios de esta. Siendo ello así, la circunstancia agravante del inciso 4) del primer párrafo del artículo 189 del código sustantivo se aplicará, únicamente, cuando no exista esa conexión con los agentes –en número mínimo de dos– de una organización criminal³⁹¹.

De otro lado, la imputación paralela de cargos por integración en una organización criminal en estos casos no es procedente y, de plantearse, se le debe desestimar porque el artículo 317 del Código Penal opera como un tipo subsidiario a la comisión de uno o más robos por integrantes de dicha estructura delictiva. No se presenta en estos casos un concurso ideal o real de delitos. Obrar en sentido contrario implicaría una doble valoración del mismo factor agravante. En el contexto analizado es pertinente considerar también la participación de un mismo sujeto en varias organizaciones criminales³⁹². Esta hipótesis es posible en el caso de estructuras flexibles, como las denominadas “grupo central” o la “red criminal”. En tales casos, se producirá un concurso real homogéneo en relación al artículo 317 del Código Penal, debiéndose aplicar los efectos penales correspondientes a dicha clase de concurso de delitos³⁹³.

El legislador patrio, antes de la modificatoria, había previsto como figura agravatoria cuando el sujeto actúa, en el marco de un delito de robo, en calidad integrante de una “banda”, que es, como se sabe, una categoría jurídica menor en cuanto a organización delictiva se refiere. Así, una Ejecutoria Suprema señala, en su parte pertinente, que: “Se determina que los acusados realizaron los delitos patrimoniales como parte de una banda, verificándose en su accionar una distribución de funciones en el momento ejecutivo (unos custodiaban las afueras del local mientras otros ingresaban simulando ser clientes, y otros tantos esperaban con las móviles para huir del escenario delictivo); se proveían de armas de fuego previamente al hecho y coordinaban su realización”.

390 De la misma manera: ARBULÚ MARTÍNEZ, 2012, p. 117

391 Véase, el Acuerdo Plenario N.º 08-2007 de la Corte Suprema de la República.

392 Véase, el Acuerdo Plenario N.º 08-2007 de la Corte Suprema de la República.

393 Véase, el Acuerdo Plenario N.º. 08-2007 de la Corte Suprema de la República.

Recurso de Nulidad N.º 224-2004
Sala Penal Permanente, de la Corte Suprema-La Libertad

Lima, diecisiete de junio de dos mil cuatro. VISTOS los recurso de nulidad interpuestos por los encausados Juan José Andrade Palacios, Daniel Alejandro Ramírez Córdova, Jorge Luis Rodríguez Chuquilín, Jorge Enrique Reyes Velásquez y Johny Emerson Cruz Santillán contra la sentencia de fojas dos mil ciento doce, en el extremo condenatorio; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo; por los propios fundamentos de la recurrida; y CONSIDERANDO además; Primero: Que los acusados Andrade Palacios, Ramírez Córdova, Rodríguez Chuquilín y Cruz Santillán en sus escritos de recurso de nulidad plantean argumentos contradictorios, indicando por un lado, que el atestado policial realizado en el fuero militar es falso, y los agraviados no han acreditado la pre-existencia de ley; y de otro, la disminución de la pena impuesta por confesión sincera, indicando adicionalmente que debe aplicarse la determinación alternativa para subsumir los hechos en el primer párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal y no en el supuesto de banda organizada porque no se ha probado su existencia; mientras que el acusado Reyes Velásquez alega su inocencia, indicando que no participó en ningún robo agravado. Segundo: Que, para efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso del encausado, que sólo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita arribar a la convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que ampara el procesado, conforme a lo previsto en el literal "e" del inciso vigésimo cuarto del artículo segundo de la Constitución Política del Perú; que en el caso de autos, la actividad probatoria actuada en el proceso ha permitido confirmar fehacientemente la hipótesis criminosa recaída contra los encausados Juan José Andrade Palacios, Daniel Alejandro Ramírez Córdova, Jorge Luis Rodríguez Chuquilín, Jorge Enrique Reyes Velásquez y Johny Emerson Cruz Santillán, de haber realizado diversos ilícitos patrimoniales organizados en una banda delictiva entre los meses de mayo y junio de mil novecientos noventa y ocho en Trujillo. Tercero: Que en ese sentido, respecto del robo en agravio del Bando de Materiales ocurrido el día cinco de mayo de mil novecientos noventa y ocho, se ha acreditado la participación de los encausados Juan José Andrade Palacios, Daniel Alejandro Ramírez Córdova, Jorge Luis Rodríguez Chuquilín, Johny Emerson Cruz Santillán, Juan Francisco Castillo Nieves, Juan Julio Delgado Rodríguez y Luis Enrique Varas Alfaro; ello como consecuencia del reconocimiento y el juicio oral; que se corrobora con el mérito de las actas policiales de reconocimiento físico efectuadas en el nivel preliminar (con participación del Fiscal Militar – véase fojas ciento veintidós, ciento veintitrés, ciento veinticuatro, ciento ocho, ciento nueve y ciento diez), donde los empleados de la entidad bancaria, reconocen como sus participantes a Castillo Nieves, Rodríguez Chuquilín, Andrade Palacios y Ramírez Córdova; determinándose que los acusados, provistos de armas de fuego, y luego de amenazar con las mismas a los empleados, se apoderaron de aproximadamente mil trescientos ochentíun nuevos soles; asimismo, se verifica la participación de Luis Enrique Varas Alfaro, contra quien existe la imputación firme y categórica realiza por el acusado Andrade Palacios, mantenida en la diligencia de confrontación en el juicio oral obrante a fojas dos mil catorce, por lo que su negativa en los cargos, debe considerarse como un argumento de defensa. Cuarto: Que en cuanto al robo agravado en perjuicio de la empresa Walter Vega sociedad anónima del veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y ocho, también se encuentra acreditada la responsabilidad penal de Andrade Palacios, Ramírez Córdova, Reyes Velásquez, Cruz Santillán, Castillo

CAP. XIII

Nieves y Delgado Rodríguez; Por la versión autor inculpatória que han efectuado los procesados Andrade Palacios, Ramírez Córdova, Cruz Santillán, Castillo Nieves y Delgado RODRÍGUEZ; coincidiendo en señalar que el día de los hechos se encontraban provistos de armas de fuego, apoderándose de aproximadamente ocho mil nuevos soles; autoincriminación que se corroborada con las actas de reconocimiento físico que realizaron los empleados de la empresa, identificando a Ramírez Córdova, Castillo Nieves y Andrade Palacios; que en cuanto a la participación de Reyes Velásquez en este hecho, su negativa deviene en inconsistente con las sindicaciones brindadas en sede policial por Andrade Palacios, Ramírez Córdova y Castillo Nieves (con participación del Fiscal militar y un abogado defensor), señalando este último acusado, que no sólo se encargó de dar la "visión" del robo, sino participó en él. Quinto: Que de otro lado, respecto del robo en agravio de empresa Mávila Hermanos suscitado el treinta de mayo de mil novecientos, se acredita también la participación de los acusados Andrade Palacios, Ramírez Córdova, Rodríguez Chuquilín, Cruz Santillán, Castillo Nieves y Delgado Rodríguez; esto como consecuencia del reconocimiento de los caros que efectúan Andrade Palacios, Cruz Santillán, Ramírez Córdova, Castillo Nieves y Delgado Rodríguez; sosteniendo que se apoderaron de tres mil nuevos soles; versión autoincriminatoria que se contrasta con las actas de reconocimiento físico que se realizaron a nivel policial, por los empleados de la empresa, identificando a Rodríguez Chuquilín y Ramírez Córdova. Sexto: Que en cuanto a los robos producidos el día cuatro de junio de mil novecientos noventa y ocho, en agravio de Avícola Noraves sociedad anónima, Nélida Soledad Castro Sánchez, Hermes Santiago Marquina Vega y Pablo José Zavaleta Abanto, la participación delictiva de los encausados Andrade Palacios, Ramírez Córdova, Castillo Nieves, Rodríguez Chuquilín, Reyes Velásquez, Cruz Santillán y Delgado Rodríguez se verifica porque, según el parte policial de intervención (fojas cinco) se aprehendió a los cuatro primeros, en circunstancias que huían del escenario delictivo: asimismo, con el propio reconocimiento de los cargos que al respecto han hecho los acusados Andrade Palacios, Cruz Santillán, Rodríguez Chuquilín, Ramírez Córdova, Castillo Nieves y Delgado Rodríguez; corroboradas con las sendas actas de reconocimiento que obran a nivel policial (con Fiscal militar) donde los empleados de la citada entidad agraviada reconocen a Rodríguez Chuquilín, Andrade Palacios, Ramírez Córdova y Castillo Nieves como los intervinientes; que, en cuanto a la participación de Reyes Velásquez, su negativa se desvanece con el mérito del acta de reconocimiento de fojas ciento doce (con Fiscal militar) donde la agraviada Castro Sánchez lo identifica como la persona que portaba una escopeta retrocarga en la ejecución de los hechos. Séptimo: Que en cuanto a la tipicidad de la conducta, devienen en inconsistentes los argumentos de que los hechos configuran el primer párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Sustantivo; cuando de autos, se determina que los acusados realizaron los delitos patrimoniales como parte de una banda, verificándose en su accionar una distribución de funciones en el momento ejecutivo (unos custodiaban las afueras del local mientras otros ingresaban simulando ser clientes, y otros tantos esperaban con las móviles para huir del escenario delictivo); se proveían de armas de fuego previamente al hecho y coordinaban su realización; por lo que, deviene en inatendible la determinación alternativa solicitada; habiendo subsumido correctamente la Sala Superior los hechos al supuesto normativo contenido en el último párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, en su versión introducida por la Ley veintiséis mil seiscientos treinta. Octavo: Que, en cuanto al cuestionamiento del atestado policial porque fue realizado en el fuero militar; de be precisarse que, si bien los citados acusados fueron juzgados en el citado fuero, no es menos cierto que las pruebas obtenidas en la realización de las actuaciones policiales con participación

del Fiscal Militar (y en algunos casos con abogados defensores), no enervan su valor probatorio, en tanto que deben ser apreciadas conforme el criterio de conciencia que faculta la Ley (artículo doscientos ochentitrés del Código de Procedimientos Penales); y en el caso específico de autos, existió inmediatez respecto de la intervención de los acusados (suscitada después del último robo) para lograr sus capturas y la actuación de las actas de reconocimiento que motivaron sus identificaciones; y se corroboran con el propio reconocimiento que muchos de ellos han realizado en sede judicial sobre su participación delictiva y la materialidad de los eventos. Nove-no: Que, en cuanto a la confesión sincera, debe precisarse que el Colegiado aplicó correctamente al atenuante procesal, para rebajar la pena por debajo del mínimo legal, resultando impropio una reevaluación sobre este aspecto en esta instancia, máxime si el quantum se corresponde al concurso real homogéneo de delitos, la pluralidad de agentes intervinientes en la ejecución, la forma y circunstancias de los eventos delictivos, las condiciones personales de los agentes y las demás circunstancias contenidas en los artículos cuarenticinco y cuarentiséis del Código Sustantivo; por lo que, la pena debe mantenerse. Décimo: Que de otro lado, por escrito de fecha nueve de junio de dos mil cuatro (obstante en el cuadernillo formado en esta instancia), la defensa de los acusados Cruz Santillán, Andrade Palacios y Delgado Rodríguez solicitan la refundición de penas que tienen los citados encausados en otros expedientes, a la condena de veinticinco años de pena privativa de la libertad impuesta en este proceso; que, estando a que el órgano de grado no ha emitido pronunciamiento a este respecto y dada la naturaleza de la pretensión, debe ser la Sala Superior quien resuelva la pretensión, con el objetivo de garantizarse a los justiciables la eventual aplicación del Principio de Pluralidad de Instancias; fundamentos por los cuales: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas dos mil ciento doce, de fecha tres de diciembre de dos mil tres, que condena a Juan Jose Andrade Palacios u Óscar Raúl Haro Bacilio u Óscar Raúl LeonLazaro o Julio Cesar Vasquez Solórzano o Pedro Leon Haro Bacilio, Daniel Alejandro Ramírez Córdova, Juan Francisco Castillo Nieves o Roberto Sánchez Farfan, Jorge Luis Rodríguez Chuquilin o Jose Luis Rodríguez Chuquillin, Jorge Enrique Reyes Velásquez, Johny Emerson Cruz Santillán y Juan Pablo Delgado Rodríguez como autores del delito contra el patrimonio – robo agravado en banda – en perjuicio de Avicola Nor Aves sociedad anónima; a Juan Jose Andrade Palacios u Óscar Raúl Haro Bacilio u Óscar Raúl León Lazaro o Julio Cesar Vasquez Solórzano o Pedro Leon Haro Bacilio, Daniel Alejandro Ramírez Córdova, Juan Francisco Castillo Nieves o Roberto Sánchez Farfán, Jorge Enrique Reyes Velásquez, Johny Emerson Cruz Santillán u Juan Julio Delgado Rodríguez como autores del delito contra el patrimonio – robo agravado en banda – en perjuicio de Empresa Walter Vargas sociedad anónima; a Juan Jose Andrade Palacios u Óscar Raúl Haro Bacilio u Óscar Raúl León Lazaro o Julio Cesar Vasquez Solórzano o Pedro Leon Haro Bacilio, Daniel Alejandro Ramírez Córdova, Juan Francisco Castillo Nieves o Roberto Sánchez Farfan, Jorge Luis Rodríguez Chuquilin o Jose Luis Rodríguez Chuquillin, Johny Emerson Cruz Santillán y Juan Julio Delgado Rodríguez como autores del delito contra el patrimonio – robo agravado en banda – en perjuicio de Empresa Mávila Hermanos sociedad anónima; a Juan Jose Andrade Palacios u Óscar Raúl Haro Bacilio u Óscar Raúl León Lazaro o Julio Cesar Vasquez Solórzano o Pedro Leon Haro Bacilio, Daniel Alejandro Ramírez Córdova, Juan Francisco Castillo Nieves o Roberto Sánchez Farfan, Jorge Luis Rodríguez Chuquilin o Jose Luis Rodríguez Chuquillin, Jorge Enrique Reyes Velásquez, Johny Emerson Cruz Santillán y Juan Julio Delgado Rodríguez como autores del delito contra el patrimonio – robo agravado en banda – en perjuicio de Pablo José Zavaleta Abanto, Hermes Santiago Marquina Vega y Nélida Soledad Castro Sánchez; a Juan Jose Andrade Palacios u Óscar Raúl Haro Bacilio u Óscar Raúl León Lazaro o Julio César Vásquez Solórzano

no o Pedro León Haro Bacilio, Daniel Alejandro Ramírez Córdova, Juan Francisco Castillo Nieves o Roberto Sánchez Farfan, Johny Emerson Cruz Santillán y Juan Julio Delgado Rodríguez como autores del delito contra el patrimonio – robo agravado en banda – en perjuicio del Banco de Materiales; a Luis Enrique Varas Alfaro como autor del delito contra el patrimonio – robo agravado – en perjuicio del Banco de Materiales, impone veinticinco años de pena privativa de libertad a todos los sentenciados, a excepción de Varas Alfaro contra quien se le impone dieciocho años de pena privativa de la libertad; fija en ocho mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar solidariamente los sentenciados a favor de cada uno de los agraviados; con lo demás que contiene y es materia de los recursos; mandaron que la Sala Superior reitere las órdenes de captura impartidas contra los acusados reservados José Alfredo Chávez Bustos y Julio Cerna Alva; y los devolvieron. S.S. PAJARES PAREDES / SAN MARTÍN CASTRO / PALACIOS VILLAR / LECAROS CORNEJO / MOLINA ORDÓÑEZ.

Lo que llamaba la atención era que tanto la organización criminal como la banda criminal eran supuestos que estaban castigados con una misma penalidad: cadena perpetua, como si se tratara de la misma cosa, cuando en realidad no lo era. Por eso, nos parece acertada la supresión de “banda” hecha por el legislador.

3.2. Producción de muerte o lesiones graves a la integridad física o mental de la víctima. Precisiones en torno al delito de asesinato (artículo 108, inciso 2 CP). A propósito del Acuerdo Plenario N.º 03 – 2008 de la Corte Suprema

CAP. XIII

El ordenamiento penal vigente contiene dos tipos legales que aluden a la muerte de una persona en conexión con la comisión de otro delito. Se trata de los artículos 108 CP sobre el delito de asesinato y 189 CP sobre delito de robo con agravantes. En efecto, en estas disposiciones se regula lo siguiente:

Artículo 108 CP: “Será reprimido [...] el que mate a otro concurriendo cualquiera de las siguientes circunstancias:

2. Para facilitar u ocultar otro delito”.

Artículo 189 (último párrafo) CP: “La pena será [...], cuando [...] como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima...”.

Estas normas han originado divergentes interpretaciones judiciales que se han concretado en resoluciones que califican indistintamente los hechos como homicidio calificado o robo con muerte subsecuente, pero que no llegan a fijar de forma clara cuándo se incurre en uno u otro caso.

El último párrafo del artículo 189 del Código Penal expresa, en la siguiente parte pertinente, lo siguiente: “...o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental”. Por “consecuencia del hecho” debemos entender lo siguiente: por “hecho” debe interpretarse específicamente el robo de la cosa mueble ajena, de la sustracción de la cosa ajena; y por “consecuencia (*del hecho*)” de entender por el estado de

causación “directa” de muerte o lesiones graves acontecido en contra de la víctima producto precisamente del “apoderamiento” y/o “sustracción” de la cosa mueble ajena.

Es decir, que producto del forcejeo que se ha producido entre el autor y la víctima, es que este último muere o, en su defecto le produce algunas de las agravantes del artículo 121 del Código penal³⁹⁴, del delito de lesiones corporales, aunque la agravante en comento, señala una agresión que no está incorporada de manera expresa en el artículo 121 del Código penal, cual es la integridad “mental” de la víctima, aunque sí dicho artículo señala de “salud mental” que estimo es el concepto más correcto (véase el artículo 121, inciso 3: “Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o *mental* de una persona...”).

Reiteremos, la muerte o las lesiones graves hacia la víctima deben tener un nexo de causalidad directa en la forma de cómo se ha producido el apoderamiento realizado por el sujeto activo, y esto normalmente es producido por violencia física realizado por el sujeto activo. En ese sentido, la muerte de la víctima por ejemplo debe producirse posteriormente del apoderamiento y/o sustracción de la cosa mueble ajena, ya que si es “anterior” a la acción de apoderamiento será considerado la muerte como un homicidio –doloso o culposo de acuerdo al caso–, y por lo tanto, serán considerados como dos infracciones penales autónomos –el homicidio y el robo–.

El artículo 189 *in fine* CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. Esta se configura cuando el agente como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona o le produce la muerte. Es obvio, en este caso, que el agente buscaba el desapoderamiento patrimonial de la víctima, pero como consecuencia del ejercicio de violencia contra ella –de los actos propios de violencia o *vis in corpore*– le causa la muerte, resultado que no quiso causar dolosamente pero que pudo prever y evitar. Se trata, pues, de un típico supuesto de homicidio preterintencional donde el resultado solo se le puede atribuir al agente a título de culpa –la responsabilidad objetiva– por el simple resultado es inadmisibles, está prohibida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal³⁹⁵.

El citado dispositivo regula, entonces, un caso de tipificación simultánea, dolosa y culposa, pero de una misma conducta expresamente descrita. Como se advierte en la doctrina especializada, la preterintención es una figura compuesta en la que el resultado sobrepasa el dolo del sujeto. Así, el agente roba valiéndose del ejercicio de violencia física contra la víctima, esto es, infiere lesiones a una persona,

394 Al respecto es de precisar que son lesiones graves las enumeradas en el artículo 121° CP. Según esta norma se califican como tales a las lesiones que ponen en peligro inminente la vida de la víctima, les mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente, o infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona, que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.

395 Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116

quien fallece a consecuencia de la agresión, siempre que el agente hubiere podido prever este resultado (la muerte, en este caso, no fue fortuita) —es una situación de preterintencionalidad heterogénea— [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, páginas 409/410]. Como se puede inferir del ejemplo planteado, la conducta típica se articula sobre la base de dos elementos: el apoderamiento del bien mueble y la utilización de violencia en la persona, la cual en el presente caso produce la muerte de esta última³⁹⁶.

Nótese que el legislador patrio en el artículo 189, último párrafo, ha prescindido de la expresión; “*si el agente pudo prever el resultado*” que sí se encuentra regulado en otros delitos como es contra la vida, el cuerpo y la salud” (véase, el último párrafo del artículo 121 del Código penal, o los últimos párrafos de los delitos de aborto en el Código penal, y en esta misma línea también podemos nombrar al abrogado Código Penal peruano de 1924 que contemplaba la figura del robo en el artículo 239, último párrafo, bajo el siguiente tenor: “Si el agraviado falleciere a consecuencia de la agresión y si el delincuente hubiere podido prever este resultado, la pena será de penitenciaría no menor de doce años.”) cuando se produce un resultado lesivo más allá del dolo inicial del agente, tildándose en la doctrina este último resultado como un delito culposo (con representación); dando paso a lo que se conoce como un delito preterintencional. En el artículo en comento, por el contrario, la exigencia es mayor desde el punto de vista procesal-probatorio, desde que el agente debe alcanzar dolosamente tanto el delito de robo, en un primer momento, como el delito de homicidio o de lesiones corporales, en un segundo momento, por imperio del principio de imputación subjetiva que reina en nuestro sistema penal, y proscripción de la responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal peruano).

Distinto es el caso del asesinato para facilitar u ocultar otro delito. Aquí el autor mata con el fin de conseguir un propósito ulterior. En el primer supuesto —para facilitar otro delito—, el asesinato implica una relación de medio-fin, en que el homicidio es el delito-medio cometido por el agente con el propósito de hacer posible la ejecución del delito-fin, siempre doloso; situación muy frecuente, por lo demás, en los delitos contra el patrimonio. Ahora bien, en el segundo supuesto —para ocultar otro delito—, el delito previamente cometido o el que está ejecutándose —el delito a ocultar puede ser doloso o culposo— es la causa del comportamiento homicida del agente. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el agente es sorprendido en el acto del robo y para evitar su captura, dispara contra su perseguidor o contra quien trata de impedir su fuga, que conduciría al descubrimiento o esclarecimiento de su delito [JOSÉ HURTADO POZO: *Manual de Derecho Penal Parte Especial I Homicidio*, 2.ª Edición, Ediciones Juris, Lima, 1995, páginas 59-69].

En ambos supuestos, pues, el elemento subjetivo del tipo legal es determinante. En tal sentido, la referencia legal al mundo interno del agente, a la finalidad que persigue, es de tal relevancia que será suficiente para la consumación de la conducta típica que se compruebe la presencia de este factor. Por consiguiente, el agente, en la circunstancia o en el contexto situacional en que interviene ha de

396 Acuerdo Plenario N.º 3-2008/CJ-116

valorar la perpetración del homicidio como vía para garantizar su objetivo ligado siempre a otro delito [JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA: *Derecho Penal Parte Especial I*, Editorial Grijley, Lima, 2008, páginas 410/411]³⁹⁷.

El primer supuesto que plantea el último párrafo del artículo 189 del Código penal, es que como consecuencia de sustracción del bien mueble, la víctima muera, es decir, que se extinga la vida la víctima en el contacto del delito de robo. Como se ha visto, para la aplicación de la cadena perpetua se tiene probar en el proceso penal que la muerte tenga nexo de causalidad directa con la realización de violencia (o amenaza) que cause el agente hacia la víctima, o el titular de Derecho o de Hecho de la cosa; caso contrario, existirá comportamientos separados y/o autónomos, produciéndose un evidente concurso real o material de delitos, en la cual la muerte de la víctima será considerado finalmente como un delito de homicidio (culposo de acuerdo al artículo 111 del Código Penal peruano), aunque, desde el punto de vista de la humanidad y racionalidad de las penas, sería mejor que la muerte vaya separado del delito de robo, para aplicar la sumatoria de penas (véase el artículo 50 del Código Penal peruano), y así evitar la pena de cadena perpetua del artículo 189, última parte del Código Penal peruano. Por otro lado, debemos de tener en consideración lo señalado por nuestra Corte Suprema de la República, donde en un caso señaló que disparar y causar la muerte al agraviado que intentó recuperar sus bienes robados no es robo con muerte subsecuente.

CAP. XIII

R. N. N.º 3932-2004**Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia**

Denunciado: Carlos Alberto Ramos, Sandoval, Darío Damián Pedraza Alarcón y Dantón Alan Sandoval Rentería

Agraviado: Carlos Lino Chonlón Vega

Asunto: tenencia ilegal de armas y otro

Fecha: 17 de febrero de 2005

“El Fiscal superior y todos los acusados del robo agravado recurren la sentencia que encuentra a estos responsables de tal delito, al haber disparado y causado la muerte de la víctima a la cual habían despojado de sus bienes. El representante del Ministerio Público no formula petición concreta respecto de los procesados sino solo narra ciertos aspectos sobre cómo se habrían producido los hechos, como supuestamente uno de ellos fue quien recibió la información sobre los movimientos bancarios y el desplazamiento del agraviado de parte de otro sujeto identificado por el como “Juan” y que a su vez aquel transmitió esos datos a otro de los procesados con quien se planificó el asalto. Además que contaron con la ayuda de una tercera persona, quien los habría conducido en un vehículo menor –mototaxi– al lugar de los hechos. Por su parte los recurrentes sí sustentan su pedido en causales específicas: el primero de los mencionados señala que intervino en el robo motivado por un estado de necesidad, causa de justificación que no ha sido tomada en cuenta al individualizar la pena: el siguiente sostiene que por su sinceridad, arrepentimiento y pedido de clemencia en el juicio oral, debió imponérsele una pena por debajo del mínimo legal; mientras que

el último de ellos, el mototaxista, expresa que en la investigación judicial no se han presentado pruebas de cargo que acrediten su responsabilidad penal, pues se le ha incluido en este delito por el solo hecho de haberse encontrado con uno de los procesados durante la intervención policial. De las diligencias y pruebas actuadas se ha establecido que el día de los hechos, el agraviado quien se dirigía a su domicilio a bordo de una motocicleta luego de retirar dinero de una entidad bancaria, fue interceptado por dos de los ahora procesados y un ausente, quienes aprovechando la superioridad de número y mediante el uso de la violencia lo despojaron del dinero que portaba, para darse a la fuga. Ante ello, el agraviado en su intento de recuperar lo sustraído fue impactado por un proyectil de arma de fuego disparado por uno de los asaltantes, que se encontraba un poco rezagado precisamente como contención, dicho disparo ocasionó la muerte instantánea del agraviado, conforme se aprecia en el protocolo de autopsia que señala como causa de muerte "shock hipovolémico, traumatismo torácico abierto, lesiones de disparo de arma de fuego". Este hecho es corroborado por lo declarado en la manifestación policial de uno de los recurrentes que señala que junto con el asaltante que no sido ubicado por la Policía, despojaron de su dinero al agraviado, pero que cuando emprendían la fuga, volteó la mirada y observó cómo el tercer asaltante disparaba por la espalda al agraviado. Esta versión es corroborada por la declaración policial de este último, quien reconoce que efectivamente portaba un arma de fuego calibre treinta y dos con el cual realizó el disparo mortal al agraviado, encontrándose este a unos dos metros y medio de distancia aproximadamente.

CAP. XIII

La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia que conoce del recurso de nulidad interpuesto precisa que el robo ya se había consumado antes del disparo efectuado por uno de los intervinientes, pues la violencia usada (al interceptar a la víctima) había servido para despojarle de su dinero, del que tuvieron disposición así haya sido solo por un breve lapso de tiempo. Por lo tanto, la calificación fiscal de robo agravado con muerte subsecuente de la víctima, es erróneo, siendo que en realidad para el caso del procesado que efectuó el disparo que verifica el concurso real entre los delitos de robo agravado (durante la noche o en lugar desolado, a mano armada pluralidad de agentes) y el homicidio agravado (para ocultar o facilitar otro delito). Y es que la muerte de la víctima no constituyó un medio para lograr la apropiación del bien sino que fue un hecho independiente del robo, ya que se había consumado.

Sin embargo, debido a que el fiscal superior no formuló una petición concreta respecto al mencionado procesado no puede ordenarse la ampliación de la instrucción (como debería hacerse) pues ello constituiría una reforma en peor. Pero lo que sí se hace es no atender su solicitud de disminución de la pena, dada la naturaleza y gravedad del ilícito cometido. Respecto a otro de los recurrentes que alegaba haber actuado en estado de necesidad, se estima que tampoco resulta atendible su pedido de disminución de la pena, pues además de no cumplirse los presupuestos de la causa de justificación aludida, existió un plan premeditado ya que el sujeto conocido como "Juan" (según su versión) días antes le proporcionó información sobre la ruta que empleaba el agraviado; por lo demás, el procesado no ha dado una versión uniforme sobre los hechos. Por otro lado, a criterio de la Sala, la intervención del tercer recurrente (mototaxista) no ha sido debidamente acreditada, más aun cuando ninguno de los otros dos procesados lo han sindicado, no resultando suficiente haberse encontrado en compañía en compañía de uno de ellos cuando se produjo

la intervención policial para atribuirle responsabilidad penal. La Sala efectuó una diferenciación entre el momento de consumación del robo agravado con muerte subsecuente y el homicidio agravado (para ocultar o facilitar un delito) basándose en establecer el momento en que se ejerce la violencia que causa la muerte; si es posterior a la consumación del robo, el atentado contra la vida de la víctima se configura como un delito independiente homicidio doloso, dando lugar a un concurso real, mientras que si la muerte fue ocasionada con el fin de facilitar la consumación del robo o para ocultar su realización o impedir su detención, tal acción homicida constituirá delito de asesinato. De hecho a esta interpretación judicial se le otorga el carácter de precedente vinculante.

Por tales motivos: se declara no haber nulidad en la sentencia recurrida que condena a dos de los recurrentes por delito de robo agravado, pero es nulo el extremo que condena al mototaxista por lo que lo absuelve”.

El segundo supuesto que plantea el último párrafo del artículo 189 del Código Penal es la causación de lesiones graves como consecuencia del delito de robo. En ese sentido, debemos de tener en consideración y diferenciar lo siguiente: ¿cuándo estamos ante un delito de robo agravado con la fórmula del artículo 189, inciso 1, segundo párrafo, y cuando estamos ante un delito de robo agravado con la fórmula del artículo 189, último párrafo? En relación con las lesiones aludidas en el inciso 1 del segundo párrafo del artículo 189 cabe definir que ellas se corresponden con las referidas en los artículos 441 (lesiones falta) o 122 (lesiones dolosas leves) CP. Es de mencionar que en estas dos disposiciones, la diferencia en la intensidad del daño a la salud del sujeto pasivo se establece en base a indicadores cuantitativos relacionados con la incapacidad generada por la lesión o con el tiempo de asistencia facultativa que demanda³⁹⁸. Así, (i) si estas requieren hasta 10 días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, siempre que no concurren medios que den gravedad al hecho, se estará ante una falta de lesiones; (ii) si las lesiones requieren más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, se estará ante un delito de lesiones leves. Esta distinción sistemática debe servir para establecer cuando, con motivo de la comisión del acto de desapoderamiento, el ejercicio de violencia física con la producción subsecuente de lesiones configure el agravante que se examina.

En tal sentido, es pertinente destacar que como el delito de robo, según se tiene expuesto, requiere para su tipificación el ejercicio de violencia física sobre la persona, los daños personales que esta pueda ocasionar forman parte necesariamente de esa figura delictiva. Entender, por tanto, que el supuesto agravado del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189 CP comprende toda clase de lesiones, con excepción de las graves por estar referida taxativamente al último párrafo del citado artículo 189 CP, no resulta coherente con el tipo básico, ya que lo vaciaría de contenido³⁹⁹.

398 Acuerdo Plenario N.º 03 – 2008 de la Corte Suprema.

399 Acuerdo Plenario N.º 03 – 2008 de la Corte Suprema.

En consecuencia, si las lesiones causadas no son superiores a 10 días de asistencia o descanso el hecho ha de ser calificado como robo simple o básico, siempre que no concurren medios que den gravedad a las lesiones ocasionadas. Si, en cambio, las lesiones causadas son superiores a 10 días y menores de 30 días, su producción en el robo configura la agravante del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189 CP⁴⁰⁰.

Llama la atención que tanto la muerte y las lesiones graves tengan las mismas penas conminadas, esto es, de cadena perpetua; sin embargo, la única forma de poder diferenciarlo será en el ámbito jurisdiccional, específicamente en la determinación judicial de la pena a imponer. En efecto, una Ejecutoria Suprema consideró correcta que la Sala Penal Superior haya condenado una pena menor que la pena de Cadena Perpetua prevista expresamente en el artículo 189, último párrafo, del Código penal, teniendo en consideración que "...la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora como lo prevé el artículo noveno del título preliminar del código penal, teniendo en cuenta que la prevención tanto positiva como negativa es de procurar que el penado se reinerte al seno de la sociedad, como el de proteger a la sociedad inutilizando al penado, todo ello en concordancia con el inciso veintidos del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política que establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado por la sociedad".

CAP. XIII

EXP. N.º 296-2004-Lambayeque
Sala Penal de la Corte Suprema

Lima, diecisiete de junio del año dos mil cuatro. **VISTOS**, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal Supremo; por su propio fundamentos; **CONSIDERANDO** además: **Primero:** Que, esta suprema sala conoce el presente proceso por haber interpuesto recursos de nulidad contra la sentencia de fojas 1101, el Fiscal Superior, respecto al quantum de la pena, solicita se imponga cadena perpetua a los procesados; el encausado Juan José Saldaña Plaza solicitó se le disminuya la pena impuesta; y la parte civil cuestiona la pena impuesta a Juan José Saldaña Plaza. **Segundo:** Que, la sentencia condenatoria debe fundamentarse en suficientes elementos probatorios que acrediten de manera indubitable la responsable de los imputados en la comisión de los hechos investigados que, en ese sentido el mérito de las pruebas actuadas durante el proceso tal como fueron expuestas y analizadas en la sentencia materia grado, ha quedado plenamente acreditada la comisión del delito y la responsabilidad tiene de cada uno de los acusados Salvador Mario Panizo Mendoza o Germán Fernández Mendoza o Julio César Mejía Villa Franklin, Osvaldo Quevedo Rodríguez u Osvaldo Quevedo Ramírez y Juan José Saldaña Plaza. **Tercero:** Que si bien la pena establecida por el delito contra el patrimonio en la modalidad de Robo Agravado con subsecuente muerte, es de la cadena perpetua, también lo es que la impuesta refleja la magnitud y dañosidad del ilícito cometido, pues la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora como lo prevé el artículo noveno del título preliminar del Código Penal, teniendo en cuenta que la prevención tanto positiva como negativa es de procurar que el penado se reinerte al seno de la sociedad, como el de proteger

400 Acuerdo Plenario N.º 03-2008/CJ-116 de la Corte Suprema.

a la sociedad inutilizando al penado, todo ello en concordancia con el inciso 22 del artículo 139 de la constitución política que establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado por la sociedad. **Cuarto:** que, el procesado Juan José Saldaña Plaza, a participado tanto en la fase preparatoria, ejecutoria y consumatoria del evento delictuoso, participación que ha admitido desde el inicio del proceso, colaborando de esta forma con la administración de justicia al haber proporcionó nombres que identificado plenamente a sus coprocesados; situación que el Colegiado superior ha valorado debidamente. Por lo que dada la gravedad de los hechos, la tiene impuesta en su contra se encuentra arreglar la ley. **Quinto:** que aparte civil, como sujeto procesal, solo está facultada a cuestionar el monto de represión civil y no siendo esta su pretensión en la presente causa; lo resuelto por la Sala Penal Superior se encuentra arreglar la ley: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas 1101, de fecha 22 de diciembre de dos mil tres, que condena a Salvador Mario Panizo Mendoza o Germán Fernández Mendoza o Julio César Mejía Villa Franklin, Osvaldo Quevedo Rodríguez u Osvaldo Quevedo Ramírez y Juan José Saldaña Plaza por el delito contra patrimonio –Robo Agravado consecuente muerte– en agravio de Gerardo Marino Díaz Rázuri, a treinta, veinte y quince años de pena privativa de libertad respectivamente; fija en cincuenta mil nuevos soles de suma que por concepto de reparación civil deberá abonar solidariamente los sentenciados a favor de los herederos legales de la víctima y reserva el juzgamiento contra César Gustavo Moncada Arrollo, Hernán Cruzado Zavala y Omar Acuña Malca hasta que sean habidos MANDARON que la Sala Penal Superior reitere las órdenes de captura en contra de los citados y acusados. Y, con lo demás que contiene; y los devolvieron. -S.S PAJARES PAREDES / SAN MARTÍN CASTRO / PALACIOS VILLAR / LECAROS CORNEJO / MOLINA ORDOÑEZ.

CAP. XIII

En el contexto legal comparado podemos citar el Código Penal argentino, que en el delito de robo (artículo 164) se regula de una manera casuística los momentos temporales donde aparece la violencia para conceptuar el delito de robo; así, dicho texto legal reza de la siguiente manera: “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, *sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad*” (las cursivas son nuestras).

Como puede observarse, a diferencia del Código Penal peruano, los momentos en que se produce la violencia en la víctima, resulta totalmente irrelevante a afectos de cerrar la tipicidad del robo en el Código Penal argentino, no dando pie a la aplicación de las relaciones concursales con otros ilícitos penales; en efecto, en el Código argentino si la violencia tiene lugar antes de la producción del robo para precisamente facilitarlo, igual habrá delito de robo simple; o si la violencia se produce en el mismo momento de la sustracción o si la violencia es produce después precisamente para buscar la impunidad del robo, igualmente habrá delito de robo simple.

EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA EN EL CÓDIGO PENAL Y SUS LÍMITES CON EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En los delitos patrimoniales como el hurto, robo, estafa, entre otros el bien jurídico tutelado de manera general es el patrimonio, entendiéndose que está constituido por la suma de valores económicos puesto a disposición de una persona, bajo la protección del ordenamiento jurídico⁴⁰¹. Sin perjuicio de lo anterior, se considera que concretamente en los delitos contra el patrimonio el objeto de tutela penal, como no puede ser de otra manera, es el derecho de propiedad que a su vez comprende el derecho de posesión sobre un bien al ser la posesión inherente al dominio; donde el sujeto pasivo de esos delitos puede ser cualquier persona que tenga derecho a la propiedad o la posesión de bien mueble, pudiendo ser tanto una persona natural como una persona jurídica.

Técnicamente resulta más adecuado hablar de “delitos contra el patrimonio”, pues no solo se incluyen acciones que lesionan o ponen en peligro la propiedad, sino también aquellas que afectan a otros valores patrimoniales como la posesión, el derecho de crédito, e incluso las expectativas⁴⁰². Y en nuestro tema específico, el bien jurídico protegido en el delito de apropiación ilícita será la propiedad conforme ha sido entendido por la doctrina nacional predominante⁴⁰³; siendo que existe en

401 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 4.^a edición, aumentada y actualizada, Lima 1998, p. 285. Así lo ha señalado nuestra jurisprudencia en el R. N. N.º 821-99 La Libertad de fecha 11 de noviembre de 1999, “en el delito de robo se atacan bienes jurídicos de tan heterogénea naturaleza, como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo que hace de él un delito complejo. No es más que un conglomerado de elementos en el que sus componentes aparecen tan indisolublemente vinculados entre sí formando un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo.”

402 Véase: DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho penal. Parte especial*, T. II-B, Santa Fe-Buenos Aires, 2003, p. 263.

403 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra el patrimonio*, Lima, ediciones Jurídicas 1995, p. 208. En el mismo sentido puede consultarse ROY FREYRE, Luis. *Derecho penal peruano. Parte especial*. IPCP, Lima 1983, T. III, p. 103. BRAMONT-ARIAS, Luis; *Manual de Derecho penal*, 5.º, Reimpresión, Lima, 2006 / p. 329 dice: “Se protege el patrimonio, pero más concretamente la propiedad. En el caso de bienes fungibles -generalmente el dinero- se protege, además, un derecho de crédito”. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Alberto; *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Lima, Editorial San Marcos

este caso, un derecho subjetivo a la restitución de la cosa, basado en el deber del sujeto activo, por una parte, de hacerlo, y el derecho del sujeto pasivo de que se lo haga, y que se circunscribe al Derecho de restitución que posee quien entrega una cosa, y que está obligado a devolverla, resultando la obligación de restituir del contenido del título que une a las partes, y, sin duda alguna, de una relación de confianza que pudo haber determinado a las partes a la realización del acuerdo.

Al respecto, Pizarro Guerrero concluye que "...el bien jurídico protegido en el delito de apropiación ilícita corresponde a dos de las facultades inherentes al patrimonio: la propiedad y el derecho de crédito. Por lo tanto, en la apropiación ilícita la propiedad es el bien jurídico protegido cuando se trata de bienes no fungibles, en los que se transmite la posesión y la obligación de retornar la misma cosa recibida; pero, en el caso del dinero y otros bienes fungibles, lo tutelado es el derecho de crédito que surge con la entrega del mismo, y exige que le sea devuelto un equivalente⁴⁰⁴.

1997, p. 329. SALINAS SICCHA, Ramiro; *Derecho penal. Parte especial*, 3.ª Edición, Lima, 2008, p. 1002 nos dice que: "Es común en la doctrina aceptar que el bien jurídico que se protege es el patrimonio y más precisamente el derecho de propiedad regulado en el artículo 923 del Código Civil, donde se le define como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Con la apropiación ilícita se lesiona este derecho evitando que el propietario pueda usar, disfrutar o disponer de sus bienes, dinero o valores". PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, 2ª Reimpresión, Lima, 2010, p. 283, 284 nos dice que: "La figura delictiva prevista en el artículo 190 del C.P., tiende a tutelar el patrimonio, de forma concreta la propiedad que el orden jurídico le reconoce a su titular, en cuanto a la plena disponibilidad de los derechos reales inherente a la misma, que se ven mermados y afectados de forma significativa, cuando el agente se apropia del bien en franca contravención a la Ley, no devolviendo el bien que tiene la obligación de restituir a su dueño. Con la apropiación ilícita se menoscaba un derecho personal sustentado en una relación jurídica de obligación, merced a la cual el sujeto activo de la relación (acreedor) se asegura del sujeto pasivo de la misma relación (deudor) el cumplimiento de una determinada prestación". De igual opinión en la doctrina española SAINZ- PARDO CASANOVA; *El delito de apropiación indebida*, Barcelona, BOSCH Casa Editorial, 1978, p. 67 quien señala que la "Jurisprudencia y doctrina coincide en señalar como bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida (o ilícita), la Propiedad". Por otro lado, la jurisprudencia penal nacional señala que las Resoluciones Superiores del 28 de enero de 1998 y del 20 de mayo de 1998 precisan "que, lo que aparece protegido especialmente en el delito de Apropiación Ilícita es la propiedad sobre una cosa y en relación a esta la capacidad de disposición que tiene el propietario y que implica que tenga derecho a su restitución y como contrapartida implica al otro la obligación de restituir la cosa". Por otro lado, en la doctrina española, podemos citar a: GONZALES RUS, Juan José; *Curso de Derecho Penal Español Parte Especial I*, Madrid 1996 / p. 699 – 701, para quien al referirse al bien jurídico protegido, hablan de la propiedad "entendida la expresión en sentido muy amplio, equivalente a varias titularidades análogas de bienes muebles" (STS de 22 de octubre de 1987). En ocasiones también se mantiene que la apropiación indebida es un delito "contra elementos integrantes del patrimonio" (SSTS de 3 de enero y 14 de mayo de 1985). Situado el problema en estos términos, se explica la insistencia de la jurisprudencia en considerar a la apropiación indebida un delito de administración desleal del patrimonio ajeno, porque al fin lo que importa es que se recibió una cosa o un dinero para devolverlo o en nombre y por encargo de otro y el sujeto no lo hace; lo que le permite, además, eludir las dificultades expuestas en torno a la determinación del bien jurídico. En todo caso, para delimitar algo el delito exige que el dinero o las cosas fungibles tuvieran al recibirse un destino previamente fijado (STS de 11 de octubre de 1995).

404 Véase: PIZARRO GUERRERO, Miguel; *Delito de apropiación ilícita*, Lima, 2006, p. 99.

Aunque en un fallo judicial se ha establecido que el bien jurídico en el delito de apropiación ilícita podría ser el denominado “abuso de confianza” entre las partes involucradas. Así por ejemplo lo ha establecido la Ejecutoria Superior en el marco del Expediente N.º 3148-01, en fecha 08 de agosto de 2002, nos señala lo siguiente:

“Si bien el encausado se desempeñaba como administrador de la referida agencia de transporte, en la sucursal de Lima, no fue él la persona quien recibió la mercancía, sino que fue un empleado de la sucursal de la agencia en Huancayo, por lo que no se reuniría el doble requisito que debe revestir el agente, esto es: la recepción de la cosa y la del título que produzca la obligación de entregarla, devolverla o darle un uso determinado, estando a lo que se trata de evitar con el delito de apropiación ilícita **es el abuso de confianza**.”⁴⁰⁵

Desde nuestra perspectiva, siguiendo a Rodas Vera señalamos que el delito de apropiación ilícita encuentra su fundamento en el aprovechamiento de una posición de dominio absoluta (sin custodia por parte del titular) que se tiene frente al bien jurídico protegido, la cual a su vez se fundamenta en un acto de confianza de la propia víctima, acto de confianza que a la vez la coloca en una situación de vulnerabilidad o indefensión. Este aprovechamiento implica además una infracción de deberes generales de custodia frente al bien, que se sabe ajeno, y demuestra una rebelión consciente y abierta frente al ordenamiento jurídico frente a la cual el control ejercido por las normas civiles se mostrará a toda luz insuficiente.⁴⁰⁶

Ahora bien, en los delitos contra la propiedad en el Código Penal peruano está compuesto, entre otros, por el delito de hurto, robo, usurpación, abigeato, fraude en la administración de personas jurídicas, extorsión, delitos informáticos, estafa y obviamente el delito de apropiación indebida. Así, por ejemplo, en el hurto las cosas se toman, en cambio, en la apropiación indebida se reciben. El modo de entrar en contacto el autor con el objeto material, en principio distingue a uno y otro delito. Pero el verdadero problema surge con la existencia de una serie de acciones, que fluctúan entre el hurto y la apropiación indebida y es en base precisamente a que el sujeto activo tiene ya las cosas en su poder, las recibe no las toma del sujeto pasivo.⁴⁰⁷

Así también el delito de apropiación indebida tiene zonas fronterizas con el delito de estafa (artículo 196 del Código penal), desde que ambos ilícitos penales “reciben” la cosa o el bien mueble sin mediar ningún tipo de violencia y amenaza entre ambas partes, es decir entre el imputado y el agraviado, y como sucede con la apropiación indebida la cosa mueble el sujeto pasivo es quien pone, previa y lícitamente, en manos del propio sujeto activo, para que posteriormente este no lo devuelva en su momento; en esta misma línea de pensamiento, en el delito de estafa si bien el propio sujeto pasivo es quien pone en manos del mismo sujeto

405 Véase: PIZARRO GUERRERO, 2006, p. 139.

406 RODAS VERA, Carlos Ernesto; “Apropiación Ilícita por abuso de confianza y apropiación ilícita simple?”, en: JUS, comentarios a la jurisprudencia y praxis jurídica, mayo 05, 2008, Lima, p. 235.

407 Véase: SAINZ-PARDO CASANOVA; José A.; *El delito de apropiación indebida*, Barcelona, 1978, p. 52.

activo, pero lo realiza por intermedio de engaño o de astucia⁴⁰⁸. Por último, en la apropiación indebida no existe un desplazamiento patrimonial ya que la cosa mueble o el activo patrimonial ya se encuentra en poder del obligado a devolverlo.

Ahora bien, en este punto debemos preguntarnos lo siguiente: ¿Si puede caber en un mismo supuesto fáctico calificaciones jurídicas de estafa y de apropiación ilícita? Al respecto debe señalarse su imposibilidad jurídica, toda vez que la estafa y la apropiación ilícita son tipos penales excluyentes. Se entiende doctrinaria y jurisprudencialmente que la diferencia sustancial entre esas dos clases de delitos se encuentra en el mecanismo apropiatorio y en el momento del dolo con respecto del acto de disposición; pues en la estafa el culpable recibe la cosa mediante el engaño que él originó o aprovechó; en la apropiación ilícita el culpable se apropia de lo que fue entregado sin engaño; en la estafa el dolo antecede a la entrega del objeto sobre el que recae la acción, en la apropiación ilícita el dolo surge *a posteriori*⁴⁰⁹.

En efecto, los límites entre el delito de apropiación indebida y el delito de estafa están nítidamente expuestos y demarcados en la Sentencia de Vista de fecha 01 de octubre de 1998 expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente N.º 3203-97 sostiene que:

“Segundo. Que, advirtiéndose que un mismo hecho ha sido adecuado típicamente a los delitos de *estafa y apropiación ilícita*, previstos en los artículos ciento noventiséis y ciento noventa del Código Penal, respectivamente, al respecto demos señalar su imposibilidad jurídica, toda vez que son tipos penales excluyentes; por lo que, la diferencia existente entre estos tipos penales se apreciará cual se adecua a los hechos materia de autos; y, entendiéndose doctrinaria y jurisprudencialmente que la diferencia sustancial entre estos dos clases de delitos se encuentra en el mecanismo apropiatorio en el momento de la presencia del dolo con respecto al acto de disposición realizado de buena fe por el sujeto activo; pues, mientras en la *estafa* el culpable recibe la cosa mediante el engaño que él originó o aprovechó, en la

CAP. XIV

408 Véase, sobre esta cuestión: PEÑA CABRERA FREYRE, T. II, 2010, p. “En cuanto a su distinción con el delito de estafa, en el tipo penal *in comento*, como se dijo, la tenencia del bien por parte del sujeto activo, acontece de forma lícita, en cambio en el primero de los nombrados, si bien el desplazamiento a la esfera de custodia del agente, toma lugar mediando su entrega por su propio titular, lo que constituye en injusto, es la forma de cómo se convence a la víctima, en tanto se incide con juicios de valor engañosos que no se corresponden con la realidad de las cosas. En la estafa el engaño es el motivo del acto de disposición patrimonial que se concreta en la entrega del bien, lo que hace que la posesión de la cosa que recibe el sujeto activo sea ilícita desde el primer momento; en la apropiación indebida, el núcleo de ilicitud surge a posteriori, cuando al agente es renuente a la restitución del bien”. Por su parte, SAINZ-PARDO CASANOVA, 1978, p. 58 nos dice que: “La característica que sirve como criterio rector de diferenciación, es la causa de la entrega, en ambos delitos se da la entrega voluntaria del objeto, pero en la estafa dicha entrega tiene su causa, o motivo desencadenante, en un engaño provocado de muy diversas maneras por el sujeto activo”. Asimismo SAINZ-PARDO CASANOVA agrega que “En la apropiación, la entrega es perfectamente normal y regular constituyendo una condición previa. La función que desempeña el “engaño” en la estafa, engaño expreso y antecedente a la entrega de a cosa, cuando aparece en la apropiación indebida, lo hace con posterioridad a la entrega de la misma y siempre como manifestación externa, como prueba material, de la apropiación realizada” (p. 59).

409 ROJAS VARGAS, Fidel/INFANTAS VARGAS, Alberto/QUISPE PERALTA, Lester León; *Código Penal, 16 años de jurisprudencia sistematizada, Parte especial, T. II*, Lima, 2009, p. 319.

apropiación indebida o ilícita el culpable se apropia de lo que le fue entregado sin engaño; en la *estafa* el dolo antecede a la entrega del objeto sobre el que recae la acción en la *apropiación ilícita* el dolo surge a posteriori...”.

En este mismo sentido, podemos citar el Expediente N.º 3203-97 del 01 de octubre de 1998 Resolución expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que nos dice lo siguiente⁴¹⁰:

“Los delitos de estafa y apropiación ilícita, previstos en los artículos 196 y 190 del Código Penal, respectivamente, son tipos penales excluyentes. Se entiende doctrinaria y jurisprudencialmente que la diferencia sustancial entre ambos se encuentra en el mecanismo *apropiatorio* y en el momento de la presencia del dolo con respecto al acto de disposición realizado de buena fe por el sujeto activo. Pues mientras en la estafa, el culpable recibe la cosa mediante el engaño que el autor originó o aprovechó, en la apropiación indebida o ilícita el autor se apropia de lo que le fue entregado sin engaño. En la estafa el dolo antecede a la entrega del objeto sobre el que recae la acción; en la apropiación ilícita el dolo surge *a posteriori*”.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA EN EL PERÚ

El delito de apropiación indebida en el primer Código Penal que tuvo el Perú no tenía una autonomía sistemática, ya que dicho ilícito estaba dentro del rubro del delito de estafa considerado específicamente como “otras defraudaciones”. En efecto, dicho Código penal, hoy abrogado, se regulaba en el artículo 345, inciso 6 bajo los siguientes términos: “Los que en perjuicio de otro, nieguen haber recibido, o se apropien o distraigan dinero, efecto o cualquier cosa mueble que se les hubiera dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver”.

En el abrogado Código Penal de 1924 se regulaba bajo el título “apropiaciones ilícitas”, en el artículo 240 en los siguientes términos: “El que, en provecho propio o de un tercero se apropiara indebidamente de una cosa mueble, una suma de dinero, o de un valor que se le hubiese dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver, será reprimido con prisión no mayor de seis ni mayor de un mes”. La pena será de penitenciaria no mayor de diez años o prisión no menor de seis meses, si el delincuente hubiese obrado en calidad de guardador, o en el ejercicio de una profesión o de una industria para la cual tuviere título de autorización oficial”.

Las figuras penales que presenta el actual Código Penal peruano de 1991, respecto del delito de apropiación ilícita, son:

- a. Apropiación ilícita (artículo 190)
- b. Sustracción de bien propio (artículo 191)
- c. Apropiación de bien perdido o apropiación de tesoro ajeno (artículo 192, inciso 1)

410 Extraído de PIZARRO GUERRERO, 2006, p. 38 y 39.

- d. Apropriación de bien ajeno (artículo 192, inciso 2)
- e. Apropriación de prenda (artículo 193)

El artículo 190 del actual y vigente Código Penal peruano establece:

“Artículo 190. El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años⁴¹¹.

Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria

411 En la legislación penal comparada con respecto del delito de apropiación ilícita, se regulan de la siguiente manera:

- En España, los artículos 252 a 254 del Código Penal regulan la apropiación indebida. La pena es la misma que para la estafa salvo para quien: “se apropia de algo extraviado o recibido por error y de valor menor de 400, en cuyo caso la pena es menor y normalmente no acarrea prisión. Es un ataque al patrimonio entendido como un conjunto de derechos económicos o jurídicos de los que se puede ser titular. pueden distinguirse dos etapas diferenciadas. 1º una situación inicial lícita en la que el sujeto activo recibe cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial con finalidad de devolución o bien de empleo en un destino determinado de entrega a un tercero o terceros para cumplir la finalidad pactada. 2º apropiación ilegítima actuando ilícitamente sobre el bien, disponiendo como si fuera su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones del título de recepción, establecidas con garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron”.
- En Chile, la apropiación indebida se regula en el Artículo 470 N.º 1 del Código Penal, que sanciona “A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.” Se trata de un delito que se encuadra dentro de los llamados “Fraudes por abuso de confianza”, y su pena varía atendiendo al monto de lo apropiado.
- En Ecuador, el Código Penal el artículo 553 dice: “Serán reprimidos con prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, los que utilizaren fraudulentamente sistemas de información o redes electrónicas, para facilitar la apropiación de un bien ajeno, o los que procuren la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos de una persona, en perjuicio de esta o de un tercero, en beneficio suyo o de otra persona alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas informáticos, sistemas informáticos, telemáticos o mensajes de datos”. En primer término diremos que este tipo penal es un tipo de carácter autónomo, es decir, que contiene en su descripción típica no solo la acción delictiva, sino que también recoge la descripción de la sanción penal, como en este caso la de privación de libertad en el grado de prisión y otra de carácter pecuniario o de reparación que es la multa, también es un tipo penal cerrado ya que hace referencia a las circunstancias de la conducta y se expresa como debe producirse el resultado.
- El Código Penal de Bolivia denomina apropiación indebida, así tenemos en su artículo 345: “El que se apropiare de una cosa mueble o un valor ajeno tuviere posesión o tenencia legítima y que implique la obligación de entregar o devolver será sancionado con reclusión de tres meses a tres años”.

para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando el agente se apropia de bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias de desastres naturales u otros similares la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años”.

III. TIPICIDAD OBJETIVA DEL ARTÍCULO 190 DEL CÓDIGO PENAL

En términos conceptuales, para que se configure el delito de apropiación ilícita⁴¹², previsto por el artículo 190 del Código Penal peruano, es requisito *sine qua non* que el sujeto activo haya entrado en posesión del bien apropiado con la obligación de su posterior devolución o entrega, por lo que, respecto del bien hay dos momentos: uno lícito, que es la entrada en posesión legítima del bien y el otro ilícito que es la no devolución, en la que existe el ánimo de apropiarse indebidamente del bien⁴¹³.

En otras palabras, el comportamiento típico criminalizado mediante el delito de apropiación ilícita consiste en la apropiación de un bien mueble, dinero, o un valor que se ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado. En ese sentido, la verificación de la tipicidad del delito de apropiación ilícita requiere la constatación obligatoria de dos elementos, a saber: (i) una entrega material lícita, que opera bajo un título no traslativo de propiedad y que contiene una obligación específica de devolución o uso determinado del bien mueble entregado; y (ii) un apoderamiento antijurídico por parte del sujeto activo del delito, a través del cual, incumpliendo la obligación específica de devolución, incorpora a su patrimonio el bien mueble que lícitamente había recibido.

En cuanto a la tipicidad objetiva del delito de apropiación ilícita esta tiene las siguientes características:

1. Sobre la entrega lícita del bien mueble al sujeto activo

Como se puede observar la condición del tipo objetivo materia de comentario es que, previamente exista, la entrega por parte del sujeto pasivo al sujeto activo

412 Sobre el tema de la evolución histórica del delito de apropiación ilícita: PIZARRO GUERRE-RO, 2006, p. 23 nos dice que “El delito de apropiación ilícita o indebida —como también se le suele denominar—, en un principio se le consideró simplemente como una especie del género delictivo del hurto, no distinguiéndosele una personalidad propia; esta situación se aprecia en textos tan antiguos como el Código de Manú y el Levítico, donde se le confunde con el hurto. De igual manera en el Derecho griego, los distintos sucesos que mencionaban el patrimonio estaban confundidos en la categoría del hurto”.

413 Véase, la Ejecutoria Suprema Lima, de fecha 01 de abril de 2003, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (R. N. N.º 864-2002– ANCASH).

de un depósito, comisión, administración u otro título que produzca la obligación de devolverlo. Efectivamente, el artículo 190 del Código Penal establece que: “*El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en...*”. Dicha descripción legal es racional en la medida en que solo producirá la obligación de devolver algo que previamente lo haya recibido, ya que si no se prueba que el sujeto activo lo haya recibido en términos no violento, entonces estaremos ante un delito de robo o hurto, desde que habrá una sustracción ilegal y no una entrega legal. Es decir, que haya elementos certeros o indiciarios que la suma de dinero lo posea el sujeto activo.

A mi juicio, no necesariamente tiene que darse en forma de *traditio* la entrega del bien mueble. Ahora bien, cómo y en qué circunstancias se haya producido dicha entrega de tal o cual bien mueble, no es un problema que compete a la tipicidad penal, sino más bien del Derecho procesal probatorio. Al respecto, la Sentencia de fecha 31 de marzo de 2011 expedido por el Primer Juzgado Penal Liquidador del Cusco, Expediente N.º 00141-2006-0-1001-JR-PE, estipula lo siguiente:

“6. En el caso de autos se acredita la comisión de los hechos imputados si se tiene en cuenta que el delito de apropiación ilícita para el caso concreto requiere como elementos: *la preexistencia del bien mueble consistente en un equipo de cómputo la que se halla acreditado con el documento privado de recepción de equipo de cómputo a manuscrito otorgado por el denunciado* en fecha catorce de diciembre del dos mil cuatro; que corre a folios cuatro, por el cual el agente activo del delito se apropia del bien mueble recibido, lo que se acredita en autos, puesto que el acusado estaba obligado a devolver el equipo de cómputo dentro del plazo establecido, y la afirmación vertida por el acusado en el sentido que dicho equipo de cómputo que le fue devuelto por el agraviado fue remitido a la empresa denominada “Computer World”, no ha sido probado en modo alguno, por lo que debe tomarse como simple argumento de defensa”.

Para Peña Cabrera Freyre nos dice que “según se desprende de la redacción normativa del tipo penal *in examine*, el agente se encuentra incurso en esta infracción criminal, cuando se “apropia indebidamente” de un bien mueble; quiere decir esto, que el objeto material del delito debe haber ingresado a su esfera de custodia de una forma “lícita”, no puede haber obtenido el bien, mediando la modalidad de sustracción que toma lugar en el caso del delito de Hurto. Pero, con ello no estamos diciendo suficiente, a fin de delimitar este injusto con el contenido en el artículo 185 del Código Penal”⁴¹⁴.

414 PEÑA CABRERA FREYRE, T. II, 2010, p. 285 – 289. En esta parte el mismo autor agrega que: “Es de verse que en algunos casos, el Hurto no supone un acto típico de desapoderamiento, de que haya de sustraer el bien directamente de la custodia del sujeto pasivo, puede que lo obtenga cuando goce un poder táctico sobre la cosa y, no por ello ha de convenirse en un delito de Apropiación Ilícita. La mucama, la empleada doméstica u otra persona que labora en una casa o en una oficina, tiene la posibilidad de hacerse directamente del bien, sin efectuar una sustracción en su terminología estricta, simplemente toma el bien como suyo y se lo lleva a otro lugar, para ejercer un nuevo *dominus*.”

La controversia puede darse en la hipótesis del cajero que se apropia de forma sistemática de una suma determinada de dinero, que ingresa a su esfera de custodia por diversos motivos.

Se tratan de títulos lícitos regulados en la legislación extrapenal, no encontrándose entre tales el mero acto de recepción fáctica de un bien que, por lo demás, no generará obligación alguna de entrega o devolución; por lo tanto, no cualquier acto es típicamente idóneo para producir en el agente la obligación de entrega de un bien que lo será solamente aquel que se fundamente en un título legalmente reconocido, semejante a los enumerados en el artículo 190 del Código Penal (depósito, comisión, administración), que dé origen a una obligación concreta de entrega o restitución en determinadas condiciones⁴¹⁵.

Al respecto, sobre la recepción lícita del bien mueble que debe realizar el sujeto activo debemos acudir a la Ejecutoria Suprema de fecha 09 de julio de 2002 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad, N.º 372-2002, Lambayeque, que sostiene lo siguiente:

“...que por lo demás, se desprende que la conducta imputada al encausado por no configurar los elementos típicos del delito de apropiación ilícita deviene en atípica, al amparo del principio de legalidad contemplado en el artículo segundo inciso veinticuatro literal “d” de la Constitución Política, el artículo segundo del Título Preliminar del Código Penal y el artículo ciento noventa del Código acotado; de lo contrario se estaría sancionando a Mantilla Haro por una conducta que constituye un incumplimiento contractual al no haber cumplido con entregar al agraviado las bolsas de azúcar restantes y no por la comisión del delito de apropiación ilícitas toda vez que no se cumple con la exigencia típica de la existencia del “objeto de la apropiación” recibido lícitamente...”.

CAP. XIV

2. Sobre el concepto de título o relación jurídica preexistente en el delito de apropiación indebida

El delito *in estudio*, exige que el agente realice actos de disposición o un uso determinado sobre un bien mueble, que ha recibido lícitamente por un “título” que no le da Derecho a ello, incorporando a su patrimonio, ya sea el bien del que se ve

Es sabido que un cajero para poder ejercer su normalmente sus funciones, recibe diariamente una suma determinada por concepto de “caja chica”, entonces, si este se apropia de dichos bienes fungibles, se configura el delito en cuestión, pues al final de cada día tenía el deber de devolverlo; claro que cuando se desplaza a la caja chica de su compañero, y sustrae el dinero, será el ilícito penal de hurto cuestión distinta podrá aparecer, cuando en el ejercicio de dichas funciones, aprovecha para cambiar dinero falsificado a los clientes o de entregarles una cantidad menor a la que debía poner a su disposición; en estos casos, será un delito de estafa, al inducir a error, en cuanto al empleo de billetes falsificados y en el segundo de ellos, una modalidad de hurto, cuando la apropiación es directa.

Otros casos, cuando el pasajero se olvida su cartera en el carro del taxista y este no lo devuelve, en el caso de quien solo se queda con el bien para cuidarlo, cuando el cajero de un banco procesa la operación pero no entrega el dinero solicitado por su legítimo propietario; todos estos son ejemplos del delito de hurto, aunque el primero de ellos, se ajusta mejor al delito previsto en el primer Inciso del artículo 192 del C.R. Por eso nos parece acertado, cuando un sector de la doctrina estima que en la apropiación indebida no siempre se quiebra una relación de confianza.

415 MALLQUI HERRERA, Edwin Antonio; “en el delito de apropiación ilícita ¿Cuál es la relevancia del título por el que se produce la entrega?”, en *JUS*, comentarios a la jurisprudencia y praxis jurídica, agosto 03, 2007, Lima, p. 227.

privado el propietario. El título debe causar la obligación de entregar o de devolver, entre las cuales la regla menciona al depósito, la comisión y la administración y en una fórmula amplia, “otro título semejante que produzca la obligación de entregar o devolver”, comprende a todos los actos que transfieren materialmente la custodia o vigilancia del bien mueble. Para que pueda hablarse de retención indebida, enseña Soler, es necesaria la preexistencia de un poder no usurpado sobre la cosa; de un poder de hecho legítimamente adquirido. Es de recibo que quien se hizo del bien de forma ilícita, no será intimado a devolverlo, es ya desde un inicio un acto típico de hurto⁴¹⁶.

El concepto de “título” descrito expresamente en el artículo 190 del Código Penal peruano, tanto en el primer párrafo (“...se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración, *u otro título semejante...*”) como en el segundo párrafo del mismo articulado (“Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria *para la cual tenga título o autorización judicial...*”), es lo que permite sostener que el delito de apropiación indebida sea, en primer lugar un tipo penal especial o de sujeto activo determinado⁴¹⁷, en la medida que solamente será considerado autor si se ha acreditado la existencia de un título de recepción lícita de un bien mueble determinado

En este punto Gonzales Rus señala que estamos en presencia de un *delito especial* del que solo puede ser autor quien recibió el objeto material en virtud de alguno de los títulos que se especifican en el precepto. Sujeto pasivo es el propietario de la cosa indebidamente apropiada. Quien transfiere la posesión y quien sufre el perjuicio no tienen por qué ser la misma persona; ni siquiera es necesario que coincidan la persona que efectúa la entrega y aquella a la que debía devolverla el sujeto activo⁴¹⁸. En segundo lugar, el concepto de “título” hace que sea considerado el delito in comento como un ilícito de un alto contenido de definición extrapenal, en la medida que para el nacimiento —en términos penales— de dicho delito tiene que existir, previamente o coetáneamente, una relación jurídica de naturaleza civil, y hasta en algunos casos de naturaleza societaria, pues solo así se puede determinar la existencia de un título válido para el Derecho público como para el Derecho privado.

416 Véase: PEÑA CABRERA FREYRE, T. II, 2010, p. 285 – 289.

417 Distinto el caso del artículo 190° del Código Penal, segundo párrafo, que menciona: “*Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial...*”, en la cual el mismo tipo penal citado expresa un círculo de autores “cerrado” que hace de este supuesto un delito especial por partida doble: tanto por la calidad de autores (curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria), como por la título de recepción que debe ostentar el propio sujeto activo.

418 Véase: GONZALES RUS, Juan José; *Curso de Derecho penal español parte especial I*, Madrid, 1996, p. 701–710. En este mismo sentido: SAINZ-PARDO CASANOVA, 1978, p. 129 señala que “Es por ello lo que podemos calificar nuestro delito como un delito especial, en el que la posibilidad de autoría está ligada a determinadas cualidades jurídicas”. PIZARRO GUERRERO, 2006, p. 138 nos dice que “Se trata así de un delito especial propio, porque “sólo lo pueden cometer los que, sin haber recibido en propiedad una cosa, tengan la obligación de devolverla”.

Como bien explica Sainz-Pardo Casanova la "...apropiación que se realiza en nuestro delito se hace sobre objetos recibidos por un título contractual que obliga a su entrega a un tercero o a su devolución. Todos los supuestos en los que el sujeto activo tenga en su poder la cosa por uno de estos títulos, y se la apropien, son verdaderas apropiaciones indebidas. Sin la existencia de los mismos no puede darse nuestro delito. Sera cuestión de precisar, como lo haremos más adelante, cuáles son estos títulos y el alcance interpretativo de la existencia o no de ellos. Por el contrario, si se produce una apropiación de un objeto en poder ya del sujeto activo, pero sin la existencia de uno de estos títulos, la tipicidad de tal conducta podrá encontrarse en el hurto..."⁴¹⁹.

Por su parte, Pizarro Guerrero, nos dice que el delito de apropiación ilícita surge de una previa relación jurídica preexistente, generalmente de un contrato civil. Así, quien recibe de otro dinero u otro objeto mueble en depósito, comisión o administración, e incumple el mandato recibido apropiándose los, puede sin duda producir el derecho en el sujeto pasivo de iniciar una acción civil de devolución o resarcimiento, pero también puede ejercitar la acción penal correspondiente, pues el agente consiguió un lucro que el legislador ha estimado como ilícito penal⁴²⁰. Así, Mallqui Herrera "...entiende que el título del cual emerge la obligación del agente de entregar o devolver el bien que se le ha entregado en custodia está constituido por los contratos de depósito. Comisión, el mandato y la gestión de negocios, la garantía mobiliaria, la renta vitalicia, la administración, entre otros"⁴²¹.

En la legislación comparada el concepto de "título" también se ha incorporado expresamente en los respectivos Códigos penales, así en España, en los artículos 252 a 254 se sanciona el delito de apropiación ilícita que dispone lo siguiente: "2 apropiación ilegítima actuando ilícitamente sobre el bien, disponiendo como si fuera su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones *del título de recepción*, establecidas con garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron". De la misma manera, en el Código Penal de Chile, la apropiación indebida se regula en el artículo 470, numeral 1 del Código penal, sanciona: "A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o *por otro título que produzca obligación* de entregarla o devolverla."

En esta misma línea, el Código Penal de Uruguay, en el Capítulo IV, correspondiente a los Delitos contra la propiedad mueble, en el artículo 351, define al delito de apropiación indebida, de la siguiente manera: "El que se apropiare, convirtiéndolo en su provecho o en el de un tercero, dinero u otra cosa mueble, que le hubiera sido confiado o entregada *por cualquier título que importare obligación de restituirla o de hacer un uso determinado de ella*, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría". Por el contrario, existen Códigos penales como el

419 SAINZ-PARDO CASANOVA; 1978, p. 55.

420 Véase: PIZARRO GUERRERO, 2006, p. 108.

421 MALLQUI HERRERA, Edwin Antonio; "En el delito de apropiación ilícita ¿Cuál es la relevancia del título por el que se produce la entrega?", en *JUS*, comentarios a la jurisprudencia y praxis jurídica, agosto 03, 2007, Lima, p. 227.

de Alemania, que no contempla el concepto de título jurídico como condición para recepción y devolución del bien mueble; así en el parágrafo 246, se sostiene que: "(1). Quien se apropie antijurídicamente de una cosa mueble ajena o la adjudique a otro, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa si el hecho no está castigado con pena más grave en otras disposiciones (2). Si en los casos del inciso 1 la cosa ha sido encomendada al autor, entonces el castigo es pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa (3). La tentativa es punible".

En resumidas cuentas, habrá de ser todo título "jurídico", que convierte al sujeto activo en "depositario", "administrador" u "comisionista", dando lugar a un deber jurídico de devolución, esto es, de restituir el bien mueble a su legítimo propietario. Si por diversos motivos, ajenos a su voluntad, le es imposible devolver el bien, no es un caso de apropiación ilícita; v. gr. si por ejemplo le es sustraído el título valor por un tercero, se dará un delito de hurto que tiene como autor a este último, el poseedor no tiene al respecto responsabilidad penal alguna, no se advierte el ánimo de apropiación. De la misma manera, en una restitución tardía puede incurrir el más celoso guardián del dominio ajeno sobre la cosa.

La jurisprudencia que gráfica la exigibilidad de retorno del bien mueble que debe constar en el título *-numerus apertus-* que da origen a la relación jurídica, se devela en el Expediente N.º 6494-97, resolución de fecha 19 de enero de 1998, por el delito de apropiación ilícita; la Sala se pronuncia afirmando:

CAP. XIV

"En el caso sub examine, se tiene que, lo que se reprocha al acusado es negarse a entregar o devolver la suma de dólares adelantadas por arras, por lo que inmediatamente se deduce que, el título por el que se entregó la referida suma no contemplaba la devolución posterior, circunstancia que impide que se configure este delito, ya que falta el elemento objetivo del tipo que es el título de la entrega que implique devolver o entregar, por lo que esta conducta es atípica respecto a este delito"⁴²².

En otras palabras, no puede existir el delito de apropiación indebida del vacío, de la nada, tiene que haber, a nuestro juicio, una realidad normativa extrapenal que se desprende de la misma descripción legal del artículo 190 del Código Penal –así los actos jurídicos de comisión, de administración, de depósito u otro título jurídico–; por ello en algunos supuestos concretos que se puedan presentar en la judicatura solo quedará en una relevancia jurídico-civil–como una obligación, o mejor de incumplimiento de una obligación civil– mas no de índole jurídico-penal, en ese orden de ideas la protección del bien jurídico patrimonio deberá quedar mejor resguardada en el ámbito privado en base a las reglas sancionatorias de aquel sector. Esta apreciación tiene sentido en la medida que la tipicidad penal del artículo 190 debe de pasar, por lo menos, por dos filtros de calidad o estándar de punibilidad, por dos motivos puntuales:

- En primer lugar, por el llamado *principio de subsidiaridad* ya que el Derecho penal solo debe intervenir cuando han fracasado todos los mecanismos extrapenales para su adecuada protección, y en este caso,

422 Extraído de: PIZARRO GUERRERO, 2006, p. 195.

deben agotarse todas y cada una de las salidas jurídicas que ofrece en este caso el Código civil, específicamente el Derecho de las fuentes de las obligaciones (de los contratos) como pueden ser las nulidades, las anulabilidades, las rescisiones contractuales, etc.

Expediente N.º 3429-98

Lima, diecisiete de diciembre de mil novecientos noventaiocho.-

VISTOS: Interviniendo como vocal ponente la doctora Saquicuray Sánchez; de conformidad con lo opinado por el señor fiscal superior en su dictamen de fojas ciento ochentidos; y **CONSIDERANDO:** que, viene en grado de apelación las sentencias de fojas ciento cincuentiuno y ciento setentiuono, estableciéndose lo siguiente: **PRIMERO.** Que, las normas penales desarrollan una función motivadora que está indisolublemente unida a la función de tutela de bienes jurídicos; es decir, mediante dichas normas se pretende incidir sobre los miembros de una comunidad para que se abstengan de realizar comportamientos que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos tutelados; sin embargo, en relación a la función que el derecho penal desarrolla a través de sus sanciones ha de afirmarse su carácter subsidiario o secundario, pues, la afirmación de que el derecho penal constituye la última entre los instrumentos de que dispone el estado para garantizar la pervivencia de la sociedad debería implicar, como lógica consecuencia, que el derecho penal está subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos para el individuo de que dispone el estado; en este sentido, es difícil pensar en la existencia de un bien jurídico que solo sea defendible por el derecho penal; **SEGUNDO.**-Que, el artículo ciento noventa del Código Penal, señala que la conducta típica del delito de apropiación ilícita consiste en que el agente, en su provecho o de un tercero, se propicie indebidamente de un bien mueble, suma de dinero –o valor que posee– legítimamente al habersele entregado en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado, es decir, es requisito *sine qua non* del aspecto objetivo de este tipo penal que el sujeto haya estrado en posesión del bien apropiado con la obligación de su posterior devolución o entrega; **TERCERO.** Que, además, se advierte que los cargos por delito de Apropiación Ilícita que se imputan a los procesados JUAN SILVERA GUIADO y JORGE ELIBERIO CHAVESTA GONZALES se fundamentan en la denuncia interpuesta por la agraviada Nora Carmen Muñoz Martínez de Pinillo ante la delegación policial de Miraflores, el día veintidós de agosto de mil novecientos noventaiocho; oportunidad en la que señalo que los procesados, en calidad de propietario y administrador de la "lavandería JSG empresa individual de responsabilidad limitada", respectivamente, se han apropiado indebidamente de su alfombra persa, la misma que había dejado en la referencia lavandería, para que realicen un servicio de lavado, conforme se aprecian de la guía de remisión de fojas veintisiete; **CUARTO.** Que, siendo así, de la revisión y análisis de lo actuado se advierte que si bien es cierto los procesados reconocen haber recibido la referida alfombra por parte de la agraviada para efectuar servicio de lavado, no es menos cierto que en autos no obra la respectiva prueba de cargo que acredite la actitud dolosa por parte de estos de disponer de dicho objeto material de forma diferente de la prevista; es decir, no se ha determinado por parte de los procesados el ánimo *rem sibi habendi*, más bien, existe en autos la respectiva prueba de cargo que acredita no solo la disposición de estos para entregar a la agraviada un bien de semejante características al reclamo, conforme se puede

CAP. XIV

apreciar de sus respectivas instructivas, así como de la carta notarial obrante a fojas treintisiete, sino que también se advierte que dichos procesados han entregado al hijo de la agraviada una alfombra tipo persa, conforme se advierte de la copia de guía de remisión de fojas doce, hecho que no ha sido desvirtuado por la agraviada; evidenciándose más bien, que el conflicto de intereses surge al discutirse la calidad de la alfombra entregada; *circunstancia que en todo caso escapa del amparo de la instancia penal; pues, si se tiene en cuenta la naturaleza subsidiaria y fragmentaria del derecho penal dicha controversia es susceptible de ser solucionada en otros medios menos gravosos de control social como es la vía civil*; y, al no existir responsabilidad penal en los procesados por el delito que se les imputa, corresponde absolverlos de conformidad con lo señalado en el artículo doscientos ochenticuatro del código de procedimientos penales; fundamentos por los que **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas ciento cincuentiuno, su fecha primero de julio de mil novecientos noventaiocho, que falla: **CONDENANDO** a JORGE ELIBERIO CHAVESTA GONZALES como autor del delito contra el patrimonio –Apropiación Ilícita– en agravio de Nora Carmen Muñoz Martínez de Pinillo; que le impone dos años de pena privativa de la libertad, suspendida por de periodo de UN año, bajo reglas de conducta; que le fija en la suma de **DOSCIENTOS** nuevos soles el monto por reparación civil; con lo demás que contiene; **REFORMÁNDOLA ABSOLVIERON** de la acusación fiscal a JORGE ELIBERIO CHAVESTA GONSALES por el delito contra el patrimonio –apelación ilícita– en agravio de Nora Carmen Muñoz Martínez; debiéndose archivar definitivamente lo actuado, eliminándose todo tipo de antecedentes generados contra el absuelto a raíz de este proceso; y, **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas ciento setentiuno, su fecha tres de julio de mil novecientos noventaiocho, que falla: **ABSOLVIENDO** de la acusación fiscal a JUAN SILVERA QUIZADO por el delito contra el patrimonio –Apropiación Ilícita– en agravio de Nora Carmen Muñoz Martínez de Pinillo; con lo demás que contiene; Notificándose y los devolvieron.-

CAP. XIV

S.S.BACA CABRERA, SAQUICURAY SÁNCHEZ, SÁNCHEZ ESPINOZA.

El principio de subsidiaridad es una de las características principales del Derecho penal moderno, y la influencia de dicho principio trae como consecuencia su naturaleza fragmentaria del Derecho penal, en razón a que solo protege determinados bienes jurídicos ante la comisión u omisión de hechos ilícitos que cumplan las exigencias de tipicidad y antijuricidad exigidas⁴²³. Ello significa, además, que el Derecho penal

423 Véase, Ejecutoria Suprema de fecha veintisiete de agosto del dos mil cuatro, expedido por la primera Sala Penal Transitoria RN. N.º 3263-03 LIMA, tiene dicho lo siguiente: **VISTOS**; Interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Raúl Alfonso Valdez Roca; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO**: Que conoce esta Suprema Sala, el presente recurso de nulidad, concedido vía queja; *que el Derecho Penal como medio de control social formal, tiene como principio que es fragmentario y de última ratio, es decir, que solo va a intervenir cuando los demás medios de coerción en la búsqueda de intereses intersubjetivos al cual acuden los justiciables han fracasado*; que en el caso de autos, a fojas treintitres, el procesado señala en su instructiva que se ha iniciado una acción judicial de ofrecimiento de pago, a fin de cancelar el compromiso adquirido mediante pago fraccionado, en consecuencia es en la vía extrapenal donde se deben ventilar estos hechos, puesto que de los mismos no se deduce al animus doloso “rem sibi habendi” del sujeto activo, por el

representa un medio secundario en la solución de conflictos ante la existencia de otras alternativas jurídicas, como las vías civil, laboral, transaccional y demás mecanismos alternativos que resulten más adecuados en virtud a sus caracteres no estigmatizantes ni dañosos para la dignidad de la persona humana. Características que en sentido negativo lamentablemente acompañan a la acción penal desde el inicio de la acción en vía policial y fiscal. De esto se colige el extremo cuidado que se debe tener al elegir la vía penal, tanto para el litigante, el Fiscal o el Juez. En consecuencia, la subsidiaridad del Derecho penal se pone en evidencia de modo ostensible en las imputaciones donde subyacen cuestiones conflictivas de naturaleza civil, laboral (por ejemplo, incumplimiento de obligaciones, contratos, etc.) o comprometen bienes jurídicos más valiosos que juego, familia, dignidad, etc.

- En segundo lugar, por la exigencia del *principio de legalidad material*, pues para el tema de relevancia jurídico-penal se necesitará elementos “adicionales” de concurrencia para cerrar la tipicidad en términos del artículo 190 del Código Penal peruano: por ejemplo, uno de ellos puede ser que el sujeto activo se comporte –objetiva y subjetivamente– en realidad como “amo y “señor”, y en esa condición se comporte como el único “dueño” de la cosa mueble que ha recibido anteriormente de manos del sujeto agraviado, y obviamente comience el sujeto activo a disponer materialmente de dicho bien mueble como si fuese de su propiedad; no basta entonces que el sujeto activo simplemente retenga el bien mueble sobre el que pesa la obligación de devolver; el otro elemento adicional podría ser la probanza de la relación de causalidad que debe existir entre el título o la relación jurídica preexistente de entrega del bien mueble determinado y la obligación de entregar, devolver o hacer uso determinado de ese bien mueble. Estos dos momentos que en espacio y tiempo pueden no coincidir hacen que la “apropiación” por parte del sujeto activo sea considerada como indebida en términos penales. Por último, en un fallo judicial interesante que merece la pena destacar la Corte Suprema de la República ha establecido que a través del principio de legalidad material el delito de apropiación indebida debe quedar como un asunto meramente jurídico-civil, por lo tanto no es justiciable penalmente.

CAP. XIV

contrario se infiere que el agraviado mantuvo relaciones de índole comercial con el procesado y producto de las mismas se ha producido la obligación de dar; en consecuencia: DECLARARON NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientos trece, su fecha doce de octubre de dos mil uno, que revocando la sentencia apelada de fojas ciento ochentiséis, su fecha trece de diciembre del año dos mil, declara fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por el procesado Jorge Augusto Elías Pflucker, contra la denuncia que se le ha seguido por el delito contra El Patrimonio, Apropriación Ilícita, en agravio de Erick Guillermo Percy Carbajal; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS. GONZALES CAMPOS R.O.; VILLA STEIN; VALDEZ ROCA; CABANILLAS ZALDÍVAR; VEGA VEGA.

R. N. N.° 372-2002 Lambayeque
Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

Que tiene dicho lo siguiente: "...que por lo demás, se desprende que la conducta imputada al encausado por no configurar los elementos típicos del delito de apropiación ilícita deviene en atípica, al amparo del principio de legalidad contemplado en el artículo segundo inciso veinticuatro literal "d" de la Constitución Política, el artículo segundo del Título Preliminar del Código Penal y el artículo ciento noventa del código acotado; de lo contrario se estaría sancionando a Mantilla Haro por una conducta que constituye un incumplimiento contractual al no haber cumplido con entregar al agraviado las bolsas de azúcar restantes y no por la comisión del delito de apropiación ilícita, toda vez que no se cumple con la exigencia típica de la existencia del "objeto de la apropiación" recibido lícitamente y que produzca obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado desde cualquier punto de vista; pues, si tenemos en cuenta que el objeto de la apropiación son las bolsas de azúcar, se caería en un evidente contrasentido, ya que la característica esencial de este delito es que se produzca una traslación de la posesión de la cosa por parte del agraviado al agente quien está obligado a entregar, devolver o hacer un uso determinado de dicha cosa o bien mueble, lo que de ninguna manera se produce en el caso de autos ya que las "bolsas de azúcar" pertenecen a la esfera de propiedad de la empresa que representa el encausado y bajo ningún supuesto asumió posesión de las mismas al serle entregadas por el agraviado bajo algún título; distinto es que el encausado como representante de la empresa antes citada haya o hubiera incumplido con una obligación contractual, con la contraprestación pactada de entregar determinada cantidad de bolsas de azúcar, lo que constituye como líneas arriba se detalla un incumplimiento contractual; de otro lado, si se considera como objeto de la apropiación el dinero depositado por el agraviado en la cuenta de la empresa, tampoco dicha conducta se encuadra dentro de los alcances del delito de apropiación ilícita; pues, como lo señala el mismo agraviado y lo asume la posición acusadora, dicha entrega de dinero se realizó a título contraprestativo, consecuentemente, no existe por parte del agente obligación de entrega, administración o devolución de dinero o darle un fin determinado, sino tan solo surge una obligación de entrega de un bien distinto –las bolsas de azúcar– al dinero depositado por el agraviado; por lo tanto, al no existir una identidad entre el objeto entregado y el objeto materia de incumplimiento, no se está ante la comisión del delito denunciado, dado que el bien entregado (dinero) se hizo a título de dominio (pago o contraprestación a otra obligación a efectuar la otra parte de la relación contractual) y no a título de traslación de posesión que es característico de la apropiación ilícita; también se puede concluir que si el encausado lo que ha hecho es no haber cumplido con una obligación de carácter contraprestativo, por una deuda en sentido lato amplio, la condena impuesta en su contra constituiría una evidente infracción de la garantía constitucional prevista en el artículo segundo inciso "c", que establece no hay prisión por deudas; correspondiendo precisar que esta garantía cuando alude el concepto por deuda debe entenderse esta en un sentido lato, la "obligación que uno tiene de pagar, satisfacer o reintegrar a otro una cosa, por lo común dinero", y no restringir sus alcances estrictamente de índole civil relacionados al contrato de mutuo".

De *lege ferenda* debería incorporarse en el delito de apropiación indebida una especie racionalidad en la persecución penal de estos delitos, en cual podría existir varias posibilidades: como la de crear límites a la acción penal, por ejemplo

que si es de escaso valor económico la cosa apropiada solo podría denunciar la parte afectada, tal como está en el Código Penal de Alemania, que en el párrafo 248, letra a, se regula el delito de hurto y apropiación indebida de cosas de escaso valor, bajo los siguientes términos: “El hurto y la apropiación indebida de cosas de escaso valor solo se persiguen por querrela en los casos de los §§ 242 a 246, a menos que la autoridad competente para la persecución penal considere aconsejable una intervención de oficio a causa del especial interés público en la persecución penal”. Otra posibilidad de racionalizar este delito sería la de crear en la misma descripción legal del artículo 190 una especie de *quantum* o parámetro económico para su configuración típica, para así evitar que casos de bagatela o de poco impacto social –de objeto apropiado por el valor de 50 o 100 nuevos soles– lleguen en Recurso de Nulidad hasta la Corte Suprema, máxime si estamos en delitos donde el bien jurídico es patrimonial, y ya existe un referente como es en el delito de hurto simple con respecto a la falta patrimonial en nuestro Código Penal.

3. Clases de apropiación

Las formas de apropiación que se pueden presentar son las siguientes:

- Apropiación por disposición: compraventa, donación, permuta.
- Apropiación por consumo. De la misma forma que la disposición, el consumo o también llamado agotamiento por el uso está regulada en el artículo 968 del Código civil, cuando en el inciso 2 se menciona: “La propiedad se extingue por: Destrucción o pérdida total o consumo del bien.” Por consumo debemos suponer la preexistencia de un bien consumible, esto es, que se extinga con el mero uso y, a su vez, produzca la satisfacción directa de las necesidades de quien la agote⁴²⁴.
- Apropiación por uso. Esta es una de las formas de apropiación que presenta mayor dificultad para distinguirse dentro del ámbito de los conflictos civiles. El uso es un derecho común tanto a la propiedad como a la posesión, pues el artículo 923 del Código civil señala que “*la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien*” y consecuentemente, el artículo que regula la posesión señala “*la posesión es el ejercicio de uno o más poderes inherentes a la propiedad*”. De tal forma, usar es entendida como el emplear una cosa, “de acuerdo con sus posibilidades y las del que la usa; sea su dueño “o no, y hágalo con derecho o sin él.”⁴²⁵
- Apropiación por malversación.-La malversación, también conocida como distracción en el ordenamiento español, se produce cuando se destina el bien a un fin distinto por el que las partes se obligaron originalmente. Para que se produzca es necesario que el acto constitutivo de la malversación exteriorice, de manera indudable, que el agente actúa como

CAP. XIV

424 PIZARRO GUERRERO, 2006, p. 130.

425 PIZARRO GUERRERO, 2006, p. 135.

si fuera dueño de la cosa, es decir, que previa a la distracción, el agente tomó posesión del bien⁴²⁶.

4. Sobre la obligación de entregar, de devolver o de hacer un uso determinado del bien mueble

En este punto, el artículo 190 del Código Penal establece, parte pertinente, que: "...produzca la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado...". Conforme a su tipicidad, el delito de apropiación ilícita supone que el sujeto activo introduzca en su esfera de dominio un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido o le ha sido entregado de manera lícita, negándose a la devolución preestablecida del mismo, generando un provecho propio o a favor de un tercero.⁴²⁷ De aquí se sigue que uno de los elementos en la formulación del tipo penal de apropiación ilícita este dado por el elemento descriptivo⁴²⁸ "ha recibido", elemento de concurrencia obligatoria para la configuración del tipo penal.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término recibir como "tomar uno lo que le dan o le envían". En otras palabras, la apropiación supone, pues, actos de disposición o de un uso determinado sobre un bien mueble que se ha recibido lícitamente por un título que no da derecho para ello, incorporando al patrimonio, ya sea el bien del que se ve privado el propietario, ya el valor incorporado a él, esto es, el valor inherente al bien mismo en virtud de la naturaleza y función del objeto en cuestión.

CAP. XIV

Debemos de advertir que en la primera parte de la tipicidad de la conducta no existe en realidad apropiación en términos "indebidos" ya que ahí hay más bien existe, como hemos dicho, licitud de recepción del bien o bienes por parte del sujeto activo; en consecuencia el verbo rector del delito *in comento* comienza a realizarse más bien en el segundo momento, es decir, cuando el sujeto activo no quiere, bajo ningún motivo, entregar, de devolver o de hacer un uso determinado del bien mueble. Entonces recién en este segundo momento de la conducta es que se produce la "apropiación"—que es obviamente indebida— objeto de sanción penal.

Por lo tanto, en la apropiación indebida quedan incluidas tanto las "distracciones" como el "negar haber recibido". Pero creemos que es necesario concretar el término por la multiplicidad de formas bajo las que puede aparecer una apropiación. Así, en primer lugar, intentaremos reconducir el "distracer" al apropiarse y en segundo lugar analizaremos las dos formas en las que apropiarse se presenta: "cómo negar haber recibido" y "cómo disponer de la cosa como propia". Es decir, que toda apropiación se puede reconducir bien a una disposición de la cosa ajena

426 Véase: PIZARRO GUERRERO, 2006, p. 137.

427 Véase: ABANTO, César; "El delito de apropiación ilícita de las aportaciones al sistema nacional de pensiones", en *Revista Peruana de Ciencias Penales* N.º 11, p. 80.

428 Los elementos descriptivos por el tipo expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos. Debe notarse que de no concurrir dicho elemento descriptivo no podrá subsumirse un hecho o comportamiento humano en un tipo penal. Vid. MIR PUIG, Santiago; *Derecho penal. Parte general*. Barcelona, Editorial Reppertor, 2004, p. 235.

como si fuera propia, en la que se incluye el distraer; bien a la negativa de haber recibido, como presunción y manifestación de la apropiación⁴²⁹.

En este orden de ideas, el hecho de no devolver el bien mueble, objeto de apropiación, debe constituir una forma de antijuridicidad de la conducta desarrollada por el agente o autor, es decir, se presenta cuando aquel sin tener derecho que lo ampare o justifique se apropia a apodera del bien mueble recibido en depósito o custodia. El Código Penal de Alemania, en el párrafo 246, sostiene expresamente sobre la antijuridicidad de la conducta, así: “(1) *Quien se apropie antijurídicamente de una cosa mueble ajena o la adjudique a otro...*”. La ilicitud se traduce en el hecho que en la conducta del agente no concurre alguna causa de justificación prevista en el numeral 20 del Código Penal. Los incisos 8, 9 y 10 del citado numeral del Código Penal muy bien pueden ser invocados como causa de justificación por aquella persona a la que se le atribuye el delito de apropiación ilícita⁴³⁰.

En el caso jurisprudencial que sigue se pretende determinar los límites del Derecho penal con respecto del Derecho civil, así veamos el Expediente N.º 819-98, del 20 de mayo de 1998, en el caso Aurora Petronila Costa Altamirano es denunciada por delito de apropiación ilícita en perjuicio de Marciano Blas Munarría⁴³¹:

“Que, dicho delito se configura realmente cuando se recibe la cosa y con abuso de confianza no se restituye, es decir, que lo que convierte en punible la obligación de restituir es precisamente el abuso de confianza; que en el caso materia de pronunciamiento si bien es cierto que los hechos revisten los caracteres de la tipicidad objetiva y subjetiva del ilícito investigado, también lo es que *el delito de apropiación ilícita está inmerso en determinadas relaciones de carácter civil entre las personas (de derechos y obligaciones), por lo que será una causa de justificación frecuente el derecho de retención que le otorga el ordenamiento civil*, es decir, que el depositario puede retener la cosa depositada de lo que se debe”.

CAP. XIV

Cabe todavía plantearnos la siguiente interrogante: ¿Es necesario para la configuración del delito en estudio, el requerimiento -ya sea notarial o privado- del sujeto pasivo para que el sujeto activo devuelva la cosa mueble? En principio debemos de ser enfáticos en sostener que el tipo penal del artículo 190 no exige expresamente ningún tipo de requerimiento, de manera que el sujeto agraviado

429 Véase, en este sentido: SAINZ-PARDO CASANOVA, 1978, p. 70.

430 Véase: SALINAS SICCHA, 2008, p. 1008. Así por ejemplo, de acuerdo con el inciso 8 del artículo 20 del C.P., un depositario podrá invocar el ejercicio legítimo del derecho de retención que le reconoce nuestro sistema jurídico civil. El derecho vivo y actuante ya se ha pronunciado al respecto. Así la Resolución Superior del 20 de mayo de 1998, expresa que el delito de apropiación ilícita “se configura realmente cuando se recibe la cosa y con abuso de confianza no se restituye, es decir, que lo que convierte en punible la obligación de restituir es precisamente el abuso de confianza; que en el caso materia de pronunciamiento si bien es cierto que los hechos revisten los caracteres de la tipicidad objetiva y subjetiva del ilícito investigado, también es que el delito de apropiación ilícita está inmerso en determinadas relaciones de carácter civil entre las personas (de derechos y obligaciones), por lo que será una causa de justificación frecuente el derecho de retención que le otorga el ordenamiento civil, es decir que el depositario puede retener la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se debe” <1389>.

431 PIZARRO GUERRERO, 2006, p. 67-70.

podrá acudir directamente a las autoridades de control penal, es decir fiscales y judiciales para hacer valer y prevalecer su derecho.

Ahora bien, otra cosa es que antes de dar inicio a un procedimiento judicial, la víctima o el perjudicado tendría que dirigirse a la persona obligada a entregar o devolver lo recibido requiriéndole, ya sea por vía notarial o privada, para que haga efectiva la devolución de los objetos, pero este supuesto solo será a efectos de probanza, pero no como condición o requisito de procedibilidad, como sí está por ejemplo en el delito de libramiento indebido, del artículo 215 del Código Penal peruano, modificado por la 4.^a Disposición modificatoria de la Ley 27287, Ley de Títulos y Valores, de fecha 19/06/2000, que estipula lo siguiente: “En los casos de los incisos 1 y 6 se requiere del protesto o de la constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago. Con excepción de los incisos 4 y 5, no procederá la acción penal si el agente abona el monto total del cheque dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente, sea en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente que se cursó al girador”.

IV. SOBRE EL ASPECTO DE LA CONSUMACIÓN

El término apropiación descrito por el tipo, en un primer momento puede remitirnos a la conducta típica del delito de apropiación ilícita, en el sentido que este tipo penal se verifica en el momento en que opera una “apropiación ilegítima” de un determinado bien mueble por parte de la persona del sujeto activo. Es decir, el delito de apropiación ilícita se consuma cuando el sujeto activo del delito, incumpliendo una obligación específica de devolución o de hacer un uso determinado, se apodera de un determinado bien mueble, incorporándolo de manera ilegítima a su patrimonio.

V. LA APROPIACIÓN ILÍCITA Y EL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN

Debemos precisar que el delito de apropiación ilícita no solo produce zonas “límites” con el Derecho civil por el título por cual recibe el bien mueble el sujeto activo, sino también con el Derecho administrativo por la calidad especial del sujeto activo (de carácter estatal) que administra los caudales o fondos del Estado; y esto sobre todo se presenta en el ámbito del delito de peculado, y para delimitar nuestro análisis solo nos centramos en el peculado en su modalidad de apropiación (artículo 387 del Código penal). Es decir, cuando a un funcionario o servidor público se le imputa haberse apropiado como si fuera suyo los caudales o efectos públicos causando el perjuicio respectivo. Aquí habrá un delito de peculado doloso o culposo de acuerdo al caso; sin embargo, cuando el sujeto activo no es en realidad un funcionario o servidor público –por ejemplo es un asistente personal del alcalde que no tiene ningún vínculo contractual como el Estado– pero que realizó junto con el alcalde a apropiarse de los citados caudales del Estado produciendo agravio al mismo, la conducta no quedará impune, pues igualmente quedará sancionada penalmente a través del artículo 190 del Código Penal, apropiación ilícita, pues

como se sabe el delito de peculado es un delito especial impropio que necesita la calidad de funcionario o servidor público. Empero, puede pasar que la conducta no pueda ser sancionada penalmente, ni por el artículo 190 ni por el artículo 387, entonces cabría la posibilidad de ser sancionada en el caso que hemos señalado, desde el ámbito del Derecho administrativo sancionador o del Derecho disciplinario.

VI. LA APROPIACIÓN INDEBIDA SUPONE QUE EL SUJETO ACTIVO SE COMPORTE COMO VERDADERO “DUEÑO” Y NO SIMPLE UN TENEDOR DEL BIEN MUEBLE

Un tema sumamente relevante de cara a la tipicidad del delito en estudio es que el hecho de no devolver por parte del sujeto activo el bien mueble por ejemplo cuando exista previamente un plazo estipulado –contractualmente–no constituye delito de apropiación indebida del artículo 190 del Código penal, sino simplemente como un asunto meramente civil, desde que no existe, a mi juicio, el *animus* subjetivo especial que exige la doctrina y la jurisprudencia, ya que en muchos casos el hecho de no devolver a tiempo sin comportarse como “amo” y “señor” del bien mueble, en el sentido de poder disponer de dicho bien, hace que la sanción sea reparadora y no sancionatoria; así por ejemplo lo ha estipulado la Ejecutoria Suprema de fecha 16 de septiembre de 2003, expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, en el Recurso de Nulidad, N.º 3621-2001, Loreto, que sostiene lo siguiente:

“VISTOS; de conformidad con lo dictaminado por la señora Fiscal Supremo; y CONSIDERANDO además que, conforme se aprecia del propio tenor del documento de fojas veintiuno, el procesado Renato Díaz Núñez recibió en calidad de préstamo las cuarenta y tres bolsas de cemento que se encontraban en poder de la agraviada Lidia Angélica Vargas López, *comprometiéndose a devolverlas en el plazo de diez días calendario, lo que no cumplió, que, dicha conducta constituye tan solo un incumplimiento de contrato de préstamo o mutuo, y por tanto, regulados sus efectos en lo dispuesto por los artículos mil seiscientos cincuenta y cuatro y siguientes del Código Civil*, en tal virtud, tales hechos no constituyen la comisión del delito previsto en el artículo ciento noventa del Código Penal, como erróneamente lo ha considerado el Colegiado Superior, correspondiendo proceder de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales, DECLARARON HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas doscientos cinco a doscientos diez, su fecha once de junio del dos mil uno, que condena a Renato Díaz Núñez, como autor del delito de Apropiación Ilícita, en agravio de Lidia Angélica Vargas López, a un año de pena privativa de libertad, la misma que se suspende por el plazo de un año, y fija en un mil nuevos soles la reparación civil que deberá pagar a favor de la agraviada; con lo demás que contiene, y REFORMANDOLA ABSOLVIERON a Renato Díaz Núñez, de la acusación fiscal por el delito contra El Patrimonio – Apropiación Ilícita, en agravio de Lidia Angélica Vargas López; DISPUSIERON la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que se hubieran generado, con arreglo al Decreto Ley veinte mil quinientos setentinueve; MANDARON archivar definitivamente el presente proceso; y NO HABER NULIDAD en lo demás que la recurrida contiene; y los devolvieron; interviniendo el señor Vocal Doctor Echevarría Adrianzén por licencia del señor Vocal Doctor Vega Vega.

CAP. XIV

SS. ALARCÓN MENÉNDEZ, ECHEVARRÍA ANDRIANZÉN, GONZALES CAMPOS, SAAVEDRA PARRA, VALDEZ ROCA (las cursivas son nuestras).

Por otro lado, la Ejecutoria Suprema sostiene “Que, existe apropiación ilícita cuando el agente realiza actos de disposición o un uso determinado sobre el bien mueble, suma de dinero o valor, que ha recibido lícitamente por un título que no le da derecho a ello, incorporándolo a su patrimonio, ya sea el bien o dinero del que se ve privado el propietario, ya sea el valor incorporado a él, esto es, el valor inherente al bien mismo en virtud de la naturaleza y función del objeto en cuestión”⁴³². En el considerando quinto, de esa misma ejecutoria que “...en relación a su versión de que la sola retención de dineros no constituye el delito sub iudice, cabe hacer mención para el caso de autos, que desde el momento en que la representada por los procesados paga los sueldos de sus trabajadores se produce un desplazamiento patrimonial de dicho importe, de tal forma que la retención que realiza de parte de dicho salario por mandato del convenio (suscrito entre la Municipalidad Provincial de Casma y la Caja Rural de Ahorro y Crédito Chavín Sociedad Anónima, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil, que en copia legalizada notarialmente obra a fojas dos), *y de la propia ley, queda en su poder, no como propietario, sino en calidad de mero depositario con la obligación de entregar lo retenido y depositarlo en la institución prestamista, precisamente, en virtud del acuerdo antes mencionado y de la autorización expresa de los trabajadores que se acogieron a ella*”. (las cursivas son nuestras).

Ejecutoria Suprema de la Segunda Sala Penal Transitoria R. N. N.º 1583-2007 SANTA

CAP. XIV

Fecha veintinueve de enero de 2008. En esta misma sentencia, en el considerando Sexto, señala lo siguiente: “Que, el recurrente también argumenta que no ha existido “disposición” para un fin distinto para el que fue recibido, lo cual no resulta cierto, si se tiene en cuenta el informe pericial contable de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, en cuyas conclusiones se señala, “que la deuda pendiente con la caja rural por haberse descontado a los trabajadores por un préstamo personal estuvo presupuestado, que al existir otras deudas del año dos mil, los cuales no fueron presupuestadas se tomó para cubrir estas deudas tales como remuneraciones y pagos a proveedores...”; por lo demás, su versión de que no podía existir apoderamiento, porque físicamente en la Municipalidad no había dinero, consignándose en las planillas de pago un teórico descuento por caja de la cuota a favor de la caja rural, es una aseveración que además de verse desvirtuada con el peritaje antes mencionado y la abundante documentación que en copia certificada corre de fojas sesenta y tres a ciento cuarenta y nueve, de ser cierta constituiría una falsedad documental, consecuentemente, siendo evidente que **los encausados dispusieron del dinero que debía ser transferido a la agraviada**, dicha conducta se encuadra dentro de los supuestos del delito descrito y sancionado por el artículo ciento noventa del Código Penal. Por estos fundamentos; DECLARARON NO HABER NULIDAD en la sentencia de fecha diecisiete de enero de dos mil siete, de fojas quinientos siete, que condena a Mélida Raymunda Rosales Sarmiento y Romel Herberto Alvarado Rivera como autor y cómplice necesario, respectivamente, del delito de Apropiación Ilícita en agravio de la Caja Rural de Ahorro y Crédito Chavín Sociedad Anónima a tres años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de dos años, sujeto

432 Véase, Ejecutoria Suprema de la Segunda Sala Penal Transitoria R. N. N.º 1583 — 2007 SANTA, fecha 29 de enero de 2008.

al cumplimiento de determinadas reglas de conducta; y fija en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar solidariamente a favor de la empresa agraviada; con lo demás que contiene, y los devolvieron”.

En esta misma línea, podemos citar la Ejecutoria de fecha 12 de marzo de 2008 de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte suprema de justicia (Extradición N.º 06 – 2008) LIMA, tiene dicho lo siguiente: “*Primero: Que, los hechos que se le inculpan a la extraditable se sustentan, que en su condición de asistente de contabilidad de la Empresa Laboratorios Roe Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada, siendo destacada posteriormente, desde el treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y nueve a la Empresa Coulab Médica Sociedad Anónima, se encargó de manera directa del aspecto contable relacionado con el manejo de los fondos, situación que aprovechó para apropiarse de doscientos trece mil quinientos sesenta y cuatro nuevos soles con treinta y ocho céntimos, desde el año mil novecientos noventa y nueve hasta el trece de febrero de dos mil uno, con el pretexto de efectuar diversos pagos de servicios, transferencias al exterior, pago de planillas y depósitos en diversos bancos, entre otros, abusando de la confianza depositada en su persona por los gerentes de la empresa.*”

Por último, la Ejecutoria Suprema de 01 de diciembre de 1997, Sala Penal. R. N. N.º 452-97 Arequipa, nos dice que “Si bien en autos se ha acreditado la retención de bienes, sin embargo los hechos no configuran el delito de apropiación ilícita, toda vez que no ha quedado probado que el sujeto activo en su condición legal de representante de la empresa transportista se haya aprovechado, dado uso o dispuesto de la mercadería, de lo que se infiere que su conducta careció del especial *animus rem sibi habendi*, que caracteriza a este ilícito patrimonial; es decir, del ánimo de hacer las veces de propietario sin reunir semejante condición, siendo evidente que tomó tal actitud con el único propósito de asegurarse el pago de los fletes devengados.”(extraído de PIZARRO GUERRERO, 2006, p. 210).

En otra ejecutoria suprema se tiene dicho que “...lo que implica que se estaría aplicando indebidamente al caso de autos, la causa de justificación perfecta como el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho según dispone el inciso octavo del artículo veinte del Código penal; que, de los actuados se infiere que no concurre tal justificación como causal de ausencia de antijuridicidad al no concurrir los presupuestos previstos por el artículo mil ciento veintitrés del Código civil, por cuanto el contrato de adquisición de las motobombas quedó concluido y la pretensión del agente versa sobre la devolución de una multa por mora en la entrega y no por deuda sobre los bienes obtenidos”⁴³³.

VII. LA CONFIGURACIÓN TÍPICA SUBJETIVA DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA Y LOS ELEMENTOS ESPECIALES: EL ANIMUS DE LUCRO Y EL ANIMUS REM SIBI HABENDI

Ahora, en el ámbito de la tipicidad subjetiva, el delito de apropiación ilícita exige de manera indefectible la concurrencia del dolo (conciencia y voluntad de

433 Véase, Ejecutoria Suprema de fecha 29 de agosto de 2000 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, R. N. N.º 1942-2000, PIURA.

hacer los elementos objetivos del tipo penal); esto es, que el sujeto activo ha de conocer y querer la apropiación de un bien mueble ajeno⁴³⁴. No es admisible el dolo eventual, puesto que la concurrencia del especial ánimo de lucro impide que se realice en este delito, en razón de la imposibilidad que el agente solo conciba como posible la realización del tipo⁴³⁵. En el caso de la apropiación ilícita, para afirmar que alguien ha actuado de manera dolosa, apropiándose ilícitamente del objeto material, se requieren probar tres cosas⁴³⁶:

1. Que, a través de su conducta es posible inferir el conocimiento de la relación jurídica preexistente;
2. Que, en la concreta situación no existe causa de justificación alguna o error; y,
3. Que, al actuar en ese contexto produce una lesión o crea un peligro para el bien jurídico como resultado de sus obligaciones incumplidas

Como ya hemos mencionado, es menester destacar que el tipo subjetivo del delito objeto materia de la presente investigación hace referencia a especiales elementos anímicos, esto es a elementos subjetivos distintos del dolo, que vienen definido por el *ánimo de lucro*, el cual se define como la intención de obtener cualquier provecho, beneficio, ventaja, goce o utilidad o acrecentamiento patrimonial. En forma concreta del *animus rem sibi habendi* que no es otra cosa el *ánimo de apropiación*⁴³⁷, el cual exige que el sujeto activo quiera tener la cosa para sí. Como se desprende de lo señalado, constituye un requisito del tipo penal de apropiación ilícita la conjunción de un estado de ánimo –intención de hacer propia la cosa que es de otro– con un comportamiento material que exteriorice tal intención. En otras palabras, el delito de apropiación ilícita, además del dolo como componente subjetivo genérico, requiere de un componente subjetivo adicional, conociendo en doctrina como *animus rem sibi habendi*.

En este punto Sainz-Pardo Casanova señala que “El ánimo de apropiación tiene que estar probado de modo objetivamente reconocible a través de una acción externa. Para ello son decisivos los comportamientos totales del autor, sobre todo en los casos dudosos. Como apropiación son consideradas aquellas acciones a través de las que el autor de cualquier modo fundamente una relación real sobre la cosa ajena, siendo reconocida y probada hacia afuera por acciones exteriores objetivas, la voluntad de apropiación. Son, pues, elementos y momentos característicos de la apropiación: 1. La voluntad de ocupar la posición de propietario; 2. La acción reconocible exteriormente, y 3. La incorporación o disposición patrimonial”⁴³⁸.

Es decir, la intención de actuar como propietario, conociendo el sujeto activo del delito que carece de tal condición. Dicho *animus* propuesto en la doctrina penal,

434 Véase: BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen; Manual de Derecho penal – Parte especial, Lima, 1999, p. 331.

435 Véase: PIZARRO GUERRERO, 2006, p. 213.

436 Véase: PIZARRO GUERRERO, 2006, p. 224.

437 Véase: SAINZ-PARDO CASANOVA, 1978, p. 137-138.

438 Véase: SAINZ-PARDO CASANOVA, 1978, p. 75.

ha merecido la debida legitimación jurisprudencial por parte de la Corte Suprema, mediante la ejecutoria del 01 de diciembre de 1997, en el Expediente R. N. N.º 452-97 Arequipa. Por tal motivo, la apropiación se produce con el cambio del *animus* que sustenta la posesión, que pasa ser un concepto distinto al de dueño y reconociendo la propiedad de otro sobre la cosa, a poseerla como si fuera propia, ejercitando sobre ella facultades que solo pueden corresponder a su propietario.⁴³⁹ En otras palabras, el sujeto activo, en lugar de cumplir con su obligación de devolver o entregar la cosa, la hace suya incorporándola a su patrimonio como un bien propio y con ánimo de disponer de ella para lucrarse con su valor económico. En esta línea podemos ubicar el Expediente N.º 2002-98 de fecha 21 de setiembre de 1998 que se tiene dicho lo siguiente:

“...que siendo así la probanza del llamado, *animus rei sibi habendi*, se encontraría en el hecho de haber distraído o enervado al cumplimiento del contrato de depósito suscrito con el agraviado la entrega del bien su materia, toda vez que este fue movilizado del lugar donde era guardado impidiendo con ello la ejecución del contrato pese a la intervención del órgano jurisdiccional; que los argumentos del procesado en el sentido de haber desplazado el bien por razones de seguridad deviene en poco creíble por cuanto pese a tener conocimiento de la próxima entrega del bien para su remate respectivo conforme estaba establecido en la cláusula cuarta del contrato cuya copia simple obra a fojas ciento treintiuno, suscrito con la entidad agraviada, lo cambió de lugar, que asimismo la constancia notarial de fojas doscientos cincuenticinco que certifica la permanencia física del bien sub litis en el Hotel Español, no implica que el procesado tenga la intención del devolver dicho bien; que a mayor abundamiento el hecho que el proceso civil seguido entre las partes haya sido declarado en abandono no enerva la naturaleza delictuosa de los hechos investigados estando a que esta es una consecuencia procesal por la omisión del impulso de parte manteniéndose sin embargo el perjuicio sufrido por el demandante agraviado en el caso de autos; que por otro lado la Reparación civil tiene como objetivo el resarcimiento del daño ocasionado al agraviado como una de las consecuencias jurídicas del delito, debiendo ser el mismo proporcional al daño causado, en este sentido estando al valor del bien sub materia el mismo que asciende a la suma de treinta mil dólares americanos según lo establecen ambas partes procesales en la primera cláusula de contrato referido, se tiene que la suma establecida en la sentencia recurrida no es proporcional al detrimento que implica la frustración en la expectativa de goce del bien que sufre el agraviado al no poder contar con él pese a lo dispuesto por el Juez del Vigésimo Primer Juzgado Civil de Lima, a fojas veinticuatro del acompañado”.

CAP. XIV

En la parte subjetiva del delito *in comento*, debe precisarse lo siguiente: una cosa es que el sujeto activo se comporte como “amo” y “señor” de la cosa mueble y comenzar inmediatamente a disponer de él; y otra cosa, muy distinta, pero de forma complementaria, es que el sujeto activo se satisfaga económicamente de dicho bien mueble, efectivamente el artículo 190 del Código penal, en la parte pertinente, describe lo siguiente “...en su provecho o de un tercero...”, es decir, que no bastaría la concurrencia del dolo en el autor, sino que hace falta la concurrencia de un elemento subjetivo adicional, que a nuestro juicio, debe probarse en

439 CONDE-PUMPIDO FERRERIRO, Cándido; *Apropiaciones indebidas*, Valencia, 1997, p. 102.

el proceso penal, es decir, que el sujeto activo tenga la acción concreta de enriquecerse económicamente con la cosa mueble apropiado injustamente, aunque en la realidad de los hechos no lo efectivice tal beneficio económico. Estos elementos subjetivos de contenido especial –tanto el *animus reusibi habendi* como el *animus de lucro*– hace que un simple tenedor de la cosa mueble no se configure como un delito de apropiación indebida.

VIII. EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE BIEN PROPIO

El delito de sustracción de bien propio también es denominado en la doctrina penal como hurto impropio, por las similitudes con el delito de hurto simple que se sanciona en el artículo 185 del Código penal.

1. Descripción legal

El delito se encuentra regulado en el artículo 191, bajo el siguiente tenor:

Artículo 191. “El propietario de bien mueble que lo sustrae de quien lo tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de este o de tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años”.

CAP. XIV

2. Tipo objetivo

2.1. Sujeto activo

En cuanto al sujeto activo solo puede ser la persona (natural) que tenga la calidad de propietario. Nótese que el tipo penal prevé el término excluyente “propietario”, es decir, que el Derecho a través de formalidades estipuladas en el Código común la persona relacionada con el bien mueble haya adquiriera la condición de tal; no prevé el tipo penal otros términos como “poseedor”, “tenedor” u otros términos equivalentes.

Por la estructura del tipo penal, el copropietario del bien mueble cometerá hurto y no apropiación ilícita impropia o de sustracción de bien propio, si sustrae el bien de quien lo tiene legítimamente, pues el hurto se produce cuando se sustrae un bien total o parcialmente ajeno⁴⁴⁰.

2.2. Sujeto pasivo

En cuanto al sujeto pasivo puede ser cualquier persona, natural o jurídica, con la única restricción es que previamente y de manera legítima haya obtenido el bien mueble.

440 SALINAS SICCHA, Ramiro; *Derecho penal. Parte especial*, Lima, 2013, p. 1090.

2.3. Conducta típica

De la ubicación sistemática de dicha figura delictiva podemos deducir que se trata de una modalidad específica del delito de apropiación indebida; tranquilamente este delito pudiera haber estado como una modalidad del delito de hurto, ya que prevé algunos elementos de dicha figura delictiva (“sustraer”, “bien mueble”, “perjuicio”). De acuerdo con la descripción, el delito de sustracción de cosa propia lo comete el propietario de un bien (mueble) que, por una razón legítima, ha perdido la posesión del mismo y este se encuentra en poder de otra persona y procede a quitárselo de manera arbitraria, tal como si se tratara de un hurto o de un robo⁴⁴¹.

Como se puede observarse, el objeto materia de sustracción solo se puede realizar en función a un bien mueble, mas no a un bien inmueble, situación concordante con el tipo base del artículo 190. Sin embargo, habrá que encontrar algunas diferencias relevantes, y siguiendo a Salinas Siccha, nos dice que el sujeto activo del delito de sustracción de bien propio solo puede ser un propietario, en tanto que en el hurto es imposible que el propietario pueda ser agente del delito. Tampoco puede ser sujeto activo el copropietario en tanto aquel sí puede ser agente del delito hurto, debido a que el bien mueble, objeto material de la conducta puede ser total o parcialmente ajeno. Para la consumación del hurto se requiere que el agente después de la sustracción se apodere del bien, es decir, tenga la posibilidad real o potencial de disponer del bien como si fuera el dueño. Mientras que en el delito de sustracción de bien propio se consuma con la sola sustracción, no se exige apoderamiento⁴⁴².

A todo esto, el legislador ha preferido que lo se afecta en el delito de sustracción de bien propia no es la sustracción dolosa, sino es la posesión previa y legítima que ha tenido dicho tenedor con respecto al bien mueble, objeto luego de sustracción. Así, por ejemplo, luego de una deuda contraída hace algún tiempo, el agente entrega como garantía prendaria su televisor plasma al sujeto pasivo, y luego de un tiempo, el mismo sujeto activo, aprovechándose que el sujeto pasivo no se encontraba de viaje, por lo tanto, no se encontraba en su casa, el sujeto activo entra a dicha casa, y sustrae su propio televisor, llevándolo a su casa, causando perjuicio al sujeto pasivo.

La condición es que previamente y de manera legítima haya obtenido el bien mueble, ahora se entiende que será el propio sujeto activo quien le haya dado de modo voluntario el bien (mueble) al sujeto pasivo, o en todo caso, el sujeto pasivo lo tenga en su poder a consecuencia de orden impartida por autoridad judicial competente como son los denominados depositarios judiciales, o puede ser por cualquier motivo previsto en la norma (en garantía por ejemplo), lo único necesario para entender esta parte de la tipicidad, es que el título debe encontrarse en vigencia a favor del sujeto pasivo cuando el sujeto activo realice la sustracción del bien⁴⁴³; sólo así se entiende que sea legítimo la posesión del sujeto pasivo. Quizá aquí se encontraría la legitimidad de la ubicación sistemática de esta figura en los

441 CHIRINOS SOTO, Francisco; *Código penal*, Lima, 2012, p. 715.

442 SALINAS SICCHA, Ramiro; *Derecho penal. Parte especial*, Lima, 2013, p. 1089.

443 SALINAS SICCHA, 2013, p. 1092.

delitos de apropiación ilícita, ya que en esta, como se sabe, se exige previamente la existencia de un título vigente y jurídico.

Se trata de un delito de resultado lesivo, pues prevé la frase: “...*con perjuicio de este o de un tercero...*”, puede tratarse de un perjuicio directo a su tenedor o poseedor del bien mueble, o puede tratarse de un perjuicio indirecto, a un tercero (por ej., una persona jurídica representada por el tenedor o poseedor de dicho bien). La sustracción (que no significa apoderamiento) del bien mueble por parte de la gente debe causar perjuicio en términos económicos a la víctima o a un tercero. Si se produce y verifica todos los elementos objetivos del delito en comentario, exceptuando el perjuicio a la víctima o a un tercero, habrá solo tentativa, de acuerdo al artículo 16 del Código penal.

2.4. Tipo subjetivo

La comisión de esta figura solo admite la modalidad dolosa. No se exige expresamente que el agente se aproveche para sí o para otro, una vez que el bien lo tenga en su poder.

No es posible la comisión a título de culpa.

EL DELITO DE RECEPTACIÓN

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El delito de receptación se encuentra regulado en el artículo 194 del Código Penal, cuya redacción es la siguiente: "Artículo 194. El que adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito [...]". En líneas generales el tipo objetivo se despliega en las conductas descritas en el tipo penal (los verbos receptores), que implican en todos los casos la entrega de un bien. Este bien debe tener procedencia ilícita, por ello, se requiere la perpetración anterior de un delito contra la propiedad, y que el sujeto activo que no participó en aquél, posea la certidumbre o una fundada presunción de su comisión, así como que realice un aprovechamiento para sí de los efectos de tal delito⁴⁴⁴.

Según la ejecutoria suprema de 22 de abril de 1999 (Exp. 693-99, Puerto Maldonado), "El comportamiento típico en el delito de receptación consiste en adquirir, recibir en donación o en prenda, guardar, esconder, vender o ayudar a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa se tenía conocimiento o se debía presumir que provenía de un delito; que asimismo, es presupuesto del delito de receptación, el que se haya cometido un delito anterior, dado que se exige que el bien sobre el que recae la receptación proceda de un delito (...) "⁴⁴⁵. Sin embargo, desde la vigencia de la Ley N.º 27765, Ley penal contra el lavado de activos⁴⁴⁶, el ámbito de la receptación quedó restringido porque el art. 6 de la citada Ley especial estableció expresamente que los delitos previos, a efectos del lavado de activos, podían ser los de secuestro, extorsión y trata de personas, ilícitos que ahora el nuevo art. 195 del CP considera como fundantes de una receptación agravada⁴⁴⁷, con lo que

444 MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993, p. 358. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1988, pp. 567 y 568. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987, p. 335.

445 NORMAS LEGALES. T, 276, mayo 1999, Trujillo, p. A-13.

446 Modificada por el D. Leg. N.º 986.

447 La Fe de Erratas del D. Leg. N.º 982, publicada el 2.8.07, elimina la referencia a los delitos de tráfico de drogas, lavado de activos y terrorismo, previstos en la versión original del D. Leg. N.º 982 de 22.7.07.

el producto final no es otro que la confusión, en perjuicio del principio de certeza o taxatividad de la ley penal, entre los delitos de receptación y lavado de activos.

Existe alguna similitud entre el delito de receptación y el delito de lavado reactivos. En principio pueden ofrecerse dos criterios. El primero reside en que mientras en la receptación se exige expresamente el ánimo de lucro, en el delito de lavado de activos ni se precisa ni se excluye explícitamente. En segundo lugar, la receptación se refiere exclusivamente al encubrimiento de delitos patrimoniales y socioeconómicos. Por el contrario, en el delito de lavado de activos solo se menciona la exigencia de que sean delitos graves.

II. DIVERSAS TEORÍAS QUE EXPLICAN EL CONTENIDO DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LOS DELITOS DE RECEPTACIÓN

Lo que el Estado protege en definitiva es el patrimonio⁴⁴⁸ (puede ser el patrimonio como *diversitas iuris*, la propiedad, la posesión, etc.). El delito de receptación es un delito “en referencia”, en la medida en que consiste sustancialmente en aprovecharse de los efectos de otro delito cometido⁴⁴⁹.

1. Mantenimiento

Esta teoría implica una situación antijurídica previamente lesionada; el sujeto aleja la capacidad de disposición al propietario así como también se facilita el impedimento de su utilidad. Con la receptación de esta cosa se ayuda a mantener aquella situación antijurídica, y de este modo se produce una nueva lesión patrimonial al impedir o reducir las posibilidades de vuelta al estado patrimonial lícito originario: esta lesión va consistir bien en el mantenimiento de la situación creada, bien en su consolidación o incluso en su profundización y prolongación, si bien es suficiente el mero mantenimiento o consolidación de dicha situación.

Esta teoría entiende que se le ha creado un eslabón más, que aleja al titular de su propiedad, pero al mismo tiempo el acto del receptor esta impidiendo que el sujeto pasivo del delito previo disfruta del contenido de su derecho patrimonial. Por ello, un sector importante de la doctrina sugiere que existe una identidad de

CAP. XV

448 El patrimonio consiste en el conjunto de bienes que tiene una persona (sujeto de derecho), es decir, dentro de él se encuentran lo que se conoce como activos y pasivos. Con dos ejemplos se puede entender mejor el concepto de patrimonio. El patrimonio de una persona natural consiste en los activos (bienes, derechos ingresos, sueldo, propina, etc.) y pasivos (obligaciones, deudas, cuotas de algo que ha comprado, tarjetas prepago, gastos, comida, transporte, entretenimiento, etc.).

El artículo 923 del Código Civil establece que la propiedad es “el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien.”. Es decir que el propietario de un bien mueble es el que tiene el poder jurídico sobre él. Como se sabe, los bienes muebles no necesariamente son todos apropiables. Solo pueden ser tales los bienes que están dentro del comercio (legal). Los bienes que pueden ser objeto del derecho de propiedad son los bienes que seas apropiables (que busquen satisfacer intereses patrimoniales), los bienes determinados o determinables, es decir los bienes ciertos, y los bienes singulares (no puede ser parte integrante de otro bien).

449 BAJO FERNANDEZ, Miguel; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1990, p. 331.

bien jurídico con el delito de encubrimiento⁴⁵⁰: se trata de ayudar a los delincuentes a aprovecharse de los efectos del delito⁴⁵¹, “manteniendo vivo el ataque al bien jurídico”⁴⁵² e impidiendo, al mismo tiempo, la labor de la administración de Justicia. “Conde-Pumpido [...] considera que el delito de receptación es en realidad una forma de encubrimiento ligada al delito anterior del que proceden los objetos”⁴⁵³.

Esa es la denominada tesis de la perpetuación o tesis del mantenimiento de la ilicitud, que domina en Alemania⁴⁵⁴. La transmisión del objeto dificulta la reivindicación según el derecho civil, por ello se vincula al derecho de posesión y, en cualquier caso al derecho de propiedad, el cual se lesiona pero no desaparece, pues uno nunca deja de ser dueño, tanto así que la cosa debe ser reivindicada, tal como reconoce el Código Civil. Si esto es así, están en lo cierto quienes exigen la presencia del *animus rem sibi habendi*. Ello evidencia un nexo indiscutible entre el delito anterior del cual provienen los efectos receptados y el delito de receptación.

2. Aprovechamiento

Esta teoría entiende que el autor delito de receptación se aprovecha de una actividad delictiva proveniente de la lesión precedente. La obtención de cualquier ventaja económica mediante aprovechamiento de una situación patrimonial anti-jurídica previamente creada, encajaría en el tipo de receptación.

Esos elementos se encuentran expresamente precisados en una sentencia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa: “El delito de receptación es un delito de “referencia” en la medida en que consiste sustancialmente *en aprovecharse de los efectos de otro delito cometido*, existiendo así una relación de dependencia del delito base anterior, el cual es agotado; además para que exista receptación no debe existir promesa vinculada al anterior delito; la receptación es, por lo tanto, autónoma en cuanto no concurre con el delito principal, y accesoria, ya que no se puede receptar sino lo que proviene de un delito”⁴⁵⁵.

CAP. XV

450 El encubrimiento consiste en prestar ayuda a los delincuentes, mediante actos posteriores a su delito, sin previo acuerdo, y con intención de sustraerlos a la administración de justicia. BREGLIA ARIAS, Omar y GUANA, Omar; *Código Penal y leyes complementarias*. T. II, Buenos Aires, 2003, p. 734.

451 GÓMEZ PAVÓN, *El encubrimiento, artículos 17 y 18 del Código Penal*, Madrid, 1988, pp. 66-68; CONDE PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento y receptación*, Barcelona, 1955, p. 128-131.

452 GÓMEZ PAVÓN, *Op. Cit.*, p. 72.

453 CONDE-PUMPIDO; *Encubrimiento y receptación*, p. 16-17 citado por MARTÍNEZ ARRIETA Andrés (dir.) *Encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria*. Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1994.

454 SAMSON, SK-Vol II, Frankfurt, 1987 y DE LA MATA, *Límites...*, p. 23-24 citados por MARTÍNEZ ARRIETA, *Op. Cit.* p. 66.

455 Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 17 de septiembre de 1998. Exp. N.º 371-98. En: ARMAZA GALDÓS, Jorge y ZAVALA TOYA, Fernando; *La Decisión Judicial*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 144.

3. Contra la administración de justicia

Esta teoría entiende que el delito de receptación atenta contra la ubicación de pruebas de la comisión delictiva. La conducta receptora obstaculiza la acción de la justicia, impidiendo la restitución a su propietario de los objetos probados con el hecho ilícito previo. En definitiva, esta teoría omite toda referencia en lo posible lesión patrimonial que aparezca con la figura en cuestión.

Para Martos Nuñez⁴⁵⁶ “El acto receptatorio, al contribuir a la dispersión de la *res furtiva* crea, también un grave obstáculo a la autoridad judicial por lo que respecto al descubrimiento del delito y castigo del culpable, de tal suerte que, al mismo tiempo que obstruye la acción de la justicia, dificulta la recuperación de la cosa receptada, y no con menos acierto señala Vidales Rodríguez⁴⁵⁷, tal afirmación queda empañada a contemplarse las sanciones penales que el legislador de 1995 ha previsto para la realización de estas conductas.

La dependencia del delito de receptación respecto del delito precedente determina que el bien jurídico protegido en la receptación ha de ser necesariamente el mismo que en el delito cuyo efecto se aprovecha el receptor. Lo que hace el receptor con su comportamiento en lo que respecta al bien jurídico protegido, es aumentar o completar la lesividad del delito de que la receptación va referida⁴⁵⁸.

III. TESIS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE RECEPTACIÓN

CAP. XV

1. Tesis de la dependencia

El delito de receptación es un delito dependiente de un delito previo o antecedente. Ello hace que en la probanza de la configuración de la conducta la tesis fiscal debe proponerse probar la existencia de un “delito previo” del cual provengan los bienes o efectos que finalmente se receptan. Ello porque el objeto del delito de receptación, circular la cosa de origen ilícito, se constituye en el agotamiento del delito precedente. La caracterización de ese hecho será discutido por tanto durante los debates del juicio oral. Por ello, el tribunal juzgador en su sentencia condenatoria sobre receptación tiene necesariamente que determinar la existencia y carácter delito de los hechos constitutivos del “delito previo”.

El delito de receptación es un delito antecedente y dependiente de un delito previo o antecedente. Ello hace que los actos de receptación constituyan la fase de agotamiento del delito previo o antecedente. Por ello, la doctrina es pacífica en precisar que el autor o partícipe del delito previo no puede ser autor o partícipe del delito de receptación. En el delito de receptación, el receptor facilita el aprovechamiento económico de los bienes obtenidos por la comisión de un delito precedente, promoviendo o incentivando delitos que atentan contra los bienes

456 MARTOS NUÑEZ, Juan; *El delito de receptación*, Madrid, 1985, p. 180.

457 VIDALES RODRÍGUEZ, Caty; *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Valencia, p. 40.

458 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1991, p. 483.

jurídicos patrimoniales, de este modo el agente contribuye a lesionar el patrimonio de la víctima⁴⁵⁹.

2. Tesis de la autonomía

Pero, el legislador al sancionar la receptación tiene un objetivo político criminal de largo alcance, cual es evitar el aprovechamiento de los bienes procedentes de hechos delictivos, propósito que constituye el móvil o finalidad última del receptor. En ese sentido, Rodríguez Devesa, ha sostenido que: "El fundamento de la receptación como delito autónomo es doble. De un lado, el receptor promueve con su actividad, de ordinario, la comisión de delitos contra la propiedad, dando lugar a actos criminales que no se producirían si el autor no contara con la seguridad de obtener el provecho económico que le garantiza el receptor. De otra parte, se lesiona el derecho de propiedad objeto de ataque en el delito precedente, pues no hay que olvidar que tal derecho permanece incólume salvo cuando la cosa es destruida. Esta nueva lesión puede considerarse como continuación de la actividad criminal anterior en cuanto lleva a esta del estadio de la consumación al del agotamiento del delito principal. En tal sentido se ha de entender la expresión, de que la receptación es un delito conexo con el delito anterior.⁴⁶⁰ En ese sentido Bacigalupo, ha sostenido que la receptación es independiente del delito que de esta manera se encubre, primero porque perpetua en el tiempo el primer delito y segundo porque la disposición [del receptor] a recibir... [las cosas] es un estímulo permanente para al comisión de hechos de esta naturaleza. (STS 20 de enero de 1990, ponente Bacigalupo)"⁴⁶¹.

De la misma opinión es el autor español Bajo Fernández aunque la receptación no es una forma de participación en sentido estricto, porque constituye un delito independiente, pertenece a conductas que tradicionalmente han sido tratadas con los supuestos de participación postdelictiva y, en cualquier caso, son delitos que están siempre en referencia a otro delito base⁴⁶².

CAP. XV

IV. COMPONENTES DE LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE RECEPTACIÓN

En principio debemos decir que el sujeto activo (del delito de receptación) puede ser cualquiera, salvo el autor del delito anterior o el partícipe en él. Por tanto, para ser considerado autor de receptación, el sujeto no debe haber intervenido, ni material ni intelectualmente en la perpetración del delito precedente. Por su parte la Corte Suprema de Justicia también ha precisado que: (...) *para ser considerado*

459 SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra el patrimonio*, Lima, 2006, p. 255.

460 RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid: Dykinson, 1988, pp. 567-568.

461 PÉREZ DEL VALLE, Carlos; "El delito de receptación: los elementos objetivos de la infracción", En: MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (Dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa Comunitaria*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 66.

462 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987, p. 335.

*sujeto activo o autor el sujeto no debe haber intervenido material ni intelectualmente en la perpetración del delito previo (...)*⁴⁶³.

Ahora bien, completando las características y requisitos concurrentes en el delito de receptación Bajo Fernández precisa que son: 1. Intervención en un delito ya cometido y que se halla en la fase de agotamiento. 2. Conocimiento de la infracción previamente perpetrada. 3. Que el infractor no haya participado en el delito anterior como autor o cómplice.⁴⁶⁴

1. Tipicidad objetiva

1.1. Previa comisión de un delito contra el patrimonio

Bramont Arias y García Cantizano sostienen que si bien generalmente el delito previo es un delito contra el patrimonio también puede serlo un dato que no sea específicamente contra el patrimonio también puede serlo un delito que no sea específicamente contra el patrimonio por ejemplo un asesinato por lucro. Por nuestra parte discrepamos de esta posición; es decir, aquello que concibe como delito de receptación la conducta del agente que adquiere o recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a recepcionar un bien jurídico protegido en el delito de receptación es el patrimonio y siguiendo a Bustos Ramírez, señala que el sujeto pasivo es el mismo que en el delito precedente, ya que él es el titular del bien jurídico protegido. Sin embargo, es incongruente sostener que el delito precedente puede ser un asesinato por lucro, puesto que en este el bien jurídico protegido es vida independientemente o no el patrimonio como en el delito de receptación; en ese mismo orden de ideas, no se trataría del mismo como sujeto pasivo ambos delitos.

La jurisprudencia peruana plantea así: “*Presupuesto del delito de receptación es que se haya cometido un delito anterior*, bajo tal contexto si no se ha acreditado la preexistencia de la cosa en el delito anterior, no puede existir pronunciamiento por delito de receptación, siendo el caso absolver al procesado”⁴⁶⁵.

Ahora bien, conforme se ha establecido el delito de receptación es un delito consecuencia que requiere de un delito previo o antecedente, donde el perpetrador del delito de receptación debe cuando menos presumir la existencia e ilicitud del delito previo. Así, se precisa en la jurisprudencia peruana: “*Presupuesto del delito de receptación es que se haya cometido un delito anterior*, bajo tal contexto si no se ha acreditado la preexistencia de la cosa en el delito anterior, no puede existir pronunciamiento por delito de receptación, siendo el caso absolver al procesado”⁴⁶⁶.

463 Ejecutoria Suprema del 13 de enero de 2003, R. N. N.º 2521-2003. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 10, N.º 70, julio de 2004, p. 99.

464 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Madrid, 1993, p. 484.

465 Ejecutoria Superior de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 27 de noviembre de 1998, Expediente N.º 492-98. En: ARMAZA GALDÓS, Jorge y ZAVALLA TOYA, Fernando; *La Decisión Judicial*. Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 202.

466 Ejecutoria Superior de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 27 de noviembre de 1998, Expediente N.º 492-98. En: ARMAZA GALDÓS, Jorge y ZAVALLA TOYA, Fernando; *La Decisión Judicial*. Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 202.

Esta caracterización del delito de receptación acarrea una importante consecuencia práctica en los procedimientos penales donde se juzguen a personas imputadas por este delito, debe declararse la existencia de hechos de naturaleza delictiva como constitutivos del delito previo, así no se conozcan todas las circunstancias o participantes en el mismo, lo importante es establecer que los efectos del delito de receptación provienen de hechos delictivos previos. Así, la jurisprudencia de la Corte Superior de Lima ha precisado que: "Es requisito obligatorio para acreditar la comisión del delito de receptación, que previamente se determine la comisión de un ilícito penal anterior, puesto que los bienes adquiridos por el receptor deben ser de procedencia ilegal"⁴⁶⁷.

1.2. Presunción o conocimiento de un delito previo

Si el receptor cree fundadamente que los efectos proceden de una infracción de menor gravedad habrá de articularse su responsabilidad en base a dicha creencia. La hipótesis nada infrecuente de que el receptor conozca la procedencia delictiva de los efectos, pero ignore el delito concreto del que provienen, habrá de solventarse regulando la penalidad en base al delito que realmente se cometiera, al menos por regla general, pues en tal caso aparece que el receptor acepta realizar el hecho con independencia de la gravedad del delito precedente. No es necesario que el delito anterior haya sido sentenciado judicialmente o que exista un proceso penal. La doctrina aplica la *accesoriedad limitada*, entendiendo que basta con que el delito precedente sea un hecho típico o antijurídico⁴⁶⁸.

El conocimiento para inferirse a través de actos concluyentes tales como la posesión u ofrecimiento inusual de los bienes (v.gr. vender un cuadro valioso en una nave industrial. O una colección de plumas por persona analfabeta, o venta de joyas relojes de marca en la vía pública, etc.) y habitualmente por el precio excepcionalmente reducido en que se pone en venta, de donde se infiere asimismo el ánimo de lucro.⁴⁶⁹

CAP. XV

2. Tipo subjetivo

El elemento subjetivo del tipo penal de receptación consiste en el conocimiento o presunción de conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes entregados, y la intención de aprovecharse de los mismos. "En el delito de receptación el elemento subjetivo se encuentra constituido por el conocimiento cierto o la presunción de que el bien procede de un delito anterior, y la voluntad de aprovecharse de tales efectos..."⁴⁷⁰.

467 Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos Sumarios con reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 9 de mayo de 2000, Expediente N.º 2781-99. En: ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia Penal Patrimonial*, Lima, 2000, p. 303.

468 DELAGADO TOVAR, Actualidad jurídicos. p. 108.

469 CALDERON CEREZO, A.; *Derecho penal*, T. II, Barcelona, p. 894

470 Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 4 de mayo de 2000, Exp. N.º 3945-99. En: ROJAS, Fidel; *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*, Lima: IDEMSA, 2000, p. 576.

Por ello la configuración del *tipo subjetivo* se establece en dos niveles. En el primero, se *ubica el conocimiento de la comisión de un delito contra los bienes*, constituye un elemento de índole normativa que no reclama una noticia exacta del acto punible antecedente y de su *nomen iuris*, sino un estado anímico de certeza, que viene a significar un saber superior a la mera sospecha. En cuanto hecho psicológico, su concurrencia debe inferirse normalmente, a falta de prueba directa, por hechos externos admitidos o demostrados por otros medios, con los que pueda establecerse un nexo causal y lógico, entre los que figura como paradigma la mediación de un precio vil o mezquino en la operación de adquisición de los efectos.

En el segundo nivel se ubica el aprovechamiento, incluye cualquier tipo de utilidad que la cosa pueda reportar al sujeto activo: el disfrute directo y personal, su utilización por terceras personas, el goce estético de su presencia, el lucro económico o dinerario o de satisfacción interna mediante su transmisión, onerosa o no, etc.,. Así, el aprovechamiento puede consistir en permitir pura y simplemente dar a los bienes el caprichoso destino que plazca. La existencia de este elemento vendrá normalmente acreditada por la posesión de los efectos. “En el delito de receptación el bien jurídico protegido es el patrimonio, por cuya razón existe una relación de dependencia entre este ilícito y el delito base, lo que determina que el bien jurídico protegido ha de ser necesariamente el mismo que en el delito base, de cuyo efecto se pretende aprovechar el receptor (...).”⁴⁷¹

Ahora bien, el tipo penal de receptación abarca mucho más que el “conocimiento de ilicitud”, dado que incluso plantea el hecho que el agente “debió presumir” dicha ilicitud.⁴⁷² Pero para que el agente activo del delito de receptación pueda presumir es necesario que concurren una serie de situaciones y circunstancias que posibiliten dicha presunción.

En efecto, Carlos Creus señala que *–comentando el delito de receptación tipificado en el Código Penal Argentino–*, lo que requiere el tipo es que las circunstancias de la operación hayan colocado al agente ante el *deber de presumir* el origen ilegítimo del objeto, ya por sus modalidades (p. ej., negativa de entregar recibo; ocultación del acto de transferencia, falta de registraciones), ya por las características del objeto (rareza de la pieza, elevado costo) o de la persona del oferente (carencia de recursos, excepcionalidad de la actividad, etc.). El deber de sospechar tiene que nacer de esas circunstancias y no proceder de una obligación

471 Ejecutoria Suprema del 13 de enero de 2004, Recurso de Nulidad N.º 2521-2003, Lima. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 10, N.º 70, julio de 2004, p. 99.

472 En esta misma de pensamiento, la Ejecutoria suprema de fecha 12 de febrero de 2008 señala “...que asimismo, tampoco es amparable la conclusión del superior colegiado cuando señala que el procesado desconocía la procedencia ilícita de los bienes, no solo porque en presencia de su abogado defensor ha aceptado los cargos que se le imputan y su participación en el evento delictivo, sino también, porque su confesión sincera se encuentra suficientemente corroborada con el acta de registro domiciliario e incautación de fojas veintidós, su grado de instrucción, su ocupación laboral que se anotan en su instructiva de fojas cincuenta y dos, y la circunstancia que parte de los objetos robados fueron encontrados en su domicilio y no en su taller de mecánica como correspondía, si estos habían sido dejados para su reparación, todo lo cual hace colegir suficientemente que podía presumir que los bienes que se le incautaron provenían de un delito”.

genérica (p. ej. obligación funcional de investigar la procedencia, que podría constituir una omisión de deberes, pero no la receptación estudiada)⁴⁷³.

Roy Freyre manifiesta que lo correcto, entonces, es interpretar “debía presumir” no como un posible cálculo mental del agente sujeto al cumplimiento de ciertas precauciones impuestas por las circunstancias, sino como una previsión que realmente sucedió; es decir, dar por aceptado que el tipo legal demanda como un hecho psicológico que el autor presumió que la cosa provenía de un delito, realizando su acción encubridora consciente y voluntariamente. El Juez no habrá de preguntarse si el actor “debía presumir o no debía presumir” según las circunstancias en las que se encontraba, pues tal planteamiento equívoco lo conducirá, en el extremo afirmativo (“debía presumir”) a castigar como negligente la ausencia de presunción de lo presumible, sin que la ley haya previsto expresamente sancionar la forma dolosa de la misma acción. Se comprende, así, la absurdidad de suponer punible lo más leve y dejar exento de responsabilidad lo más grave. En cambio, creemos que el Juez debe interrogarse si el actor “presumió o no presumió”. Si la respuesta es afirmativa, será porque las circunstancias evidencian la acción dolosa. De ser negativa la respuesta, se impone la exoneración de pena por ausencia de dolo y falta de previsión legal de la forma negligente⁴⁷⁴. Además agrega el citado autor peruano las reglas prácticas que permitan determinar o concluir cuándo el agente presumió que la cosa derivaba de un delito:

1. Si hay una manifiesta diferencia entre el valor real de la cosa con el precio en que fue comprada, o con la suma de dinero mutuada que la prenda garantiza.
2. Si hay una marcada incompatibilidad entre el valor real de la cosa y la situación económica precedente respecto al vendedor o donante.
3. Si el vendedor, donante o deudor prendario no proporciona explicación razonable, a falta de documentación sustentatoria, de la forma como adquirió la propiedad de la cosa que entrega⁴⁷⁵.

CAP. XV

3. El autor o partícipe del delito previo no puede ser a la vez autor o partícipe del delito de receptación

Hay que tener en cuenta, que la jurisprudencia, aunque no lo exija expresamente la Ley, requiere que en la antecedente infracción criminosa no haya formado parte, ni como autor ni como cómplice, el presunto receptor. Receptación es el hecho de quien, sin haber concurrido en un delito anterior, y con el fin de obtener para sí mismo o para otro un provecho, recibe u oculta dinero o cosas que de él provienen.

473 CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte especial*, T. II, Buenos Aires, 1990, pp. 360 y 361.

474 Véase, también: NÚÑEZ, Ricardo; *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1979, p. 249. “De otro lado es menester destacar que en el caso que el autor admita que el resultado presumido tenga la probabilidad que ocurra y no obstante esta probabilidad desprecie esta advertencia y siga adelante, nos encontramos con el dolo eventual. En cambio, el deber de presumir algo solo puede conducir a un obrar culposo ya que el no haberlo hecho, únicamente indica ligereza o descuido de proceder”.

475 ROY FREYRE, Luis; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, T. III, Lima 1986, pp. 143-145.

Ello porque, aunque la receptación no es una forma de participación en sentido estricto, porque constituye un delito independiente, pertenece a conductas que tradicionalmente han sido tratados con los supuestos de participación postdelictiva y, en cualquier caso, son delitos que están siempre “en referencia a” otro delito base⁴⁷⁶. Esa característica produce un efecto importante según sostiene Vives Antón, quien precisa que “[...] dada su naturaleza de encubrimiento, contiene la receptación una *exigencia negativa implícita*: la de que el culpable no haya participado como autor o cómplice del delito previo”⁴⁷⁷. Por ello, la doctrina es pacífica en sostener que el Sujeto activo en el delito de receptación puede ser cualquiera, salvo el autor del delito encubierto (no hay autorreceptación, pues se trata de un acto de agotamiento del hecho) o que ha participado de alguna manera en él (pues en estos casos no se trataría de un acto posterior independiente)⁴⁷⁸. De la misma posición es Pérez del Valle quien sostiene acertadamente que: “Existe acuerdo en que el autor o coautor del delito previo no puede ser autor de la receptación [...] Por otro lado, el autor del hecho previo no puede ser partícipe en la receptación y su auxilio al receptor para que se aproveche del objeto constituye un hecho posterior copenado.”⁴⁷⁹ En el mismo sentido Vidales Rodríguez precisa que ese requisito se configura así la legislación no lo precise expresamente: “Por lo que al sujeto activo se refiere, la única limitación que se hace es que quien realiza la conducta receptadora no haya participado en la comisión del delito del que el bien receptado procede. Requisito este que, aunque no estaba expresamente contemplado en la regulación anterior, venía siendo pacíficamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, al entenderse que el desvalor que supone la realización de la conducta principal, absorbe el posterior aprovechamiento de los bienes”⁴⁸⁰.

CAP. XV

Confirma esta posición uniforme de la doctrina la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Tribunal que en su sentencia de 24 de junio de 1987, afirmó que “este Tribunal [...] ha declarado, de modo constante y uniforme que, los que aprovechan los efectos del delito base, delito antecedente o delito encubierto, han de ser personas distintas a las que participaron en la perpetración de dicha infracción en concepto de autores o de cómplices, pues, de no ser así, se trataría de un supuesto de aprovechamiento atípico e impune como delito autónomo”⁴⁸¹.

476 BAJO FERNÁNDEZ, 1993, p. 487.

477 VIVES ANTÓN, Tomas *et al*; *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993. p. 802.

478 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Barcelona, 1986, p. 249. ROY FREYRE, Luis E.; *Derecho penal peruano. Parte especial*. T. III. Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 1983, p. 139. VIDALES RODRÍGUEZ, Caty; *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, p. 55. DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho penal. Parte especial*. T. III. Buenos Aires, 2000, p. 508.

479 PÉREZ DEL VALLE, Carlos; “El delito de receptación: los elementos objetivos de la infracción”, En: MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el Blanqueo de Dinero. Normativa Comunitaria*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 98.

480 VIDALES RODRÍGUEZ, Caty; *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Valencia, 1997, p. 44.

481 Citado por VIDALES RODRÍGUEZ, Caty; *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Valencia, 1997, p. 44.

En la misma dirección, la Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina, Sala IV, 16-2-96, indicó en referencia al delito de receptación que: “[...] El que lo comete es una persona que no ha participado en el delito anterior [...]”.⁴⁸² De la misma manera es jurisprudencia sostenida y reitera en el ámbito judicial peruano que la persona que ha intervenido en el delito previo no puede ser autor del delito de receptación. Así, una sentencia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa refiere: “Para que se dé el delito de receptación es necesario que no haya existido una promesa anterior al delito, ya que acreditada esta promesa desaparecería automáticamente dicho delito, por cuanto ya habría participado en el delito previo”⁴⁸³.

Adquirir o recibir abarca cualquier clase de adquisición onerosa o lucrativa, que comporta un aprovechamiento para sí, de haber suyo los efectos del delito.

- *Adquirir*. Sinónimo de compra venta. es necesario una garantía directa; mas nos es preciso adquirir para revender. Es imprescindible que la adquisición se consuma, vale decir, se perfeccione con la tradición del bien.
- *Recibir en donación o prenda*. La receptación es la toma de posesión de un bien entregado, bajo cualquier otro título que no sea el de propiedad. Recibir en este caso, no solo es el desplazamiento material del bien robado, sino también el aprovechamiento de él y el uso que le da en utilización propia⁴⁸⁴.
- *Esconder*. Disimular la posesión del bien por medio de la aparente desaparición de este.
- *Guardar*. Tener cuidado de algo, vigilarlo o defenderlo.
- *Vender*. Realizar un negocio en beneficio personal, provecho que puede el receptor compartir con el autor del delito principal, significando así una colaboración en la venta del bien, consiguientemente es la utilización económica que de ella se obtenga.
- *Negociar*. Comerciar, tratar, comprar, vender o cambiar mercaderías o valores, para lucrarse.

CAP. XV

V. SOBRE ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL DELITO DE RECEPTACIÓN

1. Sobre la llamada receptación sustitutiva

Un tema problemático es la llamada receptación sustitutiva que es cuando conocedor de la actividad previa desarrollada por otro, recibe un objeto que no directamente procede de la infracción anterior, pero que ha sido obtenido mediante

482 DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho penal. Parte especial*. T. III. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2000, p. 470.

483 Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 17 de septiembre de 1998. exp. N.º 371 – 98. En: ARMAZA GALDOS, Jorge y ZAVALA TOYA, Fernando; *La Decisión Judicial*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 144.

484 MAGGIORE, Giuseppe; *Derecho penal. Parte especial*, vol. IV, Bogota, 1955, p. 175.

una operación comercial venta, compra o permuta con que tiene por base aquello que se consiguió con la infracción precedente.

Receptación: solo los hechos que mantienen la situación antijurídica anterior, prolongando la lesión de idéntico bien jurídico. Así podrá decirse que la conducta es típica cuando el acto realizado por el “receptor” vulnera el bien jurídico, es decir, sigue privando del ejercicio de un derecho patrimonial a su legítimo titular.

El autor debe conocer las circunstancias de la realidad de los cuales se deduce que el autor previo, ha cometido un delito.” Ello no significa, como afirma de forma unánime la doctrina y la jurisprudencia que se requiere un conocimiento pormenorizado del delito cometido, tiempo, lugar, forma de comisión, autor, víctima, son datos y conocimientos. No es imprescindible, pero evidentemente si se conoce ello, es parte del dolo del delito.

De hecho un supuesto de este tipo lo realiza, quien permuta esas alhajas— que ha hurtado— con un vehículo y posteriormente vende este a un tercero, supuesto en el que el citado bien ya no procede del hurto sino de la permuta realizada.⁴⁸⁵

La doctrina española rechaza la receptación sustitutiva o impropia que es quien tiene por objeto los bienes que ya ha transformado el responsable. Cabe la receptación en cadena en que los bienes son objeto de sucesiones cadena de receptación, pero no la denomina receptación sustitutiva, en la que los bienes originarios han sido ya sustituidos por otros (en sentido contrario, Muñoz Conde)⁴⁸⁶.

2. Tentativa

CAP. XV

Para Meneses Gonzales si existe la tentativa en el caso de la receptación en cadena, es decir, *la receptación de la receptación*, siempre que se trate del mismo bien procedente del delito originario; pero no opera en la receptación sustitutiva. La receptación sustitutiva es aquella figura que involucra dentro de su alcance a todos las personas que, siendo conocedores de la acción criminal anterior ejecutada por otra persona, recibe un bien proveniente de una operación legal como es el caso compra-venta que es llevado a cabo con ello que se consiguió en el delito precedente⁴⁸⁷.

3. Error de prohibición

A pesar de conocer la procedencia delictiva del objeto, conforme con lo parámetros anteriores, el sujeto desconoce el carácter prohibido de su hecho, porque desconoce que aprovecharse de los efectos de un delito es a su vez delito y entendiendo que solo responde el autor del delito principal.

485 PÉREZ DEL VALLE, Carlos; *El delito de receptación: los elementos objetivos de la infracción*. En: Martínez Arrieta, El Encubrimiento p. 74) sostiene que la receptación sustitutiva es indiferente a los efectos del delito de receptación por cuanto aquella no supone la creación de una situación de peligro respecto a la restitución de la cosa. Sustenta esta afirmación apelando a la teoría del mantenimiento.

486 CALDERÓN CEREZO, A. *Derecho penal*, tomo II, Barcelona, p. 893.

487 MENESES GONZALES, Bonifacio; *Derecho penal. Parte especial. Delitos contra el patrimonio*,. Lima 2006, p. 155.

Tampoco forma parte del acervo común la creencia al actuar antijurídicamente cuando se acepta una regla con dinero procedente de tráfico de drogas.

En España, el T.S. en el S. 5 de octubre de 1992 Ponente Ruiz Vadillo, sanciona a la mujer de un traficante de drogas que traficaba en la casa con la receptación específica de los efectos del tráfico de drogas argumentando que se aprovechaba del dinero ilícitamente obtenido por su marido. En casos como este se puede plantear la ausencia de conciencia de antijuricidad, pues es posible que pensara que el único que cometía inactividad delictiva es el marido.

La gravedad del delito de receptaciones en sí misma independiente del delito de encubrimiento y reside, en primer lugar, en su efecto perpetuado del ilícito cometido por el autor del delito antecedente y además en la peligrosidad de la receptación respecto de la seguridad general; dado que el receptor, con su disposición a recibir un producto de delitos contra los bienes, constituye un estímulo permanente para la comisión de hechos de esta naturaleza (STS 20 de enero 1990 Bacigalupo).

VI. EL DELITO DE RECEPTACIÓN SEGÚN LAS MODIFICACIONES PRODUCIDAS A TRAVÉS DE LA LEY N.º 30076

Según la modificación producida por la Ley N.º 30076 se observan tanto en la tipicidad básica como en la tipicidad agravada del delito de receptación. Veamos cada uno de ellas.

1. Con relación al delito de receptación básica

Como es sabido, el delito de receptación se encuentra regulado en el artículo 194 del Código Penal, cuya redacción es la siguiente:

CAP. XV

“Artículo 194. Receptación

El que adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días-multa”.

(Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 30076, publicada el 19 de agosto de 2013).

Recientemente a través de la Ley N.º 30076, de fecha 19 de agosto de 2013, se presentan algunas modificaciones al artículo 194 del Código Penal, en el cual observamos que la descripción típica sigue siendo la misma; sin embargo, sí observamos cambios en relación a la pena máxima conminada. En efecto, en la versión original del texto punitivo, tenía como pena máxima tres años de privación de libertad

y una pena conjunta principal de treinta a noventa días-multa. Actualmente en el delito de receptación básica se tiene una pena de privación de libertad de cuatro años, conservándose tanto el extremo mínimo de la privación de libertad como la de la pena conjunta principal de multa.

En efecto, el actual delito de receptación básica (artículo 194) se presenta de la siguiente manera:

“El que adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debió presumir que provenía de un delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno *ni mayor de cuatro años* y con treinta a noventa días-multa”.

2. Con relación al delito de receptación agravada

Efectivamente, a través de la Ley N.º 30076 de fecha 19 de agosto de 2013 se incorporó en el artículo 195 del Código penal, el delito de receptación agravada en los siguientes términos:

Artículo 195. Receptación agravada

“La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y de sesenta a ciento cincuenta días-multa si se trata de vehículos automotores, sus autopartes o accesorios, o si la conducta recae sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones.

La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años si se trata de bienes provenientes de la comisión de los delitos de robo agravado, secuestro, extorsión y trata de personas.”

La novedad del artículo 195 es precisamente la incorporación legal agravatoria del primer párrafo, en el sentido que si el bien —en términos generales— cuya procedencia es ilícita, se trata, en primer lugar, de vehículos automotores, sus autopartes o accesorios, la pena se incrementa de cuatro a seis años de privación de libertad y con sesenta a ciento cincuenta días-multa.

En segundo lugar, y siguiendo en el primer párrafo, observamos otro grupos de bienes donde aquí el agraviado en realidad sería el Estado, porque aquí la conducta recae sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de presta-

ción de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones. Definitivamente, aquí existe una pluriofensividad en la conducta infractora por lo que sería correcta la agravación en este punto.

Desde el Decreto Legislativo N.º 982 del 22-07-2007 ya se había incorporado algunas formas agravadas del delito de receptación (en el artículo 195), bajo los siguientes términos: “La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años si se trata de bienes provenientes de la comisión de los delitos de secuestro, extorsión y trata de personas”. Sin embargo, con la dación de la reciente Ley N.º 30076 se realiza las siguientes modificaciones: en primer lugar, su ubicación sistemática ahora es el segundo párrafo del artículo 195; en segundo lugar, se incorpora –aparte de los delitos de secuestro, extorsión y trata de personas– el delito de robo agravado del artículo 189 del Código penal; y en tercer lugar, en cuanto a la pena impuesta, ahora se incrementa –como era lógico luego de una reforma legal– de diez a doce años de privación de la libertad.

CONSIDERACIONES EN TORNO AL DELITO DE ESTAFA DEL ARTÍCULO 196 CP Y SU DELIMITACIÓN EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La estafa penal se trata en términos generales de un desplazamiento físico de orden patrimonial-económico que realiza la propia víctima, producido por un vicio o distorsión de la voluntad que este padece, causado directamente por un comportamiento doloso por parte del sujeto activo. No es un desplazamiento violento ni amenazante en contra del patrimonio de la víctima, sino más bien, que dicho desplazamiento se produce a través de ciertas astucias o ardid, de la imaginación ilícita del sujeto activo, por ello la estafa penal no es considerada como un delito de “sangre” o de “crueldad”, sino como un delito de “astucia” o de “destreza” utilizando para ello mecanismos y/o maniobras precisamente de destreza y sagacidad del sujeto activo para conseguir su objetivo final, cual es su beneficio o aprovechamiento económico de la cosa obtenida defraudatoriamente.

El delito de estafa –al igual como el delito el homicidio, robo, hurto, violación sexual, falsificación de documentos, entre otros– por antonomasia ha estado como infracción penal en la consciencia de las seres humanos y obviamente dentro de nuestro acervo cultural en materia jurídico-penal, por ello sería impensable dos supuestos: en primer lugar, que los legisladores –tanto nacionales como extranjeros– no la contemplen expresamente en sus respectivos Códigos penales como delito en su parte especial, en consecuencia la estafa constituye una infracción “clásica” y “nuclear” dentro del campo del Derecho penal; y en segundo lugar, sería impensable que se pueda alegar a favor del imputado una causal de exoneración de responsabilidad por error de prohibición vencible o invencible (artículo 14, segundo párrafo, del Código penal), desde que la “vulneración” a la norma primaria de prohibición (es decir, “no estafarás”, “no defraudarás”) está muy arraigada en la consciencia de todas las personas consideradas imputables, en todo caso sería un error totalmente burdo y hasta risible.

El delito de estafa anteriormente ha estado protegiendo supuestos como la veracidad del cheque en el tráfico comercial. Así, la doctrina penal, más que discutir sobre la necesidad de proteger penalmente el cheque, ha cuestionado la forma en que dicha protección se concreta, así se planteó la posibilidad de recurrir a la

tradicional figura de estafa y las defraudaciones⁴⁸⁸. Y es justamente a través del tipo penal de estafa que se reprimía los libramientos de cheques sin fondos antes de la vigencia del actual Código Penal peruano. El Código Penal de 1924 describía el delito de estafa en su artículo 244 que según la praxis jurisdiccional de la época servía de base legal para proteger el patrimonio de los particulares frente a los libramientos indebidos⁴⁸⁹. La reforma penal de 1991 supuso un cambio de orientación político-criminal. El legislador peruano, entiendo que atinadamente ha apostado por regular la protección penal del cheque bajo la rúbrica de los “delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios”. La razón de tal decisión político-legislativa obedece a la identificación que se hace del bien jurídico tutelado que determina que la lesividad del hecho trascienda el mero daño patrimonial generado a la víctima que es engañada al transmitírsele la idea de pago de una obligación a su favor⁴⁹⁰.

Por otro lado, el delito de estafa se encuentra regulada dentro del capítulo correspondiente a los delitos contra el patrimonio, lo cual se deduce que el bien jurídico protegido es el patrimonio en función a las personas afectadas que pueden verse mermadas producto del engaño y la defraudación incurrida por el autor. Así lo ha entendido nuestra doctrina penal: Salinas Siccha manifiesta al respecto que: “El patrimonio de las personas se constituye en el bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal del artículo 196. De manera específica, se protege la situación de disponibilidad que tienen las personas sobre sus bienes, derechos o cualquier otro objeto, siempre que tal situación tenga una protección jurídica de relevancia económica”⁴⁹¹. Por su parte, Peña Cabrera Freyre sostiene que: “No hay objeción alguna en la doctrina especializada, que el delito de Estafa ataca el patrimonio de una persona, la suma de valores que se ve mermada, luego de la acción engañosa provocada por el autor, que genera el desplazamiento del acervo patrimonial a su esfera de custodia. De ningún modo, el artículo 196, ha de tutelar el derecho a la verdad ni la buena fe de los agentes del mercado, en virtud de su contenido etéreo, carente de base material”⁴⁹².

488 Esta es la opción que se siguen en algunos ordenamientos penales (como el alemán, por ejemplo); véase: TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., traducción de Patricia Faraldo Cabana, p. 299.

489 BRAMONT ARIAS, Luis. *Código Penal anotado*, Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la UNMSM, Lima, 1966, p. 361.

490 GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 249.

491 Véase: SALINAS SICCHA, Ramiro; *Derecho penal. Parte especial*, 3.ª edición, Lima, 2008, p. 1058. Este mismo sentido a la doctrina española, véase: LUZÓN CUESTA, José María; *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Madrid 1994, p. 180. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep; *Derecho penal. Parte especial Tomo I*, 1991, p. 489 “El bien jurídico aquí protegido es el patrimonio en sí mismo, como un todo, y no concretamente un derecho como era el de propiedad en los capítulos precedentes”.

492 Véase: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho penal. Parte especial*, T. II, 2.ª Reimpresión, Lima, 2010, pp. 342, 344. Agrega este autor que “Es de verse que según nuestro derecho positivo vigente, se especifica en el tipo penal del artículo 196, que la punición de dicha conducta se encuentra condicionada la causación efectiva de un perjuicio, que debe ser de índole económica y, para ello resulta ineludible remitirse a la unidad del patrimonio antes del ataque antijurídico, con su integridad ex -post y, así poder verificar si se ha cumplido con la efectiva lesión del bien jurídico protegido”.

Según Mezger el "...bien jurídico protegido en la estafa es el patrimonio y el mantenimiento de la verdad de la buena fe en el tráfico patrimonial"⁴⁹³. Por su parte, Gonzales Rus sostiene que: "Considerando que lo protegido es el patrimonio en su conjunto, el perjuicio necesario para la integración de delito debe comportar un empobrecimiento efectivo del mismo, constatable mediante la comparación global del mismo antes y después del hecho, y de la que debe resultar una disminución de su valor total. Por el contrario, una concepción orientada a los elementos que lo integran considera producido el perjuicio con la simple salida ilegítima de cualquiera de ellos como consecuencia de la infracción, aunque tal pérdida no determine una disminución efectiva de su valor global"⁴⁹⁴.

Valle Muñiz sostiene que "...el patrimonio como bien jurídico protegido en el sentido de estafa deber ser entendido en un sentido económico jurídico. Ello supone, por un lado, que los bienes o valores que lo integran sean susceptibles de cuantificación económica y, por otro, que la relación del sujeto con los mismos esté protegida jurídicamente, aun cuando su asiento sea la mera apariencia jurídica. Por el contrario, la exigencia de un reconocimiento o aprobación de las disposiciones económicas por parte de la totalidad del ordenamiento jurídico, a nuestro entender, nos sitúa demasiado próximos a la ya trasnochada concepción jurídica pura del patrimonio"⁴⁹⁵.

Antes de terminar con esta breve introducción debemos advertir que la figura penal de la estafa tiene conexiones estrechas con la de la extorsión. Ambas, en efecto, se separan del hurto no solamente en cuanto al modo de la acción, sino también a la calidad de los bienes sobre los cuales estos hechos pueden recaer (muebles, inmuebles, derechos créditos), y sobre todo, con respecto a la situación que crean con respecto a la voluntad de quien toma la disposición patrimonial. En la extorsión y en la estafa propiamente dicha, a diferencia de lo que ocurre en el hurto, la disposición patrimonial es tomada con voluntad viciada, en un caso, por intimidación o coacción, en el otro por error⁴⁹⁶.

CAP. XVI

493 MEZGER, Edmund; *Derecho penal, Parte especial*, T. II, Buenos Aires, 2004, p. 168.

494 Véase: GONZALES RUS, Juan José; *Curso de Derecho penal español. Parte especial I*, Madrid, 1996, p. 655 y 656. Este mismo autor más adelante lo siguiente: "Se discute también si debe considerarse a la *buena fe* como bien jurídico protegido. Por la afirmativa se pronunció Antón Oneca, argumentando que el elemento definidor de la estafa, el engaño, no tiene por sí mismo fuerza suficiente para justificar una tipicidad especial, si no fuera porque su empleo genera un daño o un peligro para un interés social de importancia como la buena fe. No creo que sea así, sin embargo. A mi juicio, aunque es evidente que uno de los fines político-criminales que llevan al legislador a construir el delito de estafa es el de proteger la confianza, la fiabilidad y la credibilidad en el tráfico mercantil, bien jurídico protegido son solo los elementos integrantes del patrimonio (Fernández Albor, Torio, por todos). El entendimiento contrario generaría, además, consecuencias claramente inconvenientes para la aplicación del delito, obligando a adelantar el momento de la consumación a costa de las formas imperfectas, dado que el engaño (que lesiona ya la buena fe, por tanto, el bien jurídico) debería ser considerado resultado típico y no elemento de la acción (Bajo/Pérez/Suárez)".

495 VALLE MUÑIZ, José Manuel; *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, edit.: Bosch, Barcelona 1987, p. 229.

496 Véase, en este sentido: SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, T. IV, Buenos Aires, 1951, pp. 331 y 332.

II. DESCRIPCIÓN LEGAL

El delito de estafa está previsto en el artículo 196 del Código Penal peruano vigente en los siguientes términos:

“Artículo 196. El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años”⁴⁹⁷.

El primer Código Penal que tuvo el Perú regulaba el delito de estafas y otras defraudaciones en el artículo 345 que decía lo siguiente: “Todo el que con nombre supuesto o bajo calidades imaginarias, falsos títulos ó influencia mentida, defraude a otro, aparentando bienes, créditos, comisión, empresa o negociaciones, o valiéndose para el efecto de cualquier otro ardid o engaño, será castigado:

1. Con arresto mayor en segundo o tercer grado, si la defraudación no excede de cincuenta pesos.
2. Con reclusión en primero o segundo grado, si pasa de cincuenta pesos y no llega a quinientos.
3. Con cárcel en primero o segundo grado, si excede de quinientos pesos.

Como puede verse el mencionado Código penal, hoy abrogado, uno de los aspectos más resaltantes es que incorpora dentro de su descripción típica un *quantum* económico de la cosa estafada respetando con ello el principio de subsidiaridad y lesividad del bien jurídico, y de acuerdo al valor de lo estafado la sanción punitiva

CAP. XVI

497 Un delito que dentro de su estructura típica se asemeja al delito de estafa, este sería el delito de Defraudación Tributaria. Efectivamente el Decreto Legislativo N.º 813 del 20 de abril de 1996 tipifica los llamados delitos tributarios en el Perú. Primigénicamente dicho texto prescribía lo siguiente: “Artículo 1. El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años”. Sin embargo, años después se modificó la sanción a dicho delito. Al respecto, el tipo penal básico del delito de Defraudación Tributaria (Dec. Leg. N.º 813) recoge en su parte preceptiva (artículo sustituido por la Décimo Primera Disposición Final de la Ley N.º 27038, publicada el 31-12-98) una reproducción del tipo legal del régimen anterior, pero elimina la sanción adicional de multa y aumenta la sanción de prisión a no menos de 5 ni más de 8 años. Así, conducta prohibida del actual delito de Defraudación Tributaria es la siguiente manera: “Artículo 1. El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 (cinco) ni mayor de 8 (ocho) años y con 365 (trescientos sesenta y cinco) a 730 (setecientos treinta) días-multa”. Artículo 2. Son modalidades de defraudación tributaria reprimidas con la pena del Artículo anterior: a) Ocultar, total o parcialmente, bienes, ingresos rentas, o consignar pasivos total o parcialmente falsos para anular o reducir el tributo a pagar. b) No entregar al acreedor tributario el monto de las retenciones o percepciones de tributos que se hubieren efectuado, dentro del plazo que para hacerlo fijan las leyes y reglamentos pertinentes”.

iba incrementándose. La pregunta que cae por su propio peso será la siguiente: ¿Actualmente debería incorporarse un *quantum* económico en la cosa estafada en el actual artículo 196 del Código Penal peruano? Al menos pensamos que debería ponerse en el debate nacional si será racional esta propuesta legal desde que estamos ante un delito donde el bien jurídico protegido es el “patrimonio” de las personas, y no por ejemplo la “lealtad” o la “buena fe” en los negocios jurídicos; en consecuencia considero que como el patrimonio puede ser cuantificable podría proponerse en la descripción típica del artículo 196 para evitar así estafas banales de por ejemplo 20 o 30 nuevos soles, es decir sin relevancia jurídico-punitiva.

Por su parte, el abrogado Código Penal peruano de 1924 decía en el artículo 244, con relación al delito de estafa y otras defraudaciones, lo siguiente: “El que con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza aparentando bienes, crédito, comisión, empresa, o negociación, o valiéndose de cualquier otro artificio, astucia o engaño, se procure o procure a otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero, será reprimido con penitenciaría o prisión no mayor de seis ni menor de un mes”. Como puede verse, la descripción legal del delito de estafa en el Código de 1924 comprendía circunstancias típicas similares con la descripción actual que ofrece el artículo 196 del Código penal, como son tanto los medios los cuales se puede cometer dicho delito —“...o valiéndose de cualquier otro artificio, astucia o engaño...”—, como el tema del aprovechamiento económico del autor —“...se procure o procure a otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero...”—.

Sin embargo, existe en la misma descripción legal del Código de 1924 existía un conjunto de conductas típicas que mezcla arbitrariamente supuestos de otras figuras delictivas que dificultaba la debida aplicación de la estafa en aquél entonces, así mezcla supuestos de la falsedad genérica —por ejemplo los nombres supuestos, calidades simuladas—, así también se mezcla con el delito de falsedad documental —por en la parte de falsos títulos—; en esta misma línea, alguna parte de la doctrina de aquél entonces y hasta parte de la doctrina actual asocia la estafa con la forma de cómo se originan las relaciones sociales y que esta tiene que ser en un grado y un clima de confianza entre las partes, es decir, una de las variantes que preveía el Código Penal de 1924 en relación a la estafa era el abuso de confianza, y que por tal situación se aprovechaba el autor para engañar a su víctima.

Como es sabido, el Título V del actual Código Penal peruano de 1991, sin embargo, no solo trata el delito de estafa. Regula también otros cuatro supuestos especiales de defraudación, pero en forma atenuada en cuanto a su sanción. En este sentido, los supuestos típicos descritos en este rubro podrán ser clasificados teniendo como base un supuesto de defraudación genérico y cuatro supuestos especiales de defraudación. La genérica será la estafa (artículo 196) y las especiales, las tipificadas en el artículo 197 del Código penal. Este enfoque exige, para la configuración de los supuestos especiales, y en primer lugar, de la presencia de todos los elementos básicos de la defraudación genérica (estafa).

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

1. Código Penal de España

“Artículo 248. 1. Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

2. También se consideran reos de estafa:

a. Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

b. Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

c. Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

Artículo 249. Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, si la cuantía de lo defraudado excediere de 400 euros. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre este y el defraudador, los medios empleados por este y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

Artículo 250. 1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

1. Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2. Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

3. Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

4. Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

5. Cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros.

6. Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche este su credibilidad empresarial o profesional.

7. Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.

2. Si concurrieran las circunstancias 4ª, 5ª o 6ª con la 1ª del número anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 251. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

1. Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de este o de tercero.

2. El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de este, o de un tercero.

3. El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.

Artículo 251 bis. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en esta Sección, se le impondrán las siguientes penas:

a. Multa del triple al quintuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b. Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras “b” a “g” del apartado 7 del artículo 33”.

IV. SOBRE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE ESTAFA (ARTÍCULO 196 DEL CÓDIGO PENAL)

Es de precisar que todos los elementos típicos del delito encuentran entre sí una relación de causalidad, o como un sector de la doctrina denomina, una relación de antecedente a consecuente. Es de destacar que la ausencia de uno de los elementos antes citados o del orden en que deben presentarse, descarta de plano la tipicidad del hecho. En el caso del engaño, el profesor Gómez Benítez ha considerado que este es “toda aquella conducta tendente a generar error a otra persona, realizada con fines defraudatorios, e idónea para conseguirlo”⁴⁹⁸, en esa medida solo a un engaño de esa naturaleza le es imputable el perjuicio patrimonial posteriormente acontecido. El engaño típico requerido para la verificación del delito de estafa, va más allá de la sola mentira, es necesario desplegar un engaño que sea suficiente e idóneo para poder inducir a error al sujeto pasivo del delito, no todo engaño es suficientemente relevante para determinar una falsa representación de la realidad en un sujeto.

Autor de estafa no es quien manipula psíquicamente al disponente, sino quien infringe un deber de veracidad que lo obliga frente a la víctima. al margen de la interpretación o representaciones estrictamente subjetivas que se tengan del hecho⁴⁹⁹. Sin embargo, habrá que poner límites y diferencias, así en la estafa la conducta engañosa del autor apunta a inducir a error a la víctima para conseguir una disposición patrimonial perjudicial, mientras que en la defraudación tributaria la conducta fraudulenta del autor busca dejar de pagar una deuda (tributaria)⁵⁰⁰. Conforme a la tipicidad objetiva del delito de estafa este se encuentra integrado por los siguientes elementos: (i) engaño; (ii) error; (iii) acto de disposición; y (iv) perjuicio patrimonial.

1. Engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta

El engaño consiste en una simulación o disimulación, entendida como desfiguración de lo verdadero capaz de inducir a error a una persona o varias personas. El engaño debe recaer sobre un hecho. El engaño en la estafa ha de ser anterior al error y a la disposición patrimonial. En otras palabras, el engaño es la falta de verdad en lo que se dice, o hace de modo bastante para producir error e inducir el acto de disposición patrimonial; esto quiere decir, que el engaño debe ser idóneo

498 Véase: GÓMEZ BENÍTEZ, “Función y contenido del error en el tipo de estafa” en *ADPCP*, 1985/II, p. 338.

499 MEDINA FRISANCHO, José Luis; *La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial*, Lima, 2011, p. 91.

500 Véase: GARCÍA CAVERO, 2007, p. 618.

y suficiente para engrandar el error en la psique del sujeto pasivo y, así provocar el desplazamiento del objeto material⁵⁰¹.

Por su parte, Medina Frisancho nos dice que el engaño es "...como un acto de inveracidad configurado por el quebrantamiento de un deber de información proveniente de la posición económica del autor e impuesto a las partes de todo negocio jurídico en virtud del principio de buena fe contractual, consagrado en el art. 1362 C.C".⁵⁰² El engaño, tal como se desprende de la redacción normativa del artículo 196, debe provocar un "error" en la persona del sujeto pasivo, a fin de que esta proceda a la disposición patrimonial. Sin error, dice el profesor Sebastián Soler, no hay estafa, así como no lo hay sin ardid, aún cuando mediante alguna maniobra se logre un beneficio indebido. Si la víctima, a quien se le pretendió engañar, pero de forma inútil, es plenamente consciente de que el automóvil que va a comprar no vale ese precio y, aún así desembolsa el dinero, no puede ser sujeto pasivo de estafa.

Los fraudes o mecanismos fraudulentos utilizados por el agente para lograr sus objetivos muy bien pueden ser el engaño, la astucia, el ardid, así como el artificio, el truco, el embuste, la argucia, el infundio, etc. Por tanto, aquí interesa el mecanismo por el cual el agente con el fin de sacar un provecho, haciendo que el mismo agraviado le entregue sus bienes, falsea la realidad o, mejor dicho, le presenta una realidad distinta a la real⁵⁰³. En cambio, el concepto de ardid indica la utilización de maniobras o artificios destinados a engañar; para el engaño basta la afirmación o la negación contraria a la verdad; y si la primera forma de fraude no ofrece mayores dificultades en torno a su idoneidad típica, sí las ofrece la segunda⁵⁰⁴.

501 Véase: PEÑA CABRERA FREYRE, T. II, 2010, pp. 345, 359. Este mismo autor agrega que: "Definitivamente, el engaño es más que la mentira, pues la segunda dependerá ya de los juicios de valor de la persona, que incide más que todo para la presunción de buena fe del obrar del prójimo; en cambio, el engaño supone que lo que se dice o afirma, viene acompañado con ciertos datos objetivos, que tienden a inducir a la creencia de algo que no se corresponde con la verdad".

En este punto debemos citar la Ejecutoria Suprema de fecha 25 de octubre de 2004, expedido por la Primera Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad, N.º 1075-04, LIMA, en el Considerando Segundo, tiene dicho lo siguiente, en el considerando tercero: "Que conforme lo define Ramiro Salinas Siccha: A. El engaño debe entenderse como toda simulación o disimulación es decir desfiguración de lo verdadero capaz de inducir a error a una o varias personas, este engaño debe ser suficiente a efectos de inducir a error a la víctima".

502 MEDINA FRISANCHO, 2011, p. 92. Este mismo autor señala que: "La falsedad o forma fraudulenta empleada por el autor no puede constituir cualquier forma de engaño, sino que por el contrario debe hallarse regida por baremos de idoneidad, suficiencia y aptitud para provocar el déficit cognitivo de la víctima y, con ello, el desprendimiento patrimonial que esta finalmente lleva a cabo, de modo tal que el perjuicio irrogado ha de obedecer únicamente a razones imputables al autor y no a la propia víctima" (p. 99).

503 Véase: SALINAS SICCHA, 2008, pp. 1050 – 1058. Sobre la expresión engaño el derecho vivo y actuante por Resolución Superior del 10 de julio de 1997 ha precisado que "en cuanto al engaño, este supone una determinada simulación o maquinación por parte del sujeto el que tiene que tener la aptitud suficiente para inducir a error al otro, siendo que lo decisivo en el engaño es dar de cualquier modo concluyente y determinado la apariencia de verdadero a un hecho falso; por otra parte, el engaño de la estafa a de ser anterior al error y la disposición patrimonial, de modo que si esta se produce antes del engaño, tampoco habrá estafa".

504 Véase: CREUS, p. 491.

Así, la doctrina penal exige que el engaño típico presente algo más que una sola mentira. Vinelli Vereau afirma que “Una mentira *per se* no es un medio idóneo para la comisión de un delito de estafa, ya que es un comportamiento tolerado en sociedad, no incrementando el riesgo permitido. Esta requiere tener una entidad suficiente para inducir a error al sujeto pasivo del delito. Del mismo modo, tampoco consideramos que una mentira pueda generar un delito de estafa por omisión”⁵⁰⁵.

La doctrina francesa habla de la denominada *mise en scène* o puesta en escena, esto es la elaboración de un aparato escénico mediante un hecho externo o la intervención de una tercera persona que dé crédito a las palabras. En Alemania, la doctrina se inclina por exigir la presencia de *actos concluyentes*⁵⁰⁶, es decir, hechos objetivos que presenten una entidad suficiente para determinar una situación de error en la víctima. Además debemos agregar que el tipo penal objeto de análisis se presenta una particularidad interesante. No solo se criminaliza a quien induce en error a una persona mediante engaño, sino a quien mantiene en error mediante engaño. El proceso causal se origina con la inducción o con el mantenimiento del error, mediante engaño. Pero no siquiera eso es suficiente, sino que el error deberá producir una disposición patrimonial y este consecuentemente en perjuicio patrimonial.

El problema del silencio se resuelve de modo semejante al de la mentira: se requiere que vaya acompañado de un actuar engañoso positivo, o bien que exista el deber jurídico de hablar o de decir la verdad. A ese fin no basta que medie una obligación moral o caballeresca; debe tratarse de una obligación jurídica estrictamente determinable como tal, cuestión que depende del examen particular de cada situación. Esta obligación específica no puede ser suplida por la obligación genérica de comportarse con buena fe. No toda inobservancia de las normas de la buena fe constituye ardid⁵⁰⁷.

Con respecto al destinatario del ardid, ya hemos dicho que la teoría que exige la diligencia de un buen padre de familia resulta equívoca en la medida en que la selección del sujeto forma frecuentemente parte del plan mismo del estafador. El criterio para juzgar la existencia e idoneidad del ardid, en consecuencia, no puede prescindir de tomar en cuenta la calidad del engañado, para estimar si, de acuerdo con la condición de este, puede legítimamente hablarse de un error⁵⁰⁸.

1.1. Sobre el engaño suficiente

Debemos delimitar la relevancia típica de la conducta prohibida del delito de estafa, según los criterios que se aglutinan en la moderna teoría de la imputación objetiva; dejando de lado fundamentos privativos de las leyes de la naturaleza (causalidad). Solo el engaño que cree un riesgo jurídico-penalmente desaprobado

505 VINELLI VEREAU, Renzo Antonio; “La determinación del engaño típico en el delito de estafa”, en: JUS, comentarios a la jurisprudencia y praxis jurídica; julio 02, 2007, Lima, p. 136.

506 Véase: COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel y otros; *Manual de Derecho penal. Parte especial* T. II. Akial, Madrid, 1990, pp. 219-221.

507 SOLER, T. IV 1951, p. 336.

508 SOLER, T. IV, 1951, p. 339.

de lesión del bien jurídico, esto es del patrimonio ajeno, le puede ser imputado el resultado posterior que, además, deberá ser, precisamente, la realización concreta de ese riesgo⁵⁰⁹. En otros términos, el engaño creará o incrementará el riesgo o peligro de producción del resultado dañoso, cuando sea adecuado para producir error. Y ello, no puede ser de otro modo. Pues, el éxito de la conducta engañosa, esto es, la disposición patrimonial injusta, depende, sin duda, de su capacidad para alterar los elementos de juicio de que disponga o pudiera disponer la víctima, provocando así una decisión errónea que la llevará, fatalmente, a una disminución injusta de su acervo patrimonial.

En consecuencia, el tipo básico de estafa restringe el número de engaños típicos, exclusivamente, a aquellos que sean bastante para producir error en otro. Creemos, por tanto, que la capacidad de idoneidad del engaño ("bastante") puede ser, perfectamente, reconducida a la exigencia de su adecuación. Esta afirmación no debe extrañar, si se piensa que el juicio de adecuación tiene una base, absolutamente, normativa. Es decir, solo al engaño que cree un riesgo jurídico-penalmente desaprobado de lesión del bien jurídico, esto es del patrimonio ajeno, le puede ser imputado el resultado posterior que, además, deberá ser, precisamente, la realización concreta de ese riesgo⁵¹⁰.

Por ello, se sostiene que la determinación de la suficiencia del engaño necesario para la estafa penal es de importancia, ya que solo se podría delimitar su ámbito de aplicación en sede penal, a diferencia de la civil o en su defecto descartar su relevancia jurídica⁵¹¹. Es cierto que el precepto legal en estudio no contiene el adjetivo "bastante" como ocurre en España. Ello, sin embargo, no es óbice para tratar el tema. Por el contrario y no solo porque el tema de la relación de causalidad es un elemento que está presente en todo tipo penal que contenga un delito de resultado, sino incluso porque el tipo penal lo exige taxativamente ("induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta"). Es decir, conforme al tipo penal, el error deberá ser consecuencia directa del fraude ("mediante").

El acto fraudulento deberá ser lo suficientemente idóneo y capaz de vencer las normales previsiones de la víctima. Corresponde al operador jurídico hacer tal calificación, pues en la realidad concreta, por las especiales circunstancias de tiempo, modo, ambiente social y lugar en que ocurren y por las especiales aptitudes intelectuales de la víctima, los casos varían de uno a otro. No hay casos idénticos pero sí pueden haber parecidos. En esta misma línea se ubica la posición que ha asumido la Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de República, Recurso de Nulidad, N.º 3115-2007, Lambayeque, de fecha 11 de marzo de 2010, en el considerando quinto, que tiene dicho lo siguiente:

509 Véase: PEÑA CABRERA FREYRE, T. II, 2010, pp. 345 y 359.

510 VALLE MUÑIZ, 1987, p. 165.

511 Véase: CANEZ MARTICORENA, Alfredo; *Sobre el delito de estafa y otras defraudaciones*, Lima, 2000, p. 16.

“Por ello, debe entenderse al engaño como medio capaz de viciar el consentimiento de un tercero por deformación de la realidad, induciendo a creer y tener por cierto lo que no lo es, con abuso de la confianza que la víctima de buena fe deposita en el autor. Sin embargo, para los fines públicos de punición, la doctrina penal autorizada ha dejado por sentado la necesidad de que el engaño revista de cierta trascendencia objetiva para producir el error causal en la víctima -principio de idoneidad-. Es así que Conde Pumpido destaca que el engaño penal ha de revestir características propias que lo distingan de una simple mentira, pues considera al engaño como “la maniobra fraudulenta que lleva a cabo el autor, que, sin dudas, revela mayor peligrosidad dado que supone la existencia de premeditación y preordenación de medios” (CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Estafas. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, p. cuarenta y ocho). En la misma línea Serrano Gómez refiere que “hay un límite de engaño socialmente permitido, y solo cuando se sobrepasa ese límite entrará en juego el Derecho Penal, no pudiendo hacerlo antes por el principio de intervención mínima: no todo engaño es protegido por el Derecho Penal” (SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho Penal. Parte especial. Ed. Dykinson, Madrid, p. trescientos cuarenta y seis). Esto pone de relieve que la mera causación de un acto de disposición patrimonial perjudicial no es razón para hacer al autor responsable del mismo, pues, aun cuando la causalidad puede tener importancia para el juicio de imputación del resultado, no la tiene para el análisis de la tipicidad del comportamiento. Es por ello, que a este nivel de análisis resulta relevante aplicar los postulados bajo los que se guía la teoría de la imputación objetiva. Así, en el análisis del delito in comento, la capacidad del engaño para producir el error está en función a que la acción del autor comporte un incremento del riesgo socialmente aceptado para la producción del resultado, además que la disposición patrimonial haya obedecido al peligro generado por la conducta engañosa desplegada por el autor. A tal fin, es conveniente incluir, para la medición de la trascendencia del engaño, el principio de autorresponsabilidad de la víctima o competencia de la propia víctima -atento al desarrollo dogmático de la teoría de la prohibición de regreso- pues es esta quien es responsable de su deber de autoprotección, y, en algunos casos, con su comportamiento contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido. Choclan Montalvo refiere en esta línea que “a pesar de la cesión al estado de la función de policía en orden a la tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos, siempre conserva el ciudadano un espacio de libre autonomía que debe ordenar de manera adecuada hacia la conservación de sus propios bienes” agrega “en ocasiones, la acción del autor en si misma considerada carece la aptitud suficiente para la relevante puesta en peligro del bien jurídico, y aquella idoneidad para la lesión del bien jurídico la recibe, precisamente, del comportamiento de la víctima” (CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. El delito de estafa. Ed. Bosch, Barcelona, p. ciento diez – ciento quince). De este modo se advierte como innecesaria la intervención penal a aquella víctima que no se comportó de modo responsable en el cuidado de sus bienes jurídicos del que es titular, más aún cuando se trata de bienes jurídicos disponibles como el patrimonio. Bajo estos lineamientos, será relevante el engaño “... cuando la víctima no puede evitar su error a pesar de haberse comportado de acuerdo con las pautas sociales y su capacidad en el cuidado de sus bienes del que es titular” (PASTOR MUÑOZ, Nuria. La determinación del engaño típico en el delito de estafa. Ed. Marcial Pons, Madrid, p. ciento cincuenta y tres – ciento cincuenta y cuatro).”

En este punto también debemos de citar la sentencia de fecha 30 de marzo de 2007 expedida por la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos

con Reos Libres Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente N.º 1187 – 2005, tiene dicho lo siguiente:

“TERCERO. Que, el delito de estafa supone la presencia de los elementos del tipo penal de manera concatenada y que puedan ser subsumidos en la conducta imputada como delictiva, así tenemos que, en el presente caso la inducción resulto viable debido a la confianza que existía de parte del representante legal de la agraviada al punto que posibilitó sin que se entregara suma alguna de dinero, sino únicamente títulos valores, la desaprensión de su patrimonio –vía contrato de compraventa– del objeto material del delito; por otro lado, resulta evidente que la circunstancia anotada importaba perjuicio patrimonial para el agraviado, en tanto y en cuanto su patrimonio se veía afectado considerablemente a favor del imputado; *debiendo señalarse la idoneidad del engaño* no solo precedente, sino concurrente, toda vez que en el *iter criminis* del delito investigado se aprecia dos momentos, el primero a la suscripción del contrato de compraventa y entrega del vehículo y un segundo momento a la entrega del cheque en blanco sin provisión de fondos”. (las cursivas son nuestras).

2. El error de la víctima en el delito de estafa. Sobre el error en forma omisiva y la modalidad de los actos concluyentes

El error existe cuando se produce un falso conocimiento de la realidad, que es producto del engaño y que, a su vez, motiva la disposición patrimonial perjudicial. Según Mezger el “...error es una idea falsa acerca de un hecho. Una falsa apreciación de hecho. Una falsa apreciación de hechos no es, tampoco aquí, un error en el sentido exigido por la ley en esta correlación. Pero es posible, también aquí, como antes, que una falsa apreciación encierre implícitamente una idea falsa sobre hechos: creer erróneamente que se posee un instrumento de gran categoría. Una idea puede convertirse en una idea “falsa” por la circunstancia de que contiene lagunas en un punto decisivo”⁵¹².

CAP. XVI

El Código Penal peruano equipara la conducta consistente en producir el error –conforme al artículo 196 del Código penal– y la de mantener un estado de error por parte del sujeto activo al decir: “...induciendo o manteniendo en error al agraviado”. El error para que tenga relevancia en el delito de estafa debe haber sido provocado o propiciado por la acción fraudulenta desarrollada por el agente⁵¹³.

512 MEZGER, Edmund; *Derecho penal, Parte especial*, T. II, Buenos Aires, 2004, p. 173.

513 Véase: Ejecutoria Suprema de fecha 25 de octubre de 2004, expedido por la Primera Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad, N.º 1075-04, LIMA, en el Considerando Segundo, tiene dicho lo siguiente, en el considerando tercero: “Que conforme lo define Ramiro Salinas Siccha: **B.** El error es generado no por engaño sino por exclusiva ignorancia respecto a las intenciones del autor del hecho punible error en consecuencia es entendido como un falso conocimiento de la realidad que producto del engaño y que a su vez motiva la disposición patrimonial perjudicial”.

De ese modo, en la Resolución Superior del 14 de setiembre de 1998, atinadamente se afirma que “el error como elemento del tipo penal de estafa, juega un doble papel: primero, que debe ser consecuencia del engaño, dependiendo su relevancia típica si es que este es suficiente para alterar los elementos del juicio que dispone la víctima para comprender la intención dolosa del agente; y, segundo, debe motivar la disposición patrimonial, lo que permitirá verificar la relación de causalidad entre la acción y el resultado, generando la posibilidad de negar la imputación objetiva del resultado directamente provocado por la disposición patrimonial, si es

El error debe surgir inmediatamente a consecuencia del acto fraudulento. Si no hay acción fraudulenta de parte del agente, es imposible hablar de error y menos de estafa. La referencia al error es, pues un imperativo de la descripción típica del artículo 196. De este modo, el error ejercería un rol evidentemente limitador de las conductas que mediante una dinámica fraudulenta o engañosa son aptas para lesionar el patrimonio ajeno.

Como es sabido, el concepto de error en el delito de estafa es una problemática exclusivamente que concierne a la víctima o parte pasiva del delito objeto de comentario, o mejor dicho a la capacidades y condiciones que posee la víctima, y que el error que padece la víctima debe ser consecuencia directa y causal del engaño, astucia o ardid que debe generar el sujeto activo. En ese sentido, existe consenso en la doctrina y hasta en la jurisprudencia en afirmar que el engaño del delito de estafa debe producirse, en todos los casos, sobre y en función a una persona natural o física, es decir, el error o la falsa representación de la realidad –producto del engaño, astucia o ardid u otro similar– debe realizarse hacia una persona física o natural ya que dicha persona tiene obviamente, plenamente conciencia y voluntad de realizar determinados actos que perjudiquen su propio acervo patrimonial; en tal sentido, esta misma persona física o natural tendrá que disponer voluntariamente de su patrimonio perjudicándolo económicamente.

El problema no está si es la misma persona quien recibe el engaño y ella misma es la perjudicada por disponer de su patrimonio; sin embargo, el problema está en el siguiente caso: qué pasa si una persona física más bien está laborando al interior de una persona jurídica ya sea como empleado o como funcionario, y en ese contexto por ejemplo, una persona presenta ante una empresa financiera documentación falsa sobre sus datos personales y su sobre su patrimonio existente, y mediante engaños constantes finalmente llega estafar primero a la persona física encarga de otorgar créditos y préstamos; y segundo a la persona jurídica, ya que es quien será estafada será también la empresa financiera pues esta empresa es la que finalmente dispone de su patrimonio, produciendo así los requisitos típicos del artículo 196 del Código penal.

Aquí podría decirse que el “engañado” es una persona jurídica porque ella –a través de sus representantes– a dispuesto voluntariamente de su patrimonio otorgando el préstamo respectivo; empero debemos hacer la siguiente precisión: no es que el engaño, astucia o ardid entendido en los términos del artículo 196 del Código Penal se haya producido en o hacia una persona jurídica que en mi concepto es un ente colectivo de naturaleza ficticia o abstracta –como en este caso la engañada fue una empresa financiera–, sino como hemos dicho, el engaño debe dirigirse siempre hacia una persona física ya que esta tiene conciencia y voluntad de sus actos –que en nuestro caso puede ser el responsable de la unidad de créditos de un banco– y que tiene vínculo contractual y “representa” a la empresa financiera, y dicha persona física –que es el responsable de otorgamiento de créditos y préstamos– es quien recibirá directa e inmediatamente el engaño,

que el error, lejos de ser causa del comportamiento engañoso, aparece como consecuencia de la propia negligencia o falta de cuidado del sujeto” (Citado por SALINAS SICCHA).

astucia o ardid del sujeto activo y este en todos los casos realizará la disposición patrimonial en “nombre” de la persona jurídica, producto del error. El artículo 196 del Código Penal peruano señala que el sujeto activo tiene que inducir o mantener en error a la víctima, (“...induciendo o manteniendo en error al agraviado...”), y la inducción como se sabe es una motivación de determinación psicológica de una persona física hacia otra persona física.

Sin temor a equivocarnos podemos hacer un símil con la figura dogmática del “actuar por otro” del artículo 27 del Código penal, porque así como no pueden responder en nuestro Derecho de manera directa las personas jurídicas en el campo del Derecho penal –por la vigencia del principio del Derecho romano *societas delinquere non potest*–, y que para ello necesariamente se responsabiliza penalmente a aquellos personas físicas que actúan en nombre y representación de las personas jurídicas; de la misma manera como las personas jurídicas no pueden ser objeto de engaño –por estar influenciada tanto en *el acto* del engaño como en el *objeto* del engaño en criterios estrictamente psicológicos que solo lo pueden realizar personas de “carne” y “hueso”–; pero claro con una sola condición de orden jurídico-legal: que las personas físicas siempre y cuando actúan en nombre y representación de la persona jurídicas. Se podría decir que debemos aplicar una especie de “actuar por otro” para la víctima en la estafa precisamente para dar cabida a la parte agraviada a la persona jurídica.

En otras palabras, la problemática que enfrenta el error en una empresa producto de la estafa debe solucionarse, en mi criterio, en sentido parecido a las vías de representación, esto es, como es una regla general que las personas jurídicas no pueden ser sujetos estafados, pero sí aquellas personas físicas que laboran y “representan” a las personas jurídicas, ya que estas existen en la medida en que existen determinadas personas físicas que están al interior de la misma; en consecuencia aquí existe un sujeto pasivo de la acción –es decir, la persona física que es la directamente estafada y que su calidad dentro del proceso penal será la de testigo directo de los hechos, más no de sujeto agraviado– y obviamente habrá un sujeto pasivo del delito –que será la persona jurídica, la empresa financiera que será la titular del patrimonio afectado–.

Habrà que tener en cuenta que la vencibilidad del error sufrido por la aparente víctima de una estafa determina la atipicidad de la conducta engañosa. En la medida en que esta debe su carácter típico a la peligrosidad normativamente constatable a través de su adecuación para inducir a error, no cabe otra solución que la atipicidad apuntada para los casos en que se niegue se adecuación por ser el error producto del comportamiento negligente de la víctima.⁵¹⁴ Que la función que cumple el error en el tipo de estafa no deriva de la necesaria delimitación de *conductas típicas impuestas por el tenor de la ley*, sino que, más bien, *el carácter típico de las conductas engañosas se hace depender de su capacidad para producir error*, porque de su efectiva constatación depende la relevancia jurídico-penal de la disposición patrimonial y, por tanto, la afirmación de la estafa⁵¹⁵.

514 VALLE MUÑIZ, 1987, p. 186.

515 VALLE MUÑIZ, 1987, p. 187.

La estafa penal también puede cometerse vía actos concluyentes “omisivos”, de mantener en error a la víctima, cuando existía el deber por parte del agente de informarle ciertos aspectos, datos, elementos de juicio que eran esenciales y determinantes para adoptar la decisión en uno u otro sentido. Bajo esta hipótesis la víctima se encuentra en un estado psicológico de “error”, cuya presencia no ha sido obra del sujeto activo pero, que este debe esclarecer mediante actos positivos.

El silencio, por tanto, bajo determinados condicionamientos puede considerarse como una verdadera manifestación de voluntad. Tarea interpretativa, entonces, en la que pueden resultar de especial ayuda la valoración de algunas circunstancias: a) Si existe o no entre las partes anteriores y continuadas relaciones de negocios; b) los usos generales del tráfico; c) los usos individuales de los contratantes.⁵¹⁶ Pensamos, que para que el silencio sea capaz de producir error e inducir al acto de disposición debe de manifestarse como concluyente. Ello ocurrirá, desde luego, cuando el silencio aparezca en el seno de un comportamiento complejo positivo, donde cobra relevancia no tanto la mera omisión, cuando la acción concluyente que toda la conducta supone. Del mismo modo, devendrá concluyente aquel silencio que, en virtud de determinados parámetros, como los usos del tráfico, la existencia de un deber jurídico de manifestarse, la costumbre la cualidad de la persona, etc., adquiera una significación engañosa evidente⁵¹⁷.

En este sentido, podemos mencionar la Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de República, R. N. N.º 3115-2007, Lambayeque, de fecha 11 de marzo de 2010, en el considerando quinto, ha dicho:

“Que, en cuanto al delito de estafa atribuido al procesado Javier Armando Arbulú Buchacher, el artículo ciento noventa y seis del Código Penal, describe como supuesto de hecho sancionable a quien “procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta...”. Bajo ese marco legal, se atribuye a Arbulú Buchacher haber logrado beneficio económico induciendo y manteniendo en error a un servidor público, mediante engaño. Sin embargo, para los efectos de establecer la correspondencia típica de la conducta probada con el supuesto normativo de la norma penal, es menester efectuar algunas precisiones respecto a la relevancia del engaño típico en el delito de estafa. En primer lugar, es de establecer que, por regla general, la actividad del agente debe comprometer una conducta activa y positiva —*lo que no excluye a la conducta omisiva— que genere el estado de error que finalmente determine la voluntad —por cierto, viciada— del agraviado de efectuar concesión patrimonial*; ello se colige de los medios descritos en la norma prohibitiva “engaño”, “astucia”, “ardid”; en ese entendido, no podría comprenderse como objeto de protección penal, el aprovechamiento del agente de algún error en el que, sin su culpa, incurrió la víctima. Ahora bien, se atribuye que el procesado Javier Armando Arbulú Buchacher empleó engaño como medio fraudulento generador del error que originó el desembolso patrimonial en su favor. (las cursivas son nuestras).

En esta misma línea de pensamiento podemos citar la Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de República, Recurso de Nulidad,

516 VALLE MUÑIZ, 1987, p. 175.

517 VALLE MUÑIZ, 1987, p. 176.

N.º 3115-2007, Lambayeque, de fecha 11 de marzo de 2010, en el considerando quinto, ha dicho:

“...de este modo la conducta de Arbulú Buchacher queda fuera del alcance del tipo pues el representante de la víctima no se comportó conforme a la exigencia que funcional y socialmente se le exigía, pues la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia, contribuyendo con su actuar negligente a la disposición indebida del patrimonio estatal a favor del encausado —similares términos fácticos emplea la sentencia condenatoria, a fojas quinientos sesenta y cinco—. De otro lado, y luego de incurrir en error el funcionario encargado y elevar la conformidad de la recepción de más de la mercadería efectivamente recibida, si bien es cierto el encausado no advirtió a la entidad agraviada del referido error, sino que por el contrario presentó una factura por la totalidad de la mercadería, también lo es que la ley no sanciona al que no suprime un error preexistente; *la conducta omisiva será punible solo si existe en el agente la obligación de advertir del error a la víctima —posición de garante— no cuando, sin dicho deber, su silencio nada agrega a los hechos*. Bacigalupo refiere al respecto que “el problema del aprovechamiento no causado por el sujeto activo lleva a la falta de atipicidad de la conducta, porque no hay una obligación de despejar errores, y tampoco existiría una imputación de la víctima al autor” (BACIGALUPO, Insolvencia y delito. Ed. Depalma, Buenos Aires, p. cuarenta y cinco). Sin embargo, en el caso de autos la presentación de la factura con la totalidad del producto no resulta relevante a efecto de causar o mantener en error a la administración pública, pues, en este caso, la causalidad de la disposición patrimonial viene dado primordialmente por la conformidad de la recepción total de la mercadería; en nada sobre afecta al mantenimiento del error, con efectos típicos, la presentación de una factura que confirma el error incurrido. En razón de lo expuesto, y porque la conducta desplegada después de la emisión de la conformidad de la mercadería no reviste de la trascendencia del engaño típico exigido por el artículo ciento noventa y seis del Código Penal, es del caso absolver al encausado del ilícito atribuido; no obstante, la declaración de absolución no lo exime de sus obligaciones resarcitorias, que en la vía civil y administrativa, corresponda determinar por su conducta desplegada, ajena a esta vía penal de modo autónomo”.

CAP. XVI

No se discute que, en los delitos de omisión, debe existir un *derecho a la verdad*. Pero también con respecto de la comisión es evidente que no cualquier falta a la verdad puede ser relevante para la estafa. Un ejemplo: el vendedor afirma que no puede bajar el precio porque existe una serie de interesados adicionales en la compra, para así inducir al cliente a comprar el vehículo usado excesivamente caro. Esta información puede ser falsa e inducir al comprador hacia una adquisición desventajosa, sin embargo no es un engaño en el sentido de tipo de estafa. El comprador no tiene frente al vendedor, en esas condiciones, un derecho a ser informado de un modo veraz sobre los intereses de los demás clientes. Su derecho a la verdad está referido únicamente a la descripción correcta del rendimiento hasta donde esta sea contractualmente esencial y al asesoramiento correcto, en la medida en que este haya sido asumido de común acuerdo. En cambio, las demás informaciones podrán ser tan falsas como se quiera, ella no fundamentan autoría mediata⁵¹⁸.

518 KINDHAUSER, Urs; *Estudios de derecho penal patrimonial*, edit. Grijley, Lima, 2002, p. 110.

La idea fundamental de esta diferenciación se basa en el principio de responsabilidad de la imputación objetiva. Sólo aquel que hace suyo un asunto inherente a la esfera de libertad de otro y de esa forma asume responsabilidad ajena, debe responder también por el desarrollo indemne de este asunto. En el caso normal de cualquier contacto social, el derecho a la verdad de la información dada resulta de la reivindicación de la confianza correspondiente. Quien recauda donaciones reivindica confianza en la exactitud de las especificaciones sobre la finalidad del dinero. En la conclusión de contratos sinalagmáticos, la reivindicación de la contraprestación debe fundamentarse en la confianza sobre la descripción verídica de la propia prestación⁵¹⁹.

3. Acto de disposición patrimonial. Especial mención a la imputación a la víctima

El error debe llevar a la víctima a realizar una disposición patrimonial. Es decir, debe haber un acto voluntario aunque con un vicio del consentimiento, en virtud del engaño y del error. La doctrina es unánime cuando sostiene que el error, engaño y disposición patrimonial tiene que recaer sobre la misma persona, que en este caso es una misma empresa perjudicada. Disposición patrimonial es el acto por el cual el agraviado se desprende o saca de la esfera de su dominio parte o el total de su patrimonio y lo desplaza y entrega voluntariamente al agente⁵²⁰. El acto de disposición penalmente relevante debe ser entendido en sentido amplio, como *aquel comportamiento—activo, omisivo, de permisión o de tolerancia—, del sujeto inducido a error que conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en tercero*. Es el nexo causal entre el engaño y el perjuicio, el cual sin dicha disposición no podrá ser imputado a la conducta engañosa, al menos a título de estafa. No importa su configuración jurídico-civil. No es relevante penalmente que aparezca como un negocio jurídico o una declaración de voluntad es, simplemente, una conducta que posee eficacia real sobre el patrimonio atacado⁵²¹.

CAP. XVI

519 KINDHAUSER, Urs; *"Estudios de derecho penal patrimonial"*, edit. Grijley, Lima, 2002, p. 110.

520 Véase: SALINAS SICCHA, 2008, pp. 1050-1058. Por otro lado, la Ejecutoria Suprema de fecha 25 de octubre de 2004, expedido por la Primera Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad, N.º 1075-04, LIMA, en el Considerando Segundo, tiene dicho lo siguiente, en el considerando tercero: "C. Acto de disposición patrimonial, el error debe llevar a la víctima a realizar una disposición patrimonial, debe haber un acto voluntario aunque con un vicio del consentimiento, provocado por el engaño y el error. Si la persona que dispone del bien hizo su prestación libremente sin que su consentimiento estuviera viciado por el error y la conducta engañosa del agente es posterior dirigida a apropiarse del bien o a ocultar su apropiación no habrá estafa, sino apropiación ilícita. D. Perjuicio.-la disposición patrimonial tiene que producir un perjuicio estimable económicamente, elementos con los que concuerda igualmente Luis Bramont Arias".

En doctrina se gráfca este aspecto afirmando que el estafador alarga la mano, no para coger las cosas como ocurre con el ladrón, sino para que la víctima se las ponga a su alcance. La víctima a consecuencia del error provocado por el acto fraudulento, en su directo perjuicio, hace entrega o pone a disposición del agente su patrimonio.

521 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / VALLE MUÑOZ, José Manuel; *"De las Estafas"* en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) MORALES PRATS, Fermín (Coordinador); Comentarios al Nuevo Código Penal, tomo II, Navarra, 2005, p. 1259.

Ese desplazamiento puede tener lugar en forma de entrega, cesión o prestación de la cosa, derecho o servicio de que se trate (pues el delito de estafa puede recaer sobre cualquier elemento del patrimonio, incluidas las expectativas legítimas y económicamente valiables).⁵²² También la omisión puede constituir una disposición patrimonial, como sería el caso del engañado que deja de percibir o renuncia a un crédito. Puede cometer estafa quien hace creer al acreedor, con un falso recibo o cuenta, haber abonado la totalidad del crédito, renunciando por ello aquél a reclamar la diferencia o perjudicando el efecto ejecutivo del título⁵²³. Es imprescindible que la disposición sea realizada por la misma persona que sufrió el engaño, pero —en cambio— el acto de disposición puede generar un perjuicio patrimonial propio o ajeno, de modo que no necesariamente debe coincidir la identidad de quien dispone movido por error, y quien en definitiva resulta perjudicado⁵²⁴.

Por su parte Mezger afirma que: “Es suficiente disponer de la posesión. No es necesario que exista una disposición en el sentido del derecho civil de un negocio jurídico o de una declaración de voluntad, siendo suficiente, por parte del engañado, una acción, etc., que ocasione la consecuencia jurídica mencionada. Basta una simple actuación de hecho sobre las relaciones patrimoniales, por ej., la realización de asientos en los libros de comercio. De ahí que no sea necesario que la persona que pone a disposición tenga capacidad jurídica. Puede incluirse aquí también una simple omisión, si ocasiona tales efectos, por ejemplo, la no reclamación de un crédito”⁵²⁵.

El acto de disposición patrimonial convierte a la estafa en lo que la doctrina alemana denomina delito de relación, de modo que para el examen de la imputación objetiva del resultado no solo habrá que analizar las características de la acción del autor (el engaño), sino también las características de la participación de la víctima (acto de disposición realizado por error que conlleva un autodaño patrimonial en cierto modo inconsciente)⁵²⁶.

Así pues, desde una perspectiva estrictamente penal lo esencial es que el acto de disposición del engañado aparezca como el vehículo utilizado por el agente para conseguir el enriquecimiento injusto, es decir, el acto de disposición penalmente relevante debe ser entendido, entonces, genéricamente, como aquel comportamiento, activo u omisivo, del sujeto inducido a error que conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero. Es el nexo causal entre el engaño y el perjuicio, el cual sin dicha disposición no podrá ser imputado a la conducta engañosa, al menos a título de estafa.⁵²⁷ El acto de disposición puede recaer sobre cualquier parte integrante del patrimonio, sobre bienes muebles o inmuebles o sobre derechos, puede consistir tanto en la transmisión de derechos

522 VIVES ANTON, T.S. / GONZALES CUSSAC, J.L.; en: Autores Varios, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2004, p. 485.

523 DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho penal. Parte especial*, tomo II-B, Santa Fe-Buenos Aires, tomo II-B, 2003, p. 316.

524 DONNA, T. II-B, 2003, p. 315.

525 MEZGER, T. II, 2004, p. 174.

526 Véase: CANEZ MARTICORENA, 2000, p. 23.

527 VALLE MUÑIZ, 1987, p. 214.

como en la asunción de obligaciones; también puede tener por objeto la prestación de servicios, siempre que ostenten una valoración económica⁵²⁸.

Un tema que debe dilucidarse en la disposición patrimonial es lo concerniente a la víctima en el delito de estafa, el mismo que no será quien en un momento dado de la interrelación tuvo una representación intelectual falsa, sino quien habiéndose organizado de forma adecuada, dispone de su patrimonio en un déficit de información imputable del autor⁵²⁹. En concreto, no cabe duda que las debilidades de la víctima, y por ende también sus –llámeseles así, de momento– “fortalezas”, juegan un papel gravitante en la valoración de la aptitud típicamente lesiva del engaño. Por debilidad a los efectos de lo que aquí interesa, ha de entenderse no solo a la falta de información suficiente para llevar a cabo libremente el acto de disposición patrimonial, sino que aquel estado de vulnerabilidad de la víctima derivado de aquellas particulares condiciones que la tornan especialmente propensa a realizar el acto dispositivo en una situación de déficit cognitivo, esto es, instrumentalizada por el autor⁵³⁰.

En este punto merece especial atención resaltar que los niveles de autonomía y responsabilidad de la víctima vulnerable o “estructuralmente débil”. La imputación a la víctima tiene lugar necesariamente de modo normativo, cuando la aparente víctima ha infringido determinadas incumbencias de autoprotección, esto es, cuando en pleno ejercicio de su autonomía no administra su ámbito de organización de manera cuidadosa asegurando la incolumidad de sus bienes jurídicos. Por ello es que la institución dogmática de la imputación a la víctima se rige sobre el principio de autorresponsabilidad, en virtud del cual cada ciudadano debe responder por sus propios actos⁵³¹.

CAP. XVI

4. Perjuicio económico por desprendimiento patrimonial

Acto seguido, una vez verificado el error provocado por el engaño utilizado por el agente, se verificará si tal error originó que la víctima se desprenda en su perjuicio de parte o el total de su patrimonio. El elemento perjuicio por disposición patrimonial resulta fundamental en el delito de estafa. Pues si no hay desprendimiento o, mejor dicho, entrega de bienes (muebles o inmuebles), derechos reales o de crédito de parte de la víctima al agente, así este haya actuado engañosamente y provocado un error evidente, el delito de estafa no se configura. Para la determinación del

528 VALLE MUÑOZ, 1987, p. 215.

529 Véase: MEDINA FRISANCHO, José Luis; *La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial*, Lima, 2011, p. 92.

530 Véase: MEDINA FRISANCHO, 2011, p. 109. Este mismo autor señala que “En vía de ejemplo puede aludirse al campesino de un pueblo alejado del interior del país, que nunca ha traspasado sus límites y que, para mejorar su trabajo agrícola, decide adquirir un vehículo que finalmente resulta tener un propietario distinto al vendedor que se lo ofreció. En ese supuesto, sería difícilmente exigible a la víctima la toma de medidas de aseguramiento patrimonial (como la verificación registral del bien objeto de venta), pues dada su propia carencia de conocimientos negociables no le es posible autoproteger su ámbito de organización de modo suficiente y equivalente al de un sujeto instruido o, cuando menos, de mediana cultura con cierta experiencia o conocimientos mínimos en negocios comerciales. (pp. 110 y 111).”

531 MEDINA FRISANCHO, 2011, p. 56.

perjuicio deberá tenerse en cuenta la inmediatez. En ese sentido solo serán atribuibles aquellos perjuicios que deriven directamente del acto de disposición⁵³².

El perjuicio típico de la estafa consiste, pues, en la diferencia de valor entre lo que se atribuye a otro (generalmente, al autor del delito) en virtud del acto de disposición y lo que, eventualmente, se recibe de este como contraprestación: si la contraprestación que se recibe es de igual valor que la que se realiza no hay, pues, delito, aunque pueda haber un "perjuicio" indemnizable civilmente; y, si es de menor valor, puede haber delito, pese a que, civilmente, no haya "perjuicio" alguno⁵³³.

Por otro lado, tiene que tratarse de un perjuicio *efectivo y actual*: la disposición en sí debe haber producido el perjuicio; cuando únicamente ha creado ella una carga para el patrimonio de futura ejecución, que solo entraña el peligro del perjuicio (p. ej., lograr fraudulentamente la firma de un pagaré), se estará en el terreno de la tentativa, pero no de la tipicidad completa de la acción punible⁵³⁴. La doctrina establece que la disposición patrimonial tiene que producir un perjuicio estimable económicamente, pues se trata de un delito contra el patrimonio. El perjuicio deberá ser real, efectivo y valorable económicamente. Para la determinación del perjuicio deberá tenerse en cuenta la inmediatez. En ese sentido solo serán atribuibles aquellos perjuicios que deriven directamente del acto de disposición. Asimismo, Gonzales Rus señala que: "Identificado el bien jurídico protegido como cada uno de los *elementos integrantes del patrimonio*, el perjuicio no puede ser determinado mediante la comparación global del patrimonio antes y después del delito, sino desde la perspectiva del concreto acto de disposición realizado y el elemento patrimonial al que afecta⁵³⁵".

V. LA RELACIÓN SECUENCIAL DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS EN LA ESTAFA. ESPECIAL MENCIÓN A LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN PATRIMONIAL

CAP. XVI

Como el delito de defraudación patrimonial se trata de un delito que en su estructura típica responde a uno de resultado lesivo, ya que se exige la probanza del perjuicio económico de la víctima; en consecuencia, se tiene que analizar previamente la problemática de la relación de causalidad entre el engaño y el

532 Véase: CANEZ MARTICORENA, 2000, p. 37.

533 VIVES ANTÓN, T.S. / GONZALES CUSSAC, J.L.; en: Autores Varios, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2004, p. 486. Estos autores agregan que: "La distinción entre el perjuicio típico (la cuantía de la defraudación) y el perjuicio civilmente indemnizable, que es absolutamente necesaria para deslindar lo penalmente relevante de lo que no lo es, no puede llevarse a cabo correctamente si se parte de la idea de que el perjuicio contemplado por el tipo consiste en una disminución del patrimonio, entendido como totalidad".

534 Véase: CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte especial T. I*, 1991, p. 490.

535 GONZALES RUS, Juan José; *Curso de Derecho penal español parte especial I*, Madrid 1996, pp. 669-672). Así lo viene entendiendo la jurisprudencia, que calcula el perjuicio en relación al concreto acto de disposición: importe de la harina recibida y no pagada (STS de 18 de marzo de 1988), diferencia de valor entre las coronas islandesas y las suecas que se decía entregar (STS de 19 de mayo de 1983); precio dado por la adquisición del inmueble (STS de 30 de marzo de 1988), etcétera.

desplazamiento que realiza la víctima. En este sentido, por ejemplo, se pronuncia la sentencia de fecha 30 de marzo de 2007 expedida por la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente N.º 1187-2005, tiene dicho lo siguiente:

“Primero. El delito de Estafa se perfecciona cuando el sujeto pasivo se desprende voluntariamente de su patrimonio a consecuencia de la falsa apreciación de la realidad inducida o mantenida en error por la acción engañosa del acusado, vale decir que el medio fraudulento no solo preexiste al desplazamiento patrimonial, sino además es *causa determinante a dicho desplazamiento*”. (las cursivas son nuestras). Como puede verse, como la moderna doctrina y la jurisprudencia encararan el tema de la causalidad material ahora con las consideraciones de la teoría de la imputación objetiva.

Como se sabe, la teoría de la imputación objetiva, atenúa la aplicación irrestricta del dogma causal proveniente de la teoría del delito, y se procura eliminar o neutralizar la “*versari in re illicita imputatur omnia, quae sequuntur ex delicto* (quien comete un delito es responsable por todo lo que se siga de él). Según la doctrina dominante, esta relación se produce a un doble nivel. Por un lado, por medio de la *relación de causalidad*, construida en base a criterios extrapenales. Por otro, mediante una *relación de riesgo*, de configuración esencialmente normativa. A establecer los principios con los que determinar la existencia o no de esta última, se dedican las modernas teorías de la *imputación objetiva*⁵³⁶. Este postulado ha

536 SILVA SÁNCHEZ; “*Aberratio Ictus e Imputación Objetiva*”, en: Estudios de Derecho penal, Lima, 2000, p. 66 y 67. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 7 de julio de 1993 ha dicho lo siguiente: “...No puede ponerse en duda, en términos de simple causalidad material, regida por el principio de equivalencia de condiciones, que la –actuación de la recurrente contribuyó o tuvo incidencia en el resultado, pero además lo hizo con relevancia al haberse producido el fallecimiento del menor –siguiendo el relato judicial– por atrofia cerebral, con edema e insuficiencia cardio-respiratoria aguda después de dos años y cinco meses de permanencia en coma grado 2.3, que se originó por la falta de oxigenación cerebral durante una intervención quirúrgica en la que participó como anestesista la recurrente. Si la causalidad se define, en un primer plano, por su *carácter estrictamente natural y derivado de las leyes de la experiencia*, y, restringe, en un segundo momento, por la *relevancia jurídico-penal según el sentido del correspondiente tipo penal que toma en consideración el riesgo creado y el fin de protección de la norma*, es llano que la *imputación objetiva del resultado* se presenta en los hechos como incuestionable al considerar que el abandono del área del quirófano –por la anestesista– de un paciente no monitorizado está en conexión causa y directa con la falta de oxigenación cerebral que pasó inadvertida durante unos minutos y que desencadenó todas las consecuencias arriba descritas”. (las cursivas son nuestras).

Así las cosas, existe una fusión de conceptos en el sentido que la categoría del derecho natural de la causalidad mediante la imputación objetiva, caracterizando el resultado como objeto de la imputación y al actuante como el sujeto: el resultado de la acción debía ser imputable al sujeto. Nace, pues, no solamente con el objetivo de restringir la imputación a un determinada conducta, sino también de confundir los planos fácticos (causales) y jurídicos. En palabras de Roxin la teoría de la imputación objetiva es un medio político criminal obligado sobre todo en la delimitación típica de los delitos de resultado (homicidio, lesiones) cuya redacción típica al no estar estructurada por otras circunstancias experimentan la preceptiva restricción mediante la teoría de la imputación. Para la respectiva constatación de la relación de causalidad entre una conducta y resultado se ha de realizar un juicio *ex post* de carácter naturalístico. En otras palabras, se debe tener en consideración todos los acontecimientos y situaciones acontecidos en la realidad externa y objetiva. Tal constatación será el requisito indispensable, como paso

llegado a sostener la sustitución de la relación causal entre la acción típica y el resultado⁵³⁷. A partir de la idea de que los tipos penales quieren reprimir comportamientos y no causaciones, pues de no ser así resultaría impreciso o desmesurado el ámbito de lo típico, se impone la conciencia de que exclusivamente a través de las teorías de la causalidad no es posible encontrar un criterio seguro para atribuir a un hombre concreto la producción de un resultado determinado⁵³⁸. Es decir, bajo la denominada “imputación objetiva”, cabe advertir, no suele hablarse siempre de lo mismo: no hay uniformidad sobre lo que debe entenderse por ella, ni sobre sus contenidos, ni siquiera sobre su necesidad⁵³⁹. Esto dificulta referirse a ella como “una” o “una” teoría. Se discute si efectivamente existe una verdadera “teoría” de la imputación objetiva, en el sentido que confluya un marco conceptual de proposiciones coherentes y homogéneas.

Asimismo, la Ejecutoria Suprema de fecha 15 de diciembre de 2006, expedida por el Segunda Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N.º 4632-2006 La Libertad en el considerando cuarto, ha establecido lo siguiente:

“El delito de estafa atribuido a los procesados Greco Vladimir Augusto Quiroz Díaz y Luis Fernando Aliaga Gamarra, puede describirse, en general, conforme lo señala CREUS (en “Derecho Penal” -Parte Especial- Editorial Astrea segunda edición, página 490), “como el hecho por medio del cual una persona toma a raíz de un error provocado por la acción del agente, una disposición patrimonial perjudicial, que dicho agente pretende convertir en beneficio propio o de un tercero ...(así) la *secuencia causal en la estafa es la siguiente*: el agente despliega una actividad engañosa que induce a error a una persona, quien en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para su patrimonio. La conducta punible es defraudar por medio de ardid o engaño”.

CAP. XVI

En esta misma lógica, podemos citar la Ejecutoria Suprema de fecha 25 de octubre de 2004, expedido por la Primera Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad, N.º 1075-04, Lima, en el Considerando Segundo, tiene dicho lo siguiente:

previo, para indagar posteriormente si de tal relación de acontecimientos puede generar algún tipo de responsabilidad penal. El siguiente paso será comprobar que un comportamiento es imputable a su autor como productor de un resultado típico. Existen diferentes definiciones sobre imputación objetiva, solo nos vamos a referir aquella expresado por Roxin, a través de una orientación teleológica funcionalista de Derecho penal, dice como la creación de un riesgo jurídicamente relevante (carácter *disvalioso* de la conducta), la realización del riesgo en el resultado (consumación o tentativa) y la pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma (criterio adicional propuesto por Roxin).

537 En este sentido MAURACH /GÖSSEL / ZIPF, Ob. Cit., p. 237; JESCHECK. Ob. Cit. p. 564; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1987, p. 390.

538 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, Fermín/PRATS CANUT, J.Miguel; *Manual de Derecho penal. Parte general*, Navarra, 2000, p. 324.

539 Véase: MÜSSIG, Berns; “Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en derecho penal. Puntos de partida para una sistematización”, en: Gómez-Jara Díez, Carlos (Editor), *teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Lima, 2007, p. 262.

“Que el delito de estafa per se, se configura cuando el agente haciendo uso del engaño astucia, ardid u otra forma fraudulenta, induce o mantiene en error al sujeto pasivo con la finalidad de hacer que esté en su perjuicio se desprenda de su patrimonio y le entregue voluntariamente a aquel en su directo beneficio indebido o de un tercero. que los elementos de la estafa deben ser secuenciales, esto es que primeramente el uso del engaño, que este haya inducido o servido para mantener en error a la víctima y como consecuencia de este hecho la víctima voluntariamente y en su perjuicio se desprenda del total o parte de su patrimonio y lo entregue al agente en su propio beneficio ilegítimo o de tercero, *que estos elementos deben estar intrínsecamente vinculados por la relación de causalidad ideal o motivación si en determinada conducta no se verifica la secuencia sucesiva de estos elementos el injusto penal de estafa no aparece*”.

Asimismo, la Ejecutoria Suprema de fecha 17 de mayo de 2004, expedido por la Sala Penal Transitoria R. N. N.º 567-2003 Ica, que en el considerando tercero, sostiene que:

“...para que se configure el delito de estafa, en hechos que importan por su propia naturaleza incumplimiento de obligaciones, se debe tener en cuenta el nexo que existe entre los elementos que configuran *este delito que no es de causalidad material, sino de causalidad ideal o motivado, siendo necesario que se pruebe el engaño capaz de producir error que induzca a realizar un acto de disposición que persiga un perjuicio*; lo que no se ha llegado a probar en autos, si se tiene en cuenta que el procesado Hernán Gustavo Godoy Pariona, en forma uniforme y coherente acepta haber recibido envíos de papa de la ciudad de Ica, así como el haber cancelado por intermedio de don César Augusto Espino Aparcana, agregando además que no conoce al agraviado Marcos Lorenzo Hernández Peña, toda vez que el trato comercial lo realizaba con un tercero; por lo que resulta de aplicación el principio universal del “in dubio pro reo”, consagrado en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú; por lo que, estando a la facultad conferida por el primer párrafo del artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales”.

En esta misma lógica podemos citar la Ejecutoria de fecha 12 de enero de 1998 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, RN. N.º 1767-97, Lima, que tiene dicho lo siguiente:

“...que, al quedar demostrado la ilicitud del contrato de compra venta suscrito entre el citado sentenciado y el referido agraviado, y no existiendo prueba alguna que demuestre que el propietario del vehículo, el encausado José Luis Alván Rojas, haya participado coludido con Alfonso Gallo Torres para la venta del indicado bien patrimonial, la única venta válida entonces resulta ser la realizada posteriormente por el mismo propietario, directamente al agraviado Torres Carrasco, de tal forma que mal puede sostenerse que durante la celebración de este nuevo acto jurídico, el encausado Alván Rojas haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado para la lesión del patrimonio del agraviado Nemesio Torres Carrasco, máxime cuando ambas partes estuvieron de acuerdo en los términos del contrato, conforme al documento obrante a fojas treintitrés, sin que se infiera de él que la disposición patrimonial efectuada por el referido agraviado, que en este caso es a través del pago por la compra del indicado vehículo, haya sido a consecuencia de un error inducido

por el citado encausado, *por lo que estando de acuerdo a la moderna teoría de la imputación objetiva, no puede imputarse objetivamente el resultado a quien con su acción no ha creado para el bien jurídico ningún riesgo jurídicamente desaprobado*”.

Por último la Ejecutoria Suprema de fecha 18 de marzo de 2003, expedida por la Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N.º 1474-2002 Cusco, que establece lo siguiente:

“...no constituyen delito de estafa, por cuanto para su configuración es necesario que medie engaño, ardid o astucia a efectos que la víctima se desprenda de un determinado bien, procurando así el agente un provecho indebido; presupuestos que no concurren en autos, por cuanto los agraviados conforme aparece a fojas cinco y veinticinco suscribieron contratos, aceptando los términos del mismo, como la rescisión del contrato en caso de incumplimiento, sin derecho a devolución del dinero abonado; que, si bien los agraviados alegan que el incumplimiento de los pagos, se debió a las constantes fallas mecánicas de los vehículos adquiridos, sin embargo tal argumento no ha sido corroborado con prueba útil, pertinente y conducente; por consiguiente infiriéndose que el hecho materia de pronunciamiento es en realidad una obligación derivada de una relación entre derechos y obligaciones, corresponde absolverlos de la acusación fiscal...”.

Requisitos objetivos (artículo 196 del C.P.)

VI. TIPICIDAD SUBJETIVA DEL DELITO DE ESTAFA. EL DOLO Y EL ANIMUS DE LUCRO

El artículo 196 del Código Penal se trata de una conducta típicamente dolosa⁵⁴⁰. En consecuencia no es posible la comisión culposa. Sin embargo, la definición del delito de estafa exige expresamente el *ánimo de lucro* como puede de la misma descripción legal del artículo 196, reclamando directamente un elemento que tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado siempre implícito en las defraudaciones, entre las que se incluye la estafa. Como todo delito contra el patrimonio o contra la propiedad, se exige, como condición de tipicidad, que el sujeto activo una vez en su poder o ámbito de dominio la cosa estafada en este caso, tengo como finalidad lucrarse de ese bien, ya que el tipo penal objeto de comentario señala expresamente en la primera parte de la descripción: “El que procura para sí o para otro un *provecho ilícito*...”.

CAP. XVI

540 Véase, la Ejecutoria de fecha 15 de enero de 2003 expedido por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R. N. N.º 2989-2002, Lambayeque, que nos dice en este punto lo siguiente: “...es decir, no se aprecia que haya existido dolo alguno en la conducta de las precitadas, requisito *sine quanon* que exige el tipo legal de la materia, toda vez que la inscripción del gravamen en el registro de propiedad vehicular que realizó el encausado antes referido, con relación al vehículo antes mencionado, se concretizó el dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis, según es de observarse de fojas catorce y la solicitud de inscripción prendaria por parte de la entidad agraviada se efectuó el veintiuno de abril de mil novecientos noventa y siete, conforme trasciende de fojas doce, con lo cual se sustraería la alegación de haberse tratado de un bien gravado”;

El ánimo de lucro al final guía u orienta el actuar del actor o agente y por ello, se convierte en un elemento subjetivo adicional al dolo. Si este elemento subjetivo adicional no se verifica en determinada conducta, el delito en hermenéutica no se configura⁵⁴¹. En este punto, Peña Cabrera Freyre nos dice que “Si hemos de analizar en detalle la construcción típica en cuestión, hemos de arribar a la idea, que el denominado “ánimo de lucro”, se encuentra ya ínsito en el dolo del autor, al abarcar dicha conciencia que la conducta engañosa, ha de realizarse para procurar la obtención de un provecho para sí o para un tercero. Nadie podría decir, que quien efectúa dichas maquinaciones no la hace, para obtener un provecho; sin embargo autores como Valle Muñiz, da el siguiente ejemplo: unas maniobras engañosas en el seno de una determinada relación contractual sin ánimo de lucro (con propósito, por ejemplo, de ridiculizar a la otra parte), no serán ciertamente, constitutivas de estafa, pero semejante comportamiento será objeto de calificación como ilícito civil y, en consecuencia, la parte dañada podrá interponer la acción de anulabilidad del vínculo y, en su caso, exigir el resarcimiento por daños y perjuicios”⁵⁴².

En este punto citaremos la Ejecutoria Suprema de fecha 16 de febrero de 2006, expedida por la Primera Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad, N.º 4211-2005, Lima, en el considerando octavo, tiene dicho lo siguiente:

NOVENO. que, se advierte la inconcurrencia del elemento subjetivo del dolo y/o animus lucrandi – ánimo de lucrar –, requisitos *sine qua non* exigibles en el tipo legal de estafa; con el agregado que la denuncia de parte se produjo el treinta de diciembre del dos mil dos (ver escrito de fojas uno del principal), es decir, casi un año después de suscitados los hechos, si tenemos en cuenta sus propias versiones, las fechas consignadas en los boletos de viaje de fojas ciento cuarentiocho a fojas ciento cincuentiséis; y, las visas que copias corren agregadas a fojas doscientos dieciocho, fojas doscientos veinte, fojas doscientos veinticuatro y fojas doscientos veintiséis; razones por las cuales no se ha acreditado la existencia de los elementos objetivos requeridos por el tipo penal de estafa, de tal forma que los agravios del recurrente resultan atendibles, debiéndose declarar fundada la excepción de naturaleza de acción que dedujo”.

CAP. XVI

VII. EL DELITO DE ESTAFA EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES

Si el delito de apropiación ilícita tiene como condición la existencia de dos personas que han realizado, previamente un acto jurídico generalmente de naturaleza civil y en muchos casos de naturaleza societaria, es decir, tiene que haber de acuerdo al artículo 190 del Código Penal un título de naturaleza civil que motivaría la obligación jurídica de devolver, entregar el bien jurídico; en igual sentido, el delito de estafa del artículo 196 del Código Penal también intervienen dos personas naturales –por eso también se llama delitos de relación– que previamente hayan realizado un acto jurídico, pero motivado la realización de dicho acto jurídico por un vicio de la voluntad en el sujeto pasivo.

541 Véase: SALINAS SICCHA, 2008, p. 1059.

542 Véase: PEÑA CABRERA FREYRE; T. II, 2010, p. 361.

La pregunta que cabría hacernos sería la siguiente: ¿Si puede existir un delito de estafa en la que no haya previamente un acto jurídico de contenido patrimonial, o mejor dicho una relación contractual de naturaleza patrimonial? Sería muy difícil de sostener lo contrario, desde que la mayoría de delitos por estafa se produce en el marco de una relación contractual, aún en supuestos de contratos meramente consensuados donde se sabe está exento de escrituralidad, habrá un contrato válido jurídicamente, y por tanto pasible de engaño de unas de las partes integrantes que puede condicionar la comisión de un delito de estafa. Es más la mayoría de delitos de estafas que llegan a conocimiento de la judicatura penal, por ende en la fiscalía, es porque antes han tenido o actualmente tiene alguna relevancia previa o coetánea en el ámbito judicial extrapenal —por ejemplo la existencia de procesos paralelos civiles de nulidad, anulabilidad o rescisión de contrato o algún acto jurídico—.

Se afirma que en la doctrina civil que todo crédito pueden identificarse estructuralmente, desde el punto de vista temporal, en tres periodos: la fase del nacimiento o instauración de la relación crediticia, la fase del cumplimiento voluntario y, en los supuestos de contravención, al de cumplimiento compulsivo, o por vía ejecutiva, coincidente con lo que, desde otra perspectiva, denominamos derecho a la satisfacción en el patrimonio del deudor. La tutela penal otorgada por la estafa se circunscribe al momento de la instauración de dicha relaciones. Por ello que respecto al dolo, en este ámbito problemático, se sostiene que debe ser antecedente, inicial o *in contrahendo* (anterior al que se contrae la obligación). Es en la génesis del nacimiento del crédito, momento determinado por el factor confianza, cuando opera preferentemente la estafa en su función de tutela, sancionando las conductas engañosas que envuelven desde el principio la finalidad de incumplir la prestación pactada. Esta exigencia pareciera estar presente en la sentencia por la Sala Corporativa de Apelaciones de Procesos Sumarios el 28 de noviembre de 1997⁵⁴³

CAP. XVI

- 543 Véase: CANEZ MARTICORENA, 2000, p. 44. Este mismo autor señala en un pie de página una ejecutoria de fecha 28 de noviembre de 1997, que a continuación lo transcribimos: VISTOS, interviniendo como vocal ponente del doctor Rojas Zuloeta; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en su dictamen de fojas ciento doce-ciento trece; y CONSIDERANDO: Primero: que, los hechos materia de autos consisten en que el procesado en su calidad de Gerente del Consorcio Automotor Grupo ADI Sociedad Anónima, recibió la suma de tres mil quinientos dólares americanos de parte del agraviado como cuota inicial por la compra de un vehículo materia del trato, y al ser requerido para la devolución del dinero, el justiciable libro un cheque número BG cincuentiuno cero noventa y siete de fecha quince de mayo de mil novecientos noventa y tres, que corre a fojas trece, el mismo que al ser presentado al Banco de Crédito para su cobro no fue pagado por falta de provisión. Segundo: que, *para la configuración del delito de estafa es necesario que el agente activo del ilícito se valga del engaño, ardid o astucia para que la víctima se desprenda del bien*, en este caso del dinero, procurándose así un provecho ilícito perjudicando al agraviado; Tercero: que, de lo actuado se desprende que no se ha probado el engaño, no astucia por parte del inculpaado, pues efectivamente es representante legal del Consorcio Automotriz y acepta haber efectuado un trato con el agraviado el cual no pudo cumplir porque el crédito solicitado por el agraviado, no fue aceptado. Cuarto: que a la fecha del depósito del dinero por parte del agraviado, no se ha probado *si al momento de la compra* el procesado carecía de vehículos o estaba impedido de venderlos; Quinto: que, siendo esto así y no existiendo el animus del agente de engañar no se configura el delito de estafa, por lo que es de aplicación lo dispuesto por el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales; por tales consideraciones CONFIRMARON: la sentencia apelada

En este punto también debemos de citar la sentencia de fecha 30 de marzo de 2007 expedida por la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente N.º 1187-2005, tiene dicho lo siguiente:

“Segundo. Conforme al propio reconocimiento de la acusada se acredita que la agraviada no estuvo conforme en qué condiciones se le pretendió entregar el vestido de novia que solicitó en alquiler; que, a este respecto es necesario puntualizar que la diferencia fundamental entre el delito de Estafa y el incumplimiento de la relación obligacional, es el *aspecto subjetivo*, siendo que en el ilícito penal, el agente actúa con dolo, vale decir, que anterior a la celebración del acto jurídico, decide no cumplirlo, pese a ello se obliga falsamente; por el contrario, en el incumplimiento obligacional existe una negociación lícita, la cual supone la buena fe de los contratantes, sin embargo, por circunstancias extraordinarias e imputables a los contratantes o terceras personas, *no se cumple debida y oportunamente con la obligación pactada*”.

En esta misma línea de pensamiento debemos ubicar la Ejecutoria de la Corte Superior de Ancash de fecha 30 de diciembre 1997, en el Expediente N.º 263-97/JP tiene dicho lo siguiente:

“...que una de las modalidades del delito de estafa es cuando el agente activo emplea un ardid idóneo para procurarse a sí o a otro un provecho ilícito con perjuicio de un tercero, que en el caso sub-materia no se dan tales hechos, toda vez que el agraviado ha intervenido como garante solidario a que a la fecha está pendiente de pago, por lo que no tiene contenido penal, tampoco constituye delito de estafa, además si las relaciones jurídicas entre agraviado e inculcado son de naturaleza eminentemente civil y *no se ha acreditado que su concertación se haya producido por acción fraudulenta del inculcado capaz de inducir a error al agraviado*, por lo que los hechos no configuran el delito de Estafa, que para la configuración del delito debe establecerse plenamente en el decurso de la instrucción la comisión del hecho delictuoso, así como las circunstancias del delito en que ha incurrido el agente sindicado como infractor, la sola imputación no es prueba plena”. (las cursivas son nuestras).

Sin embargo, debemos aclarar que no es condición necesaria la existencia de un acto jurídico válido para la existencia de un delito de estafa, porque habrá estafa aún en el caso que la víctima no tenga capacidad personal para asumir un contrato válido, por ejemplo si la víctima tiene 15 años de edad o padece problemas mentales o psiquiátricos que le impiden un adecuado discernimiento en la realidad,

de fojas ciento siete-ciento ocho, su fecha dieciséis de junio de mil novecientos noventa y seis, en el extremo que Falla: Declarando sobreseída la acción penal incoada contra LACM, por delito contra la Confianza y la Buena fe en los Negocios-libramiento indebido-en agravio de TRG; y REVOCARON: en el extremo que CONDENA a LACM, como autor del delito contra el patrimonio –estafa– en agravio de TRG, (...); y fija en trescientos nuevos soles de reparación civil; REFORMANDOLA, OBSOLVIERON a LACM, de la acusación fiscal formulado en su contra por la comisión del delito contra el patrimonio –estafa– en agravio de TRG, DISPUSIERON; se anule los antecedentes policiales y judiciales que le hubiere generado la presente causa, archivándose definitivamente lo actuado; notificándose y los devolvieron.
(Extraído: CANEZ MARTICORENA, Alfredo, Lima 2000, pp. 44 y 45, n. 52).

será a nuestro juicio sujeto pasivo y por lo tanto agraviado de un delito de estafa, pues igualmente ha sido objeto de un engaño por parte del autor y dicha víctima ha realizado el respectivo desplazamiento patrimonial causándole un perjuicio económico. Claro está que el presupuesto necesario para la existencia de un delito de estafa será que al menos el sujeto activo o el autor tenga plena capacidad –física y mental– para que pueda asumir su posible responsabilidad en el ámbito penal, ya que si no fuera así, por ejemplo el autor padece de una grave anomalía psíquica, o de grave alteración de la consciencia o de la percepción –artículo 20, inciso 1 del Código penal–, será un sujeto inimputable absoluto y por tanto exento de responsabilidad penal, en este caso por el delito de estafa.

El delito de estafa el núcleo fundamental para la respectiva delimitación con el ilícito civil, radica en el *momento temporal de donde se ubica el engaño* dentro la estructura típica del artículo 196 del Código penal, es decir, si el engaño –causal y suficiente– se produce en un momento anterior de la víctima haya realizado la disposición patrimonial y la respectiva perjuicio económico, entonces habrá delito de estafa, así por ejemplo el sujeto activo a través de maquinaciones y astucias previas logra vender un vehículo supuestamente nuevo, pero que en realidad es un vehículo usado, engañando al sujeto pasivo perjudicándolo en su patrimonio, como puede verse, el engaño está en un momento anterior, respetándose con ello, la línea secuencial y causal que prevé el 196 del Código penal, en otras palabras, el engaño para la relevancia jurídico-penal dependerá del *iter* contractual.

Así, si el engaño se ubica en las fases de tratativas o de gestiones previas entre las partes para una futura celebración de un contrato habrá, a mi juicio, un delito de estafa; en esta misma línea si el engaño se produce en el mismo momento de la celebración del contrato, la tipificación del delito de estafa dependerá del momento del perfeccionamiento de dicho contrato ya que si dicho perfeccionamiento tiene como condición necesaria un engaño –de forma causal y suficiente– producido por el autor, seguimos en el campo de una infracción penal; y si por el contrario, el engaño se produce en fase ya de ejecución del contrato, es decir, cuando ya se realiza o se realizaron las contraprestaciones respectivas entre las partes, aquí no habrá ninguna relevancia jurídico-penal del delito in comento.

En otras palabras, si el engaño del sujeto activo se ubica en un momento posterior de la respectiva disposición patrimonial y del perjuicio económico habrá un mero incumplimiento contractual desde que no se presentan los requisitos típicos del delito de estafa, porque el engaño es el que tiene que motivar causalmente el respectivo desplazamiento patrimonial de la víctima hacia el autor, porque si es todo lo contrario, por ejemplo si el desplazamiento patrimonial se ha producido porque el autor ha desconocido plenamente las condiciones contractuales, y por ello el autor ya no cumple con su contraprestación respectiva entonces habrá un incumplimiento contractual.

Por último, cabe entonces afirmar como premisa general, que a la víctima le incumbe averiguar los aspectos jurídicos y económicos de la esfera del autor a los que pueda tener acceso realizando un esfuerzo razonable y coherente con su posición en el tráfico comercial, de acuerdo con la relación económica concreta.

Por tanto, como premisa específica, la posición social de las empresas financieras les impone la toma de ciertas medidas de aseguramiento y previsión, de modo que, en tanto la información que permita verificar la autenticidad de los datos proporcionados por el autor sea accesible a la víctima, a esta le compete la indagación de dicha información para contrastarla con la suministrada por el autor⁵⁴⁴.

Me refiero aquí a las empresas del sistema financiero, particularmente a las entidades bancarias o crediticias, que se dedican concretamente (aunque no siempre exclusivamente) a trabajar con fondos públicos para otorgar créditos o de otras naturaleza a sus usuarios, quienes, para tales fines deben cumplir con ciertos requisitos impuestos por las entidades en cuestión y por las reglas del mercado en general⁵⁴⁵. Ello no significa que los elementos característicos que conforman la posición de la víctima en la concreta relación económica determinan el grado de exigencia normativa de autoprotección, de modo que cuanto más especializada se la posición jurídico-económica de la víctima, tanto más elevada será el estándar de autoprotección exigible a la misma⁵⁴⁶.

También tenemos que identificar si la información materia de la transacción comercial es de fácil acceso a la víctima y, si no existe posición de garante alguna, es de su entera responsabilidad la búsqueda de esta; sin embargo, si se da una posición de garante, el autor debe otorgar toda la información necesaria para que el otro sujeto pueda tomar una decisión racional, ya que este tiene una expectativa normativa respecto al vendedor (derecho a la verdad), el cual tiene un deber de veracidad en la información otorgada⁵⁴⁷.

VIII. EL DELITO DE ESTAFA AGRAVADA (ARTÍCULO 196-A DEL CÓDIGO PENAL) INTRODUCIDO A TRAVÉS DE LA LEY N.º 30076

CAP. XVI

1. Consideraciones generales y descripción típica

Como es sabido, las reformas producidas a través de reciente la Ley N.º 30076 se han realizado, sobre todo, en los delitos patrimoniales del Código Penal peruano, y en especial al delito de estafa, incorporándose el novísimo artículo 196-A, denominado delito de estafa agravada, con una pena conjunta de carácter principales; en primer lugar, de privación de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; y en segundo lugar, de una pena de noventa a doscientos días-multa.

El delito de estafa agravada está regulado bajo los siguientes términos:

544 Véase: MEDINA FRISANCHO 2011, p. 117.

545 Véase: MEDINA FRISANCHO 2011, p. 115.,

546 Véase: MEDINA FRISANCHO 2011, p. 115.

547 VINELLI VERAU, Renzo Antonio; "La determinación del engaño típico en el delito de estafa", en *JUS*, comentarios a la jurisprudencia y praxis jurídica, julio 02, 2007, Lima, p. 136.

“Artículo 196-A. Estafa agravada

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa, cuando la estafa:

1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravedad o adulto mayor.
2. Se realice con la participación de dos o más personas.
3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.
4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.
5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario”.

Las circunstancias agravantes del delito de estafa descritas según la Ley N.º 30076, y que contiene una pena conjunta de carácter principales, es decir, de privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y de multa, con noventa a doscientos días-multa.

Ahora bien, dichas circunstancias agravantes pueden agruparse de tres formas concretas: a) Circunstancia agravante producido por la condición del sujeto pasivo; b) Circunstancia agravante producido por la condición del sujeto activo, y c) Circunstancia agravante producido por la condición del objeto material del delito. Veamos cada uno de ellas:

CAP. XVI

a. Circunstancia agravante producido por la condición del sujeto pasivo

En esta circunstancia agravante se pueden agrupar las siguientes modalidades típicas:

a.1. Se comete en agravio de menores de edad

La condición típica es que la víctima para ser considerado menor de edad, es que tenga menos de 18 años de edad al momento de la comisión defraudatoria generado por el autor, caso contrario sería una estafa básica del artículo 196, y que dicha circunstancia tiene que ser conocida, o al menos de presumible conocimiento, por parte del sujeto activo.

a.2. Se comete en agravio de personas con discapacidad

La condición típica es que la víctima sea una persona discapacitada, ya sea en su forma física –parapléjico, los sordomudos, los sordociegos, etc.– o una discapa-

cidad en su estado mental, y este último es cuando la víctima no posea realmente la respectiva libertad de discernimiento de su voluntad, por ej. los que sufren una grave anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia de manera permanente.

Ahora para comprobar el estado de discapacidad de la víctima puede hacer por cualquier medio idóneo que prevé la normatividad vigente, sin embargo, en muchos casos, bastará la simple percepción visual del agente persecutor o juzgador del delito para al menos corroborar indiciariamente dicha discapacidad.

Además dicha circunstancia de discapacidad tiene que ser aprovechada, de manera ilícita, por parte del sujeto activo, durante el proceso de comisión defraudatoria.

Aquí no interesa la edad cronológica de la persona discapacitada, puede tratarse hasta de una persona adulta. Finalmente, resulta lógico y racional la incorporación de esta forma agravatoria porque en otros rubros del Código Penal se prevé también tal circunstancia, es decir, teniendo la discapacidad como fundamento de la represión delictiva (por ej. véase el delito de violación de persona e incapacidad de resistencia, del artículo 172 del Código penal).

a.3. Se comete en agravio de mujeres en estado de gravidez

Resulta evidente que aquí solo puede ser la mujer sujeto pasivo para la verificación de esta agravante. Aquí tenemos que realizar una precisión, que el estado de gravidez de la mujer tiene que ser influyente –negativamente– a tal punto que su estado de lucidez no le permita razonar su libre consentimiento del engaño defraudatorio que está sufriendo o padeciendo la víctima; y que dicho estado de gravidez el sujeto activo conozca, porque de lo contrario, no se daría a mi juicio, la agravante.

CAP. XVI

Es indiferente el número de mujeres afectadas por el engaño del sujeto activo, la condición, repetimos, es que la o las mujeres engañadas estén en estado de gravidez debidamente comprobado. Aunque si son varias las mujeres en estado de gravidez, serían consideradas una pluralidad de víctimas; en consecuencia, se produciría una concurrencia de circunstancias agravantes entre la presente agravante con la gravante descrita en el segundo párrafo, que señala: “*Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas*”.

Además el estado de gravidez, aunque no lo diga expresamente la norma, debe ser de manera *notoria* a la percepción visual del común de las personas, por ejemplo, una mujer con 5 meses de gestión ya es evidente por ojos de la gente. Debe quedar claro que la norma penal no exige que el proceso defraudatorio se realice cuando la mujer esté con dolores de parto (o contracciones) o que el proceso defraudatorio se realice en pleno parto; basta comprobar que la víctima este en proceso de gestión.

a.4. Se comete en agravio del adulto mayor

Aquí nuevamente el legislador nacional reprime con mayor pena la estafa teniendo en consideración la edad cronológica de la víctima; pero en sentido inverso, pues ahora la condición es que la víctima de estafa sea una persona con la condición de “adulto mayor”, es decir, una persona de avanzada edad, llamado también de la tercera edad.

Empero, a mi juicio, el legislador nacional ha sido demasiado ambiguo en la descripción, ya que no ha precisado con exactitud la edad cronológica: ¿Cuándo una persona es considerada como adulto mayor? ¿a los 50 años?, ¿a los 60 años? Aquí la agravante típica no está en función al mayor grado de lucidez mental o agilidad física que posea la víctima, sino que la agravante está simplemente a la edad cronológica de la víctima.

Definitivamente se trata de una Ley penal con incursión de elementos normativos, en la cual el Juez Penal tendrá que recurrir por ejemplo a la psicología para “cerrar” dicha descripción ambigua del término adulto mayor.

a.5. Se comete en agravio de pluralidad de víctimas

Esta agravante a mi juicio era innecesaria puesto que ya contamos desde hace varios años con el llamado “Delito masa” regulado en el artículo 49, segundo párrafo, del Código Penal peruano, donde precisamente se prevé una circunstancia genérica agravatoria por la pluralidad de agentes agraviados, y si más no recuerdo el espíritu del delito masa radicaba precisamente en el recordado Caso CLAE de los años noventa, teniendo como evento delictivo, precisamente el delito de estafa.

La norma penal lamentablemente no precisa cuantas víctimas podrían ser agraviadas; solo habla genéricamente de una “pluralidad”, y siendo racionales debemos de entender que tendría que ser de tres a más personas agraviadas. Ahora bien, las víctimas tendrán que ser debidamente individualizadas en el inicio proceso penal, aunque no estén identificadas por el momento (puede ser que no tengan DNI o estén inscritos en RENIEC).

Finalmente, mediante dicha circunstancia agravante podría ser abarcado varios sujetos pasivos (“especiales”) descritos anteriormente, es decir, puede hablarse de pluralidad de víctimas de menores de edad, de mujeres en estado de gravidez, de adultos mayores, de personas con discapacidad.

CAP. XV

b. Circunstancia agravante producida por la condición del sujeto activo

En esta circunstancia agravante se pueden agrupar la siguiente modalidad típica:

b.1. Se realice con la participación de dos o más personas

La norma penal precisa la participación de dos o más personas. No exige que las personas involucradas pertenezcan a una banda o una organización criminal. Lo que sí exige la norma es que las personas “participen” efectivamente en el evento delictivo defraudatorio, es decir, dentro del proceso del *iter scriminis*, al menos intervenga en los actos de ejecución, en este caso, del delito de estafa.

No solo se produce solamente una alteración en el título de imputación —porque ahora no será autoría sino una coautoría por participación de dos a más personas—, sino se produce una alteración del título de sanción —porque ahora no será una tipicidad básica sino una tipicidad agravada—.

c. Circunstancia agravante producido por la condición del objeto material del delito

En esta circunstancia agravante se pueden agrupar las siguientes modalidades típicas:

c.1. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles

La circunstancia agravante producido es por la condición del objeto material del delito, es decir, de compraventa de vehículos motorizados o bienes inmuebles. En primer término, esta agravante está circunscripta al acto defraudatorio en el ámbito o sector inmobiliario, quizá por las constantes casuísticas que se han presentado en los Medios de Comunicación Social, y que solo tenía que ser reconducidos a la tipicidad básica del artículo 196 del Código penal, teniendo como sanción máxima 6 años de privación de libertad.

En segundo término, se agrava la pena cuando el acto defraudatorio recae sobre vehículos (mayores o menores –motocicletas–) pero que sean motorizados. Debemos de precisar que la estafa agravada –tanto en inmuebles como de vehículos motorizados– solo está en función a la relación contractual *de compraventa*, y cualquier otro tipo de relación contractual simplemente no tendrá ningún efecto agravatorio –por ejemplo, si se trata de una donación–. En mi criterio, la incorporación de dicha agravante radicaría la mayor fuerza de agravación punitiva en el hecho de que realizar un engaño defraudatorio sobre un bien inmueble resulta más perjudicial económicamente que realizar por ejemplo una estafa sobre un reloj o un bien de escaso valor económico.

DAP. XVI

c.2. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario

La circunstancia agravante producido es por la condición del objeto material del delito, es decir, sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario. Aquí la presente agravante tiene líneas fronterizas con el delito de hurto, pues establece el término “sustraer” y no precisamente el término “engañar”; en todo caso, aquí el sujeto activo utiliza como medio típico la destreza y/o astucia para apoderarse de cuantiosas sumas de dinero, en perjuicio del titular de dicho dinero, utilizándose indebidamente sus tarjetas de crédito o de débito; ahora dichas tarjetas tienen que pertenecer necesariamente al sistema financiero y/o bancario reconocidos por el Perú.

Esta agravante tiene algunas conexiones con algunos delitos llamados “informáticos” en el Código penal, en todo caso, véase el artículo 207-A donde se reprime el delito de interferencia, acceso o copia ilícita de base de datos, sobre todo el segundo párrafo, que a la letra señala: “Si el agente actúo con el fin de obtener un beneficio económico...”. De la misma forma que la agravante anterior, aquí se fundamenta en el hecho de que a través de las sustracciones –de carácter engañosas– de tarjetas podrían ocasionar enormes perjuicios económicos a sus titulares, en la cual el Derecho debe implementar una debida y eficiente tutela.

EL DELITO DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 198 DEL CÓDIGO PENAL REFERIDO A LA ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA DE LOS ENTES COLECTIVOS

I. BREVE INTRODUCCIÓN A LOS DELITOS ECONÓMICOS COMETIDOS POR PERSONAS JURÍDICAS

El Derecho Penal Económico y de la Empresa es la rama del Derecho penal que ha visto la luz a mediados del siglo XX a raíz del entendimiento de que el enfoque económico es aplicable a todo comportamiento humano, incluido aquel trasgresor de las leyes penales. El Derecho penal tradicional ha destacado en nuestro medio en los últimos años solo los llamados delitos patrimoniales, sin percibir la actuación de la empresa como entidad funcional autónoma distinta de los miembros que la integran y portadora de un rol específico dentro del sistema social y económico; debido a ello es a partir del Código Penal de 1991 que se introduce en nuestra legislación los delitos socioeconómicos⁵⁴⁸, cuya proyección todavía se encuentra en giro debido a la poca difusión que estos ilícitos penales han tenido en la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Pese a que el Código Penal tiene más de 20 años de vigencia y, nuestra jurisprudencia penal económica ha sido escasa durante todos estos años, diversos casos de notoria relevancia social pusieron de manifiesto las insuficiencias de nuestros operadores jurídicos fiscales y judiciales para hacer frente a la criminalidad económica y empresarial. Y es que el estudio de los delitos económicos y empresariales exige una "redefinición o flexibilización de las técnicas clásicas de imputación"⁵⁴⁹ instrumentalizadas por el Derecho penal tradicional o "Viejo Derecho Penal"⁵⁵⁰, pero también requiere reglas procesales que aseguren una eficaz y eficiente persecución penal de las conductas lesivas al orden económico y a la actividad empresarial. Al igual que el resto de sociedades capitalistas y globalizadas, la nuestra no es

548 El Decreto Legislativo N.º 123 de 12 de julio de 1981 llamado "Ley sobre Delitos Económicos", si bien introdujo en nuestra legislación la nomenclatura, recogía solo una serie de conductas lesivas a los derechos del consumidor (acaparamiento, especulación, adulteración de productos, alteración de precios) sin llegar a concebir la verdadera dimensión del Derecho penal económico, quedando sesgada a una serie de supuestos que tienen una mejor regulación vía extrapenal.

549 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *La expansión del Derecho penal. Aspectos de Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, Monte Video- Buenos Aires, 2006. pp. 165-188.

550 Vid. HASSEMER, W; "Viejo y nuevo Derecho penal": en *Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995. pp. 15-47.

inmune a la presencia de empresarios y agentes económicos que en el curso de la actividad productiva afectan intereses tutelados por el ordenamiento penal. Esta constatación ha motivado que gran parte de los debates académicos e investigaciones científicas en materia de Derecho penal, se orienten al estudio de temas como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la idoneidad de los tipos de peligro para dispensar tutela a “bienes jurídicos colectivos o supraindividuales”⁵⁵¹, la imputación objetiva y subjetiva de resultados de microlesión, las técnicas de articulación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo frente a la delincuencia económica y empresarial, las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, las dificultades en el acceso a las fuentes de relevancia para el inicio de la investigación penal, los problemas de organización de las agencias de persecución penal, la presencia de prejudicialidades y requisitos de procedibilidad, las estrategias procesales frente al delito económico, la protección cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito, así como los aspectos materiales y procesales⁵⁵² específicos de los delitos económicos y empresariales en particular.

Como es sabido, el Código Penal peruano de 1991 ha cumplido casi veinte años de vigencia con sus luces y sombras en cuanto a regulación legal y aplicación judicial, y uno de los aspectos quizá más relevantes en cuanto a novedad es su regulación desde la Parte Especial y en sus leyes complementarias se han incorporado –y luego de su vigencia desde 1991 también han venido sucesivamente incorporándose a nuestro sistema penal– por, primera vez, una sistematización de los llamados delitos económicos o socio-económicos, empezándose así una *nueva era* de estudios críticos de los Delitos económicos, pero también destaca en la Parte General aspectos del Derecho penal económico, como por ejemplo el artículo 27, actuación en representación de una persona jurídica, artículo 105, consecuencias accesorias aplicadas a las personas jurídicas. En tal línea de pensamiento, el Código Penal de 1991, desde su versión original, propuso una clara y contundente autonomía en los bienes jurídicos “económicos” o “socioeconómicos”, claro está considerados en su sentido amplio (véase por ejemplo: los delitos de fraude en la administración de las personas jurídicas, los delitos contra el orden socio-económico, los delitos financieros, los delitos monetarios, los delitos contra libre competencia, los delitos medio-ambientales, delitos tributarios, delitos aduaneros, etc.).

Sin embargo, en este tiempo, debe recalcarse algo realmente preocupante con los llamados delitos económicos en nuestro país, ya que a raíz de la suscripción del Tratado de Libre Comercio que realizó nuestro país con los Estados Unidos de Norteamérica trajo consigo importantes cambios, a nuestro modo de ver, de orden negativo para el futuro de los citados delitos empresariales; para muestra por ejemplo podemos citar la emisión del Decreto Legislativo N.º 1034 que aprueba la Ley de represión de conductas anti-monopólicas, esta Ley lamentablemente deroga

551 Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los bienes jurídicos colectivos”, en Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N.º 11, 1986. pp. 147-164.

552 Vid in sextensu. SAN MARTÍN CASTRO, César, “Delito socio económico y proceso penal. El Derecho procesal penal económico”, en *Revista Advocatus*, N.º 4, mayo 2001.

expresamente los siguientes delitos: abuso de poder económico en el mercado [Artículo 232 CP], acaparamiento [Artículo 233 CPP] y licitaciones colusorias [Artículo 241 inciso 3 CP]⁵⁵³; y luego podemos citar la emisión del Decreto Legislativo N.º 1044, que aprueba la Ley de represión de la Competencia Desleal. Ley que deroga los delitos de Publicidad engañosa [Artículo 238 CP], Fraude a los consumidores [239 CP], Competencia desleal [Artículo 240 CP]⁵⁵⁴; es decir, lo que está

553 Publicado en el diario oficial *El Peruano*. Normas Legales, el 25 de junio de 2008. Entró en vigencia a los treinta (30) días de su publicación.

"DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS [...]"

SEGUNDA. Derogación expresa. Quedan derogadas expresamente a partir de la vigencia de la presente Ley, las siguientes normas: [...] b) Los Artículos 232 y 233 y el Numeral 3 del Artículo 241 del Código Penal".

TÍTULO IX, DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO, CAPÍTULO I, ABUSO DEL PODER ECONÓMICO

Artículo 232. Abuso de poder económico. El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 2 y 4. CAPÍTULO II, ACAPARAMIENTO, ESPECULACIÓN, ADULTERACIÓN

Artículo 233. Acaparamiento. El que acapara o de cualquier manera sustrae del comercio, bienes de consumo o producción, con el fin de alterar los precios, provocar escasez u obtener lucro indebido en perjuicio de la colectividad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con noventa a ciento ochenta días-multa. Si se trata de bienes de primera necesidad, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

Artículo 241. Fraude en remates, licitaciones y concursos públicos. Serán reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa quienes practiquen las siguientes acciones:

[...]

3. Conciertan entre sí con el objeto de alterar el precio.

554 Véase: Publicado en el diario oficial *El Peruano*. Normas Legales, el 26 de junio de 2008. Entró en vigencia luego de treinta (30) días calendario de la fecha de su publicación. *"DISPOSICIONES DEROGATORIAS [...]"*

SEGUNDA. Derogación expresa.

Quedan derogadas expresamente a partir de la vigencia de la presente Ley, las siguientes normas: [...]"

e) Los artículos 238, 239 y 240 del Código Penal".

CAPÍTULO IV, DE OTROS DELITOS ECONÓMICOS

Artículo 238. Informaciones falsas sobre calidad de productos. El que hace, por cualquier medio publicitario, afirmaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor, será reprimido con noventa a ciento ochenta días-multa. Cuando se trate de publicidad de productos alimenticios, preservantes y aditivos alimentarios, medicamentos o artículos de primera necesidad o destinados al consumo infantil, la multa se aumentará en un cincuenta por ciento.

Artículo 239. Venta de bienes o prestación de servicios diferentes a los anunciados. El que vende bienes o presta servicios, cuya calidad o cantidad son diferentes a los ofertados o a los consignados en los rótulos, etiquetas, letreros o listas elaboradas por la propia empresa vendedora o prestadora de servicios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con sesenta a ciento veinte días-multa. El que vende bienes cuya fecha de vencimiento ha caducado, será reprimido con la misma pena.

CAP. XVI

pasando es que está “retrocediendo” en el análisis jurídico-dogmático desde el Derecho penal material de los delitos económicos, desde que ya no estarán más en el catálogo del Código Penal peruano, a *contrario sensu* de lo que pasa por ejemplo con los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos que más bien se está avanzado desde el punto de vista sustantivo (incrementando penas) y procesal.

En este contexto, y a raíz de las citadas modificaciones lamentable es que los delitos económicos ahora forman parte del análisis de la legislación jurídico-administrativa (específicamente del INDECOPI), con sanciones meramente económicas, aplicándose cuantiosas multas o en su defecto inhabilitaciones a las grandes empresas nacionales o extranjeras (como si las empresas se intimidaran cuando tengan que pagar a favor del Estado, cuando todos sabemos que si las empresas pagan sus respectivas multas seguirán laborando), cuando en realidad por la naturaleza de las conductas de los sujetos económicos y los resultados perjudiciales en términos económicos producidos en contra de la Sociedad y el propio Estado, necesitarían necesario que “vuelvan” (al menos progresivamente) al Código Penal o a una legislación especial-complementaria, por su enorme capacidad de disuasión de la sanción penal que posee (por la prevención general y especial de la pena), y que por supuesto los sujetos empresariales se motiven (para eso estará la pena) para que no seguir cometiendo más infracciones penales.

II. CONSIDERACIONES GENERALES A LOS FRAUDES EN CONTRA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Si bien es cierto que las personas jurídicas, en nuestro sistema penal, no tienen capacidad real de realizar un evento delictivo, por estar vigente, para bien o para mal, aquél principio de base romanística: *societas delinquere non potest*; sin embargo, si no lo podemos sancionar a la persona jurídica de manera directa por los delitos esta cometa, al menos sí cabe la posibilidad protegerlo penalmente hablando, pero claro hay muchos modos y circunstancias de protegerlo desde el Derecho penal: desde la razón y marca social (a través de los delitos contra la propiedad intelectual), pasando por el buen prestigio y reputación (a través de delito contra el honor), y obviamente protegiendo su real patrimonio social que es la base para seguir existiendo en la sociedad (a través obviamente del delito de fraude en la administración de las personas jurídicas).

La ratio incriminadora del delito en comento radica en la defraudación de carácter dolosa y progresiva –ya sea ocultando, adulterando, falsificando infor-

CAP. XVII

Artículo 240. Aprovechamiento indebido de ventajas de reputación industrial o comercial. Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa, el que en beneficio propio o de terceros:

1. Se aprovecha indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro.
 2. Realiza actividades, revela o divulga informaciones que perjudiquen la reputación económica de una empresa, o que produzca descrédito injustificado de los productos o servicios ajenos.
- En los delitos previstos en este artículo solo se procederá por acción privada.

mación relevante a las demás personas que conforman el ente colectivo— que realizan aquellas personas físicas —ya sean gerentes, administradores, representantes, socios, accionistas o simplemente funciones fácticas de representación y administración, etc. por encontrarse precisamente al interior o en el marco —y en algunas ocasiones al frente— de un ente colectivo, ocupando material y fácticamente la dirección o representación del mismo. Aquí en el delito analizado el concepto “fraude” debe cumplir funciones esenciales desde el punto de vista del Derecho penal, en ese sentido, deben ser dos aspectos: en primer lugar, el fraude, que es igual al engaño o ardid, debe ser *anterior a cualquier resultado producido en una persona jurídica o, mejor dicho, el fraude o engaño debe ser el medio suficiente* para provocar causalmente algún perjuicio económico a la propia persona jurídica; y en segundo lugar, el concepto de “fraude” debe ser entendido de la manera más *amplia posible*, en el sentido de abarcar supuestos de “adulteración” o de “falsificación” de documentos, tal como se desprende de algunos supuestos típicos del artículo 198 del Código Penal peruano.

Por otro lado, es totalmente legítimo político-criminalmente la incorporación del delito de fraude en la administración de personas jurídicas en nuestro actual Código Penal peruano, ya que la defraudación o engaño patrimonial no solo debe protegerse a favor de las personas físicas —como por ejemplo cuando son estafadas— sino que también la defraudación o engaño patrimonial deba protegerse penalmente desde el ámbito de las personas jurídicas o entes colectivos, sancionando aquella forma de gestión donde más se le necesita para su inicio y vigencia: la correcta “administración” y “representación”. Es más una sociedad donde se pueda observar rotundos fracasos y por ende sendas quiebras de personas jurídicas ya sea públicas o privadas, es una sociedad que va a progresar económicamente, porque hoy en día, los grandes capitales o inversiones nacionales o extranjeras, los grandes negocios o transacciones de bienes y servicios se mueven en función a pequeñas o grandes agrupamiento de personas físicas en post de alcanzar objetivos comunes, por ende el Estado, a través de los controles jurídicos extrapenales y también penales necesita dar una real protección para su real funcionamiento de las personas jurídicas en nuestra sociedad.

El principio de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal resulta de obligatoria observancia por parte del legislador, por lo que solo las infracciones más graves deben ser criminalizadas, dejando los aspectos no esenciales y los casos menos graves en manos del Derecho privado o Disciplinarios. Sin embargo, parece que el artículo 198 del Código Penal no ha tenido en cuenta suficientemente este criterio informador de la actividad legislativa, pues ha elevado a la categoría de delito infracciones que podrían haberse ventilado perfectamente con los mecanismos de regulación extrapenales. De dudosa necesidad es, por ejemplo, la incorporación, como administración fraudulenta, de los casos en los que los directivos o administradores no comunican intereses incompatibles con la sociedad o aceptan como garantía acciones o títulos de la misma persona jurídica. No cabe duda que estas conductas pone de manifiesto una falta de seriedad en el desarrollo de las labores

CAP. XVII

de administración de las sociedades, pero resulta exagerado requerir del Derecho penal para solucionar estos problemas⁵⁵⁵.

El legislador penal peruano no solo da una real protección a las personas físicas en sus distintas formas de ataque a sus bienes jurídicos; sino también esta protección —de contenido penal— también se extiende a las personas jurídicas como parte integrante de la sociedad civil, por ejemplo en cuanto a la forma de sustracción de su patrimonio (hurto, robo), en cuanto a su legítima posesión (usurpación de inmueble) o cuando la persona jurídica resulta defraudada en su patrimonio (estafa), sino también el legislador penal peruano brinda protección jurídico-penal en cuanto a la adecuada forma de administrar y gestionar los bienes patrimoniales de una persona jurídica, es decir, el patrimonio social de la una persona jurídica no solo debe protegerse desde el ámbito societario, desde la Ley General de Sociedades que contempla únicamente sanciones administrativas a sus socios o asociados infractores, sino que ante el fracaso irremediable de dichas sanciones es que se hace necesario la presencia del Derecho penal (véase el principio de *ultima ratio* y subsidiaridad) y su aplicación de sanciones penales (véase el principio de personalidad y humanidad de las penas), con la respectiva penas privativas de libertad al autor o partícipes; por ello la incorporación del delito de fraude en la administración de las personas jurídicas (en un solo articulado —198—, con ocho supuestos concretos de tipificación) en nuestro actual Código Penal es totalmente legítima político-criminalmente hablando.

La justificación política-criminal para la incriminación específica de esta conducta residiría en la insuficiencia de los tipos penales de hurto de uso o apropiación ilícita para castigar esta conducta. En efecto, en el uso indebido del patrimonio ajeno administrado no existe una sustracción que configure el hurto y tampoco una apropiación que permita sancionar la conducta por apropiación ilícita. La configuración del tipo penal de esta modalidad de administración fraudulenta no requiere una apropiación del patrimonio de la persona jurídica, bastando simplemente con que se use, en provecho propio o de un tercero, este patrimonio con fines distintos a los previstos en los fines sociales⁵⁵⁶.

El bien jurídico protegido en el presente delito, según doctrina mayoritaria, es el “patrimonio social” entendido como la “universalidad jurídica de derechos y obligaciones”. El legislador nacional, a través de nuestro Código Penal de 1991, ubica sistemáticamente al llamado delito de fraude en la administración de las personas jurídicas como un delito meramente *patrimonial*, es decir, que lo verdaderamente le interesa al legislador nacional es la correcta custodia y vigilancia y, un adecuado administración de tipo gerencial del acervo patrimonial del ente colectivo; en cambio el último Código Penal español de 1995, el delito de la mala administración fraudulenta de las personas jurídicas de parte de sus socios y asociados lo ubica dentro de los llamados delitos societarios, haciendo una diferencia importante entre el patrimonio personal y el patrimonio social, que como se sabe es un patrimonio

555 GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho Penal económico. Parte especial*, T. II, 2007, Lima, pp. 361 y 362.

556 GARCÍA CAVERO, T. II, 2007, pp. 400 y 401.

distinto y autónomo de los que lo conforman; por ello merecería una revaloración del bien jurídico realmente protegido en nuestro Código penal, y no sería descabellado que en una reforma legal se extraiga de los delitos patrimoniales y para ubicarlo en un clasificador jurídico autónomo, en igual sentido podríamos señalar para los delitos informáticos que se incorporaron luego de la promulgación del Código Penal de 1991, en el rubro “delitos patrimoniales” que a nuestro juicio no es la ubicación correcta. Volviendo a nuestro tema de investigación, debe claro que única persona jurídica o ente colectivo que merece protección jurídico-penal es aquella del ámbito privado, más no la persona jurídica del ámbito público-estatal porque esta tiene ya su protección en otros tipos penales de nuestro punitivo (por ejemplo a través del delito de colusión desleal, delito de peculado por apropiación o sustracción, entre otros) cuando exista un “engaño” o un “fraude” de sus personajes intervinientes en la comisión delictiva (en este caso propios los funcionarios o servidores públicos) perjudicando así el patrimonio de los entes colectivos estatales.

Debe tener presente que el artículo 198 del Código Penal se encuentra incardinado en el artículo de los delitos contra el patrimonio, lo que significa que, con independencia de las particularidades del Derecho privado, la protección penal apunta a la protección del patrimonio. No obstante, debemos destacar que el Derecho penal no protege el patrimonio en así, pues cuando el delito tiene lugar el patrimonio ya se encuentra afectado. Mediante el artículo 198 del Código Penal el Derecho no protege el patrimonio de la persona jurídica o terceros, sino la expectativa normativa de conducta de que los directivos o administradores de una persona jurídica no abusarán o incumplirán sus facultades de administración, perjudicando patrimonialmente a esta o a terceros. El delito de administración fraudulenta de persona jurídica defrauda esta expectativa normativa de conducta, siendo la función de la pena devolver la vigencia a esta norma infringida⁵⁵⁷.

En ese sentido, García Caveró señala que “En cuanto a la estructura típica del uso indebido del patrimonio de la persona jurídica, hay que indicar que estamos ante un delito de infracción de un deber. Al administrador se le ha entregado una facultad de uso y disposición sobre los bienes de la persona jurídica bajo la confianza especial de dicho uso se hora para la consecuencia de los fines sociales y no para los personales⁵⁵⁸.”

Una vez conformada adecuadamente la persona jurídica, y con ella su patrimonio social, ninguna de las personas que permitieron su conformación tiene derecho sobre los bienes de la misma, así señala el artículo 78 del Código Civil peruano que “ninguno de los miembros de la persona jurídica tiene derecho sobre su patrimonio”, diferenciando claramente el patrimonio de sus integrantes del patrimonio social de la persona jurídica. Es ante tal situación que los miembros de la persona jurídica deciden nombrar, en base a criterios de confianza y lealtad, a un administrador del patrimonio de la persona jurídica. Por ello, el administrador juega un rol relevante dentro del desarrollo y existencia de la persona jurídica; ya que será el encargado de realizar todas las relaciones comerciales y financieras para el

CAP. XVII

557 GARCÍA CAVERO; T. II, 2007, p. 363.

558 GARCÍA CAVERO, T. II, 2007, p. 402.

correcto funcionamiento de la persona jurídica (derecho sobre el patrimonio social): comprar, vender, alquilar, prestar, otorgar préstamos, entre otros, en nombre y en representación de la persona jurídica. Por lo tanto, la persona jurídica, y por tanto sus integrantes, deposita toda su confianza en la persona del administrador, para que este administre su patrimonio de manera leal, dándose así una disociación entre el patrimonio y administración de la persona jurídica. Naciendo el riesgo que el administrador realice manejos fraudulentos del patrimonio de la persona jurídica para beneficio propio o de terceros, por ello es que el Derecho penal castiga aquellas conductas que de manera fraudulenta perjudica económicamente a la persona jurídica.

Antes de la reforma producida a través de la Ley N.º 29307 publicado con fecha 31-12-2008, el delito de fraude en la administración de personas jurídicas, en relación a la tipicidad objetiva, Reyna Alfaro⁵⁵⁹ expresaba que al ser esta figura un delito especial, el sujeto activo solo podrá ser aquel fundador, miembro del directorio, miembro del consejo de administración, miembro del consejo de vigilancia, gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica que ejecute alguna de las conductas tipificadas, asimismo el sujeto pasivo resulta ser la persona jurídica como tal. En este sentido, tenemos que las características que cada uno de los sujetos activos presentan son las siguientes⁵⁶⁰:

- a. El Fundador es aquella persona que participa en la constitución de una persona jurídica. Así tenemos que el caso de la Empresa Molitalia, por ser una Sociedad Anónima, fundador será aquel que ha suscrito la escritura constitutiva y las acciones o quienes suscriban el programa de fundación.
- b. El Miembro del Directorio es elegido por junta general o junta especial que pasa a formar parte del órgano colegiado de las sociedades.
- c. El Consejo de Vigilancia es propio de las Cooperativas cuya función es fiscalizadora.
- d. El Consejo de Administración es un órgano que se encuentra principalmente también en las cooperativas cuya función es administrarla.
- e. El Gerente es la persona que asume las labores de administración dentro de una persona jurídica cuya función en concreto es ejecutar las decisiones adoptadas por un órgano superior de mando.
- f. El administrador tiene la función de representar y realizar gestiones de negocios de la persona jurídica.
- g. El liquidador es la persona que actúa ante la disolución de una persona jurídica cuya función es hacerse cargo de la representación legal de la persona jurídica en el proceso de liquidación.

Sin embargo, a través de la citada Ley N.º 29307 publicado con fecha 31-12-2008 se modificó en sus presupuestos esenciales el llamado delito de fraude en

559 REYNA ALFARO, Luis; *Manual de Derecho penal económico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002. pp. 303-307.

560 Ibidem.

la administración de personas jurídicas o simplemente llamados los delitos societarios, en el sentido que ahora no se exige típicamente que el sujeto activo esté premunido de poderes o cargos de carácter jurídico-legal para su correcto ejercicio legítimo dentro de la administración de una persona jurídica; sino que ahora a raíz de la dación de la Ley N.º 29307 simplemente el sujeto activo ejerce funciones o facultades materiales de efectividad y gestión, o mejor dicho de funciones de “facto” o de “hecho”, o como lo llama la doctrina y la legislación penal española el “administrador de hecho” o de “facto”, en cuanto se refiere a dos cuestiones concretas: en primer lugar a la “administración” o en segundo lugar, a la “representación” de la persona jurídica, prescindiendo de alguna manera de aspectos formales de cargos objetivos específicos que imposibilitan la aplicabilidad real y judicial del citado delito.

Véase, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, SALA DE LO PENAL Sentencia N.º : 841/2006, Recurso Casación N.º : 1658/2005, VILLA DE MADRID, Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria, Procedencia: Audiencia Nacional, Fecha Sentencia: 17/07/2006; Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar, Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar; Excmos. Sres.: D. Juan Saavedra Ruiz; D. Joaquín Giménez García; D. Julián Sánchez Melgar; D. José Ramón Soriano Soriano; D. José Manuel Maza Martín, que señala lo siguiente:

[...] Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador.

[...]

“Tanto desde el plano del delito societario, como desde la estructura genérica de la administración desleal, como faceta pluriforme del delito de apropiación indebida, ambos comportamientos punibles requieren la existencia de un perjuicio a la sociedad, que en el caso del primero, se ha de añadir la nota (que siempre fue sobreentendida así), de un perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendidos en la norma penal. Han sido muchas las teorías que han tratado de explicar el concepto de tal elemento típico. Desde luego, que no es posible una simple identificación de perjuicio, como un parámetro exclusivamente contable, bajo el prisma de saldo contable negativo, pues en tal caso, perjuicio típico podría ser parificable con un gasto que disminuya el activo social contable, o bien con una disminución patrimonial originada por una operación inmersa en una dificultosa co-

yuntura económica. El criterio más seguro para determinar cuándo nos encontramos con su presencia como elemento típico, es la sustracción de todo criterio contable para su enunciación, poniendo el acento en el origen de su causación, en vez de la simple constatación de su mera existencia contable. Sólo así podrá interpretarse adecuadamente el concepto de perjuicio (económico), como elemento típico de los delitos de estructura patrimonial. Será, pues, un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación. Tal caracterización nos lleva a considerar la conexión con otros elementos del delito, como el abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter fraudulento de la operación, o la contracción de obligaciones de tal orden, en el delito societario previsto en el art. 295 del Código penal, o también la misma deslealtad de la administración, en la distracción del dinero o activo patrimonial, en el supuesto típico previsto en el art. 252 del propio Código. En suma, la finalidad última de la causación de un quebranto patrimonial, no puede separarse de este resultado típico. Es imposible interpretar el perjuicio que requiere el legislador sin poner su acento tanto en su origen como en su finalidad. Dicho de otra manera, cualquier disminución patrimonial originaría un perjuicio típico, y esto no puede sostenerse. De ahí, las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no solo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada.

En términos de la Sentencia de 23 de abril de 1992. "el juicio sobre el daño debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual". En el mismo sentido, la Sentencia de 4 de marzo de 1996 refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida".

CAP. XVII

Etimológicamente la palabra "administrador" viene del latín *administrator*, compuesta de los vocablos: *ad*, *manus* y *tractum*, que expresan la idea que trae, o lleva en la mano alguna cosa, hace o presta algún servicio; es la persona natural o jurídica que administra sus bienes propios o ajenos, por su voluntad, por convenio o por mandato legal⁵⁶¹. Por su lado el término "representante" es la persona quien ejerce una representación; mandatario; apoderado; miembro del parlamento o Congreso⁵⁶²; en el derecho público y privado, y en su acepción general el hecho de cumplir un acto jurídico en nombre o por cuenta de otra persona, en mérito a un poder legal o convencional y estableciendo para la persona representada un derecho u obligación del pupilo por el tutor, del mandante por el mandatario; del comitente por el comisionista⁵⁶³.

561 Diccionario Jurídico, Parte Civil, Enciclopedia de la Ciencia Jurídica, Lima, p. 42.

562 Diccionario Jurídico, Parte Civil, Enciclopedia de la Ciencia Jurídica, Lima, p. 501.

563 Diccionario Jurídico, Parte Civil, Enciclopedia de la Ciencia Jurídica, Lima, p. 500.

Porque en la versión original del artículo 198 del Código Penal peruano de 1991 suponía que el agente tenga cualquiera de las condiciones objetivas previstas en la primera parte del citado artículo, es decir, “fundador”, “miembro del directorio”, del “consejo de administración” o del “consejo de vigilancia”, “gerente”, “administrador” o “liquidador” de una persona jurídica en el ámbito privado. Como puede verse, todos estos cargos o puestos tienen o deben tener como base para la imputación penal, que efectivamente el sujeto activo posea dicho cargo o puesto, de acuerdo a un acta de sesión de directorio donde se designe expresamente el cargo o puesto por ejemplo de “gerente” o “liquidador” de una persona jurídica, obviamente con poderes totalmente vigentes extraído de la correspondiente ficha de Registros Públicos de Personas Jurídicas, regulados la mayoría de cargos en nuestra Ley General de Sociedades.

Como es sabido, si no se verificaban los presupuestos de autoría antes mencionados se producía una lamentable atipicidad objetiva de la conducta, mediante la presentación de un medio de defensa técnica (naturaleza o improcedencia de acción según el nuevo Código procesal penal) que llevaba al archivamiento definitivo de la causa penal. Por otro lado, la citada Ley N.º 29307 en el aspecto sancionatorio-punitivo el legislador peruano no ha querido ser demasiada draconiana, desde el punto de vista de la prevención general (negativa) de la pena, desde que el marco máximo de punibilidad del artículo 198 es solo de cuatro años de pena privativa de libertad, con lo cual las posibilidades que el imputado sea internado de un Centro Penitenciario es casi mínima, por la condicionalidad en la ejecución de la pena.

Uno de los aspectos que merece la pena analizarlo es si es necesario que se acredite, en el proceso penal, la existencia del aprovechamiento económico o de ánimo de lucro en el agente activo, además del dolo. Como estamos en delitos donde el bien jurídico protegido es el patrimonio, y en casi en todos los delitos se exige, *en la tipicidad subjetiva, un elemento subjetivo distinto del delito, cual es el ánimo de lucro específico*; sin embargo, y ahí está la discusión dogmática, que en el delito de fraude en la administración de las personas jurídicas (artículo 198, administración fraudulenta; artículo 198-A, informes de auditoría distorsionados; el artículo 199, contabilidad paralela), no está señalado expresamente como una condición en la descripción típica del artículo 198 del Código penal.

En este punto en la jurisprudencia penal peruana sí se acepta tal elemento subjetivo adicional porque claro está es el único inciso (8) del artículo 198 que señala expresamente tal ánimo de lucro, como la expresa en el Expediente N.º 6316-97, en: La Rosa Gómez de la Torre, Miguel, Jurisprudencia del proceso penal sumario, Lima, p. 297 en los siguientes términos: “Para que se configure el tipo penal señalado por el artículo 198, inciso 8, además de tener que acreditarse el perjuicio económico contra la empresa agraviada, se debe acreditar el perjuicio económico contra la empresa agraviada, se debe acreditar el ánimo de lucro y el dolo del procesado”. En mi concepto, por más que estemos ante delitos patrimoniales si el tipo penal no lo exige tal ánimo subjetivo de lucro, el juzgador puede sentenciar el caso sin la probanza procesal de tal exigencia subjetiva.

También debemos tener en consideración, además, que el tipo penal 198, primer párrafo, del Código Penal cuando describe: "...el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica...", lo que sancionando es aquella persona –natural– que tenga funciones de facto o jurídicas de "administración" o de "representación" de una persona jurídica, por lo que no será necesario, a mi juicio, recurrir al artículo 27 del Código penal, "actuar en representación de otra persona" para sancionar al sujeto activo, ya que la figura jurídica de la representación forma parte de la conducta típica del artículo 198 del Código penal; además porque el citado artículo no es un delito común, sino que se trata de un *delito especial propio*, porque el círculo posibles de autores se encuentra restringido solo a aquellas personas físicas que ejerzan funciones de "administración" o de "representación" al interior de una persona jurídica, y como sabemos el "actuar por otro" solo se aplica a los delitos especiales.

III. SOBRE EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL (2008-2010) EN RELACIÓN A LOS DELITOS DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El Anteproyecto del Código Penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal, del Congreso de la República del Perú (2008-2010)⁵⁶⁴, en el Capítulo VI, regula bajo el rubro "delitos patrimoniales", los denominados "Fraude en la administración de personas jurídicas", en el artículo 215 en los siguientes términos: "Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de seis años el que, ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

CAP. XVII

- "1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.
2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.
3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.
4. Aceptar, estando prohibido de hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.
5. Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.
6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.
7. Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.

564 Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código Penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código Penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 189.

8. Usar en provecho propio de otro el patrimonio de la persona jurídica”.

Como puede verse, un primer punto que vale la pena destacar es la mayor sanción penal con la que el legislador del Anteproyecto del Código Penal reprime el delito en estudio, ya que ahora lo sanciona con una pena no mayor de seis años de pena privativa de libertad (véase la primera parte del artículo 215); sin embargo, el actual artículo 198 del Código Penal –aún con la reforma que hubo en el año 2008 a través de la Ley N.º 29307 se conservó la misma penalidad– solo tiene una penalidad no menor de uno ni mayor de cuatro años de pena privativa de libertad. Es clarísima la tendencia, para bien o para mal, de prevención general de la pena que tiene el legislador del Anteproyecto del Código Penal, al querer que las conductas fraudulentas en perjuicio de las personas jurídicas tengan pena efectiva de internamiento en un centro penitenciario, aunque esto dependerá del juzgador en cada caso concreto. Ya en los supuestos concretos que contempla el artículo 215 del Anteproyecto del Código Penal peruano (2008-2010), podemos observar que casi se conserva los mismos supuestos fácticos que contempla el actual artículo 198 del Código Penal, con el mismo número de incisos (ocho).

IV. ANÁLISIS JURÍDICO-DOGMÁTICO DE LOS SUPUESTOS TÍPICOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 198 DEL CÓDIGO PENAL

La redacción típica llevada a cabo en el artículo 198 del Código Penal peruano, se encuentra basada en el modelo penal italiano, en el cual se detalla taxativamente cuáles son los supuestos de administración fraudulenta, distinta a lo regulado en el Código Penal alemán y español que lo redactan de forma genérica; haciendo hincapié, que la redacción de la STGB alemana sanciona la administración desleal de patrimonio general (Untreue); por tanto, tiene como sujeto pasivo del delito tanto a la persona jurídica como a la persona natural.

CAP. XVII

El Código Penal peruano de 1991, y aún con la reforma producida por la Ley N.º 29307 de fecha 31-12-2008, en el Capítulo VI se regula, dentro del Título V, el delito de “Fraude en la Administración de Personas Jurídicas”, en el artículo 198 a través de un único rubro llamado “administración fraudulenta”, en los siguientes términos:

“Artículo 198.- Administración fraudulenta

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en

los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.

2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.
3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.
4. Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.
5. Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.
6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.
7. Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.
8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica”.

(Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 29307, publicada el 31 de diciembre de 2008).

CAP. XVII

1. Ocultar a los accionistas la verdadera situación de la persona jurídica

En este supuesto típico los verbos rectores son los siguientes: en **primer lugar**, “ocultar” a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados la verdadera y real situación económica; y en **segundo lugar**, el hecho de ocultar dicha situación tiene que verse reflejado en una acción concreta de causalidad que es la de “falsear” los balances contables, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas, o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables. Debemos aclarar que, si bien es cierto, se describe al sujeto activo en un delito simple o un sujeto activo indeterminado (artículo 198 del CP, primer párrafo: “...el que ejerciendo funciones...”), también es verdad que este sujeto debe ubicarse dentro de determinadas funciones específicas materiales tanto de administración, o en su defecto, de representación de una persona jurídica.

Este supuesto también no se sustenta en una acción de falsificación material de determinados datos contables, sino en una acción defraudatoria por parte del

sujeto activo, ya que señala que el sujeto activo podrá realizar *cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables*.

Es decir, el sujeto activo debe estar en ejercicios válidos y vigentes al interior de un ente jurídico, como por ejemplo debe ser un gerente general con poder vigente, o dicho gerente le otorgue un poder amplio o especial a otra persona, que más bien asume funciones de representación. Hasta aquí hemos descrito lo concerniente a la conducta típica, sin embargo, se exige un resultado típico ya que el primer párrafo del artículo 198 señala que: “...*en perjuicio de ella o de terceros...*”.

García Caveró al respecto nos dice que “No basta, por tanto, con la simple inobservancia de las normas o reglas que deben guiar la elaboración de la contabilidad, sino que es necesario que el autor procure con la con la contabilidad ofrecer una imagen negativa o positiva de la persona jurídica que no se corresponde con los hechos, pues lo que constituye el delito es la de correspondencia de la contabilidad con la situación real de la persona jurídica”.⁵⁶⁵

En otras palabras, el hecho de ocultar la verdadera situación económica de la persona jurídica, puede traducirse hasta en tres formas o modos:

- Primero, cuando el agente oculta la verdadera situación económica de la persona jurídica haciendo aparecer en los balances beneficios o pérdidas en la realidad no producidas. El sujeto activo con la finalidad explicable de confundir a los socios, accionistas o terceros interesados sobre la real situación patrimonial de su representada, hace aparecer en el balance beneficios realmente no logrados en el periodo.⁵⁶⁶
- Segundo, cuando el agente oculta la verdadera situación económica de la persona jurídica omitiendo en sus balances beneficios o pérdidas realmente producidas. Esto es, no se indica las pérdidas producidas con la finalidad por ejemplo, de hacer aparecer que se trata de una persona jurídica solvente y exitosa cuando es todo lo contrario, confundiendo a los interesados⁵⁶⁷.
- Y tercero, cuando el agente oculta la verdadera situación económica de la persona jurídica haciendo uso de cualquier otro artificio que suponga un aumento o disminución de las partidas contables. Aquí no se omite indicar los beneficios o pérdidas, sino que se las distorsiona o altera; es decir, el agente indica o expresa en el balance los beneficios o pérdidas ocasionadas durante determinado periodo, pero lo hace alterando o distorsionando los datos o cifras de modo que al final en el balance no aparece la real situación patrimonial de la persona jurídica⁵⁶⁸.

El objeto material del delito lo constituye el balance, al mismo que en derecho comercial se le entiende como aquel documento contable que conforma los denominados estados financieros, de elaboración periódica, que permite determinar

565 GARCÍA CAVERO, T. II, 2007, p. 384.

566 SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra el patrimonio*, Lima, 2010, p. 319.

567 SALINAS SICCHA, 2010, p. 319.

568 SALINAS SICCHA, 2010, p. 319.

de modo resumido y de manera ordenada, los saldos de todas las cuentas para establecer el activo, el pasivo y el patrimonio de una persona jurídica, así como las ganancias y pérdidas producidas en un periodo⁵⁶⁹.

En el Derecho comparado podemos citar el Código Penal español de 1995, que en el Capítulo XIII se regula los llamados Delitos Societarios, y un artículo que guarda cierta similitud con el artículo que estamos comentando, es el artículo 290 del Código Penal español, que a la letra dice: “Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior”.

2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica

Este supuesto típico resulta sumamente redundante de cara al principio de economía legislativa, porque en el inciso anterior, a mi juicio, ya se encuentra regulado dicho supuesto fáctico, pues en ella se señala como hemos visto: “Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, *la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances...*”, y aquí lo que se sanciona es precisamente la de falsear o adulterar datos que pueden ser en sentido amplio, entre otras cosas, las partidas contables, las boletas, las facturas, los contratos diversos que se suscriben, diversos comunicados que en su contenido pues no reflejan la verdadera situación (sobre todo económica) del ente colectivo ante los socios, accionistas.

CAP. XVII

Quizá la única solución dogmática posible que podría encontrarse es que el primer supuesto (inciso primero) sea una infracción penal específica y el segundo inciso sea una infracción penal genérica, en el sentido que en el primer inciso el hecho incriminado sea, por ejemplo, ocultar-falsificar datos específicos de contabilidad de la persona jurídica, mientras que en el segundo inciso el hecho incriminado puede no solo datos o información de contabilidad de la persona jurídica, sino también datos o información falsos por, ejemplo, de adulteración de una ficha de Registros Públicos en relación al capital aportado por cada uno de los socios.

La conducta típica consiste en que el sujeto activo deba “proporcionar”, y esta debemos de entenderla, en principio, a través de un sentido activo-positivo del comportamiento; es decir, el administrador o representante de una persona jurídica ante los acreedores o socios fundadores informa balances contables falsos o adulterados, aquí estamos ante un delito de comisión, porque la información falsa que se está presentando está conectado causalmente al resultado: sobre la verdadera situación de la persona jurídica. Aunque se podría presentar la figura de la omisión impropia (artículo 13 CP) cuando por ejemplo el administrador no

569 SALINAS SICCHA, 2010, p. 317.

evita teniendo la obligación de hacerlo (siempre y cuando ostente una posesión de garante vigente mediante una asunción voluntaria fáctica o jurídica de riesgos) que un tercero (un coadministrador) o un subordinado (asistente gerencial) esté dando, una charla en un directorio, datos o información falsa o adulterada a los socios fundadores de la persona jurídica.

Nuestra Ley de Sociedades prevé que los interesados pueden recabar la información respectiva para saber la real situación económica antes de concurrir a la junta general. Cualquier falsedad en este tipo de informes o en cualquier otro solicitado por los interesados en contactar con la persona jurídica, configura la presente conducta ilícita penal.

El objeto material por medio del cual se puede cometer el delito será un inventario, informe o memorias. Asimismo se constituirá en un medio material aquellos informes por los cuales se da cuenta de lo que se decidió en asamblea o juntas generales pasadas para apreciar la verdadera situación actual de la persona jurídica⁵⁷⁰.

García Caveró nos dice que “Para delimitar el ámbito de aplicación del delito hay que precisar primeramente que no se castiga el suministro de datos falsos sobre cualquier aspecto de la situación de la persona jurídica, sino solamente sobre su situación económica-financiera. En segundo lugar, debe quedar claro que no se trata de cualquier comunicación social que suministra datos falsos, sino que el tipo penal debe limitarse a las comunicaciones sociales dirigidas a los órganos de la propia persona jurídica o a personas vinculadas patrimonialmente a la persona jurídica⁵⁷¹.”

3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones

El verbo rector “promover” debemos de entenderla como sinónimo de gestionar continuamente, realizar asesoramiento constantes para una finalidad, es decir, el sujeto activo debe hacer todo lo necesario para un objetivo específico, cual es el de falsear en tres documentos específicos, en primer lugar las cotizaciones de acciones, en segundo lugar los títulos o en tercer lugar las participaciones. Esto es no se admite una interpretación analógica, sino una interpretación taxativa. La acción punible de falsificación de los documentos antes mencionados tiene como hecho antecedente actos previos genéricos de fraude, de engaño suficientes, de ardid por parte del administrador o representante de una persona jurídica.

El actor simula u oculta hechos o circunstancias que puedan incidir en la disminución del valor de las acciones o participaciones o en su caso, hacen entender hechos o circunstancias falsas que incidirán en el aumento ficticio del valor de las acciones, títulos o participaciones. La conducta delictuosa está orientada a presentar acciones, títulos o participaciones con un valor patrimonial que en la realidad no tienen o no podrán alcanzar en el mercado⁵⁷².

570 SALINAS SICCHA, 2010, p. 320.

571 GARCÍA CAVERO, T. II, 2007, pp. 378 y 379.

572 SALINAS SICCHA, 2010, p. 321.

En tal sentido, estamos ante un delito de comisión activa por los verbos activos-causales que prevé tal inciso (“promover”, “medio fraudulento”, “falsear”), por lo que es admisible la posibilidad de la tentativa (artículo 16 del Código penal), aunque podría pensarse en un delito de omisión impropia (artículo 13 del Código penal), siempre y cuando el autor ostente una posición de garantía, en el sentido por ejemplo que el administrador haya aceptado previamente, mediante una relación contractual-laboral, ponerse al frente de la dirección de una persona jurídica, y obviamente tendrá la obligación de evitar, que terceras personas, realicen actos fraudulentos, de adulteración-falsificación, en las cotizaciones, títulos o participaciones, causando perjuicio económico a la propia persona jurídica.

El tipo penal establece que esta labor de promoción puede tener lugar por cualquier medio fraudulento. Sobre este punto se ha levantando en la doctrina italiana una fuerte discusión: ¿Qué se entiende por medio fraudulento? En disputa se encuentran dos interpretaciones. Por un lado, se presenta una interpretación que entiende a la finalidad del autor y que considera medio fraudulento cualquier acto, comportamiento o instrumento idóneo para llevar a cabo un engaño o para crear una falsa representación de la realidad. Por el otro, se encuentra una interpretación en el medio, la cual requiere que el medio empleado resulte en sí mismo ilegal (falsificación de documentos, coacciones, etc.) (90). Si bien la segunda interpretación resultaría más acorde con el principio de mínima intervención del Derecho Penal, parece ser que el sentido expresado por el tipo penal apunta a abarcar todos los medios capaces de defraudar a terceras personas. En este sentido, consideramos que el elemento del tipo “cualquier medio fraudulento” debe ser interpretado conforme al punto de vista que atiende del autor⁵⁷³.

Finalmente, en el Derecho comparado podemos citar el Código Penal español de 1995, que en el Capítulo XIII se regula los llamados Delitos Societarios, y un artículo que guarda cierta similitud con el artículo que estamos comentando, es el artículo 295 del Código Penal español, que a la letra dice: “Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”.

CAP. XVII

4. Aceptar, estando prohibido de hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía

De más está decir que el sujeto activo tiene que estar laborando al interior de una persona jurídica, en calidad de administrador o representante de acuerdo con la primera parte el artículo 198 del Código penal. Ahora bien, el sujeto activo tendrá que aceptar voluntariamente determinadas acciones o títulos-valores que le pertenece a la persona jurídica, pero las acepta como garantía en sus distintas

573 GARCÍA CAVERO, T. II, 2007, p. 392.

formas, prendaria, hipotecaria. La característica es que la aceptación de acciones o títulos-valores tiene que estar expresamente prohibido, y aquí es donde se produce una remisión directa a las normas extrapenales que produce internamente la persona jurídica, es decir a las reglamentaciones internas, a los estatutos; en otras palabras se trataría de un elemento normativo del tipo, donde el Juez, para cerrar la tipicidad de la conducta bajo comentario, tendrá que recurrir a la Ley General de Sociedades y las reglamentaciones internas de las personas jurídicas.

El inciso cuarto del artículo 198 del C.P. tipifica la conducta delictiva que se perfecciona o configura cuando el agente sabiendo que está prohibido (artículo 106 de la Ley General de Sociedades), acepta como garantía de créditos, acciones o títulos de la misma persona jurídica a la cual representa. Sin embargo, esta prohibición legal no es absoluta sino relativa. La prohibición tiene sentido cuando el crédito es superior al valor real de las acciones o títulos. Si el crédito es igual o por debajo del valor real de las acciones o títulos, no es posible la comisión del delito en análisis, pues muy bien la persona jurídica, al no pagar el beneficiario el crédito en el plazo previsto, podrá negociar las acciones o títulos dejados en garantía y hacerse el pago correspondiente. En este supuesto no se configura la lesión o puesta en peligro del patrimonio social de la persona jurídica⁵⁷⁴.

El artículo 198 inciso 4 del Código Penal castiga la aceptación de acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito. El tipo penal recoge un supuesto de autocartera indirecta que se encuentra prohibido en el artículo 106 de la LGS. En el Derecho de sociedades se discute sobre la legalidad o ilegalidad de la autocartera o adquisición de las acciones por propia sociedad. En esta discusión se suele diferenciar la autocartera originaria, la autocartera derivada y la autocartera indirecta⁵⁷⁵.

5. Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes

Fraguar es el verbo rector del inciso en comento el mismo que significa adulterar-falsificar un hecho o un documento; y esta acción punible (delito de comisión activa) se debe realizar tanto en el soporte físico o electrónico, como en el contenido de los documentos de balances contables de una persona jurídica. En este supuesto típico es ya específico el objeto material donde recae la acción del sujeto activo, cuales son los balances contables, si es en otro documento será irrelevante penalmente (por ejemplo: fragura fichas de Registros Públicos o contratos civiles).

Este comportamiento delictivo puede perfeccionarse hasta en dos supuestos: primero, cuando el agente sabiendo que su representada no tiene utilidades debido a los resultados negativos en sus negocios, confecciona un balance falso donde consigna o hace reflejar que existen utilidades y por tanto ordena su distribución entre socios o asociados. Y segundo: cuando el actor sabiendo que su representada tiene utilidades mínimas, adultera su balance y consigna cifras superiores a las reales dispone su distribución. En el primer supuesto estamos ante un balance falso y en el segundo supuesto, ante un balance adulterado⁵⁷⁶.

574 SALINAS SICCHA, 2010, p. 323.

575 GARCÍA CAVERO, T. II, 2007, p. 395.

576 SALINAS SICCHA, 2010, p. 324.

Los balances contables en términos generales se puede definir que son los resultados confrontados, por determinados periodos, entre activos y pasivos, entre ingresos y egresos que permiten reflejar las ganancias y pérdidas económicas de una persona física o también jurídica, dedicada a una actividad comercial, se trata de una información crucial y relevante de cara a la existencia de una persona física o jurídica, por ello el Derecho penal deba proteger, en este caso a la persona jurídica, cuando determinadas personas por encontrarse al interior de la misma, intenta sabotear mediante conductas fraudulentas, la información contable. En ese sentido, el simple hecho de fraguar sería irrelevante penalmente si es que el agente no tendría una finalidad específica: cual es el hecho de reflejar y distribuir las utilidades que es precisamente las ganancias económicas, las mismas que son inexistentes para los demás miembros de la persona jurídica. De más está decir que este supuesto tiene que alcanzarse de manera dolosa.

Antes que nada, hay que precisar que el reparto de utilidades inexistentes no es propiamente la conducta típica, sino fraguar los balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes. En este sentido, la acción típica estará constituida solamente por fraguar los balances. A partir de esta precisión, podría concluirse que la regulación expresa de este supuesto de administración fraudulenta de persona jurídica resultaría innecesaria, ya que se está castigando un supuesto específico de fraude contable⁵⁷⁷.

6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica

La modalidad conductual aquí reprimida es la de omisión propia o simple desde que está señalado expresamente el verbo “omitir” en la descripción típica, por ello el sujeto activo tiene que cumplir con las siguientes condiciones: primero, el administrador-representante debe encontrarse, en principio, en una sesión de carácter formal de un Directorio, de un consejo de administración, de un consejo directorio u otro órgano similar o al auditor interno o externo; segundo: el hecho que el sujeto activo tenga la obligación jurídica y legal de “comunicar” al Directorio u otros órgano similares de administración o dirección de la persona jurídica sobre determinadas informaciones que es de relevancia para la persona jurídica, ahora bien, la comunicación que tendría que haberse dado sería de distintas formas, de manera verbal, de manera escrita, por correo electrónico, por envío de fax, por llamada telefónica o celular, etc., comunicaciones que son se dieron en su momento, y que por eso es sancionable; tercero: la información que debió hacerse al Directorio o otros órganos es acerca de la existencia de intereses propios (préstamos personales, alquileres particulares, compraventa de bienes y servicios a los mismos miembros de la persona jurídica) que son incompatibles con los de la persona jurídica, y esto obviamente tendría que estar regulado como prohibición expresa

CAP. XVII

577 GARCÍA CAVERO, T. II, 2007, p. 390.

en los propios estatutos de la persona jurídica. Aun cuando hemos señalado que se trata de un delito de omisión propia o simple (que normalmente es un delito de mera actividad), esta tendrá que estar conectado a través de un resultado típico lesivo, cual es la causar perjuicio económico a la propia persona jurídica.

El interés incompatible puede presentarse de modo inmediato cuando el propio agente o algún familiar cercano son los interesados en realizar algún negocio con la persona jurídica que representa. O en forma mediata, ocurrirá por ejemplo, cuando el agente o algún familiar cercano son socios o asociados de otra persona jurídica que realiza negocios con su representada. En ambos supuestos la incompatibilidad de intereses es evidente, situación que omite informar el agente a los demás representantes y por el contrario participa en la deliberación de los negocios a realizar⁵⁷⁸.

Desde una perspectiva político-criminal, no encontramos una razón suficiente para la incriminación de la conducta de omisión de comunicación de intereses incompatibles. El daño patrimonial es, en primer lugar, todavía incierto, pues el directivo puede favorecer tanto el propio interés como el interés de la sociedad. Nada más que un razonable egoísmo abogaría por el favorecimiento del interés personal. Si bien esta omisión de comunicación resulta cuestionable desde el punto de vista de la rectitud de la administración, hay que tener presente que, por ejemplo, la legislación societaria contempla ya algunos mecanismos de reacción ante esta situación⁵⁷⁹.

7. Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica

El verbo rector “asumir” la debemos entender como “aceptar”, en este caso, los préstamos –bancarios– para la persona jurídica. Hay muchas formas de asumir los préstamos que en perspectiva jurídico-penal serían actos de preparación de delito, por supuesto irrelevante de sanción penal: puede ser asistiendo a las reuniones en el banco, explicando al directorio las bondades de asumir el préstamo, pero a mi juicio, el inicio de la conducta punible la debemos encontrar en la suscripción del préstamo que es cuando se acepta definitivamente. En este momento es cuando, en realidad, empieza los deberes y obligaciones de la persona jurídica para con una entidad financiera.

En principio, obtener créditos no está prohibido siempre y cuando se realicen respetando el procedimiento establecido, con acuerdo de todos los representantes competentes y sobre todo no se perjudique o ponga en peligro el patrimonio de la representada. Lo que se sanciona es el hecho de obtener un crédito o préstamo perjudicial para la persona jurídica sin seguirse el procedimiento normal que la ley o los estatutos establecen para tal efecto. El agente actúa por su cuenta, desconociendo incluso la competencia de los demás representantes⁵⁸⁰.

578 SALINAS SICCHA, 2010, p. 326.

579 GARCÍA CAVERO, T. II, 2007, pp. 375 y 376.

580 SALINAS SICCHA, 2010, p. 327.

Debe quedar claro que no se castiga penalmente que el administrador o representante firme préstamos civiles, comerciales, bancarios, porque en realidad es una modalidad o práctica muy recurrida en empresas privadas, es más el Derecho debe y tiene que incentivar este tipo de negocios jurídicos para el crecimiento de la persona jurídica; lo que no se debe permitir, y en eso el Derecho penal sí lo reprime, es que los préstamos a realizarse o los ya realizados, que es un endeudamiento a mediano o largo plazo, sean totalmente indebidos o sin motivo alguno.

En otras palabras, la frase: “Asumir *indebidamente* préstamos para la persona jurídica”, se trata de un parámetro legal de carácter valorativo-subjetivo, obviamente a discreción personal del juzgador penal, teniendo en consideración las circunstancias fácticas que motivaron la suscripción del préstamo. Lo “indebido” en los préstamos debe estar en una estrecha relación de causalidad con el perjuicio económico que finalmente se ocasione a la persona jurídica; porque si por más que sea calificado de indebido, en un inicio, el endeudamiento económico que sea contraído en un banco, pero si posteriormente, y por el contrario, fue más bien en beneficio económico de la propia persona jurídica, porque se crearon por ejemplo más filiales en el país, se contrató a más personal calificado, se compró mejor logística; entonces solo se habrá satisfecho una parte de la conducta típica, más no el resultado típico. Habrá una atipicidad objetiva de la conducta.

La doctrina nacional ha considerado como actos de administración fraudulenta englobados en el artículo 198 inciso 7 del CP, la celebración de contratos en nombre de la sociedad con precios superiores a los autorizados por el directorio, así como el endeudamiento de la sociedad por encima de lo permitido o contraviniendo la vía establecida para ello. No cabe duda que los actos de endeudamiento por parte del administrador son actos de administración normales en la vía societaria, ya que un administrador sin la capacidad de endeudarse simplemente no podría desenvolverse como tal. Sin embargo, esto no implica una amplia potestad para obligar patrimonialmente a la persona jurídica frente a terceros, sino que debe observarse ciertos límites y requisitos con la finalidad de evitar un perjuicio para la persona jurídica administrada⁵⁸¹.

CAP. XVII

8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica

En este supuesto el administrador o representante de la persona jurídica tendrá que aprovecharse económicamente, y de manera dolosa, para él mismo o para beneficio de otra persona —natural o jurídica— el caudal patrimonial —que puede ser, entre otras, de activos, de ganancias, de títulos valores, poner en garantía hipotecaria a la misma persona jurídica, los bienes muebles, los bienes inmuebles, etc. que, a sabiendas tiene conocimiento que le pertenece a la persona jurídica. Por ejemplo, el administrador utiliza diariamente la camioneta de la persona jurídica para llevar a sus hijos al colegio, pese a que los estatutos señalan la prohibición expresa de tal utilización.

581 GARCÍA CAVERO, T. II, 2007, p. 399.

A efectos de la consumación no es necesario que el sujeto activo devuelva o retarde la devolución del bien –mueble o inmueble– utilizado, por el contrario puede estar en su poder de dominio permanentemente. En otras palabras, se trata de un peculado doloso de uso en el sector privado. Como se trata de un delito de resultado lesivo pues el artículo 189 del Código penal, señala: “...*en perjuicio de ella o de terceros...*”, se admite la posibilidad de la tentativa –artículo 16 del Código penal– por ejemplo en el caso que el administrador pretendía subir a la camioneta ajena y en ese preciso momento es intervenido por los demás miembros o directivos de la persona jurídica, o también puede interrumpirse el curso causal por intervención voluntaria del mismo sujeto activo.

La única forma de declarar la atipicidad objetiva de esta conducta es que mediante expreso consentimiento –manifestado en un acta– de todos los miembros del directorio –por unanimidad o mayoría de acuerdo a los estatutos– permitan que él o los administradores o el o los representantes puedan utilizar el patrimonio de la persona jurídica, en este punto puede recurrirse al artículo 20, inciso 8, del Código Penal peruano, sobre la actuación de acuerdo a Derecho. En la tipicidad subjetiva, en principio, solo se admite la posibilidad del dolo directo o de primer grado, sería muy difícil pensar que el sujeto activo se aproveche del patrimonio de la persona jurídica mediante dolo eventual o condicionado.

V. EL DELITO DE FRAUDE DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS Y LAS RELACIONES CONCURSALES CON OTROS DELITOS

En principio, el delito de fraude de administración de las personas jurídicas tendría varias relaciones concursales con algunos delitos de la Parte Especial o en legislaciones especiales; en ese sentido, en primer lugar tendrá relación de concurso con el delito de estafa genérica (artículo 196 Código penal) por el concepto de “fraude” o “engaño” que en muchos supuestos típicos se utiliza en el artículo 198 del Código Penal (véase: inciso 1: “...usando cualquier *artificio* que suponga aumento o disminución de las partidas contables”; inciso 3: “Promover, por cualquier *medio fraudulento*, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones”; inciso 5: “*Fraguar* balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes”.); es decir, que el fraude debe ser el medio para el cual debe concretarse la adulteración-falsificación de las partidas contables, en este supuesto sería una especie de concurso ideal de delitos (artículo 48 Código penal); por el contrario, si se demuestra comportamientos autónomos entre los fraudes, este sería un concurso real de delitos.

Otro delito que podría realizarse una relación concursal, sería contra la Fe Pública, concretamente con el delito de falsedad documental material (artículo 427, primer y segundo párrafo), porque en algunos incisos del artículo 198 del Código Penal (véase: inciso 1: “...*falseando los balances*, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables”; inciso 2: “Proporcionar *datos falsos* relativos a la situación de una persona jurídica”; inciso 3: “Promover, por cualquier medio fraudulento, *falsas* cotizaciones de acciones, títulos o participaciones”); es decir, si se llegará a comprobar falsificación de documentos, cualquiera que estos

sean, sería un concurso aparente de normas, y tendría que aplicarse el principio de especialidad, ya que el supuesto típico genérico sería el delito de falsedad documental, y el supuesto típico especial sería el delito de fraude en administración de las personas jurídicas, con lo cual se preferirá este último delito. Por otro lado, si la falsedad documental es más bien un “medio” del sujeto activo para alcanzar algunos fraudes documentales pertenecientes a la persona jurídica para causar perjuicios económicos a la misma, como por ejemplo falsear partidas contables o balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes, sería en este caso un concurso ideal o formal de delitos.

VI. EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y LOS DELITOS SOCIETARIOS

En el Código Penal español, en el Capítulo XIII, se regula los delitos societarios bajo los siguientes artículos:

“Artículo 290. Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falseen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.

Artículo 291. Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido.

Artículo 292. La misma pena del artículo anterior se impondrá a los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito.

Artículo 293. Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin

causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses.

Artículo 294. Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses. Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

Artículo 295. Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

Artículo 296. 1. Los hechos descritos en el presente Capítulo, solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

Artículo 297. A los efectos de este Capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado".

CAP. XVII

EL DELITO DE USURPACIÓN INMOBILIARIA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

I. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE USURPACIÓN INMOBILIARIA (ARTÍCULO 202 DEL CÓDIGO PENAL)

1. Consideraciones generales

En primer lugar, la palabra usurpación proviene del latín: *usurpatio, -onis*, que es la acción y efecto de usurpar; en otras palabras, es la acción o efecto, de apoderarse de una propiedad o de un Derecho que legítimamente pertenece a otra persona; es una apropiación indebida de lo ajeno en términos jurídicos⁵⁸²; se trata finalmente de un delito que se comete apoderándose ilegítimamente generalmente con violencia o amenaza de un bien inmueble.

El delito de usurpación tiene su antecedente legislativo en el Derecho peruano, específicamente en el artículo 257 del abrogado Código Penal de 1924. Ahora bien, la autonomía sistemática del delito de usurpación (inmobiliaria) en el actual Código Penal de 1991 en realización al bien jurídico “patrimonio”, encuentra su explicación en la naturaleza misma de los bienes sobre los cuales recae la acción del sujeto activo, es decir, sobre los bienes inmuebles⁵⁸³.

En ese sentido, es técnicamente inapropiado y materialmente imposible hablar de “sustracción de un bien inmueble” como aparece en algunas legislaciones del extranjero. El Derecho penal peruano ha recreado, a partir del Código Penal de 1991, la figura de la usurpación inmobiliaria cuando el sujeto activo haciendo uso –de manera dolosa– de la violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza despoja, destruye linderos o turba la posesión pacífica que tiene su víctima –poseedor– sobre un bien inmueble.

582 En este punto: CARRARA ha caracterizado al delito de usurpación de inmuebles como una especie de “hurto de cosa inmueble”, para así identificar el grado de tutela otorgado a la mentada figura (cfr. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, Vol. IV, Ed. Temis, Bogotá, 1997, § 2417 a 2439).

583 Véase, en este sentido: VILLA STEIN, Javier; *Derecho penal. Parte especial II-A: Delitos contra el patrimonio*, Lima, 2001, p. 176, citando a Quinteros Olivares, nos dice que “en el delito de usurpación, la acción del autor incide, en sus diferentes manifestaciones, sobre bienes inmuebles o derechos reales inmuebles”.

La usurpación o el acto de usurpar algo que no le pertenece en el Derecho penal peruano tiene una doble connotación: a) la usurpación de terrenos o de inmueble y b) la usurpación de funciones. En esta última acepción se trata de un ilícito que está ubicado sistemáticamente en el Código Penal peruano como un delito contra la Administración Pública, específicamente cometido por particulares en contra de la Administración Pública, cuando el particular ingresa a la función pública sin tener los requisitos legales para hacerlo. Mientras que el delito de usurpación de inmueble está ubicado sistemáticamente en el rubro de delitos contra el patrimonio, específicamente lo que se protege en la “posesión pacífica” que debe ejercer las personas cuando adquieren –ya sea en forma onerosa o gratuita– un bien inmueble; es decir, que ninguna persona puede ingresar, de manera subrepticia ni violentamente, a los predios –urbanos o rústicos– considerados ajenos para ejercer una posesión que no le corresponde, lo cual el Derecho debería intervenir para poner límites y prohibiciones a tales acciones.

En el Derecho comparado se registra la afirmación usual en el sentido de que la protección del patrimonio inmobiliario se encuentra suficientemente cubierta por diversos sectores del ordenamiento jurídico: el Derecho Civil y el Derecho Registral, de tal manera que la intervención del Derecho penal solo debe efectuarse de modo absolutamente excepcional y cuando sea indispensable dicha tutela. En efecto, los bienes inmuebles gozan por lo general de una permanente protección registral de la que carecen los bienes muebles en donde el peligro de pérdida del derecho es mucho menor, habiendo, por el contrario, vías idóneas para su recuperación⁵⁸⁴.

En la doctrina comparada hay quienes postulan la necesidad de prescindir de la existencia del delito de usurpación en la medida que dicha infracción es compatible con una sociedad agraria, rural y desprovista de los alcances del derecho registral y que no se aviene con el desarrollo de la sociedad postindustrial. Pese a todo, la doctrina encuentra algunas razones para la subsistencia del delito de usurpación⁵⁸⁵.

- En primer lugar, la trascendencia de los comportamientos de desposesión cuya relevancia en los delitos patrimoniales es incuestionable.
- En segundo lugar, la importancia en el tráfico jurídico y el valor económico de los bienes inmuebles y de diversos derechos reales (posesión, propiedad, servidumbre, habitación, etc.), obliga a protegerlos penalmente de manera adecuada, pues resulta contradictorio que se tutele penalmente los bienes muebles y no se despliegue ninguna tutela jurídico penal a los bienes inmuebles. Sería a todas luces una inversión valorativa sumamente discutible. Asimismo, la tutela registral por más segura y fiable que resulte no elimina ni exonera de todos los peligros y conductas lesivas al patrimonio inmobiliario, máxime si en una realidad como la nuestra la inscripción en registro público no es obligatoria, ni representa la cura para los atentados patrimoniales de esta índole.
- En tercer lugar, bulle también en este ámbito criterios de corte ideológico

CAP. XVIII

584 CASTILLO ALVA, José Luis; “Breves apuntes sobre la usurpación por despojo”, en JUS, Doctrina y práctica, agosto 08, 2007, Lima, p. 44.

585 CASTILLO ALVA; “Breves apuntes sobre la usurpación por despojo”, cit., p. 45.

y político en la medida que la protección de la propiedad y los derechos reales dentro de una sociedad capitalista pasa muchas veces de manera esencial por una necesaria protección penal del patrimonio inmobiliario. En esta línea, cabe destacar también que a la clase política y económica dominante le resulta absolutamente imprescindible seguir tutelando como forma de dominio los valores patrimoniales y, en especial dentro de ellos, los bienes inmuebles. Con razón, se señala que la ocupación de inmuebles posee un significado más político que económico.

2. Sobre la problemática del bien jurídico protegido en el delito de usurpación inmobiliaria

En el Código Penal peruano vigente de 1991 —como también lo hizo en su momento el Código Penal abrogado de 1924— se protege —como no podría ser de otra manera— el “patrimonio” de las personas, y dicha protección penal lo realiza en todos los sentidos posibles, porque entendemos que el patrimonio⁵⁸⁶ —o también la propiedad como concepto mucho más antiguo— representa una de las condiciones vitales para la supervivencia del ser humano en la vida social; a mi juicio, el patrimonio tiene la misma jerarquía y es tan igual como la vida independiente o dependiente, como la integridad física o salud personal, como la libertad personal, o como el honor, ya que todos estos aspectos hacen realidad las aspiraciones del hombre en sociedad, y que el Derecho —penal— debe y tiene que brindar la protección respectiva.

En efecto, la tutela jurídico-penal que se circunscribe a bienes jurídicos de naturaleza personal, va desde las formas de “ataque” al bien jurídico-penal “patri-

586 En la Constitución Política del Perú solo encontramos enunciados relativos al concepto de “propiedad”, más no al concepto de patrimonio. En efecto, en el artículo 70° de la Constitución prescribe lo siguiente: “*El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio*”.

Por su parte, la Constitución Política del Perú de 1979, hoy abrogada, en su artículo 124° decía lo siguiente: “La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades. La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad”. Enseguida el artículo 125° prescribía lo siguiente: “La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley, y previo el pago en dinero de una indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa”.

Finalmente el Código Civil peruano, en su artículo 923 define a la propiedad como el: “... poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”. Como es sabido, la propiedad es el Derecho real por excelencia, y al respecto, el Código Civil peruano en su artículo novecientos veintitrés establece, una definición legal al señalar que es el poder jurídico que permite usar (*jus utendi*), disfrutar (*jus fruendi*), disponer (*jus abutendi*) y reivindicar (*jus vericandi*) un bien; en tal sentido, el conjunto de atribuciones o haz de facultades antes descritas delimitan el contenido del derecho real de propiedad como un derecho absoluto (con las limitaciones de ley) exclusivo respecto de la cosa y excluyente respecto de terceros.

monio” de la propiedad inmobiliaria: así tenemos desde la sustracción —por astucia o violencia— sobre bienes muebles (hurto, robo) o recibe bienes de procedencia ilícita (receptación), también en las formas de apropiación bajo defraudación (esta-fa); también se protege desde la forma de apropiarse indebidamente sobre bienes muebles (apropiación ilícita), hasta aquellos que atentan contra el patrimonio de una persona jurídica de derecho privado (fraude en la administración de personas jurídicas) y aquellos que atentan contra la tranquilidad de la legítima posesión de los bienes inmuebles o terrenos urbanos y rústicos (usurpación). Sobre este último supuesto delictivo es que desarrollaremos en las siguientes páginas.

En términos generales se considera patrimonio el conjunto de los bienes y derechos pertenecientes a una persona, física o jurídica. En el ámbito legal el patrimonio significa algo así como el conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a una persona, que tienen una utilidad económica y por ello son susceptibles de *estimación pecuniaria, y cuyas relaciones jurídicas están constituidas por deberes* y derechos (activos y pasivos). La propiedad puede definirse como el poder jurídico pleno o completo de un individuo sobre una cosa. En otras palabras, la propiedad es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer del mismo, sin más limitaciones que las que imponga la ley. Es el Derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien.

El delito de usurpación de bienes inmuebles es un delito donde se protege al titular de un Derecho real vigente según las reglas del Código Civil peruano, y precisamente las formas cómo uno adquiere un Derecho real (por ejemplo, un bien inmueble) es por medio de la “propiedad”, es decir, mediante una compra-venta; y en segundo lugar, uno puede ejercer la titularidad de un Derecho real mediante la posesión del terreno. Resulta difícil determinar cuándo y hasta dónde puede constituir una infracción de carácter penal y cuando una infracción de carácter civil. No se trata de determinar cuál de las dos vías legales (o bien la vía penal punitiva o bien la vía civil indemnizadora) resulta ser más eficaz de cara a la protección del bien jurídico, ya que ambas vías tienen distintas finalidades; en este punto de lo que se trata, más bien, es de determinar una cuestión más conceptual, de definición, antes que busca una real eficacia de protección.

Tampoco se trata de paralizar indiscriminadamente todo procedimiento penal por delito de usurpación de terreno si existe —previa o coétaneamente— en curso un proceso civil, por ejemplo, de interdicto de retener o de recobrar o, si existe una acción por defensa posesoria extrajudicial, ya que eso traería perjuicios irreparables a las finalidades del proceso penal: la aplicación de la ley penal al caso concreto y la búsqueda de la verdad. A mi juicio, al Derecho penal no le debe interesar si el titular del Derecho real sea efectivamente propietario del bien inmueble, ya que lo que se protege en dicho delito es la posesión pacífica y que nadie puede ingresar a perturbar la tranquilidad de la posesión.

Es de verse que se deriva lógicamente del tipo penal de usurpación, que antes del acto perturbador debe preexistir una situación fáctica y jurídica atribuible al sujeto pasivo, es decir, debe existir previamente una posesión que posteriormente es per-

turbada con la producción de la conducta típica del sujeto activo. La jurisprudencia ha dicho lo siguiente: "...el delito de usurpación no solo protege el dominio que se ejerce sobre un inmueble sino, propiamente el ejercicio de facultades que tiene su origen en derechos reales que se ejercen sobre él, requiriendo, además de parte del sujeto pasivo de la posesión del bien por alguno de los modos señalados en la descripción típica del artículo doscientos dos del Código Penal presupuestos que no concurren en el presente caso"⁵⁸⁷. En otras palabras, el delito de usurpación es un delito patrimonial cuyo bien jurídico penalmente tutelado es la posesión de un tercero⁵⁸⁸, la misma que debe ejercerse de manera pacífica, siendo que ante el

587 R. N. N.º 3536-98-Junin, extraído de: ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal (1999-2000)* Idemsa, 2002, Lima, p. 624.

588 Así lo señala expresamente la jurisprudencia: "Si la agraviada no tenía la *posesión real* ni física del inmueble presuntamente usurpado, la denunciada ocupa de manera pacífica al terreno sub-litis y *no han mediado violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza en el despojo*, dado que el inmueble *estaba desocupado*, procede declarar No ha Lugar a la apertura de instrucción solicitada". Ejecutoria Superior de Lima, 20 de mayo de 1997, Expediente, /80-1997 (La Rosa Gómez De la Torre, *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Lima, Grijley, 1999, pp. 317-318).

Por otro lado, también se señala lo siguiente: "Para que se configure el delito de usurpación debe de acreditarse durante la instrucción con pruebas, el despojo de la *posesión* del que reclama haber sido objeto la agraviada". Ejecutoria Superior de Lima, 20 de mayo de 1997, Expediente, 5208-1997 (La Rosa Gómez De la Torre, *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Lima, Grijley, 1999, p. 322).

"Lo que se persigue y sanciona en la comisión del delito de usurpación, *no es la propiedad, sino el despojo de la posesión* en forma violenta o con la utilización del engaño o la astucia o el que altera linderos o destruye o también el que turbe la posesión, presupuestos a que se refiere el artículo doscientos dos del Código Penal vigente". (Resoluciones Superiores del 03-06-199. Exp. / 98-264-Ica y del 23-08-1999. Exp. N.º 97-52-Ica).

"En el delito de usurpación, el bien jurídico protegido es la posesión, mas no la propiedad, la cual debe dilucidarse en la vía correspondiente" (Ejecutoria Suprema del 24-08-1989, Exp. 534-93-Lima, *Anales Judiciales*, año judicial 1989, T. LXXVII, 1S93. p. 162).

"El delito de usurpación no solo protege el dominio que se ejerce sobre el inmueble sino propiamente el ejercicio y facultades que tiene su origen en derechos reales que se ejercen sobre el requiriendo además, de parte del sujeto activo una especial intención de despojar al sujeto pasivo de la posesión del bien por alguno de los modos señalados en la descripción típica del artículo 202 del código penal" (Ejecutoria Suprema del 28-01-1999. Expediente N.º 3536-98-Junin, en revista Peruana de Jurisprudencia. Normas Legales, 1999, año 1, p. 361).

Por otro lado, otra jurisprudencia señala expresamente: "Para la configuración del delito de usurpación se requiere que el sujeto agraviado haya ejercido posesión del bien y que al momento del evento haya sido despojado por agente infractor mediante el uso de la violencia, el engaño o el abuso de confianza; que en caso de autos no se han dado tales presupuestos y, por ende tampoco ha ejercitado acto posesorio alguno sobre el inmueble submatéria a tenor de su propia versión de la agraviada ya glosada, además se ha establecido durante la secuela del proceso de los inculcados ingresaron al local comercial al haber sido dejado abandonado y con el fin de salvaguardar sus bienes patrimoniales" (Sentencia de primera instancia del 01-09-1997 en el Expediente N.º 449-96). Sentencia que fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Superior de Huaraz, por resolución del 02 de diciembre de 1997 en los siguientes términos: "que el tipo exige para su concreción como medios para el desalojo el empleo de "violencia, amenaza, en engaño o abuso de confianza", es así que está acreditado que al mes de julio de mil novecientos noventa y seis, en que supuestamente se verificó la acción delictiva, Flotilde Castillo Dueñas no detentaba la posesión física o tenencia del bien inmueble sub materia, por lo que no ha sido destinatario de los medios señalados por la Ley, para ser excluida o desplazada de posesión que no detentaba" (Exp. N.º 497-97-Huaraz. Ambas reso-

eventual supuesto que sea turbada por un hecho extraño, este debe desarrollarse de manera constante. La protección del bien jurídico no solo se limita a la posesión, sino que se refiere en general al *“tranquilo disfrute de las cosas inmuebles como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos”*⁵⁸⁹.

La usurpación lo constituye –según Salinas Siccha– en “...el patrimonio de las personas, más específicamente el pacífico y tranquilo disfrute de un bien inmueble, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier otro derecho real sobre el mismo, en este último caso, siempre implica que la víctima está en posesión del inmueble. Si no hay posesión o simple tenencia comprobada objetivamente no es posible el delito de usurpación”⁵⁹⁰. Aunque como sostiene este mismo autor el derecho de propiedad también se protege con la figura delictiva de usurpación, pero con la condición de aquel derecho real vaya acompañado o unido al derecho de posesión. Esto es, el propietario debe estar a la vez, en posesión mediata o inmediata sobre su inmueble. Si ello no es así, el simple derecho de propiedad no aparece protegido con la tipificación del delito de usurpación⁵⁹¹.

Siendo más estrictos en la forma y modo de llevar adelante la protección penal en el delito en comento –y esto también obviamente está relacionado con la forma y modo de la persecución penal–, podríamos sostener que no es simple o solamente la posesión sobre el bien inmueble lo que se protege en el delito de usurpación inmobiliaria; sino más bien lo que se protegería es una aspiración concreta del ser humano relacionado con una funcionalidad específica en torno a la forma de cómo se debe ejercer la posesión –y por ende también el derecho de propiedad– de los bienes inmuebles en la realidad social: que es el *completo uso y disfrute de la posesión que una persona –ya sea natural o jurídica– tiene y debe tener sobre un bien inmueble*⁵⁹².

CAP. XVIII

luciones en Serie de Jurisprudencia N.º 1 de la Academia de la Magistratura, pp. 532 y 533)

“En estos delitos no importa la calidad de propietario que pueda tener el agraviado toda vez que el bien jurídico protegido es la situación de goce de un inmueble y el ejercicio de un derecho real” (Resolución Superior del 21-12-1998– Lima, Exp.4860-98 en Jurisprudencia Penal, T. III, 346. Como puede verse, el derecho de propiedad también se protege con la figura delictiva de usurpación, con la condición que aquel derecho real vaya acompañado o unido al derecho de posesión. Esto es, el propietario debe estar a la vez en posesión mediata o inmediata sobre su inmueble. Si ello no es así, el simple derecho de propiedad no aparece protegido la tipificación del delito de usurpación, debiendo el perjudicado recurrir a la vía extra-penal y hacer prevalecer su derecho.

589 Véase: CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires 1997, p. 206.

590 Véase: SALINAS SICCHA, Ramiro; *Derecho penal. Parte especial*, T. II, Lima, 2010, p. 1187.

591 De la misma manera: SALINAS SICCHA, T. II, 2010, p. 1189.

592 En este punto, véase: PEÑA CABRERA; Raúl; *Derecho penal. Parte especial II – A: Delitos contra el patrimonio*, 1995, Lima, p. 542, citando a Miguel Bajo Fernández nos dice que: “El bien jurídico protegido es la propiedad inmobiliaria, no solo cuando el propietario es también poseedor, sino también la posesión del no propietario, pues la posesión es uno de los atributos del derecho de propiedad. Pero específicamente lo que se protege son los bienes inmuebles y los derechos reales en cuanto a su disfrute por parte de su titular; esto es, el tranquilo disfrute, entendido este, como la ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier

En esta misma línea de pensamiento, la jurisprudencia penal ha dicho que “Para la consumación del delito de usurpación, es preciso que la ocupación, en sentido estricto, sea material y efectiva, y que, desde el primer momento, se realice con el propósito de mantenerse en el bien usurpado con el *goce de los beneficios del poseedor*, siendo irrelevante el lapso que dura tal situación de ofensa al bien jurídico; por lo que, en ese sentido, de acuerdo a la consecución de hechos en el tiempo, no se ha acreditado tal posición; por el contrario, la posesión la ostenta únicamente el inculpado, quien recibirá dicho bien con el consentimiento de su progenitora, agraviada en el proceso; por lo que no puede alegarse la existencia de abuso de confianza...”⁵⁹³.

En otras palabras, la *ratio* incriminadora del delito de usurpación radica en el “desalojo” o la “incomodidad” en la posesión a su legítimo tenedor de un bien inmueble, a través de medios típicos que prevén los artículos 202 y 204 del Código penal, tal como lo recalca una jurisprudencia penal nacional, en el sentido de que si se ha acreditado en el proceso penal que el imputado estuvo ocupando con *anterioridad* parte del bien inmueble en forma totalmente pacífica; y más aún si ha existido consentimiento por parte del agraviado, no concurren los elementos del delito de usurpación⁵⁹⁴.

Es cómo la persona –o mejor dicho el agraviado en el delito en comento– tiene que disfrutar sin ningún tipo de restricciones o limitaciones de ese Derecho real que le otorga estar precisamente en posesión de un terreno, porque si observamos detenidamente la conducta típica de mayor intensidad como es el de “despojar” (artículo 202, inciso 2), y aún en los casos concretos de menor intensidad como es la “turbación posesoria” (artículo 202, inciso 3) y de “alteración de linderos” (artículo 202, inciso 1), lo que se está afectando, en realidad, aparte de la posesión, es concretamente el respectivo uso y disfrute de esa posesión sobre los bienes inmuebles.

Lo que interesa a los efectos penales es que el titular de un Derecho real ostente legítimamente tanto la propiedad como la posesión del bien inmueble, ya que el solo ejercicio de la propiedad sin la respectiva posesión del bien inmueble, trae como consecuencia directa que no pueda tener relevancia en el ámbito penal ya que el bien jurídico es el disfrute, sino tan solo en el ámbito civil; en tal sentido, si existe un proceso penal por delito de usurpación esta tendría que declararse con absolución de la sentencia. Nuestro Código Civil, en su artículo 896, prescribe en relación a la posesión lo siguiente: “*La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad*”.

CAP. XVII

otro derecho real sobre el inmueble”. Por su parte, BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María Del Carmen; Manual de Derecho penal. Parte especial, Lima, 1994, p. 374 afirman que: “Se protege el patrimonio, específicamente el disfrute de un bien inmueble y el ejercicio de un derecho real”.

593 Véase: Ejecutoria Suprema del 13-01-04 R.N. N.º 2315-2003, Lima, en: CASTILLO ALVA, J. L.; 2006, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de la República*.

594 Véase: Ejecutoria Superior del 19/06/98 Expediente N.º 1415-98, LIMA.

Los poderes inherentes a la propiedad son: el uso, el disfrute y la disposición. El uso implica que la persona está ejerciendo sobre el bien una tenencia del mismo; por ejemplo con una propiedad inmueble, el uso está en la forma en cómo realiza su derecho, la persona sobre el inmueble. Pueda que la persona decida que el inmueble le servirá de residencia o bien, le servirá como un local comercial. Para entender lo que significa posesión para nuestro sistema jurídico debemos de recurrir al artículo 896 del Código Civil donde se prevé que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Es decir, por la posesión las personas gozan de hecho de uno o más atributos inherentes al derecho real de propiedad sobre un bien inmueble. Al poseedor siempre se le presume propietario del bien en tanto no se le demuestre lo contrario (artículo 912 del Código Civil).

La posesión viene a ser el despliegue de algunas de las facultades del derecho de propiedad, en mérito al poder de hecho que se tiene sobre el inmueble, estándole restringido básicamente la facultad de disposición que sí la tiene el propietario aun cuando se le presuma como tal mientras no se le pruebe lo contrario. Aquí cabe reitera el argumento en el sentido que el derecho penal constituye el último recurso del que se vale el poder estatal para proteger ciertos bienes jurídicos considerados condiciones fundamentales de la vida en sociedad. Esta protección, sin embargo, no es indiscriminada, es decir, un mismo bien jurídico no se protege contra todas las conductas o formas de lesión, sino, que el sistema selecciona ciertas conductas lesivas, sino tan solo algunas de ellas.

Así, conforme al inciso 2 del artículo 202 del Código Penal. Solo se protege a la posesión cuando la conducta que la lesiona o pone en peligro ocurre por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza. De no concurrir alguno de estos elementos típicos, la protección a la posesión debe buscarse en vía distinta a la penal. Por otro lado, la posesión puede ser inmediata o directa. Será inmediata cuando el poseedor se encuentre en posesión directa del inmueble, en tanto que será mediata cuando el poseedor no esté en posesión directa del inmueble, sino que lo tenga al cuidado de un tercero u ocupando otro lugar⁵⁹⁵. Constantemente realice actos de disposición sobre aquel, ambos tipos de posesión pueden ser afectadas por el delito de usurpación.

Ahora, no se quiere decir que el Derecho penal tenga que intervenir ante todo ataque a la posesión de un bien inmueble, pues para que pueda garantizarse su legitimación en esta esfera de la criminalidad, se requiere identificar en plus de

595 El precedente jurisprudencial del 15 de diciembre de 1998, da cuenta de un caso real por el cual se lesionó posesión mediata de un inmueble "que en el caso de autos ha quedado debidamente acreditado que si bien la agraviada no domiciliaba en el bien sub litis, sí venía ejerciendo la posesión de dicho inmueble a través de actos de disposición, constituido por todas las construcciones efectuadas en el mismo, por orden suya, constatadas en la inspección ocular realizada por el Juzgado ...no pudiendo alejar al encausado que desconoció este hecho, pues conforme es de verse del escrito de petición de garantías que efectúa este ante la Prefectura. El día en que decide tomar posesión del bien sub-litis, esto es, según sus propios términos encontró a la agraviada en el mismo, abriendo zanjas para realizar construcciones, a siendo así, está debidamente acreditado el proceder doloso del encausado, quien pese a las negativas de aquella, "quien llamó a la Policía y Serenazgo de La Molina" días después tomó posesión de dicho lote".

sustantividad, que de sostenerse sobre los medios comisivos que emplea el agente para perpetrar el injusto nos referimos a la violencia, amenaza, y el de abuso de confianza, tal como desprende del artículo 202 del Código Penal, de no ser así estaríamos contraviniendo los principios de subsidiariedad y de última *ratio*. Tradicional es también la distinción entre lo que para nosotros podría llamarse despojo turbación de posesión y la remoción de términos, por medio de la cual se altera los signos materiales de dominio, acción de la que puede resultar una invasión parcial del inmueble ajeno⁵⁹⁶. Por su parte, Peña Cabrera Freyre señala: “Que la usurpación se caracteriza por incidir exclusivamente sobre bienes inmuebles, resueltamente es una forma de ataque contra el patrimonio inmobiliario, por lo que el bien jurídico es el tranquilo disfrute de los bienes inmuebles, entendido este como la ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o cualquier derecho real sobre los mismos”⁵⁹⁷.

Por lo dicho, es aceptable la postura que apunta hacia una de la caracterización compleja del bien jurídico tutelado, en la medida que la violencia y/o amenaza que emplee el agente, ataca de forma concreta la libertad personal, a la vida cuerpo y la salud del sujeto pasivo; sin embargo, el legislador no ha realizado una distinción penológica, en cuanto a las diversas conductas que se comprenden en el articulado, que implica reproches de diverso nivel jurídico penal, por lo que el juez deberá graduar la pena conforme a criterios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad⁵⁹⁸.

En la práctica judicial y forense se observa con relativa cotidianidad que en procesos penales por usurpación de inmueble se pierde el objeto de investigación, en el sentido que se está investigando cómo y en qué circunstancias el agraviado o el inculpado adquirió el bien inmueble; por ejemplo, los actos de investigación se focalizan si tiene el agraviado tiene contrato privado válido o si tiene escritura pública vigente o si está inscrito en los Registros Públicos el predio objeto de litis; está bien desde el punto de vista del Derecho civil ya que se trata de acreditar previamente quien tiene mejor de derecho de propiedad sobre el bien inmueble.

Sin embargo, estos hechos a nuestro parecer “contaminan” desde el punto de vista de la protección que puede ofrecer el Derecho penal, específicamente en el delito de usurpación de inmueble, ya que aquí la protección jurídico-penal es bastante simple —es indudable que esta aseveración es desde el punto de vista teórico ya que en la práctica será complicado—, pues en el proceso penal será el agraviado —y también el imputado— quien acreditará la real posesión del bien inmueble, no interesando cómo, porqué y bajo qué circunstancias lo adquirió dicho bien ya que eso es un problema a resolverse con las reglas del Derecho civil y no del Derecho penal. Si lo lograra acreditar el agraviado la posesión previa del bien inmueble a través de los medios probatorios que prevé el proceso penal, el resto de los elementos típicos objetivos del artículo 202 —turbación, despojo o alteración

CAP. XVII

596 Véase: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.; *Derecho penal. Parte especial*, 3.ª Reimpresión, T. II, cit. pp. 460 – 461.

597 Véase: PEÑA CABRERA, R.; T. II-A p. 496. Así, GONZALES RUS J.J.; *Delitos contra el patrimonio* (IV), cit., p. 644.

598 Véase: PEÑA CABRERA FREYRE, 3.ª Reimpresión, T. II, cit. p. 470.

de linderos— y el artículo 204 —por violencia o amenaza, por abuso de confianza, por el concurso de dos o más personas— resultará más fácil su probanza.

Por último, y no menos importante es que debe partirse del hecho de que si bien se puede partir de que las diversas figuras de la usurpación tienen un bien jurídico común, cada estructura y regulación típica, posee características propias que le imprimen un particular sentido y giro normativo. No es correcto, por ejemplo, sostener la afirmación de que la usurpación por alteración de los linderos tiene el mismo tratamiento y, por tanto, el mismo objeto de protección que la usurpación por despojo toda vez que en aquella se termina afectando, según un sector autorizado de la doctrina, a la propiedad o a los medios de prueba del derecho real; mientras que el segundo se preserva la facultad (libertad) de disponer un derecho real conforme a la voluntad de su titular⁵⁹⁹.

3. Legislación comparada

• Código Penal español

“Artículo 245.

1. Al que con violencia o intimidación en las personas, ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado.

2. El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

Artículo 246. El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses, si la utilidad reportada o pretendida excede de 400 euros”.

• Código Penal de Argentina

“**Artículo 181.** Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

CAP. XVIII

599 CASTILLO ALVA; “Breves apuntes sobre la usurpación por despojo”, cit., p. 46.

1. El que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes;
2. El que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo;
3. El que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble. (Artículo sustituido por art. 2 Ley N.º 24.454 B.O. 7/3/1995).

Artículo 182. Será reprimido con prisión de quince días a un año:

1. El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos o las sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho;
2. El que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas;
3. El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

La pena se aumentará hasta dos años, si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos”.

CAP. XVII

• Código Penal de Uruguay

“Artículo 354. Será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría:

1. El que mediante violencia, amenaza, engaño, abuso de confianza o clandestinidad y con fines de apoderamiento o de ilícito aprovechamiento, ocupare parcial o totalmente el inmueble ajeno.
2. El que, con fines de apoderamiento o de ilícito aprovechamiento, remueve o altera los mojones que determinan los límites de un inmueble.

3. El que, con fines de apoderamiento o de ilícito aprovechamiento, desvíe el curso de las aguas públicas o privadas”.

Artículo 355. El que, fuera de los casos mencionados, perturbare, con violencias o amenazas en las personas, la pacífica posesión de un inmueble, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión.

Artículo 356. El que, contra la voluntad expresa o tácita del legítimo ocupante, penetrare en fundo ajeno, hallándose este cercado por muro, cerco, alambre, foso u obras de análogo carácter por su estabilidad, será castigado con 10 UR (diez unidades reajustables) a 100 UR (cien unidades reajustables) de multa.

Artículo 357. Con la misma pena será castigado el que cazare en fundo ajeno, contra la expresa prohibición del legítimo ocupante”.

4. Presupuestos típicos del artículo 202 del Código penal

Como antecedente legislativo podemos mencionar que el primer Código Penal peruano de 1963 en su artículo 337 ya regulaba el delito de usurpación de inmueble, bajo los siguientes términos:

“**Artículo 337.** El que empleando violencia despoje a otro de la posesión de una cosa raíz, o del uso, usufructo o servidumbre que en ella goce, sufrirá reclusión en primero o segundo grado, y multa de veinte a doscientos pesos, según la entidad de lo usurpado y la calidad de la violencia.

Si el despojo se verifica en cuadrilla, se aplicará el máximo de la multa, y reclusión en tercer grado. Si se cometiere sin violencia, y solo por fraude o astucia, la pena corporal será de arresto mayor en tercer o cuarto grado.

Artículo 338. “El que para cometer usurpación destruya o altere los términos o linderos de las fincas o heredades, sin causar eyección, sufrirá reclusión en primer grado y multa de veinte a doscientos pesos. En la misma pena incurrirá el que usurpe el derecho de regadío, variando el curso de las aguas. Si solo variare la anchura de las tomas o cauces, la pena se reducirá a la multa”.

4.1. Descripción legal en el Código Penal de 1991

El artículo 202 del Código Penal tipifica el delito de usurpación simple en los siguientes términos:

“Artículo 202. Usurpación

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años:

1. El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.
2. El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.
3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble.
4. El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse.

La violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes”.

(Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 30076, publicada el 19 de agosto de 2013)

4.2. El que, para apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo

El inciso primero del artículo 202 del Código Penal indica las primeras acciones por las cuales se realizará el delito bajo comentario, en este caso será “destruir” o “alterar” los linderos del bien inmueble. Por lindero debe entenderse que es toda señal natural o artificial que sirve para establecer los límites de un bien inmueble. Sin embargo, consideramos que los linderos siempre tienen que ser de carácter natural, cuya finalidad es de servir de demarcación territorial permanente a los límites de un terreno. Pueden ser por ejemplo cercos de piedra o de palos, de adobes, de alambrados, de mojones, de estacas, de árboles, etc. No interesa si estos objetos materiales del delito están ubicados en forma continua o discontinua, siempre que cumpla su objetivo demarcatorio territorial. Como la acción del agente de destruir o alterar está dirigida al lindero del bien inmueble, hay quienes sostienen que el objeto material de aquellos delitos es el lindero, sin embargo, la destrucción o alteración del lindero solo es un medio para atacar el verdadero objeto material del delito cual es el inmueble invadido⁶⁰⁰.

CAP. XVIII

600 VILLA STEIN, Javier; *Derecho penal. Parte especial II-A: Delitos contra el patrimonio*, 2001, Lima, p. 178 señala, para el primer supuesto (inciso 1 del art. 202 del C.P.) “Aquí se describe

Los linderos no es el bien jurídico protegido de este delito, sino más bien el medio comisivo del mismo. Los verbos rectores del tipo penal son *destruir* que significa deshacer, inutilizar algo, en este caso será los linderos de un bien mueble, con la intención de acrecentar el bien propio, perjudicando así al dueño del inmueble colindante. Otro verbo rector es el *alterar* los linderos que implica la conducta de cambiar de posición, es decir, mover el lindero de su posición original hacia la parte interna del inmueble colindante. La conducta consiste en la alteración de los lindes, lo cual presupone que el autor sabe cuáles son los límites jurídicamente reconocidos. Ello evoca de nuevo la escasa fiabilidad que a veces tienen los datos registrales, muchas veces trazados sobre vagas indicaciones⁶⁰¹.

El artículo 202, inciso primero del Código Penal establece que para "...apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo", aquí debemos destacar que la represión penal está que el sujeto activo tenga la intención dolosa de apropiarse del terreno, y para tal fin puede en primer lugar "destruir" o en segundo lugar "alterar" los linderos del terreno; generalmente estos supuestos se darán en terrenos agrícolas o en terrenos rústicos donde no se cuenta con planos perímetros o áreas limitantes internas exactas. Por otro lado, en el primer supuesto –de destruir– el sujeto activo tiene que realizar daños en los hitos limítrofes por ejemplo con lo cual ya no se puede saber con exactitud a donde están los linderos del terreno; en el otro supuesto no se trata de dañar sino más bien de modificar indubitadamente los hitos que pueden estar en servidumbres o en áreas colindantes, es decir, en vez de estar en el lugar de "A" ahora están en lugar "B" ampliando o en su defecto reduciendo los linderos del terreno que se quiere apropiar.

En este supuesto el legislador peruano ha sido claro al momento de tipificar esta conducta ya que aquí la "usurpación" es sinónimo de "apropiación". Además algo que debe destacarse en este supuesto típico, que es que el hecho de alterar o destruir los linderos es en otras palabras, usurpar terreno ajeno, es decir, en vez de construir por ejemplo una medianera de concreto en un lugar donde no te pertenece y se excede del área o del perímetro, ese exceso se constituye como usurpación en términos parciales; y si la alteración o la destrucción de linderos hace que no se tenga conocimiento exacto hasta dónde pertenece tal o cual terreno, entonces la comisión del delito de usurpación será en términos totales, desde que el agraviado o sujeto pasivo prácticamente se quedó sin límites de su terreno. Claro está que cuando la apropiación del terreno por medio de ausencia de linderos sea parcial, la pena tendrá que ser atenuado dentro del marco penal, es decir, un año de pena privativa de libertad; por el contrario si la apropiación por ausencia total

CAP. XVIII

la usurpación pacífica, no violenta por la que el sujeto activo, sin ejercer fuerza contra las personas, modifica los límites de un predio, destruyendo o desplazando las demarcaciones naturales o artificiales que lo delimita con el propósito de apropiarse de todo o parte de un Inmueble".

601 Véase, en este sentido: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; *"De la Usurpación"* en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) MORALES PRATS, Fermín (Coordinador); Comentarios al Nuevo Código Penal, T. II, Navarra, 2005, p. 1253.

de linderos se aplicará la pena en el marco máximo que prevé el artículo 202, es decir, tres años de pena privativa de libertad.

Salinas Siccha afirma que: “El supuesto previsto en el inciso primero del artículo 202 del C.P., se consuma con la total destrucción o alteración de los linderos que delimitan el predio que se pretende adjudicar el sujeto activo. Para perfeccionarse el delito no se requiere que el agente realmente logre apropiarse o adueñarse de todo o parte de un inmueble. Basta que se acredite que el agente destruyó o alteró los linderos con la firme intención de hacerse dueño del predio vecino”⁶⁰².

4.3. El que, por violencia o amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un Derecho real

Esta segunda modalidad típica puede ser disgregada, a su vez, en los siguientes supuestos que a continuación comentaremos:

a. El despojo de la posesión

Por despojo se entiende todo arrebato o desposesión a su titular de la posesión, tenencia o ejercicio de un Derecho real. Los medios para despojar son violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza. El despojo total o parcial de la posesión o tenencia de un Derecho real. Como la servidumbre debe producirse bajo los supuestos de violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza; consecuentemente al no haberse probado el núcleo central de la configuración del delito de usurpación, el despojo de los supuestos antes mencionados; de ninguna manera cabe imponerse una sentencia condenatoria, máxime cuando nuestro ordenamiento civil, faculta al perjudicado a recurrir a la vía interdictal para recuperar la posesión que venía ostentando⁶⁰³. Para que la usurpación se configure delito, se requiere la concurrencia de un presupuesto común, esto, es el uso de la parte del agente de la violencia o amenaza, destinados estos al despojo del bien⁶⁰⁴.

Peña Cabrera nos dice “Con la figura del despojo la ley protege el tranquilo disfrute de las cosas o bienes; de modo, pues, que el propósito de la norma, es hacer posible la ausencia de perturbación en el cumplimiento de la posesión de los bienes inmuebles y el ejercicio de un derecho real. La propiedad inmueble en el despojo propiamente dicho se encuentra incólume; de ahí que la protección legal no sea directamente a la propiedad, sino específicamente al tranquilo disfrute del bien, entendida esta última, como el goce que permite el ejercicio de un derecho real constituido sobre un inmueble. Se contempla la situación de disfrute que se da entre un sujeto y un inmueble (bien o derecho), siempre que ella esté protegida jurídicamente (propiedad, posesión, uso, usufructo, etc.)⁶⁰⁵. En este punto Bramont

CAP. XVII

602 SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho penal. Parte especial, 2008, Lima, p. 1164.

603 Sala Penal, R. N. N.° 5041-98 Tacna, en: CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner/VALLALODID ZETA, Víctor. op. cit, p. 224.

604 Expediente N.° 995-97-A, en Revista Peruana de Jurisprudencia.

605 Véase: PEÑA CABRERA, Raúl; Derecho penal. Parte especial II – A: Delitos contra el patrimo-

– Arias Torres /García Cantizano afirman que es “...necesario aclarar que la simple utilización para despojar, aun con la convicción de tener derecho sobre el inmueble, constituirá ya usurpación. En cambio, estará permitido el empleo de la fuerza por parte del sujeto pasivo para recobrar el bien, cuando de manera inmediata, es decir, sin dejar transcurrir lapso de tiempo alguno tras la desposesión; sin embargo, deberá de abstenerse en el uso de vías de hecho que no estén justificadas por las circunstancias (art. 920 CC)”⁶⁰⁶.

La acción de despojar es quitar, arrebatar, desposeer o simplemente usurpar el inmueble o el ejercicio de un Derecho real del sujeto pasivo. De este modo, se entiende al despojo desde dos perspectivas:

- a. Un sector entiende que el despojo pone el acento en la idea de desposesión física, es decir, se entiende por despojo a todo arrebato, total o parcial, que realiza una persona a otra persona para ejercer legítimamente la posesión, tenencia o ejercicio de un Derecho real del inmueble; y
- b. Para otro sector vincula el concepto de despojo al disfrute o goce de un derecho real de un inmueble, que luego el despojo significa la supresión o privación del goce al titular de un bien inmueble.

Ambos conceptos tienen el objetivo que la posesión es *ilícita* desde que es producto de una conducta típica (despojo). De ello, podemos deducir que la realización del despojo genera una situación o circunstancia de afectación del Derecho de posesión –como producto del Derecho de propiedad– del ejercicio de un Derecho real sobre un bien inmueble que se mantiene en el tiempo

El despojo puede concretizarse cuando el agente invade el bien inmueble, se mantenga en el inmueble en contra de la voluntad del legítimo poseedor o tenedor

CAP. XVIII

- 606 nio, 1995, Lima, p. 509. Este mismo autor señala que: “Es obvio, quien mediante la violencia, engaño o abuso de confianza, atentare contra el documento que acredite la propiedad de un inmueble estará frente a un delito de estafa, extorsión o daños. Y, es que como dijimos, la ley no sanciona a quien despoja o priva del documento que acredite la propiedad o titularidad de un inmueble o de un derecho real constituido sobre él, sino a quien despoja del goce real y efectivo del inmueble sobre el que se haya levantado un título de propiedad o un derecho real”.
- BRAMONT – ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO; 1994, p. 376. Por su parte, ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo; *Manual de derecho penal, análisis de los delitos en México*, México, Editorial Angel Aditor, 2001, Segunda Edición, p. 536 sostiene que “El título de este delito se deriva del verbo “despojar”, el cual proviene del latín *espoliare*: acción y efecto de despojar o despojarse, privar a uno de lo que goza y tiene hasta hace relativamente pocos años se consideraba que por medio de este delito se tutelaba la propiedad mueble e inmueble, por lo que el objeto de este delito podía ser de fincas, alhajas, derechos, acciones, etc. en la actualidad este delito se denomina “usurpación” en algunas legislaciones, y el objeto de protección es distinto entre nosotros. La característica más importante de este delito es que el objeto material está constituido por la desposesión de cualquier tipo de bien inmueble, así como derechos reales, según algunos autores se deben añadir como característica el “propósito lucrativo”. Por nuestra parte, opinamos que el objeto material del delito de despojo, no solamente se limita a la posesión transitoria o permanente de casas o terrenos, sino a la ocupación que alguien pueda ejercer de ciertos derechos reales como pudiera tratarse de una servidumbre de paso, en cuyo caso, según la terminología civil también es un bien inmueble sobre lo cual existe un derecho del tipo ideal que solo puede recaer en la acción de usurpar.

o ya sea, expulsando del bien inmueble a la víctima. El despojo puede ser sobre la “totalidad” del bien inmueble perteneciente al sujeto pasivo, sin embargo, el tipo penal también entiende que el despojo puede ser en “una parte” del inmueble, en ese sentido, se entiende que habrá delito de usurpación si se despoja a la víctima unos cuantos centímetros de un bien inmueble. En el desempeño de nuestra labor como representante del Ministerio Público he tenido oportunidad de ser testigo de la recepción de largos y voluminosos procesos, donde el objeto del delito instruido no ha sido un borde de un camino o un canal de regadío, es decir, unos cuantos centímetros de ancho y otros no muchos de largo. Es evidente que en este tipo de juicio es más costoso el proceso que el valor mismo del inmueble usurpado.

Es importante aclarar que la violencia o la amenaza, “objetiva y subjetivamente” deben orientarse en sentido de turbar la posesión y no ya simplemente en el de molestar a la persona del poseedor. La violencia puede recaer tanto sobre las personas o constituir una fuerza sobre las cosas. A esto se debe, que el bien tutelado sea el goce pacífico de la posesión de un inmueble. Las simples molestias al poseedor, o la privación de comodidades serán insuficientes para materializar el delito. Los actos más claros de turbación de la posesión son los que coactan derechos del poseedor, tales como pueden ser el hecho de cortar cables de energía eléctrica u obturar caños de agua corriente, para que el sujeto pasivo no reciba los fluidos; una obra nueva hecha en otro predio que impida o dificulte el paso del sujeto pasivo a su inmueble. La ley apunta solamente a la posesión, obviando inexplicablemente la tenencia. Sin embargo, ambos en igual grado son factibles de turbación⁶⁰⁷.

Los supuestos delictivos en el inciso segundo del artículo 202, se consuman o perfeccionan al momento que se logra el real despojo total o parcial de la posesión, tenencia o el ejercicio de un Derecho real de un inmueble al sujeto pasivo. El despojo tiene que ser en forma directa al real y actual posesionario del inmueble. Si no hay posesión o simple tenencia sobre el inmueble, no habrá despojo con connotación del delito de usurpación⁶⁰⁸.

Uno de los problemas jurídico-dogmáticos que puede presentarse en la modalidad simple de usurpación del artículo 202 del Código penal, es si pueden concurrir simultáneamente los supuestos de “turbación”, de “despojo” y la “alteración de linderos”; en otras palabras, admitiría estos supuestos una relación concursal en el mismo artículo 202 en sus diversas modalidades típicas y si es así, ¿qué tipo de relación concursal penal sería? Antes de contestar la interrogante presentaremos el siguiente supuesto: un sujeto, primero, molesta permanentemente la posesión pacífica de un predio ocupada por varias personas, y la turbación lo realiza mediante amenazas, vociferando frases soeces en contra de los ocupantes del predio, en segundo lugar, en esos momentos, decide, luego de la negativa de salir por propia voluntad, desocuparlos, también mediante violencia y amenaza, a las personas que viven en ese predio.

607 PEÑA CABRERA, T. II – A, 1995, pp. 548-549.

608 SALINAS SICCHA, 2008, p. 1164.

b. La violencia y la amenaza como medios para la comisión del delito de usurpación

La *violencia* se debe entender como la fuerza física que se ejerce sobre la persona suficiente para vencer su resistencia. Con respecto a la violencia podemos decir, al igual que Salinas Siccha, que está representada por la fuerza material que actúa sobre el cuerpo de la víctima para arrebatárle o despojarle de un inmueble⁶⁰⁹. Un sector de la doctrina manifiesta que la violencia también debe ejercerse contra los bienes. Así, según refiere Muñoz Conde es que: “La acción requiere para su tipificación la realización de violencia o intimidación en las personas. Los términos violencia o intimidación deben entenderse igual que en el delito de robo con violencia o intimidación, lo contrario supone una imputación atípica o que constituye otro delito...”⁶¹⁰. En este sentido, Paredes Infanzón sostiene que “la violencia en el despojo es entendida como violencia física sobre las personas; es la aplicación de una energía que puede estar dirigida a anular la capacidad de decisión y resistencia de la víctima, neutralizando su capacidad discrecional”.⁶¹¹ Esto significa que no concurre el elemento normativo de “violencia” que exige para su configuración el tipo penal de usurpación, por lo cual, el hecho, resulta también ser atípico⁶¹².

La violencia, en el delito de usurpación, tiene un carácter determinante, ya que su ausencia no se corresponde, en cuanto a sus efectos, con una relación como la que media entre robo y hurto, sino que puede, en muchos casos, determinar la atipicidad: por ejemplo, realizar acampada en un terreno particular, o pasar por un terreno ajeno, son conductas que, sin ser plenamente lícitas, no tienen carácter delictivo, sino que a lo sumo posibilitan el ejercicio de acciones civiles orientadas a restablecer la integridad o el pacífico disfrute de los derechos patrimoniales, que en el delito de usurpación se turba con el empleo de violencia⁶¹³.

Por su parte, la *amenaza* es el anuncio del propósito de causar un mal a otro. Por amenaza debe entenderse el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la víctima, cuya finalidad es intimidarlo. En la “amenaza” existiría un estado de intimidación sobre los miembros de las comunidades campesinas en la medida que pende sobre ellos el anuncio tácito de un mal que puede materializarse en su vida o su integridad física si pretenden recuperar la posesión de las áreas que les pertenece.

CAP. XVIII

609 SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio*, 2.ª edición, Lima, 2006, p. 390.

610 MUÑOZ CONDE, Francisco *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2001, p. 397.

611 PAREDES INFANZÓN, Jelio, *Delitos contra el patrimonio*, Gaceta Jurídica, Lima, 1991, p. 293.

612 Los elementos del tipo penal son clasificados en: a) elementos descriptivos y b) elementos normativos. Los primeros son aquellos que pueden ser aprehensibles fácilmente por los sentidos, en cambio los elementos normativos del tipo penal requieren de un proceso de intelección. Debe notarse que de no concurrir dicho *elemento descriptivo no podrá subsumirse un hecho o Comportamiento humano en un tipo penal*. Vid. MIR PUIG, Santiago; *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 2004, p. 235.

613 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “De la Usurpación” en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) MORALES PRATS, Fermín (Coordinador); *Comentarios al Nuevo Código Penal*, T. II, Navarra, 2005, p. 1250.

En la circunstancia típica-básica del artículo 202 del Código Penal por violencia o amenaza cometido por el autor, merece dos tipos de precisiones:

- a) En primer lugar, debemos entender que la violencia o amenaza tiene que realizarse como “medio” para cometer el despojo o la turbación de la posesión del inmueble. A nuestro juicio, ese ha sido el mensaje del legislador penal de 1991 al incorporar como circunstancia básica la violencia o amenaza como medios típicos. Debemos de advertir que la violencia o amenaza no puede cometerse una vez que el autor esté ya en posesión del inmueble –en este caso no interesa cómo es que autor ha ingresado en posesión–, ya que la violencia por ejemplo que realizaría el autor no es para repeler el ataque realizado por quien también se siente “dueño” del inmueble; es decir, los actos posteriores o *ex post* de violencia o amenaza no han sido previstos en la tipificación del artículo 202 del Código Penal peruano.

En otras palabras, la violencia o la amenaza es para el “ingreso” –ilegítimo– a la posesión del inmueble, más no para “repeler” o realizar actos de defensa –a través de la violencia o amenaza– de los actos de ingreso propinado por otro dueño porque eso ya sería campo del Derecho civil, del Derecho de reales. Por ello debe quedar plenamente acreditado en el proceso penal que la persona –que será víctima o perjudicada en el delito de usurpación– no haya estado en posesión previa del inmueble, y que más bien ha sido despojado o turbada de su posesión.

Resumiendo el elemento violencia constitutivo del tipo debe ser usado como un medio para lograr el despojo (acto inmediato) y no como acto posterior al despojo puesto que el delito de usurpación es un delito instantáneo. Es así como debemos aclarar que no existe un despojo en donde no concurre ninguno de los de los medios mencionados, por lo tanto el delito de usurpación no se configura. Así lo entiende la jurisprudencia penal concretizada en el R. N. N.º 5041-98 al decirnos que: “El despojo total o parcial de la posesión o tenencia de un derecho real (...) debe producirse bajo los supuestos de violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza; consecuentemente, al no haberse probado el núcleo central de la configuración del delito de usurpación, el despojo en los supuestos antes mencionados; de ninguna manera cabe imponerse una sentencia condenatoria (...)”.

- b) En segundo lugar, está claro que el concepto de “amenaza” solo puede realizarse entre personas, ya que sería muy descabellado pensar que se pueda amenazar a un inmueble; sin embargo, debemos de precisar que el término “violencia” se puede realizar en personas o necesariamente en bienes inmuebles. Si seguimos la lógica del legislador patrio en el artículo 202, inciso 2, del Código Penal en cuanto a los medios para conseguir el despojo, total o parcial, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real, debemos entender que la violencia que realiza el sujeto activo solo se puede realizar sobre las personas, ya que el “engaño” o el “abuso de confianza” solo se puede

dar entre personas; es decir, que el engaño –por ejemplo– solo puede recaer o generar error en otra persona, difícilmente podría recaer el engaño en un inmueble sino es en función a una persona, lo mismo podría decirse de la confianza que solo admite su existencia entre personas.

Quizá donde mayor problemática se suscita es en el inciso 3 del artículo 202 del Código Penal que prescribe: “El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble”, en otras palabras, si la turbación de la posesión, que es realizada por medio de “violencia” o “amenaza” puede recaer en ¿personas físicas o en bienes inmuebles?, ya aquí, a diferencia del inciso anterior, no hay una lógica secuencial de medios típicos realizado entre personas; sin embargo, como el concepto de posesión está ligado en función a que “alguien” realice precisamente el ejercicio del citado derecho real, necesariamente debemos de concluir que la violencia tendrá que recaer en una persona determinada o en varias personas pero que puedan ser factible de individualización, claro está, que estén ligadas al ejercicio de posesión sobre un bien inmueble. Además si concluyéramos que la violencia se podría dar sobre un bien inmueble, este sería reconducido en el delito de daño del artículo 205 del Código Penal que prescribe: “El que *daña, destruye o inutiliza* un bien, mueble o *inmueble*, total o parcialmente ajeno...”.

Además las otras figuras delictivas de la Parte Especial también siguen esta tendencia de considerar que la violencia solo se realiza sobre las personas, así el delito de robo del artículo 188 del Código Penal señala expresamente que: “El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, empleando violencia *contra la persona o amenazándola...*”; lo mismo podríamos decir del delito de daño agravado del artículo 206 del Código Penal que señala expresamente que el daño se agrava si la acción del sujeto activo “...es ejecutado empleando violencia o amenaza *contra las personas*”; en esta misma lógica se ubica el delito de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos del artículo 283, segundo párrafo, del Código Penal que indica: “En los casos en que el agente actúe con violencia y atente contra la integridad física *de las personas...*”. Aunque se podría cuestionar el hecho que como estamos en un delito contra el patrimonio los elementos típicos básicos –en este caso de usurpación– tendrían que darse afectando también el patrimonio; en esta línea de análisis, por ejemplo en el delito de robo, la violencia tendría darse también sobre el bien inmueble, lo cual es un error esta apreciación desde que el mismo delito de robo indica todo lo contrario, pues la violencia o amenaza se puede realizar en contra de las personas, aun cuando se trata de un delito patrimonial.

Así, en el Pleno Jurisdicción Distrital en Derecho Penal y Procesal Penal del Distrito Judicial de Cañete, del trece de diciembre de 2010, se sostuvo que la violencia también puede recaer en las cosas. El bien jurídico protegido es la posesión. La acción consiste en “despojar” un bien inmueble. El arrebató también se puede obtener ejerciendo violencia sobre las cosas. No cabe distinguir donde la ley no distingue. El delito de usurpación C artículo 202 al 204 se halla contemplado en el Capítulo VIII del Título V: Delitos contra el patrimonio). En este sentido, también se tutela el patrimonio (el bien usurpación)”. Sin embargo, el Primer Pleno Fiscal

del Distrito Judicial de Puno, de fecha 6 de agosto del año 2010, se aparta de esta idea, adoptándose el siguiente acuerdo: “que para que se configure el delito contra el patrimonio, en la modalidad de usurpación, el medio utilizado violencia física contenido en los incisos 2 y 3 del artículo 202 del Código Penal debe recaer únicamente sobre la persona”.

En el Derecho penal comparado también encontramos ciertas legislaciones que mantienen un cierto grado de confusión en el sentido si la violencia puede ser ejercitada solamente en personas o también admitiría la posibilidad en las cosas; así por ejemplo el Código Penal de Uruguay en su artículo 354 dispone que será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría: “El que mediante violencia, amenaza, engaño, abuso de confianza o clandestinidad y con fines de apoderamiento o de ilícito aprovechamiento, ocupare parcial o totalmente el inmueble ajeno”; debemos decir que esta descripción legal es bastante parecida a la descripción que prevé el Código Penal peruano, pese a que el Código Penal uruguayo es mucho más antiguo que el nuestro. Por el contrario, existen Códigos que expresamente indican que la violencia tiene que ser en contra de las personas. Así el Código Penal español, que en su artículo 245, sobre delito de usurpación, dispone expresamente lo siguiente: “Al que con *violencia o intimidación en las personas* ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena...”, es decir, expresamente ya se menciona en el Código español que la violencia o intimidación que realice el sujeto activo debe ser ejercido contra las personas, pese a que el bien jurídico sea patrimonial.

En esta misma línea se ubica el Código Penal de Argentina, ya que en su artículo 181, sobre el delito de usurpación, señala que: “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: El que por *violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojar a otro...*”, es decir, que la violencia y amenaza tendrán como objetivo el despojar a “otro”, que se entendería que tiene que ser a otra persona que tiene la posesión del bien, ya que el mismo Código argentino estatuye en seguida que ese “otro” tiene que estar en “...posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él...”.

CAP. XVIII

En nuestro concepto la acción típica de despojar por medio de violencia sobre todo –según el Código Penal argentino– no se entendería en función a una cosa o mejor dicho sobre un bien inmueble sino en función a una persona. Sin embargo, el mismo Código Penal argentino señala, en el artículo 181, inciso 3, una confusión de orden conceptual al igual que en el Código peruano, ya que la descripción legal del Código argentino señala expresamente: “El que, con *violencias o amenazas, turbare* la posesión o tenencia de un inmueble. (Artículo sustituido por art. 2 Ley N.º 24.454 B.O. 7/3/1995)”, que como sabemos es una descripción legal casi idéntica al que tenemos en nuestro Código penal.

En conclusión, consideramos que la violencia del delito de usurpación debe recaer sobre la integridad física de la persona, por las siguientes razones:

- El bien jurídico tutelado por el Derecho viene a ser la posesión (y no la propiedad), figura penal que en su afectación se encuentra protegida a través del Derecho civil mediante los interdictos y las acciones poseso-

rias, por consiguiente estando al principio del Derecho penal de mínima intervención su protección en la vía penal únicamente se produciría en caso de que la violencia recaiga en las personas y en caso de que esta recaiga sobre las cosas la vía civil se encontraría expedita.

- Conforme al principio de mínima intervención, el Derecho penal resuelve el conflicto en caso de que la afectación del bien jurídico sea grave, en el caso, la gravedad estaría constituida en el caso que el despojo en el delito de usurpación se produzca mediando violencia en la integridad de la persona y no en las cosas.
- Por último, teniendo en cuenta el principio descrito, se debe verificar que el derecho no haya establecido otros medios diferentes a la vía penal de protección menos gravosos para la persona, en el caso del delito de usurpación mediando violencia contra las cosas, queda claro que la vía civil resulta la menos gravosa para tutelar el derecho del agraviado, no así, la vía penal que al culminar el proceso de ser el caso impondrá una sanción que afectará la libertad del ser humano. Por tanto, resulta la más gravosa.

c. El engaño y el abuso de confianza como medios para la comisión del delito de usurpación

El legislador penal peruano no solo ha reprimido el uso de la fuerza física –*vis absoluta*– como medio o modalidad básica para configurar el delito de usurpación inmobiliaria (artículo 202 del Código Penal), sino que también ha reprimido penalmente por ejemplo el uso de destrezas o de engaño –como medios intelectuales o de imaginación del sujeto activo– para alcanzar igualmente la consumación del delito en comento. El *engaño* es la simulación o disimulaciones de sucesos o de situaciones de hecho, tanto materiales como psicológicas para que la víctima caiga en error.

En nuestro concepto, el engaño tiene zonas fronterizas por el abuso de confianza ya que ambos tienen en común que son medios de destreza intelectuales provocadas por el autor; sin embargo, debemos precisar que la diferencia entre ambos estriba en lo siguiente: que el abuso de confianza la condición es que, previamente tiene que haber una *relación necesariamente de permanencia* –ya sea familiar, amical, profesional, laboral– entre el imputado y el agraviado para que precisamente se produzca el grado o los lazos de confianza mutua que requiere el tipo penal.

Mientras que el engaño no tiene que existir necesariamente una relación previa entre las partes involucradas sino que el engaño puede producirse en el mismo momento en que el imputado conoce por primera vez a la víctima por cualquier circunstancias, el engaño se trataría en la mayoría de casos, en otras palabras, de una *relación exclusivamente circunstancial*, y la condición es que el imputado induzca dolosamente a error o ignorancia al sujeto agraviado, y el mismo –producto del engaño que tendría que ser idóneo y suficiente– se retira por ejemplo de su propio terreno para que el imputado “ingrese” –si se quiere con permiso o anuencia

del propio agraviado, es decir, sin mediar ningún tipo de violencia o amenaza— al referido bien inmueble y tome posesión ilegal del mismo. Debemos aclarar que el engaño como medio para alcanzar la usurpación inmobiliaria solo se producirá en el supuesto específico del “despojo” de la posesión y no en los otros supuestos de alteración de linderos y de turbación posesoria, desde que el tipo penal 202, inciso 2 del Código Penal, describe lo siguiente: “...El que, por violencia, amenaza, *engaño* o abuso de confianza, *despoja* a otro, total o parcialmente, de la posesión...”.

En ese sentido, si el imputado engaña dolosamente a la víctima para solamente *incomodar o turbar* la tranquilidad de su posesión, por ejemplo, realiza un engaño en el sentido que apague todas las luces de su casa a cada instante porque supuestamente se trataría de una medida de racionalidad eléctrica que ha dictado la Municipalidad, o le manifiesta que corte el servicio de agua general de su vivienda a cada instante bajo el mismo motivo, estos supuestos de turbación posesoria bajo engaño de cara a través del principio de mínima intervención y de fragmentariedad del bien jurídico, no tendría ninguna relevancia jurídico-penal, en todo caso, se trataría de un supuesto del Derecho civil —específicamente del Derecho real—.

El *abuso de confianza* consiste en que el autor logra intencionalmente hacerse depositario de la fe y confianza de la víctima, para posteriormente traicionarla y causarle un perjuicio patrimonial. Que para la configuración del tipo penal previsto en el artículo 202 del texto punitivo, se requiere el abuso de confianza abarque el dolo del sujeto activo, que al respecto la doctrina moderna señala que el “abuso de confianza es el uso ilícito que hace el depositario de la confianza recibida. La confianza presupone un hecho anterior caracterizado por la existencia de un vínculo directo o indirecto entre los sujetos. De ahí que el agente aprovechando esta relación, ejecuta maniobras que le permiten ocupar el inmueble, o en caso de haberlo hecho ya, en mérito a la confianza pretenda quedarse con él”⁶¹⁴.

En igual sentido también se tipifica el llamado “abuso de confianza” como forma ilícita para obtener la posesión de un inmueble. La jurisprudencia ha dicho que “...el abuso de confianza es el uso ilícito que hace el depositario de la confianza recibida. La confianza presupone un hecho anterior caracterizado por la existencia de un vínculo directo o indirecto entre los sujetos. De ahí que el agente aprovechando esta relación, ejecuta maniobras que le permiten ocupar el inmueble, o en caso de haberlo hecho ya, en mérito a la confianza pretenda quedarse con él”⁶¹⁵. El abuso de confianza tiene zonas limítrofes con actos defraudatorios

CAP. XVII

614 Véase, Expediente. N.º 6673-97-Lima, PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de Derecho penal. Parte especial, Delitos Contra el patrimonio. En este punto podemos citar: VILLA STEIN, Javier; Derecho penal. Parte especial II-A: Delitos contra el patrimonio, 2001, Lima, p. 179 que nos dice en relación al abuso de confianza, que “...es el aprovechamiento indebido de la confianza preexistente habida entre la víctima y el usurpador. Tal el caso del familiar que aprovecha el vínculo para hacerse del inmueble”. (las negritas son nuestras).

615 Véase: Expediente N.º 6673-97, Lima, en: PEÑA CABRERA, Raúl; Tratado de Derecho penal. Parte especial, delitos contra el Patrimonio. Para graficar esta modalidad delictiva cabe citar la resolución Superior del 11 de mayo de 1993 que nos dice lo siguiente: “...que la forma como adquirió este derecho real fue por la confianza que depositó en su persona la agraviada quien le brindó alojamiento en dicho inmueble mientras laboraba como albañil hasta que pudiera conseguir un lugar donde vivir, que tal circunstancia es plenamente reconocida por el acusado;

o mejor dicho de engaño que realiza el autor y que hacen nacer circunstancias erróneas en la víctima, y que una de esas circunstancias es precisamente dejar ingresar al autor al bien inmueble, se produce al igual que en la estafa, ya que aquí el engaño lo que produce es la entrega por parte de la propia víctima de un bien “mueble” a las manos del autor, mientras que en el abuso de confianza en la usurpación, lo que produce es el ingreso por parte de la propia víctima al autor al bien “inmueble”; siguiendo en la misma línea de pensamiento el autor debe realizar por ejemplo el engaño –que es un representante de la Municipalidad y que tiene una supuesta orden judicial de desalojo, en la cual los poseedores se retiran del terreno–; la condición es que cuando se produce el abuso de confianza la víctima esté en posesión del inmueble, es decir, el ingreso al bien inmueble tiene que ser por “abusar” de la confianza del dueño del inmueble.

Por el contrario, qué sucede cuando el autor que es un vigilante –y que vive con su familia– y está en posesión del inmueble y luego de un tiempo por la confianza que tiene con el dueño del terreno se queda aproximadamente diez años en posesión, y por este lapso de tiempo ya el vigilante no quiere retirarse del inmueble aduciendo que ha realizado mejoras y obviamente por el tiempo que viene permaneciendo en el inmueble; aquí lo relevante es que la posesión del vigilante es *previa* y también *coetánea* al abuso de confianza que el vigilante realiza. Es decir, el vigilante ingresó en primer lugar por la confianza que tenía con el autor al bien inmueble, luego se produce por parte del vigilante un “abuso” de esa confianza lo que permite quedarse todavía en posesión del inmueble.

Sin embargo, en este caso nos preguntamos ¿existe delito de usurpación de inmueble tal como lo plantea el Código Penal peruano? Entendemos que sí ya que en la mayoría de veces el *abuso* de confianza por parte del autor no se presenta al

CAP. XVIII

que siendo así sentenciado ha procedido a trastornar el título por el cual le fue entregada la posesión del bien inmueble toda vez que lo poseyó para, efectuar reparaciones en el sentido que actualmente pretende ilegítimamente como un bien sujeto a la garantía real en su favor, siendo irrelevante para la configuración del tipo y la responsabilidad de su conducta, los móviles que alega con el único afán de enervar su responsabilidad penal” (Expediente N.º 16111-98– Lima, en Jurisprudencia Penal, T. III, p. 359).

Por otro lado, debe quedar claro que el acto de abuso de confianza debe ser preciso y concreto, caso concreto, el delito no se evidencia, tal como da cuenta el precedente jurisprudencial emitido por la Sala Mixta de la Provincia de Camaná – Arequipa, el 30 de diciembre de 1998: “Conforme denuncia fiscal que corre a fojas catorce, se atribuye a Ana Simeona Retamozo Rubio, con abuso de confianza, haber despojado a Telina Simeón Cáceres Falcón, el predio rústico Ninaspata ubicado en el Distrito de San José de Ushum. Que en la denuncia no se especifica en qué consiste dicho abuso de confianza, privándose de contenido el objeto de instrucción misma, al ignorarse qué conducta realizó la procesada (así, por ejemplo, haber sido dejada al cuidado del bien para aprovechar la coyuntura, asumir la posesión, no dejando ingresar al poseedor anterior), que conforme a la preventiva del propio agraviado... entre ambos no habría mediado ningún tipo de confianza al punto que no obstante ser esposos, declara no tener amistad ni enemistad ni parentesco alguno con la procesada, de lo cual se infiere que no pudo existir abuso de confianza, a mayor abundamiento, siempre considerando la preventiva del agraviado, los hechos habrían ocurrido sin mediar ninguna de las modalidades de conducta que prevé el Código Penal para la comisión de este ilícito, pues la procesada simplemente habría ingresado y cultivado en el predio sin haber utilizado para ello violencia, o amenazado a alguien, engañando o abusando de la confianza de quien en ese momento se encontraba en posesión del referido inmueble” (Exp. N.º 13-14-98, en la decisión Judicial, 1999, p. 271)

inicio de una posesión que generalmente es a través de los medios lícitos y pacíficos el ingreso a la posesión de un inmueble; sino que más bien después de un lapso el autor o los autores se quieren quedar –dolosamente– con el terreno abusando ahora así de la confianza previa que ha existido entre las partes, y eso es lo que castiga el Código Penal peruano. Al final lo que importa para efectos de la protección jurídico-penal del delito bajo análisis, no es tanta la forma cómo el autor o los autores hayan ingresado al bien inmueble –por violencia, por amenaza, con dos o más personas, o por abuso de confianza–, sino que el trasfondo de la protección penal radica en la legítima y pacífica posesión que deben tener sus ocupantes.

d. Sobre la tenencia del bien inmueble

Para saber qué se entiende por tenencia o simple detentación debemos recurrir al artículo 897 de nuestro Código Civil, que prescribe lo siguiente: “no es poseedor quien, encontrándose en dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas”. Es decir, por la tenencia una persona tiene el ejercicio efectivo de uno o más atributos del Derecho de propiedad sobre un inmueble, sin podersele presumir como propietaria, pues ella ya reconoce tal condición en otras personas. Su posición jurídica no es la de un poseedor inferior como ocurre en la fórmula de la posesión mediata o inmediata, sino la de un detentor que no siendo poseedor, no es exclusiva o absolutamente un extraño a la posesión. Falta en el servidor un poder decisorio que corresponde al poseedor.

En definitiva, el tenedor es un simple servidor de la posesión, pues tal como lo establece taxativamente el art. 912 no se le puede presumir como propietario debido a que él reconoce el derecho de propiedad en otra persona. Allí radica la principal diferencia entre posesión y tenencia para nuestro sistema jurídico aun cuando en doctrina la polémica entre los seguidores de los alemanes Savigni y Jhering es inagotable. Como ejemplo de tenencia podemos citar la citación que surge a consecuencia de una relación laboral entre el propietario y la persona que cuida el inmueble denominado comúnmente “guardián”. Aquí, el guardián que tiene la posesión de un inmueble es un simple tenedor, pues de acuerdo con la relación laboral, este reconoce a su contratante como propietario y poseedor mediato del inmueble. La posesión queda por entero en el propietario que ostenta una posición de autoridad respecto del servidor, que es un subordinado o dependiente.

CAP. XVII

e. Ejercicio de un Derecho real

Esta frase significa que si el despojo puede producirse o materializarse cuando la víctima está en pleno ejercicio o ejecución de un Derecho real surgido a consecuencia de la ley o de un contrato válido. Los Derechos reales a parte de la posesión que pueden afectarse con el delito de usurpación por el despojo, son también la propiedad, el usufructo, el uso habitación, la servidumbre, la hipoteca, etc.

4.4. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble

Para la configuración del delito de usurpación en su modalidad de turbación de la posesión se exige que el agente realice actos materiales y efectivos que sin despojar al poseedor legítimo, suponen una limitación o restricción de la pacífica posesión de un inmueble, siendo los medios para realizar la turbación, la violencia o amenaza⁶¹⁶. La turbación o incomodidad constituye el grado mínimo de agresión al bien jurídico posesión ya que siendo estrictos en el concepto, el sujeto agraviado no pierde su posesión —como sí en la modalidad de despojo— del bien inmueble. El delito de usurpación debe considerarse como tal siempre y cuando la turbación de la posesión sea constante y sin un propósito de despojo⁶¹⁷.

Peña Cabrera, afirma “La turbación de la posesión consiste en la realización de actos materiales, en relación al uso y goce del inmueble que, sin despojar al poseedor de la misma, se le restringe sus derechos (uso y goce). La acción del agente reside en restringir el ejercicio pleno de la posesión, pero sin interesar un despojo u ocupación total o parcial del inmueble, ya que esa no es la finalidad. De existir una ocupación aunque sea parcial del inmueble, elimina la posibilidad de darse la figura típica en análisis, configurándose en todo caso un despojo. La acción de turbación se realiza empleando la violencia o la amenaza, medios de comisión establecidos por la ley. La acción de turbar la posesión la realiza quien, sin ocupar el inmueble, restringe temporal o permanentemente el ejercicio de los derechos que corresponden a la posesión”⁶¹⁸. Por su parte, Bramont–Arias Torres/García Cantizano señalan que la *turbación* consiste en la realización de actos materiales que, sin despojar al poseedor, suponen una limitación de la pacífica posesión de un inmueble. No se comprende la turbación de la mera tenencia, por lo que este caso será un hecho atípico⁶¹⁹.

CAP. XVIII

- 616 Véase: Expediente N.º 3733-98, en: BACA CABRERA, Denyse / ROJAS VARGAS, Fidel y NEIRA HUAMAN, Marlene, *Jurisprudencia Penal, Procesos Sumarios, T. II, Gaceta Jurídica*—Lima, p. 368.
- 617 Véase: Expediente N.º 5747-97, en: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Normas Legales Año II, N.º 3, p. 353.
- 618 PEÑA CABRERA, Raúl; T. II-A, 1995, p. 548-549. Este mismo autor señala: PEÑA CABRERA, T. II, 1995, p. 550, afirma “El delito queda consumado por la realización del acto perturbatorio (violencia o amenaza), que restringe la posesión, impidiendo el normal disfrute de su derecho al sujeto pasivo”. Por su parte, BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO, 1994, Lima, p. 378, señalan que: “El delito se consuma cuando se turba la posesión. No se admite la tentativa”.
- 619 BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO, 1994, p. 377. Por su parte, en doctrina argentina, sobre la turbación posesoria, se tiene las siguientes apreciaciones: El inciso 3 del art. 181 del C.P. castiga con la misma pena para los dos casos analizados en los puntos anteriores, a quien haciendo uso de violencia o amenazas, *turbare* la posesión o tenencia de un inmueble. En referencia a esta figura, es útil indicar con Carrara que: “El acto por el cual se ocupa o se invade un predio rústico o urbano, pacíficamente poseído por otro, y contra su voluntad, para ejercer en él derechos que propiedad, posesión o servidumbre, o por el cual se perturba al poseedor en el goce de esos derechos, constituye el delito llamado perturbación de la posesión. Muchas legislaciones no elevan esos hechos al grado de delito, y dejan a los interesados a la tarea de repararlos mediante los interdictos posesorios, pero otras, probablemente con el fin de prevenir riñas (como el Código toscano, art. 426), consideran la perturba-

En otras palabras, la turbación posesoria debe contener dos requisitos para su configuración típica: en primer lugar, que el agente no tenga la intención de despojar, sino solo la de incomodar una legítima posesión de otro sujeto; en segundo lugar, que esta incomodidad sea constante y persistente en el tiempo por parte del sujeto activo. Un ejemplo de turbación posesoria podría ser el hecho de cortar permanentemente —mediante violencia— los cables de electricidad que sostienen la energía del predio determinado, o cortar la tubería del agua potable del predio del agraviado. Ahora bien, puede suceder que la conducta típica puede comenzar, primero, mediante actos perturbatorios en la posesión, y luego puede terminar, bajo el mismo supuesto fáctico, con actos de desposesión física del bien inmueble; con lo cual, aquí lo que habría es un concurso aparente de leyes penales, y debería excluirse el supuesto de “perturbación” ya que este quedaría subsumida (criterio de consunción) por un mayor disvalor del injusto que sería el supuesto de “despojo” de la posesión del bien inmueble.

Por último, las Resoluciones Superiores del 14 de julio y 28 de diciembre de 1998 se argumenta: “Que, tal como se señala en el inciso tercero del artículo

ción de la posesión como políticamente imputable, y la castigan con pena pecuniaria en los casos más leves y con cárcel en los más graves”.

Ya en aquella época, el aludido autor ponía de resalto cuestiones que hoy en día han causado algunas dudas acerca de qué tipo de casos deben ser reprimidos por el tipo penal *sub examine*. Sobre el particular, Rubianes y Rojas Pellerano, haciendo uso de las prescripciones del art. 2496 del C. C. —en cuanto señala que “solo habrá turbación de la posesión cuando contra la voluntad del poseedor del inmueble, alguien ejerciere, con intención de poseer, actos de posesión de los que resultase una exclusión absoluta del poseedor”— llegan a la conclusión de que el legislador, mediante la criminalización de la turbación, ha venido a penalizar conductas que forman parte de la fase ejecutiva del despojo.

Así, señalan que dicha conducta “...no requiere ya el ‘despojo’ que implica desapoderamiento, sino que basta la ‘turbación’, aun cuando se respete la posesión. Resulta que el Código Penal admite como delito consumado, lo que es tentativa de otro, por lo que actos de ‘turbación de la posesión’ quedan así desglosados del ‘comienzo de ejecución’ del despojo de la posesión, para encuadrar, por razones de especialidad, en el inc. 3”.

Asimismo, añaden que “...el acto turbatorio se dirige subjetivamente hacia la posesión, y por ende, el sujeto activo debe tener la intención de convertirse en poseedor. Esto también se expresa en el Código Civil, aunque con referencia a sus efectos en ese ordenamiento, al decir el art. 2497, en su primera parte; “si el acto de la turbación no tuviese por objeto hacerse poseedor el que lo ejecuta, la acción del poseedor será juzgada como indemnización del daño y no como acción posesoria”. [...] turbar significa en el inc. 3 del art. 181, C.P., ejercer actos posesorios sobre el inmueble, contra quien goza de la posesión, aunque sin llegar al despojo de esta última”.

Considero acertada la posición de los autores, en cuanto señalan que la figura de turbación implica, lisa y llanamente, la tipificación de actos propios del instituto de la tentativa. En razón de ello, no resultará admisible la posibilidad de *tentativa de turbación*, toda vez que ello implicaría la criminalización de actos preparatorios no punibles.

Ante tal panorama, la turbación, vista como una alteración del estado de cosas anterior, en perjuicio de quien ejerce la posesión o tenencia del inmueble —términos que fueron definidos en el punto referente al *despojo*, por lo cual vale la remisión—, debe ser llevada a cabo haciendo uso de violencia o amenazas; quedando de esta manera, fuera del ámbito de aplicación del tipo penal *sub examine*, aquellas conductas que producen meras molestias de entidad cualitativamente inferior que, en el peor de los casos, serán reconducidas hacia la esfera del derecho contravencional. (véase: El “delito” de usurpación de inmuebles — Cátedra Hendler, en: www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=153)

CAP. XVII

doscientos dos del Código Penal, para la configuración del delito de usurpación en su modalidad de turbación de la posesión, se exige que el agente realice actos materiales, que sin despojar al poseedor, suponen una limitación de la pacífica posesión de un inmueble, siendo los medios para realizar la turbación la violencia o amenaza” (Expediente 2940-98-Lima y 3733-98-Lima, en Jurisprudencia Penal T. III, pp. 368 y 370).

II. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE USURPACIÓN DE AGUAS (ARTÍCULO 203 DEL CÓDIGO PENAL)

1. Descripción legal

El delito de usurpación de aguas está descrito en el artículo 203 del Código Penal que señala lo siguiente:

“Artículo 203. El que, con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero, desvía el curso de las aguas públicas o privadas, impide que corran por su cauce o las utiliza en una cantidad mayor de la debida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años”.

En primer lugar, habría que decir que este delito no es de cotidianidad en los fueros judiciales ni forenses de nuestro país, debido quizá a su desconocimiento, ya que normalmente el artículo 202 –usurpación básica– y el artículo 204 –usurpación agravada– son las figuras delictivas que han marcado el protagonismo del delito de usurpación. La ciudadanía piensa que el delito de usurpación se presenta solo en función a un terreno físico que comprendería interna o externamente a los bienes inmuebles; sin embargo, el legislador peruano ha creído conveniente que las aguas que subyacen normalmente a los terrenos físicos también tendrían que merecer algún tipo de protección de carácter penal, máxime si consideramos que el agua o el recurso hídrico forma parte del patrimonio de una persona, solo así podría no cuestionarse su ubicación sistemática de esta figura delictiva en los delitos contra el patrimonio.

2. Sobre el bien jurídico protegido

Sobre el bien jurídico protegido en el delito de usurpación de aguas debemos ser enfáticos en sostener que es el uso y goce pacífico del agua; tanto el uso como goce lo debe tener el Estado así como también los particulares; debemos tener en consideración que aquí el concepto “agua” no debe estar en función hacer un componente dentro de la estabilidad del ecosistema –junto al suelo, aire, flora y fauna– pues eso sería un delito ambiental (véase: artículo 304 y siguientes del Código penal), sino en función a que “alguien” es propietario del agua o del recurso hídrico

y que se está afectando mediante la usurpación. En tal sentido, cabe hacernos la siguiente pregunta ¿Quién es propietario del agua en nuestro país para poder ser considerado como un delito patrimonial?. En principio los particulares –aunque podrían ser también funcionarios o servidores públicos ya que el tipo penal respectivo no distingue ni mucho menos agrava la pena por la situación especial del sujeto activo– para que se sean sujetos pasivos del delito de usurpación de aguas (artículo 203 del Código penal) deben haber suscrito, previamente, contratos o algún acto jurídico con el Estado peruano para el respectivo uso y goce de las aguas.

Ahora bien, porque se exige que tiene que haber algún tipo de contrato –previo– de los particulares con el Estado sobre el agua, pues el Estado es el único dueño o propietario de los recursos naturales en nuestro país, ya sean aguas del mar, de ríos, de lagos, de manantiales, de las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales; ya sea que corran por su cauce natural o por cauces artificiales, cualquiera de sus versiones siempre el Estado será el dueño, por ello, a nuestro juicio, no pueden los particulares invocar la propiedad sobre las aguas; en ese sentido, la ubicación sistemática del delito de usurpación de aguas como delito patrimonial, solo tendrá sentido, en primer lugar, si el Estado es el sujeto pasivo de este delito (es decir, que el agua es “patrimonio” exclusivo del Estado); por el contrario, a nuestro juicio, existe la posibilidad que el sujeto pasivo es por ejemplo un “particular” –ya sea persona natural o jurídica–, en ese sentido para considerarlo como tal debe existir, previamente, alguna relación contractual o acto jurídico de un particular con el Estado peruano, y esto obviamente debe ser acreditado en el proceso penal.

En el mismo sentido se pronuncia la Ejecutoria Suprema del 16 de abril de 1998, Recurso de Nulidad N.º 6242-97-Lambayeque, donde se señala que: “Las obras de captación y canalización de agua potable con la consiguiente colocación de tuberías subterráneas en los terrenos de los agraviados, que han contado con informes técnicos y la autorización para la ejecución de obras del propietario, a los que se agrega el hecho de haber sido realizadas debajo de terrenos eriazos, no constituye delito de usurpación –modalidad de turbación de la posesión–”. En efecto, se tiene que en la jurisprudencia antes citada se está ante una imputación por delito de usurpación, no obstante el hecho de que el poseedor contaba con la autorización del propietario y los informes técnicos correspondientes para la ejecución de sus obras.

A nivel del Derecho comparado podemos citar el Código Penal argentino que también sanciona, al igual que el Código Penal peruano, a aquellos que usurpan dolosamente el recurso hídrico pertenecientes a una persona natural o jurídica, aclarando que el Código Penal argentino es más detallista en cuanto a las modalidades típicas –pues incorpora figuras básicas y agravatorias–, ofreciendo en consecuencia mayores posibilidades de sanción penal; así en su artículo 182 señala lo siguiente: 1. “El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos o las sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho; 2. El que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas”. Inclusive el Código Penal argentino prevé una modalidad agravatoria en el delito

de usurpación de aguas regulada en la última parte del artículo 182 que señala: “La pena se aumentará hasta dos años, si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos”.

En este orden de ideas, el inciso 3 del artículo del Código Penal argentino es la que más se asemeja –en su descripción típica– al artículo 203 del Código peruano ya que la regulación es como sigue: “El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas”. De la misma manera el Código Penal de Uruguay en su artículo 354 dispone que el castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría para el denominado delito de usurpación de aguas. En efecto, en el inciso 3 del citado artículo 354 señala lo siguiente: “El que, con fines de apoderamiento o de ilícito aprovechamiento, desvíe el curso de las aguas públicas o privadas”.

3. Modalidades típicas del delito de usurpación de aguas

Ahora bien, en la tipicidad objetiva del delito en análisis merece ser disgregado en dos extremos legales bien definidos: en primer lugar, lo concerniente a la conducta típica que serán los siguientes: a) debemos precisar que se trata de un delito común en la medida en que no exige el tipo penal cualidades especiales en el sujeto activo, pues el tipo penal comienza con el prefijo “*El que...*”; así las cosas el verbo rector es “desviar” las aguas ya sean públicas o privadas, el concepto de desviar es “modificar” o “alterar” el curso normal de un sendero o itinerario; b) que la desviación de las aguas tenga como objetivo concreto dos extremos: o bien impedir que corran las aguas por su cauce normal, o bien que la desviación haga que se utilice una cantidad de agua mayor a la debida. En segundo lugar, debemos describir lo concerniente al resultado típico ya que el delito en cuestión señala: “... *con perjuicio de tercero...*”, es decir, de nada servirá a efectos de la tipicidad de la conducta si la desviación de las aguas no causa un perjuicio a “alguien”, ya que las aguas pueden ser patrimonio de un particular o también del mismo Estado pues el tipo penal señala que las aguas pueden ser públicas.

Sin embargo, el tipo penal en cuestión exige algo más, que el sujeto activo tenga una finalidad subjetiva de orden lucrativo expresado en la siguiente frase: “... con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito...”, por ejemplo aquella persona que para regar su chacra de maíz desvía anormalmente el curso de un río, que es dominio público, a sus cultivos, y esta conducta lo hace de forma continua, logrando un aprovechamiento económico con dicho regadío, perjudicando a una municipalidad, discutible en el tema si efectivamente perjudicará a su patrimonio o a sus dominios públicos. Sin embargo, la pregunta que surge es si es necesario la probanza del *animus de lucro* del sujeto activo en el proceso penal. A nuestro juicio, esto dependerá si el *animus de lucro* forma parte de la tipicidad global del artículo 203 del Código Penal.

En nuestra opinión, el aprovechamiento lucrativo del artículo 203 del Código Penal forma parte del concepto denominado elementos subjetivos distintos del delito, que direccionan la subjetividad del autor, pero que no es necesario que se verifique en la realidad, o mejor dicho en el proceso penal, de tal manera que basta que el Juez Penal tenga algunos indicios que el imputado haya existido una posibilidad de enriquecerse. Finalmente debemos agregar que la pena que impone el delito de usurpación de aguas del artículo 203 es de uno a tres años de pena privativa de libertad, que es la misma pena que se impone en el artículo 202 del Código penal, con lo cual la importancia de orden sancionatorio del bien jurídico-penal “patrimonio” en los elementos de “suelo” y el “agua” son totalmente idénticos.

El artículo 203 del Código Penal dice: “El que, con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, *desvía el curso de aguas públicas o privadas (o), impide que corran por su cauce...*”. El sujeto activo puede ser cualquier persona que ilícitamente y con propósito —doloso— de causar perjuicio a otro, efectuare una interrupción en un curso de agua o interfiriere con el ejercicio de un derecho referente a él. Por otro lado, el sujeto pasivo es aquella persona que será perjudicada con la actividad ilegítima del agente activo y consecuentemente se verá estorbada en su derecho sobre el agua.

La primera modalidad de interrupción de cursos de agua consiste en el “desvío” de las aguas del cauce o dirección a la que se dirigían; así, por aguas públicas se entiende las aguas de navegación y flotación, mientras que las aguas privadas son las que pasan por el terreno privado, es decir, las aguas ribereñas, se puede usar con la condición de restituir el agua a su cauce natural. En otras palabras, la acción típica consiste en represar, desviar o detener las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes con el propósito de perjudicar a otro mediante un acto ilícito. Las aguas deberán ser corrientes o fluidas; de no ser así es materialmente imposible lograr la consumación del ilícito, porque para cumplir con la acción del verbo rector es necesario represar, desviar o detener el agua, y ello solo será posible cuando sean fluidas, las aguas pueden correr por cauces naturales o por cauces artificiales. Respecto de los medios necesarios para la interrupción, no interesa que la interrupción sea antes de que el curso de agua llegue al predio del que tiene derecho a su uso, o dentro del predio, lo que interesa es que de alguna manera se afecte la posibilidad de uso o disfrute del agua; por eso las aguas públicas que no benefician a ningún particular no podrán ser objeto de este delito porque su desvío no producirá el perjuicio a otro exigido por la ley.

El otro supuesto consta en la utilización del agua en una cantidad mayor a la debida, descrito en el artículo 203 del Código Penal que prevé lo siguiente: “...o las utiliza en una cantidad mayor de la debida...”, en este supuesto hemos de detenernos, ya que se requiere saber cuál es la máxima cantidad de agua que se puede hacer uso. Para este efecto hay que remontarnos a la Ley N.º 17752 de 1962, que regula las aguas peruanas, estimando que todas las aguas son inalienables y propias del Estado, con lo cual se admite el uso de las mismas siempre que el Estado ceda dicha concesión.

Con respecto a esta modalidad, el delito se comete cuando se cumple con lo antes dicho, no hay ni un medio que se mencione, así que puede perpetuarse el delito de cualquier modo. La acción típica consiste en sacar ilícitamente, con el propósito de causar perjuicio a otro, aguas en mayor cantidad de la debida de represas, estanques, u otros depósitos, ríos, arroyos, acueductos, etc. El objeto material del delito de usurpación son solo los bienes inmuebles y en este caso las aguas adheridas por accesión al suelo. El acto material de sacar agua puede hacerse por cualquier medio; así puede ser desviando o cambiando el rumbo o curso de agua, cuando este estuviere formando corriente; o produciendo un escape o fuga de agua, cuando se encuentre estancada o sean aguas durmientes; en este sentido, debemos de tener presente el medio empleado para la comisión del delito, porque si el agua al ser sacada pierde la calidad de inmueble, estaremos frente al delito de hurto. Al delito de sustracción de aguas se puede llegar a la consumación, sacando agua sin tener derecho a hacerlo, o al tenerlo tomando una cantidad mayor de la que le corresponde. El agua puede ser sacada de las represas, estanques u otros depósitos; también de los ríos, arroyos, fuentes, canales, o acueductos. Finalmente, para completar la figura de sustracción de aguas, el tipo requiere que el sujeto activo, actúe ilícitamente, es decir, conociendo que el acto de sacar agua o sacar una cantidad mayor a la que le corresponde, no le está asistido por ningún derecho.

III. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE USURPACIÓN AGRAVADA (ARTÍCULO 204 DEL CÓDIGO PENAL)

1. Descripción legal

Ante todo debemos de señalar que resulta totalmente errada la ubicación sistemática del artículo 204 (delito de usurpación agravada) en el Código Penal peruano, ya que, siendo la lógica de la técnica legislativa de la mayoría de delitos ubicados en la Parte Especial o en las legislaciones complementarias, el delito de usurpación básica debería estar seguido del delito de usurpación agravada, y no como está actualmente ubicado, pues entre el delito de usurpación básica y la usurpación agravada está el artículo 203 referido al delito de usurpación de aguas, con lo cual pareciera que la usurpación agravada fuera un delito totalmente autónomo en cuanto a sus presupuestos configurativos del delito de usurpación básica del artículo 202.

Sin embargo, aún con el desconcierto de la ubicación sistemática que hemos señalado, de más está decir que desde el punto de vista técnico-dogmático, para la procedencia de la circunstancia agravante del artículo 204, previamente o *necesariamente*, se tiene que verificar la circunstancia típica básica del artículo 202 del Código Penal, por ello todos los comentarios que se haga en este apartado, tiene que estar en función a los tres supuestos que prevé el artículo 202.

En ese sentido, el delito de usurpación agravada está descrito, como se ha dicho, en el artículo 204 del Código Penal peruano de la siguiente manera:

“Artículo 204.- Formas agravadas de usurpación

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación, según corresponda, cuando la usurpación se comete:

1. Usando armas de fuego, explosivos o cualquier otro instrumento o sustancia peligrosos.
2. Con la intervención de dos o más personas.
3. Sobre inmueble reservado para fines habitacionales.
4. Sobre bienes del Estado o de comunidades campesinas o nativas, o sobre bienes destinados a servicios públicos o inmuebles que integran el patrimonio cultural de la Nación, declarados por la entidad competente.
5. Afectando la libre circulación en vías de comunicación.
6. Colocando hitos, cercos perimétricos, cercos vivos, paneles o anuncios, demarcaciones para lotizado, instalación de esteras, plásticos u otros materiales.
7. Abusando de su condición o cargo de funcionario o servidor público.
8. Sobre derechos de vía o localización de área otorgados para proyectos de inversión.

Será reprimido con la misma pena el que organice, financie, facilite, fomente, dirija, provoque o promueva la realización de usurpaciones de inmuebles de propiedad pública o privada”.

(Artículo modificado por la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.º 30327, publicada el 21 de mayo de 2015).

CAP. XVII

La agravante típica se concreta, aparte de la conmoción social que genera, en que el sujeto activo realice, de manera dolosa, la conducta usurpadora sobre los denominados “derechos de vía”, que es la “... faja de dominio o derecho de vía, comprende el área de terreno en que se encuentra la carretera y sus obras complementarias, los servicios y zona de seguridad para los usuarios y las previsiones para futuras obras de ensanche y mejoramiento” (ver según Decreto Ley N.º 20081). En otras palabras, el derecho de vía es “... la faja de terreno destinada a la construcción, mantenimiento, futuras ampliaciones de la vía si la demanda de tránsito así lo exige, servicios de seguridad, servicios auxiliares y desarrollo paisajístico”. (*Manual de diseño geométrico de carretera y glosario de términos de uso frecuente en proyectos de infraestructura vial*).

Ahora bien, para poder aplicar la agravante típica en mención, debemos señalar que los derechos de vía o de localización deben tener un común denominador: que el Estado o las compañías privadas los debe haber dado, previamente, como “proyectos de inversión”. Es decir, la idea es que ya se haya otorgado el derecho de vía (como servidumbre legal de paso o servidumbre legal de tránsito) a una persona determinada –natural o jurídica–. Esto es, el Estado o las compañías privadas, luego de un proceso de negociación (o de inversión) con el propietario, acuerdan el uso de la franja de terreno requerida, y sobre esa franja territorial terceras personas ajenas a tal proceso de negociación, denominada “sujeto activo”, realizan la conducta descrita en el tipo básico del artículo 202 del Código Penal: que consiste en apropiarse de todo o en parte de un inmueble, sujeto a derecho de vía o localización, bajo los siguientes supuestos: a) Destruye o altera los linderos del mismo; b) El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real; c) El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble; d) El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse.

2. Mediante armas de fuego, explosivos o cualquier otro instrumento o sustancias peligrosas

El artículo 204, inciso 1, del Código Penal peruano prescribe lo siguiente: “La usurpación se realiza usando armas de fuego, explosivos o cualquier otro instrumento o sustancias peligrosos”. La agravante típica del delito se sustenta en un mayor *disvalor* de la acción, ya que el sujeto activo para apropiarse del terreno, no utilizará por ejemplo sus manos y pies, expresados en violencia o amenaza, tampoco no utilizará su destreza o astucia –expresado en el engaño o en el abuso de confianza–; sino que tiene existir un plus que hace que el bien jurídico “posesión del bien inmueble en forma pacífica” tenga mayor grado de lesividad que aquella regulación del tipo básico del artículo 202 del Código penal, ya que ahora el sujeto activo utilizará *determinados medios o instrumentos de intimidación para el aseguramiento del resultado lesivo*, como son las armas de fuego o explosivos, o cualquier otra sustancia peligrosa que asegure –de una buena vez– la apropiación de la posesión del terreno, doblegando obviamente la voluntad de resistencia de quien o quienes detentan la legítima posesión del terreno.

Sin embargo, debemos agregar lo siguiente: el hecho de que el sujeto activo utilice armas de fuego o materiales explosivos peligrosos puede también poner en riesgo otros bienes jurídicos de carácter personal de la víctima: en este caso de la “vida humana” y coétaneamente de la “integridad física”, ya que se estaría poniendo en riesgo latente a todas aquellas personas que cohabitan como colindantes o hasta los mismos agraviados que ocupan el terreno objeto de usurpación ilícita. De igual forma, por ejemplo, con un arma blanca –un cuchillo, un machete– o con algún objeto contundente también lograría quizás los mismos fines u objetivos de aseguramiento e intimidación inmediata hacia la víctima, desde que se lograría en iguales circunstancias la apropiación indebida del terreno, pero desde el punto del principio de

legalidad no se tipificaría tal supuesto fáctico, ya que la agravante del artículo 204 del Código Penal es clarísima, pues habla de arma de *fuego*.

Debemos advertir que no interesa en este apartado cómo el sujeto activo haya conseguido las armas de fuego o los materiales explosivos, pues eso sería objeto de tipificación otro delito (por ejemplo, tenencia ilegal de armas, artículo 279, y artículo 279-A del Código penal); lo relevante aquí es que el sujeto activo los utiliza, los exhiba hacia la víctima para fines concretos de usurpar un bien inmueble: para “alterar los linderos”, para “despojar la posesión” o para “turbar la posesión”. Claro está que si las armas de fuego y los materiales explosivos se utilizan en un terreno con fines habitacionales o si se trata de terrenos cuyo dueño es el Estado o de las comunidades campesinas o nativas o como generalmente sucede que las armas de fuego o explosivos lo utilizan o dos o más sujetos, entonces se verificarían también las demás agravantes del inciso 2, 3 y 4 del mismo artículo 204 del Código penal, produciéndose a nuestro entender un concurso de circunstancias agravantes del mismo nivel o rango del punto de vista punitivo, donde el Juez Penal evaluará, dentro del marco legal, que es la misma pena para todas las agravatorias, qué sanción penal impondrá.

3. Intervención de dos o más personas

Al igual que sucede con algunos delitos contra el patrimonio como el delito de robo y hurto, en el delito de usurpación de inmueble se agrava también cuando se comete a través de dos o más personas; aquí el legislador peruano lo que reprocha severamente es que cuando intervienen dos o más personas no se refiere a una circunstancia meramente aritmética —de ser dos, tres, cuatro, cinco personas, etc.— en la comisión delictiva, sino más bien que con la intervención de dos o más personas el bien jurídico “patrimonio” corre concretamente mucho más peligro, pues existe más posibilidades de éxito por parte de sus autores; es decir el resultado dañoso para el despojo, la turbación o el abuso de confianza para usurpar la posesión del inmueble se convierte en la probabilidad muy alta de resultado lesivo. Ahora bien, si las personas que intervienen en la usurpación de terrenos se dedican permanentemente a la comisión de este delito, en la cual se evidencia conceptualmente una organización criminal de sus integrantes como sucede en algunos delitos de la Parte Especial o legislación complementaria —así el artículo 189 CP, último párrafo, referido al delito de robo agravado por pertenecer a una organización criminal o banda criminal; asimismo la Ley N.º 27765 de fecha 27-06-2002, Ley Penal contra el Lavado de Activos en su modalidad agravada por organización criminal, artículo 3, letra b—; también podemos citar el artículo 297 numeral 6 referido al delito de tráfico ilícito de drogas en forma agravado por pertenecer a una organización criminal.

En ese sentido, aquí lo que existe es un concurso de delitos, concretamente del delito de usurpación de inmuebles (artículo 204 CP) en concurso con el delito de Asociación ilícita para delinquir (artículo 317 CP), y a nuestro juicio, por la naturaleza del caso, sería solamente por la modalidad del concurso ideal de delito (artículo 48 CP) descartándose la verificación del concurso real de delitos, pues el hecho de intervenir con dos o más personas —en forma de organización criminal— en un predio se configura en una unidad de acción precisamente por la intención de los

agentes de cometer el ilícito penal. Si el Legislador de *lege ferenda* realiza una modificación en el artículo 204 del CP y que en vez que señale “la intervención dos o más personas” se señala que el delito de usurpación se comete por “organización criminal”, entonces se configuraría un concurso aparente de leyes, solucionado a través del principio de especialidad, ya que ante una norma general (artículo 317 CP) se preferirá una norma especial (artículo 204 CP, que será siempre y cuando se exprese el término “organización criminal”).

4. El inmueble está reservado para fines habitacionales

El artículo 204, inciso 3 del Código Penal prescribe lo siguiente: “El inmueble está reservado para fines habitacionales”. Aquí lo que el legislador peruano destaca, como aspecto agravatorio, no es en la forma cómo el sujeto activo consigue “apropiarse” del terreno, sino fundamentalmente en la calidad del terreno –que será en todos los casos un bien inmueble–. Relieva el aspecto del *objeto donde recae la acción* del sujeto activo, y no en los medios que utiliza el sujeto activo como sí está expresa en el primer inciso del artículo 204 del Código penal; en otras palabras, no es lo mismo usurpar o apropiarse ilícitamente de un terreno rústico o urbano pero que no tiene otros fines que no sea simplemente de ocupación de una pequeña familia, y si esto es así, a mi juicio, no se daría la agravante en comento.

La agravante típica está pensada cuando el terreno a usurpar, previamente tiene fines por ejemplo de construcción de departamentos en una determinada zona. Nótese que el tipo penal señala que el “...inmueble está *reservado* para fines habitacionales...”, es decir, que como condición necesaria del tipo penal del artículo 204, inciso 3, es que el sujeto agraviado haya tenido la reserva –en términos de posesión, y mejor aún si es de propiedad– del inmueble para hacer el respectivo uso y el disfrute de su derecho real; y bajo esa premisa es que luego el sujeto activo realice una alteración de linderos en el terreno que ya ha sido comprado y está en posesión por una constructora –que será el agraviado en el delito de usurpación– para construir un gran edificio, o por ejemplo el autor realiza un despojo mediante violencia o amenaza o turba la posesión del inmueble destinado igualmente para la construcción de departamentos.

Finalmente, el sujeto agraviado –que puede ser una persona física o una persona jurídica– tendría que demostrar en el proceso penal dos cosas: en primer lugar, que está en posesión del terreno, y en segundo lugar, que dicho terreno está destinada para fines habitacionales, ya que si solo lograra demostrar el primer aspecto, a nuestro juicio, se tipificaría en el artículo 202 del Código Penal como un delito de usurpación simple. Y si, por el contrario, solo se lograra demostrar el segundo aspecto y no el primero, tampoco se tipificaría la agravante del artículo 204, inciso 3, desde que todo el delito de usurpación –tanto básico como agravatorio– se sustenta en la posesión previa que haya estado el sujeto agraviado, y en todo caso, sería un tema de connotación civil y no penal.

El “arma de fuego” es un instrumento destinado para la ofensa, se trata de armas capaces de propulsar proyectiles mediante la deflagración de la pólvora. Por su parte, “explosivo” es toda sustancia que por alguna causa externa (roce, calor, etc.) se transforma en gases; liberando calor, presión o radiación en un tiempo muy

breve. Cuando el tipo penal menciona "...cualquier otro instrumento...", se refiere a una interpretación analógica en el sentido que podría ser cualquier instrumento que pueda realizar el mismo daño o riesgo que los anteriores mencionados. Por último, el tipo penal en mención señala también las "sustancias peligrosas", que son aquellos elementos o sustancias químicos y compuestos que presentan algún peligro para la salud personal, para la seguridad ciudadana.

5. Mediante bienes del Estado, de servicios públicos o de comunidades campesinas o nativas

El cuarto inciso entiende que el inmueble sea del Estado o esté destinado a servicios públicos o de Comunidades Campesinas o Nativas. Resguarda así la propiedad del Estado y sus funciones sociales. Asimismo, que el inmueble haya sido destinado a otras funciones, como por ejemplo una fundación; o bien que el destino de ellas haya sido para las comunidades campesinas o nativas, ya que bien la Constitución Política ampara las comunidades campesinas y nativas en el Artículo 88 "El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta".

Como estamos en un delito donde el bien jurídico es la protección de bienes inmuebles, es lógico admitir que la protección penal debe diferenciarse en función a qué tipo de bien inmueble estamos, o mejor dicho, sobre qué tipo de terreno físico se está produciendo la usurpación que realiza el sujeto activo. No es lo mismo un terreno en una calle del centro de una ciudad o en una zona periférica de un Distrito, que son situaciones genéricas del delito en estudio, que un terreno que por ejemplo está reservado para fines habitacionales (artículo 204 Código Penal, inciso 3), o que el terreno el dueño sea el Estado peruano o que esté destinado a servicios públicos o que el terreno el dueño sean las Comunidades Campesinas o Nativas (artículo 204 Código Penal, inciso 4). En estos casos y me parece razonable que sea así, la circunstancia agravatoria no radica en la conducta de cómo se está realizando la usurpación —que el tipo penal ya los menciona como son la violencia, la amenaza, el abuso de confianza, o el engaño— sino que la agravación radica en función al *objeto* de protección penal, es decir, a la calidad del terreno usurpado.

CAP. XV

IV. LA TIPICIDAD SUBJETIVA EN EL DELITO DE USURPACIÓN

Tomando en cuenta los artículos 202, 203 y 204 del Código Penal para cerrar la tipicidad de la conducta, se requiere previamente la verificación del aspecto típico subjetivo de acuerdo a la estructura finalista de la teoría del delito; es decir, se exige la presencia del dolo —conciencia y voluntad del agente— en todos los supuestos típicos de los articulados antes mencionados⁶²⁰; sin embargo, esto trae

620 Sobre este punto: PEÑA CABRERA; T. II-A, 1995, p. 544, afirma: "Es un delito doloso. Conciencia y voluntad de destruir o alterar los linderos del inmueble vecino, con el objeto de apro-

como consecuencia la concurrencia de por lo menos tres aspectos puntuales que merece destacar:

- En primer lugar, no se admite en ninguno de los supuestos de los articulados antes mencionados la conducta culposa o negligente –concordante con el artículo 12 del Código penal–. Siendo así, el legislador peruano ha querido focalizar su atención expresando que el delito de usurpación inmobiliaria solo tiene relevancia típica cuando el agente ha mostrado un despreciado directo (dolo directo o dolo de consecuencias necesarias), o en su defecto un desprecio mínimo (dolo eventual) hacia el bien jurídico tutelado; en otras palabras, la presencia del dolo hace que no se acepte que el agente actué con algunos descuidos o que el agente sea un inexperto cuando va a realizar la toma de posesión de un terreno, si se verifican estos supuestos no quedarán desamparados desde que serán ventilados a través del Derecho civil, específicamente del Derecho de reales.
- En segundo lugar, si bien se admite la presencia del dolo debemos preguntarnos lo siguiente: ¿se exige un *animus adicional*, aparte del dolo, en el sujeto activo cuando está cometiendo el delito de usurpación inmobiliaria? En principio la exigencia de un *animus* adicional distinto del dolo generaría un nivel probatorio de estándar dentro del proceso penal demasiado elevado para el Ministerio Público o el Juzgador Penal. Como es sabido, el legislador penal peruano solo y exclusivamente ha exigido la presencia del “aprovechamiento económico” en el delito de usurpación de aguas –artículo 203 del Código penal–; es decir, solo en ese supuesto típico el Juez Penal o en su caso el Fiscal tendrán que demostrar que el agente haya tenido la intención tanto de usurpar ilegítimamente las aguas, y además, de aprovecharse lucrativamente de esas aguas. Sin embargo, Salinas Siccha apunta, en el primer supuesto de alteración de linderos, lo siguiente: “En este supuesto aparte del dolo debe verificarse otro elemento subjetivo adicional, como es el “*animus*” de apropiarse, esto es, la intención de adjudicarse o adueñarse total o parcialmente del inmueble vecino. Si tal intención no se evidencia en el actuar, la conducta típica de usurpación en la modalidad de alteración o destrucción de linderos no aparece⁶²¹.”

CAP. XVIII

piarse del bien. Debemos resaltar la intención de lograr ventaja patrimonial en la apropiación mediante la alteración o destrucción de linderos de un inmueble. El elemento motivador del agente es la apropiación, de no ser así, la sola alteración o destrucción de estos signos (linderos), importaría un delito de daños”. Por su parte, BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO, 1994, p. 375 afirman; “En cuanto a la tipicidad subjetiva, se requiere el dolo. Además, se exige un elementos subjetivo del tipo que consiste en la interacción de apropiarse en todo o en parte de un bien inmueble”. Sobre el supuesto perturbación: PEÑA CABRERA, T. II-A, 1995, p. 549-550 afirma que “Es un delito doloso. Conciencia y voluntad de limitar el uso y goce de la posesión valiéndose de la violencia material o violencia moral (amenaza). Las acciones del agente, apuntarán exclusivamente a causar perturbación en el uso pacífico de la posesión del inmueble, sin el ánimo de llegar al despojo; de ser así estaríamos ante una tentativa de despojo”.

621 Véase: SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra el patrimonio*, 2010, Lima, p. 418.

- En tercer lugar, el desconocimiento del agente trae como consecuencia la impunidad de su conducta aún cuando se verifiquen todos o algunos de los elementos objetivos de los artículos 202, 203 y 204 del Código Penal peruano, desde que existirá el denominado *error de tipo*—artículo 14, primer párrafo, del Código Penal— siempre y cuando sea de carácter invencible, y por el contrario, si su desconocimiento es de carácter vencible o evitable, el comportamiento solo será reprimible siempre y cuando exista una modalidad culposa que como sabemos en la versión peruana del delito de usurpación inmobiliaria no existe.

V. SOBRE ASPECTOS DE LA CONSUMACIÓN DEL DELITO DE USURPACIÓN INMOBILIARIA DEL ARTÍCULO 202 DEL CÓDIGO PENAL

El tema si el delito de usurpación inmobiliaria se trata de un delito de instantáneo o de un delito permanente tiene, a mi juicio, dos connotaciones puntuales: uno de carácter material-dogmático, y el otro de carácter jurídico-procesal. En este último punto, diremos que el saber si se trata de un delito instantáneo o permanente tiene relevancia para el tema de la persecución penal dentro de la vigencia de un proceso penal, ya que está ligado a la institución de la prescripción de la acción penal (véase los artículos 80, 83 y 84 del Código Penal), porque es distinto decir que se trate de un delito instantáneo donde la prescripción de la acción penal comenzará a regir desde mucho tiempo atrás, que decir un delito permanente donde la acción penal puede “congelarse”, dando obviamente mucho más tiempo a los órganos de persecución delictiva —sobre todo al Ministerio Público— para definir la situación jurídica del imputado (véase las distintas formas delictivas que prevé el artículo 82 del Código Penal para el cómputo de la prescripción de la acción penal).

Por el contrario, desde el punto de vista material-dogmático el dilucidar si se trata de un delito instantáneo o un delito permanente, está en función a la estructura típico-objetivo del artículo 202 del Código Penal, y para ello tenemos que mirar detenidamente los verbos rectores que prevé dicho articulado, y como sabemos son tres: “*alterar los linderos*”, “*despojar de la posesión*” y “*turbar la posesión*”, y en cada uno de ellos tenemos que describir analíticamente si el bien jurídico inmediata o tardíamente permite la afectación:

Veamos cada una de ellas:

- En el primer supuesto del artículo 202 sobre alteración de linderos debemos precisar lo siguiente: que cuando el sujeto activo ingresa a un terreno ajeno para por ejemplo poner los palos de madera que servían como hitos de demarcación en un lugar distinto, y con ello alterar dichos linderos, en este supuesto se trataría de un delito de consumación instantánea, desde que la naturaleza de la conducta permite que se consume en el mismo momento en que el sujeto activo agarra con su mano los palos de madera y los coloca sobre la tierra o el piso, y si los palos de madera continúa en el terreno ajeno, esto formará parte del agotamiento final del delito. En consecuencia, el cómputo para la prescripción de la acción penal comenzará a regir *desde el día en que consumó* (artículo

CAP. XVI

82, inciso 2 del Código Penal), y si el mismo sujeto activo cada mañana cambia los hitos de demarcación territorial, aquí habrá varios momentos de consumación típica agrupados bajo una ficción jurídica que se llama delito continuado del artículo 49 del Código Penal, conservándose la estructura de ejecución y consumación instantánea; distinto será el caso si el mismo sujeto, luego de cambiar los hitos de demarcación, se queda a vivir en dicho terreno ajeno, pues aquí se verifica el segundo supuesto, que es el despojo, que como veremos se trata de una connotación distinta. Por el contrario, Peña Cabrera nos dice, en este punto, que “Es un delito permanente. El resultado del hecho se da con la destrucción o alteración de los linderos, pero la consumación se dilata en el tiempo, hasta que cese la ofensa al bien jurídico. Si no se ha logrado ocupar el inmueble luego de la destrucción de los linderos, entonces la consumación se daría en el instante que terminó la destrucción de los linderos. Basta que los hechos se hayan realizado con el ánimo de lucro, esto es, de obtener utilidad, aunque esta no se produzca”⁶²².

- En el segundo supuesto del artículo 202 del Código Penal, en cambio, se trataría de un supuesto de consumación permanente (llamado también delito permanente)⁶²³, porque el sujeto activo, por ejemplo, cuando ingresa a un terreno ajeno despojando de la posesión al agraviado mediante violencia —utilizando armas de fuego o explosivos—, y se queda luego a vivir por un largo tiempo en dicho terreno, ahí sí, si bien es cierto se podría decirse que la consumación estaría “demarcada” en el mismo momento que el sujeto activo toma ilícitamente posesión del terreno; a nuestro juicio, al igual que en un delito de allanamiento ilegal o un delito de secuestro, el estado antijurídico de la afectación al bien jurídico “posesión” se prolonga en el tiempo y en el espacio, es decir, por todo el tiempo que permanecerá el sujeto activo en dicho terreno, con lo cual el cómputo de la acción penal comenzará a regir desde el momento en que *cesó la permanencia delictiva* (artículo 82, inciso 1 del Código Penal). No podría decirse, en este supuesto, que se trataría de un delito instantáneo con efecto permanente⁶²⁴, ya que la naturaleza de

622 PEÑA CABRERA, T. II-A, 1995, p. 546.

623 Sobre este punto: BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO; 1994, p. 377, señalan “El delito se consuma con el despojo de la posesión o de la tenencia del bien inmueble, o del ejercicio de un derecho real. Se considera, por lo tanto, con un delito instantáneo, en la medida que la acción de despojo representa ya por sí misma la lesión del bien jurídico, mientras que la posible posesión posterior del bien que mantenga el sujeto activo constituirá un simple acto de agotamiento del delito. No hay inconveniente en admitir la tentativa”.

624 Esta postura tiene su antecedente más cercano en el acuerdo producido en el Pleno Jurisdiccional realizado en noviembre de 1998 en la ciudad de Ica, en el cual cincuenta Jueces Superiores integrantes de la Sala Especializadas en la Penal, con la Presencia de Jueces supremos, acordaron “por mayoría menos nueve votos, que el delito de usurpación debe ser reputado instantáneo de efecto permanentes”. (Véase: ADRIAZOLA BEGAZO, Lissebeth Milagros; “La criminalización de la invasión de terrenos u ocupación sin violencia”, en Gaceta Penal & Procesal Penal, T. 27, Setiembre 2011, primera edición, Editorial Gaceta, Lima, p. 159).

la conducta desplegada por el agente no permite sostener que la acción y el resultado lesivo se consumen inmediatamente, ya que esos efectos posteriores siguen siendo parte del “despojo”, y esto es consumación típica y no agotamiento.

- Y por último, en el supuesto de turbación de la posesión, consideramos que se trataría un delito plenamente instantáneo, porque la naturaleza de la conducta llevado a cabo por el sujeto activo permite ciertos espaciamientos en el desarrollo ejecutivo de la conducta hasta la consumación típica; por ejemplo el sujeto activo amenaza con atentar contra su familia de la víctima diciéndole que solo tiene hasta mañana para que desocupa el bien inmueble, en este caso, el delito queda consumado en este instante; ahora si el sujeto activo todos los días sigue amenazando –o puede utilizar hasta la violencia– a la víctima, no es que haya una prolongación permanente de consumación por el contrario, aquí lo que habría es un delito continuado del artículo 49 del Código Penal; es decir, en realidad se trata de un solo delito de usurpación inmobiliaria desde que se pueda dividir o espaciar en varios momentos consumativos, pero que haciendo una ficción jurídica se trataría de un delito instantáneo, claro que para efectos del cómputo de la acción penal comenzará a regir todavía desde el momento en que *terminó la acción delictiva* (artículo 82, inciso 3 del Código Penal).

VI. EL DELITO DE USURPACIÓN INMOBILIARIA: ENTRE EL ILÍCITO CIVIL E ILÍCITO PENAL

1. Consideraciones generales

Así como la vida humana, la salud personal, la libertad de los seres humanos, son situaciones que coadyuvan a la formación integral del ser humano como fin suprema de la Sociedad y del Estado, en ese sentido, el patrimonio que adquieren las personas también debería formar parte de esa formación integral del ser humano. En ese sentido, el Derecho penal a nuestro juicio, encuentra razones sumamente atendibles para intervenir sancionando penalmente protegiendo la posesión, otra cosa es que durante el proceso de protección jurídico-penal se encuentra zonas límites –o mejor dicho zona de conflicto– con el Derecho civil vinculados juicios con el Derecho reales, concretamente de la acción de reivindicación, así también la acción de mejor de derecho de propiedad, la acción de interdicto de recobrar, entre otras acciones civiles, que no hacen más que “turbar” una eficaz protección desde el ángulo jurídico-penal, ya que antes debe estar definido certeramente quien es el verdadero “poseedor” de tal o cual inmueble; algo igual pasa por ejemplo cuando no se ha determinado previa ni fehacientemente quién es el propietario de tal o cual bien mueble para determinar el delito de hurto o robo.

El delito de usurpación de terreno es un delito que tiene zonas limítrofes con el Derecho civil, específicamente con el libro correspondiente en el Derecho real, ya que el bien jurídico protegido, según el Código Penal peruano, es exclusivamente

CAP. XVI

la “el patrimonio”. Sin embargo, en la figura legal de la usurpación, el bien jurídico tutelado es la “posesión” conforme al artículo 202 del Código Penal; si se acredita que el despojo de la posesión al agraviado y estos demuestran un mejor derecho a esta posesión, procede amparar su pedido. En todos casos no se discute el derecho de la propiedad sino el mejor derecho a poseer⁶²⁵.

En realidad habría que manifestar que todo el Derecho penal tiene vinculaciones con las otras áreas del Derecho para precisamente ofrecer una mejor tutela de los bienes jurídicos. Decir que los bienes jurídicos solo son de competencia del Derecho penal, y que su protección solo se atañe al Derecho penal resulta una apreciación parcializada y sesgada de la realidad. Así, por ejemplo, los delitos ecológicos tienen vinculación el Derecho ecológico en cuanto a la normatividad preexistente de carácter ecológico-administrativo, en esta misma línea los delitos económicos tiene vinculación con el Derecho económico, asimismo, los delitos contra la Libre competencia tiene vinculaciones el Derecho de la Libre competencia en cuanto se refiere a la Ley de Competencia Desleal, los delitos financieros tienen vinculaciones con el Derecho financiero, y en esta misma línea nos encontramos con el delito de usurpación de bienes inmuebles, que tiene una vinculación con el Derecho civil, específicamente con el Derecho real.

La vinculación con las otras áreas responde a una idea sencilla pero a la vez lógica de cara a consagrar el denominado “principio de unidad del ordenamiento jurídico” en el sentido de que las protecciones que ofrece el Derecho penal con respecto a otras ramas jurídicas deben ser coherentes y uniformes; además debemos de agregar que el Derecho penal es la *última ratio* dentro de la protección jurídica de un Estado de Derecho, y en consecuencia, antes de la protección del Derecho penal está la protección que realiza el Derecho civil mediante indemnizaciones, el Derecho administrativo mediante sus imposiciones de multas y amonestaciones, y antes está el Derecho constitucional mediante sus garantías constitucionales.

CAP. XVIII

2. Solución procesal a la confluencia de ilicitudes entre lo penal y lo civil

En un proceso penal, la cuestión prejudicial es todo elemento integrante del hecho histórico que constituye el objeto esencial del mismo, que, por tener una naturaleza no penal, si se plantease autónomamente resultaría legalmente atribuido a un tribunal de otro tipo u orden jurisdiccional distinto del penal, al ser propiamente un asunto ajeno al ámbito de la potestad jurisdiccional de los tribunales penales. En tal sentido, se puede señalar que se está ante la presencia de una prejudicialidad, cuando la resolución de la cuestión principal requiere imprescindiblemente la propia resolución de una cuestión perteneciente a un orden jurídico diferente, en virtud de un nexo lógico jurídico que une a ambas. En efecto, se tiene la prejudicialidad es siempre una cuestión de derecho, cuya resolución presenta como antecedente lógico jurídico de la de derecho penal objeto del proceso y que versa sobre una relación jurídica de naturaleza particular y controvertida.

625 Véase: Ejecutoria Superior de Lima, 11 de Julio, 1997, Expediente 1328-1997 (La Rosa Gómez De la Torre, *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Lima, 1999, pp. 311 y 312).

En la doctrina procesalista italiana podemos destacar a Carnelutti quien señala que “se habla de cuestiones prejudiciales cuando en rigor de terminología es prejudicial toda cuestión cuya solución constituye una premisa de la decisión en otros litigios”⁶²⁶. Para Chiovenda, quien denomina a las cuestiones incidentales “cuestiones prejudiciales”, las define como “... los puntos que son el antecedente lógico de la cuestión final...”⁶²⁷. Para Manzini señala que “prejudicial es toda cuestión jurídica cuya resolución constituye un presupuesto para la decisión de la controversia principalmente sometida a juicio”⁶²⁸. La cuestión prejudicial, tal y como lo plantea la norma procesal es, por tanto, el primer elemento a resolverse para la prosecución de la investigación, a diferencia de la cuestión previa que busca impedir el inicio del proceso penal.

En la doctrina procesalista española Gómez Orbenaje señala que “para que exista una cuestión prejudicial en el proceso penal, se requiere de una materia distinta de la penal y antecedente de ella, que por sí sola pudiese formar el objeto de una declaración jurisdiccional”⁶²⁹. Aguilera de Paz considera como cuestiones prejudiciales en el procedimiento penal a “las cuestiones civiles o administrativas propuestas en una causa con motivo de los hechos perseguidos en la misma, que se hallen tan íntimamente ligadas al acto justiciable, que sea racionalmente imposible separarlos, y cuya resolución pueda tener influjo en la decisión de la causa, o de cuyo fallo haga depender sentencia que deba dictarse en este”⁶³⁰.

En doctrina nacional Cubas Villanueva⁶³¹ refiere que “la cuestión prejudicial tiene lugar cuando se necesite un pronunciamiento previo en vía extrapenal que permita determinar el carácter delictuoso del hecho imputado. Generalmente tiene carácter civil o administrativo; pero puede tener otro carácter, según la causa. La resolución en jurisdicción extrapenal servirá para que el juez penal decida, afirmando o negando, el carácter delictuoso del hecho objeto de la imputación y resuelva si el procedimiento penal debe ser perseguir o ser archivado definitivamente” y prosigue “En estos casos el procesado reconoce la existencia del hecho que se le inculpa, pero sostiene que el mismo no tiene contenido penal...” y finalmente refiere que la cuestión prejudicial presenta tres características: “1. la cuestión prejudicial es un medio de defensa por el que se reclama el pronunciamiento previo de la otra vía: civil, administrativa, laboral, etc.. 2. Con la cuestión prejudicial se alega que existen hechos que se siguen en otra vía distinta a la penal y que se hallan estrechamente ligados al delito investigado. 3. La cuestión prejudicial que es declarada fundada,

CAP. XVII

626 Cfr. CARNELUTTI, Francisco; *Sistema de Derecho Procesal Civil*. [1944]. [Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo]. Buenos Aires, T. II, p. 683.

627 Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. [1948]. *Instituciones de Derecho Procesal civil*. T. I [Trad. GÓMEZ ORBANEJA]. Madrid. Revista de Derecho Privado, p. 397.

628 Cfr. MANZINI, Vicinio. [1951]. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. [Trad. de Santiago SENTÍS MELENDO y M. AYERRA REDÍN]. Buenos Aires, T. I, p. 342.

629 Citado por SAN MARTÍN CASTRO, César. [2006]. *Derecho Procesal Penal*. Lima, 2006, Tomo I, p. 348.

630 Cfr. AGUILERA DE PAZ, Enrique. [1904]. *Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal*. Madrid. Hijos de Reus. p. 29.

631 Cfr. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. [2006]. *El proceso penal. Teoría y jurisprudencia constitucional*. Lima, p. 315.

suspende el proceso hasta que se obtenga la decisión en la vía precedente”. Por ello, consideramos que para el amparo de la cuestión prejudicial, la vía extrapenal, debe ser anterior al proceso penal (preexistir), pues de lo contrario estaríamos ante la creación de vías para la impunidad (búsqueda de la prescripción, por ejemplo).

Así tenemos que el profesor Sánchez Velarde⁶³² señala que: “la cuestión prejudicial constituye un medio de defensa que tiende a paralizar la continuación de un proceso penal a fin de que en vía extra – penal se establezca previamente la existencia de algún elemento constitutivo del delito”. En el mismo sentido, Ortells Ramos⁶³³ indica que: “que estamos ante relaciones jurídicas sometidas a derechos distintos al penal y que deben ser objeto de un proceso diferenciado. En este sentido puede decirse que se realiza un juicio prejudicial, respecto al juicio que versa sobre el objeto procesal penal”. Finalmente, el profesor Mixan Mass⁶³⁴ señala, con relación a este tema lo siguiente: “La cuestión prejudicial es aquel hecho jurídico o acto pre existente, autónomo, eventual, que resulta especial e íntimamente vinculado, en situación de antecedente lógico jurídico, al acto u omisión imputado que es objeto del procedimiento penal en concreto, vinculación aquella que genera una singular duda sobre el carácter delictuoso del referido hecho imputado”. En tal sentido, queda claro que tanto la doctrina nacional como extranjera citadas en el párrafo precedente, consideran de manera unánime que, para que se den los presupuestos de una cuestión prejudicial, es necesario que en vía extrapenal se establezca el carácter delictuoso del hecho imputado de no verificarse estos presupuestos, no se estará ante un supuesto de prejudicialidad.

En este sentido, cual sería la “otra vía” –a que hace referencia el artículo 4 segundo párrafo– del Código de Procedimientos Penales, para determinar el “carácter delictuoso del hecho imputado”? Definitivamente la primera “vía extrapenal”⁶³⁵ es la vía civil, por ejemplo el cuestionamiento de la posesión en un interdicto de retener en un proceso civil, relacionado con el delito de usurpación⁶³⁶ o, el cuestionamiento de la autenticidad de una firma en un documento cuya discusión se encuentra en vía civil, respecto al delito de falsificación de documentos, que requerirá necesariamente de un pronunciamiento previo de este órgano jurisdiccional sobre el carácter delictivo del hecho, para lo cual debe suspenderse el proceso penal. La segunda, la vía administrativa, es discutible, como bien señala César San Martín Castro⁶³⁷.

CAP. XVIII

- 632 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial IDEMSA, Lima, 2004, p. 343.
- 633 ORTELLS RAMOS, Manuel; *Derecho Jurisdiccional*, 6.ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 334.
- 634 MIXAN MASS, Florencio; *Derecho Procesal Penal*, T. I, Editorial Ediciones Jurídicas, Lima, 1984, p. 160.
- 635 Con este *nomen iuris* lo regula el Artículo 6 del Código Procesal Penal de 1991 y el artículo 5 del Nuevo Código Procesal Penal de 2004.
- 636 Vid in extenso la EJECUTORIA SUPREMA Exp. N.º 1006-88. Piura. Citado en Código de Procedimientos Penales. Comentado. Fidel Rojas Vargas, 2003, p. 70.
- 637 Vid. SAN MARTÍN CASTRO, César. [2006]. *Derecho Procesal Penal*. Lima, T. I, p. 350.

VII. REFLEXIONES A PARTIR DE LA MINISTRACIÓN PROVISIONAL DE LA POSESIÓN, EL DESALOJO PREVENTIVO Y EL DELITO DE USURPACIÓN

1. Apuntes previos

No podemos terminar estas cortas reflexiones de orden jurídico-dogmático y de zonas fronterizas que tiene el delito de usurpación inmobiliaria con el Derecho civil, sino realizamos algunos comentarios en torno a aspectos jurídico-procesales del delito en comento, que son tan recurrente en la judicatura penal nacional, en relación a determinadas medidas coercitivas –o cauterales– de naturaleza real que tienden a asegurar desde el inicio –o durante la tramitación del mismo– del proceso penal la futura decisión que dicte el Juez Penal –siempre y cuando fuera una sentencia condenatoria– cuando se trata de una causa por un delito de usurpación inmobiliaria.

Como aspecto preliminar a nuestras reflexiones en torno a la figura procesal de la “Ministración Provisional de la Posesión” en nuestro derecho, debemos de precisar que actualmente existen dos nomenclaturas conceptuales distintas (*Ministración provisional de la posesión y el Desalojo preventivo*) que regulan a nuestro juicio, un mismo objetivo en torno a los fines procesales en una causa abierta por delito de usurpación inmobiliaria. Así, una de ellas –la Ministración Provisional de la posesión– es aquella regulada a través del Decreto Legislativo N.º 312 aplicada en Distritos Judiciales donde todavía sigue vigente el Código de Procedimientos Penales de 1940; por otro lado, el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, que ya se viene aplicando en algunos Distritos Judiciales de nuestro país, se llama Desalojo preventivo.

2. La ministración provisional de la posesión y el Decreto Legislativo N.º 312 en el modelo procesal mixto

Ahora bien, con relación al Decreto Legislativo N.º 312, en su artículo primero prescribe lo siguiente:

CAP. XVIII

“Cuando el poseedor no ejercite el Derecho que le confiere el artículo 920 del Código Civil y se inicie conforme al Decreto Legislativo N.º 124, el proceso penal sumario, por el delito de usurpación, puede solicitar el agraviado que el Juez instructor practique la inspección ocular correspondiente, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de cuarenta y ocho más, el término de la distancia, bajo responsabilidad. En dicha diligencia las partes podrán actuar las pruebas que consideren conveniente. Si el Juez instructor estima que hay motivo fundado para suponer que se ha cometido el delito de usurpación, dentro del año anterior a la apertura de instrucción, y siempre que el derecho del agraviado esté fehacientemente acreditado, ordenará la desocupación en el término de veinticuatro horas, ministrando provisionalmente la posesión al agraviado”.

2.1. Comentario

Si había alguna duda que en el delito de usurpación lo que se protege es la posesión, con el Decreto Legislativo N.º 312 se cierra el debate en torno a los

límites de protección del bien jurídico, que es la posesión, pues varios pasajes de la descripción legal se menciona lo siguiente: “Cuando *el poseedor* no ejercite el Derecho que le confiere el artículo 920 del Código Civil...”.

Una primera cuestión que debemos precisar es que la Ministración Provisional de la Posesión en el delito de usurpación de inmueble se una figura jurídica de carácter procesal, que en su redacción legal resulta totalmente desfasada, y esto tendría alguna lógica ya que dicho Decreto Legislativo N.º 312 fue promulgada en la década del ochenta, y en dicho Decreto se utilizan conceptos que no están en consonancia con el nuevo modelo procesal, pues los conceptos de “Juez instructor” –ahora llamado Juez Penal– o de “inspección ocular” –Inspección judicial– son conceptos monopolizados por el sistema procesal inquisitivo, muy arraigados en los ochenta y porqué no decirlo, hasta la actualidad.

La figura de la Ministración Provisional de la Posesión se trata, en principio, de una medida cautelar, por ello su carácter de ministración *provisional* y no definitiva; es decir, lo que busca la ministración es el aseguramiento de la futura decisión que tomará el Juez Penal cuando le toque sentenciar el fondo del caso, y es asegurar que el agraviado en un delito de usurpación recupere inmediatamente la posesión de su inmueble, esto se puede deducir de la misma redacción legal del Decreto Legislativo N.º 312, que en la parte pertinente prevé lo siguiente: “Si el Juez instructor estima que *hay motivo fundado* para suponer que se ha *cometido el delito de usurpación*, dentro del año anterior a la apertura de instrucción, y siempre *que el derecho del agraviado esté fehacientemente acreditado...*”. Asimismo, en otro párrafo del Decreto Legislativo N.º 312 estatuye lo siguiente: “Si el Juez instructor estima que hay motivo fundado *para suponer que se ha cometido el delito de usurpación*, dentro del año anterior a la apertura de instrucción...”, es decir, cuando la norma prescribe una “suposición” de la comisión del delito de usurpación, lo que está diciendo es que existir una fundabilidad de apariencia del Derecho invocado –de ejercicio de la posesión– por parte del agraviado.

CAP. XVIII

Como consecuencia que la Ministración provisional de la posesión se trata de una medida eminentemente cautelar, su respectiva tramitación en sede judicial –en cuaderno incidental– y su posterior ejecución se tiene que realizar hasta antes que se emita la sentencia final por parte del Juez –lo ideal sería antes que el Fiscal Provincial en lo Penal emita su acusación–, ya que lo que trata es precisamente que la Ministración provisional garantice la efectividad de la futura sentencia a dictarse; no tendría ningún sentido si la Ministración provisional de la posesión se realiza *posterior* a la emisión de la sentencia judicial, caso contrario si ya el Juez emitió sentencia, mejor sería que se tenga en cuenta dicha decisión final impuesta en la sentencia; claro está si y cuando la sentencia sea condenatoria (por ejemplo, si la sentencia señala una ejecución suspendida de la pena privativa de libertad una recomendación sería que el Juez incorpore una regla de conducta judicial en el sentido que el condenado o los condenados se *abstengan* de seguir turbando la posesión o que mucho menos cometan nuevamente el despojo de la posesión)⁶³⁸.

638 Debemos en este punto tener en cuenta el Acuerdo Plenario Número 1/99 (Pleno Jurisdiccional Penal, 1999 que menciona lo siguiente:

Aquí se produce un serio cuestionamiento a la naturaleza jurídica de la Ministración Provisional de la Posesión, en el sentido que una medida cautelar tendría mayores facultades que la misma sentencia judicial. Me explico: la Ministración de la posesión su objetivo es la recuperación casi inmediata de la posesión al agraviado, en principio, no tendría esa facultad de recuperación inmediata de la posesión, desde que una sentencia penal hasta donde alcanzo a entender es solo para “condenar” o para “absolver”, más no para otorgar derechos restitutorios a los agraviados del delito como si fuera una sentencia en área civil, donde declara “fundada” o “infundada” la demanda; claro otra cosa es el otro extremo de la sentencia penal es que es la reparación civil, donde sí se puede señalar “restituciones” de derechos conculcados, sobre todo cuando se trata en el ámbito de los delitos patrimoniales. Como se sabe el Decreto Legislativo N.º 312 prescribe, parte pertinente, que el Juez Penal: “...ordenará la desocupación en el término de veinticuatro horas, ministrando provisionalmente la posesión al agraviado”.

Un dato que debemos de resaltar es de la redacción legal se puede desprender que las partes –imputado y la parte civil– involucradas en el proceso penal por usurpación podrán presentar al Juzgado Penal todas las pruebas que acreditan la posesión física del bien inmueble; es decir, se apertura una fase probatoria dentro del aspecto cautelar –mediante un cuaderno incidental–, y aún más, se señala expresamente que la posesión –que es el derecho del agraviado– este fehacientemente acreditada; lo cual obviamente a nuestro juicio no se relacionaría con el aspecto cautelar de la Ministración provisional.

Ahora bien debemos precisar que solo la figura de la “ministración provisional” se daría en el supuesto de “despojo” de la posesión regulada en el artículo ...del artículo 202 del Código Penal, ya que se trataría de una única figura delictiva donde el agraviado no tendría, en principio, la posesión inmediata por haberla perdido motivado por la acción del sujeto activo, ya que en las otros supuestos de “alteración de linderos” o de “turbación de la posesión” no tendría sentido esta figura procesal pues en dichos supuestos el agraviado sigue de alguna manera conservando su posesión, puede perturbarle su tranquilidad en cuanto a su posesión, pero sigue en ejercicio de su derecho real, perturbado pero sigue en posesión.

Debemos de precisar que el Decreto Legislativo N.º 312 prescribe expresamente lo siguiente: “Cuando el poseedor no ejercite el Derecho que le confiere el artículo 920 del Código Civil y se inicie conforme al Decreto Legislativo N.º 124...”.

Acuerdo Cuarto.-Por consenso, que concluido el procedimiento penal por cualquier causa distinta a la sentencia, deben levantarse de manera automática, sin más trámite todas las medidas cautelares adoptadas, incluida de la ministración provisional. El levantamiento de esta medida importa la devolución del bien a quien era su poseedor al momento de la ejecución.

Acuerdo Quinto.-Por consenso, que la ejecución de las medidas de ministración provisional y restitución suponen exclusivamente la subsistencia del inmueble o predio materia de disposición, sin interesar para estos fines los cambios que en él se hallan operado a consecuencia de nuevas edificaciones. En todo caso, los derechos reales que corresponda reconozca sobre las edificaciones construidas podrán ser establecidos en la vía correspondiente.

A fin de prevenir transformaciones, el juez Penal puede adoptar, como alternativa a la ministración provisional, la medida de no innovar regulada en el Código Procesal Civil, que resulta, para estos fines, de aplicación supletoria en el procedimiento penal.

Es decir, que la utilización de la Ministración Provisional de la posesión solamente se realizará en sede judicial en el marco de un proceso abierto por delito de usurpación, y en la medida que el agraviado no haya hecho uso, previamente, de la llamada “defensa posesoria extrajudicial” para recuperar su posesión, nótese que en ningún momento se alude a los derecho de propiedad del agraviado, pues lo que se protege en este delito es la posesión; volviendo a nuestro tema, la viabilidad de la Ministración provisional solo es *subsidiaria* en relación a otras vías extrapenales de recuperación de la posesión de un inmueble.

En efecto, si revisamos el artículo 920 del Código Civil peruano nos estamos refiriendo a la llamada “Defensa posesoria extrajudicial” que lo regula bajo los siguientes términos: “El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias”. Como puede verse la Defensa posesoria, el legislador civil peruano lo incorpora dentro del Capítulo del Derecho de reales, que en otras palabras, realiza una suerte de “causa de justificación” en sede del Derecho civil en defensa de la posesión. La llamada Defensa Posesoria Extrajudicial se puede realizar por causa propia del poseedor, obviamente sin intervención del Poder Judicial o de cualquier otra institución pública; solamente se prevé su ejercicio cuando el poseedor agraviado pierde su ejercicio de uso y de goce sobre su bien inmueble por acto de otro sujeto; claro la idea es que la recuperación del bien inmueble sea sin intervalo de tiempo, pero eso así, sin caer en acciones delictivas o que colindan con fines ilícitos.

Si existe alguna institución del Derecho que de alguna manera se asimila a la “Ministración Provisional de la Posesión” es la llamada “Defensa Posesoria de carácter extrajudicial” del artículo 920 del Código Civil peruano, y claro esto habría que diferenciarlo de llamada defensa posesoria de carácter judicial del artículo 921 del Código Civil peruano. En efecto, ambos institutos jurídicos lo único que tienen diferencias es que uno –Ministración Provisional de la Posesión– es parte del Derecho de reales y no tiene como fuente necesariamente la tramitación de un proceso civil, ya que lo que se trata es precisamente que no exista ningún proceso, ya que por algo se llama “extrajudicial” y su razón de ser es la celeridad con que se recupere la posesión del bien; mientras que la otra institución –Ministración Provisional de la Posesión– es parte del proceso penal del delito de usurpación y necesariamente debe haber un proceso judicial en giro para la existencia de la Ministración provisional, claro está que la tramitación judicial debe ser antes de la emisión de la sentencia final por su carácter cautelar de la Ministración; sin embargo, ambos institutos jurídicos tienen como objetivo primordial *que no se siga manteniendo o continuando el grado de arbitrariedad –de manera lesiva o peligrosa– impuesta sobre un bien inmueble urbano o rústico, y el espíritu de regulación de ambas normas e instituciones jurídicas es la inmediata recuperación –ya sea por vía de hecho o de derecho– de la posesión física del bien inmueble a su legítimo poseedor.*

3. El Nuevo Código Procesal Penal y el desalojo preventivo para los delitos de usurpación inmobiliaria

Debemos advertir que el nuevo Código Procesal Penal de 2004 regula una institución procesal semejante a la Ministración Provisional de la posesión que el Nuevo Código procesal lo llama "*Desalojo preventivo*", sin embargo, dentro de su descripción legal también hace alusión a la Ministración Provisional de la posesión luego de que se le haya desalojado preventivamente al imputado del delito de usurpación, y el estadio procesal de presentación solo se puede realizar dentro de la investigación preparatoria y los sujetos procesales legitimados pueden ser tanto el agraviado —nótese que se habla simplemente de agraviado y no de actor civil— como el propio Fiscal de la Investigación Preparatoria; la institución del Desalojo preventivo lo regula en el artículo 311 del Nuevo Código Procesal Penal en los siguientes términos:

- "1. En los delitos de usurpación, el Juez, a solicitud del Fiscal o del agraviado, podrá ordenar el desalojo preventivo del imputado indebidamente ocupado en el término de veinticuatro horas, ministrado provisionalmente la posesión al agraviado, siempre que exista motivo razonable para sostener que se ha cometido el delito y que el derecho del agraviado está suficientemente acreditado.
2. La Policía Nacional, una vez que tenga conocimiento de la comisión del delito, lo pondrá en conocimiento del Fiscal y llevará a cabo las investigaciones de urgencia que el caso amerita. El Fiscal, sin perjuicio de disponer las acciones que corresponda, realizará inmediatamente una inspección en el inmueble. El agraviado recibirá copia certificada de las actuaciones policiales y de la diligencia de inspección del Fiscal.
3. La solicitud de desalojo y ministración provisional puede presentarse en cualquier estado de la Investigación preparatoria. Se acompañarán los elementos de convicción que acrediten la comisión del delito y el derecho del ofendido.
4. El Juez resolverá, sin trámite alguno, en el plazo de cuarenta y ocho horas. Contra la resolución que se dicte procede recurso de apelación. La interposición del recurso suspende la ejecución de la resolución impugnada.
5. El Juez elevará el cuaderno correspondiente dentro de veinticuatro horas de presentada la impugnación. La Sala se pronunciará en el plazo de tres días previa audiencia con asistencia de las partes. Si ampara la solicitud de desalojo y ministración provisional de posesión, dispondrá se ponga en conocimiento del Juez para su inmediata ejecución".

CAP. XVII

Como es sabido, las medidas de coerción procesal son las proceden por criterios de necesidad y proporcionalidad, en otras palabras, las que tienden a garantizar el correcto desarrollo de la causa y garantizar la decisión final del Juzgador. Las medidas de coerción pueden ser de carácter personal o real. Dentro de las primeras encontramos la llamada detención preliminar (Artículo 261), prisión preventiva (Artículo 268), comparecencia con restricciones (Artículo 287), incomunicación (Artículo 280), impedimento de salida (Artículo 295), suspensión de la patria potestad (Artículo 298 inciso a), prohibición de ejercer determinada labor comercial (Artículo 298 inciso c), etc. Dentro de las segundas —es decir, de carácter real— ubicamos el embargo (Artículo 302), impedimento de disponer o gravar bienes (Artículo 310),

pensión anticipada de alimentos (Artículo 314), incautación (Artículo 316), ejecución anticipada de las consecuencias pecuniarias del delito (Artículo 312) y el desalojo preventivo para los delito de usurpación inmobiliaria (Artículo 311).

En ese sentido, el desalojo preventivo y la subsecuente Ministración de la Posesión en el nuevo modelo procesal son medidas coercitivas de carácter real y solo se pueden solicitar y ejecutar durante la tramitación de la investigación preparatoria, pues el artículo 311, inciso 3, del Código procesal penal dispone expresamente que: “La solicitud de desalojo y ministración provisional puede presentarse en cualquier estado de la Investigación preparatoria...”; y a diferencia de otras medidas coercitivas personales que requieren siempre del contradictorio (por ejemplo: prisión preventiva, comparecencia con restricciones, etc.) el desalojo preventivo se resuelve a mérito del pedido, sin traslado a los demás sujetos procesales (es lo que se conoce en el derecho procesal civil como “*inaudita parte*”), sin una miniaudiencia pública y por tanto sin contradictorio procesal entre las partes involucradas. Por tal motivo la solicitud deberá contener todos los elementos de convicción que a criterio del recurrente legitimen su derecho (siempre que hayan sido incorporados a la investigación, pues no se admite ofrecimiento de piezas inexistentes, de diligencias no celebradas o de prueba anticipada no actuada).

VIII. LAS REFORMAS PRODUCIDAS A TRAVÉS DE LA LEY N.º 30076 EN EL DELITO DE USURPACIÓN INMOBILIARIA

A través de la reforma producida a través de la Ley N.º 30076 de fecha 19 de agosto de 2013 se introdujo dos importantes reformas en relación a la normatividad del delito de usurpación existente hasta antes de dicha reforma. En efecto, en primer lugar, en cuanto al incremento de la pena impuesta del cual ya es una constante de nuestro Legislador, porque antes se preveía en el artículo 202 del Código Penal una represión con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años; sin embargo, ahora con la modificación prevista en la Ley N.º 30076 se prevé en la modalidad básica de pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

Y en segundo lugar, se prevé la inclusión del novísimo delito de ingreso a inmueble por actos de ocultamiento o con precauciones de aseguramiento (artículo 202, inciso 5), el mismo que tiene en cuanto a la tipicidad típica objetiva las siguientes características:

1. La nueva descripción legal

El artículo 202 del Código Penal peruano prevé un inciso cuarto bajo la siguiente descripción:

“Artículo 202, inciso 4. El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse”.

Lo cuestionable de esta norma penal es que no expresa cuál en sí es el acto usurpador inmobiliario por la cual se agrava la conducta: si por “destrucción”, “alteración” de los linderos; si por “despojar” la posesión o tenencia del bien; o si es por “turbar” la posesión del bien. Aquí simplemente se agrava la pena por el hecho de lograr “ingresar” ilegítimamente a un bien inmueble, sin tener en cuenta –al menos a primera vista es lo que se observa del reciente inciso 4 del artículo 202– ninguna conexión con los respectivos actos de “alteración”/ “despojo”/ “turbación” de la posesión inmobiliaria, y es en mi concepto lo que da sentido real a los actos usurpadores sobre un bien inmueble.

En tal sentido, considero que los meros “actos de ocultamiento” y los “actos de precauciones” –sumado a ello que son ambiguos en su descripción– resultan ser insuficientes para fundamentar adecuadamente un mayor *disvalor* del injusto. En consecuencia, lamentablemente sería una agravante típica por ejemplo, si el sujeto activo está caminando cerca de la casa rústica del vecino por la noche, y luego decide trepar la pared de adobe contigua, logrando ingresar al patio del vecino, sin su permiso; esto en todo caso sería un delito de violación de domicilio⁶³⁹ o allanamiento ilegal de morada⁶⁴⁰ y uno precisamente un delito de usurpación inmobiliaria.

Visto tal situación, para otorgarle un real sentido de antijuricidad y por supuesto lesividad (véase el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal) debemos de realizar una interpretación sistemática; por lo tanto, el hecho de ingresar por “actos de ocultamiento” o “actos de precauciones” a un bien inmueble solo estarán inmersos en la presente agravante típica siempre y cuando dichos actos estén relacionados directamente –tanto objetiva como subjetivamente– a las “alteraciones” de linderos / “despojo” de la posesión / o “turbación” de la posesión.

2. El ingreso a un inmueble de manera ilegítima mediante actos ocultos

En primer lugar, el sujeto activo debe ingresar –total o parcialmente– a un bien inmueble, sin embargo, dicho ingreso debe hacerse de manera ilegítima, es decir, sin permiso expreso o tácito por parte de quien está en posesión legítima del bien inmueble. Necesariamente el ingreso debe hacerse a las instalaciones de un bien inmueble, ya sea rústico u urbano.

En este punto el legislador penal peruano ha establecido que el ingreso al inmueble sea de determinada manera, es decir, mediante actos de ocultamiento, sin que el legítimo poseedor sepa efectivamente de que el sujeto activo está in-

CAP. XVII

639 Artículo 159. Violación de domicilio

El que, sin derecho, penetra en morada o casa de negocio ajena, en su dependencia o en el recinto habitado por otro o el que permanece allí rehusando la intimación que le haga quien tenga derecho a formularla, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a noventa días-multa.

640 Artículo 160. Allanamiento ilegal de domicilio

El funcionario o servidor público que allana un domicilio, sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 3.

gresando, o que ignore el titular poseedor que el sujeto activo ya ha ingresado por varias horas o días. Aquí lo que se reprime en forma agravada son realmente los actos de destreza o habilidad que tiene el sujeto activo para “apoderarse” de la posesión del bien inmueble, en forma ilegítima; es decir, aquí no existe “violencia”, no existe “amenaza”, ni mucho menos existe “armas de fuego”, aquí lo que existe son determinadas formas de ocultamiento, traducibles en ignorancia o desconocimiento por parte del legítimo poseedor (o propietario) del bien inmueble, que su Derecho real está siendo seriamente vulnerado.

3. En ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse

En este punto se destaca dos circunstancias concretas: en primer lugar, la nota característica es que el sujeto activo debe hacerse en total ausencia del legítimo poseedor, es decir, que no esté físicamente el titular de un Derecho real en el bien inmueble, precisamente para asegurar el resultado típico del delito en estudio. Por ejemplo: el guardián de un local se aprovecha que los legítimos propietarios están de viaje en el extranjero.

Y en segundo lugar, se describe una conducta onmicomprensiva, en el sentido que el sujeto activo debe realizar determinadas precauciones –ya sea de carácter material, de colaboración con otras personas vinculadas al sujeto activo, o en su defecto de precauciones en función a cuestiones inteligencia, de asesoramiento técnico en la rama de Derechos reales– para precisamente asegurarse el total desconocimiento de quien o quienes tengan Derecho a oponerse sobre el bien inmueble.

4. Cláusula de precisión normativa

Asimismo, mediante la reciente Ley N.º 30076 se incorpora una cláusula de precisión conceptual, en el sentido que la: “...*violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes*”; como puede verse, era absolutamente necesaria la precisión jurídico-normativa desde que la jurisprudencia penal y parte de la doctrina especializada habían tomado posiciones divergentes; ahora bien, aunque con una opción sumamente amplificara, se prevé que los actos de violencia –sobre todo física– que ejercita el sujeto activo, teniendo como objetivo el “despojo” o de “turbación” de la posesión, pueden ser realizados a los bienes materiales que forman parte del bien inmueble como a las personas físicas que se encuentran vinculadas a dicho bien.

5. Las nuevas circunstancias agravatorias a través de la Ley N.º 30076 en el delito de usurpación inmobiliaria

Las recientes circunstancias agravatorias a través de la Ley N.º 30076 en el delito de usurpación inmobiliaria, son las siguientes:

5.1. Afectando la libre circulación en vías de comunicación

Resulta lógico pensar que es distinto cuando el sujeto activo realiza actos de usurpación y afecta solo la posesión de su titular, y cuando el sujeto activo realiza actos de usurpación afectando no solo al titular del Derecho real, sino también la carretera o una vía de acceso de transporte público, afectando a miles de personas de la zona; en esta oportunidad dicha agravante –como en la mayoría de ellas– se convierte en un delito pluriofensivo.

Por ejemplo, no será lo mismo turbar dolosamente la posesión en una vía de acceso público que en una vía de acceso privado, es decir, no será lo mismo realizar una destrucción o alteración de linderos en el patio de la casa del vecino del lado, que realizar lo mismo pero en la Carretera Central o en la Panamericana Sur, por el enorme perjuicio que ocasionaría a los transeúntes y a los vehículos motorizados.

Por vías de comunicación debemos de entender cualquier forma de acceso que tienen los seres humanos para el debido transporte de sus destinos, y las formas de acceso o de comunicación pueden ser por aire, por tierra o por mar; sin embargo, para los efectos de la tipicidad del delito de usurpación en forma agravada, sería muy poco probable, al menos en el Perú, que un bien inmueble se encuentre en el agua –río, mar– y sobre esa circunstancia usurpativa del sujeto activo se afecte el tráfico marino, por ejemplo.

5.2. Colocando hitos, cercos perimétricos, cercos vivos, paneles o anuncios, demarcaciones para lotizado, instalación de esteras, plásticos u otros materiales

Esta circunstancia agravante de alguna manera se asemeja a la tipicidad básica del artículo 202, inciso primero, que a la letra señala: *“El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo”*; solo que en la tipicidad básica el sujeto activo tiene que –dolosamente–, o bien “destruir” o bien “alterar” linderos de un bien inmueble; mientras que en la presente circunstancia típica agravante se pueden evidenciar la represión de dos medios o formas de aseguramiento del delito de usurpación: en primer lugar, por la destrucción física de hitos u otros instrumentos demarcadores (por ej. hitos, cercos perimétricos, cercos vivos, paneles o anuncios, demarcaciones para lotizado; o en segundo lugar, por la instalación de instrumentos de acción posesoria ilícita (como pueden ser la instalación de esteras o plásticos u otro tipo de instrumentos, por ej. maquinarias pesadas, vehículos motorizados del sujeto activo).

De más está decir que la colocación de hitos, cercos perimétricos, cercos vivos, paneles o anuncios, demarcaciones para lotizado, instalación de esteras, plásticos u otros materiales, debe hacerse en forma totalmente pacífica sobre el bien inmueble, pues si realizara en forma violenta en todo caso habría una concurrencia de tipicidades en forma agravada con la forma básica, del artículo 202, inciso 2, que a la letra señala: *“El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso*

CAP. XVII

de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real”.

5.3. Abusando de su condición o cargo de funcionario o servidor público

Aquí la agravante se presenta dos condiciones concretas: en primer lugar, que se verifique la condición especial que tienen los funcionarios o servidores del Estado (véase la definición conceptual de acuerdo al artículo 425 del Código penal) para realizar, o mejor dicho para asegurar el resultado típico del delito de usurpación. No será necesario a efectos de la verificación de esta circunstancia típica agravante que el funcionario o servidor público esté afiliado o pertenezca al sector inmobiliario.

En segundo lugar, que en base a esa condición especial el sujeto “abuse” de sus poderes y facultades para la comisión de un delito de usurpación inmobiliaria; se trataría, en otras palabras, de un delito de abuso de autoridad en el ámbito delictivo inmobiliario; por ejemplo, el gerente de desarrollo urbano de una municipalidad emite por escrito una opinión en el sentido de autorizar en un plazo determinado el ingreso a un bien inmueble a determinadas personas de serrenazgo municipal, para el respectivo desalojo.

5.4. Será reprimido con la misma pena el que organice, financie, facilite, fomente, dirija, provoque o promueva la realización de usurpaciones de inmuebles de propiedad pública o privada

El Legislador penal nacional ha previsto incorporar una circunstancia agravatoria de actos de “facilitamiento” en forma bastante genérica para la comisión de eventos delictivos de usurpación inmobiliaria pública o privada, en el sentido de sancionar aquél que “organice” (por ej. actos de gestión y de administración de recursos para la mejor ejecución del delito de usurpación), que “financie” (por ej. actos de colocación de dinero o activos para inversión para la ejecución del delito de usurpación), que “facilite” (por ej. actos de colaboración material antes o durante el proceso de ejecución de un delito de usurpación), que “fomente” (por ej. actos de auspicio y/o instigación hacia otras personas para involucrarlos en el proceso de ejecución del delito de usurpación inmobiliaria), que “dirija” (por ej. actos de planificación, de dirección y por supuesto de decisión por parte de algunas personas –que bien podrían ser cabecillas o jefe de una banda u organización criminal– para la mejor ejecución de un delito de usurpación inmobiliaria), que “provoque” (por ej. actos de incitación psicológica de forma directa tendentes a la ejecución de delitos de usurpación) o que “promueva” (esta circunstancia agravante se confundiría con la de fomentar, sin embargo, haciendo una precisión diremos que la promoción incidiría concretamente en “alentar” psicológicamente –soslayando la promoción material– los actos de la realización de usurpaciones de inmuebles de propiedad pública o privada).

EL DELITO DE DAÑOS

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La figura del daño se remonta hasta el Derecho Romano, aún más, desde los tiempos anteriores se designaba como la palabra “violativo” los daños en los templos, objetos y propiedades dedicadas al culto. Sin embargo, en el Derecho romano no tenía otra consecuencia jurídica que el dar nacimiento a las acciones civiles, subsistiendo este estado de confusión con las sanciones penales hasta la época medieval⁶⁴¹.

El concepto de daño tiene en el contexto jurídico diferentes significados, así en la Teoría General del Derecho daño hay cuando se lesiona, menoscaba, mengua, agravia cualquier derecho subjetivo, y en el ámbito del Derecho civil, estrictamente en la responsabilidad civil el daño debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extra-patrimoniales, cuyo menoscabo genera –determinadas circunstancias– una sanción patrimonial⁶⁴². El daño constituye uno de los requisitos –junto a los factores de atribución, relación de causalidad y la antijuricidad– para afirmar la vinculación del hecho con la responsabilidad del autor. Es quizá el daño el concepto jurídico que más ha evolucionado en la responsabilidad civil en los últimos tiempos –en algunos casos se reemplaza la responsabilidad civil por el derecho de daños–, a tal punto que si no existe la realización del daño en términos lesividad o peligrosidad no existirá una sanción civil de reparación o indemnización, por más que existan los otros requisitos⁶⁴³.

641 PAREDES INFANZÓN, Jelio; *Delitos contra el patrimonio*, Lima, 1999, p. 311.

642 GRAN DICCIONARIO JURÍDICO, T. 1, Lima, 2009, p. 336.

643 En este punto: PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho penal. Parte especial II-A*, Edit., Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, p. 575 nos dice: “Provisionalmente, esto es, considerando la dificultad de resolver el problema, puede interpretarse que al derecho civil le compete las consecuencias o efectos del daño, más no el daño en sí. En tanto que el Derecho penal se circunscribe a las conductas originarias mediante la tamiz de la tipicidad. Este confucionismo también es alentado por la libertad que tiene el autor de optar por la reparación de los daños y perjuicios ante la vía civil o también recurrir al procedimiento penal. De otro lado, determinados sectores doctrinales y jurisprudenciales auspician la coexistencia entre los daños civiles y penales, entendiéndose más amplio el de los primeros, concibiéndose así, el daño civil como el género y el penal como la especie. Desde el punto de vista objetivo, el daño civil es más

En igual sentido, no podía ser la excepción el Derecho penal que dentro de sus catálogos de tutela que ofrece –dentro de su Parte Especial o legislación complementaria– no podía dejar de proteger la conservación e integridad de determinados objetos o especies que son considerados valiosos e indispensables para la Sociedad. Así, podemos interpretar en *términos generales* que existe por ejemplo daño a la vida de la persona humana independiente (traducible en homicidio, asesinato) o dependiente o en gestación (aborto), podemos señalar que daño a la integridad física de las personas (traducible en lesiones corporales), así también existe daño al honor de las personas (traducible en injurias, calumnias, difamación), entre otros supuestos delictivos. Sin embargo, en *términos específicos* el concepto de daño está reservado íntegramente, desde antaño, a los delitos patrimoniales o contra la propiedad, es decir, el daño se entiende como aquel detrimento o agravio a los intereses valorativos-económicos que sufre ilícitamente una persona –natural o jurídica– en relación directa a sus derechos de propiedad de un bien mueble o inmueble⁶⁴⁴.

Debemos de considerar que el delito de daños, si bien es un ilícito que destruye propiedades u objetos público o privados, no es considerado, por la mayoría de países como uno de los ilícitos penales que comprenden el concepto de “seguridad ciudadana” que, como se sabe, conlleva ampliaciones típicas y gravedad en las sanciones; en nuestro país por ejemplo, el delito de daños no ha sufrido modificaciones desde su texto original del 1991, solo se ha agregado un sexto inciso en el artículo 206; y en el contexto comparado, en la legislación penal argentina se trata de una figura penal absolutamente *subsidiaria*, y el mismo legislador lo ha establecido. Cuando la conducta de daño sea utilizada para la comisión de otro delito, aquella quedará subsumida en este, siempre que el delito que la absorba sea más grave. Entonces el daño quedaría como un simple medio de un delito fin⁶⁴⁵; de la misma forma en la legislación penal chilena el delito de daños descrito en el artículo 484 del Código penal, antes transcrito en relación al artículo 487, figura *residual*, en el sentido que son punibles a título de daños simples todos que no lo sean título de daños cualificados y otra de las formas específicas⁶⁴⁶.

CAP. XIX

amplio que el penal porque abarca también los llamados perjuicios morales, a la vez que el lucro cesante, efectos ambos que en absoluto constituyen detrimento desde el punto de vista penal. Puede sostenerse, que en la mayoría de los casos el daño penal incluye el daño civil, de modo que el delito de daños normalmente provoca la aplicación de la pena prevista en la ley penal a la vez que la determinación del perjuicio resarcible y, por tanto, de la cuantía de la responsabilidad civil. Esta postura es tildada de relativa aunque de algún modo cierta”.

644 Históricamente el daño como delito surge cuando la Revolución Francesa consagró a la propiedad privada y su respeto, como un bien fundamental, y pasible de pena a quien la agravió, y no solo de sanción civil con indemnización de daños y perjuicios. El Código francés de 1810 ya lo incorporó como figura penal. En la legislación romana el daño injustamente causado estuvo contemplado en la Lex Aquilia, cuyo capítulo primero condenaba a quien matare a un esclavo de otro, o a un animal cuadrúpedo gregario, no propio, con el máximo valor que hubiera alcanzado en el año anterior al hecho dañoso. El capítulo III condenaba cualquier otro tipo de daño con el máximo valor que la cosa hubiera tenido, en los 30 días anteriores al daño cometido. No había sanciones penales, sino solo resarcitorias.

645 DONNA, Edgardo Alberto; Derecho penal. Parte especial, T. I-B, Edit.: Rubinzal– Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 761.

646 En este sentido: POLITOFF L., Sergio / MATUS A., Jean Pierre / RAMÍREZ G. María Cecilia;

El delito de daños, al igual de lo que pasa con el delito de hurto o robo, constituye una de los ilícitos penales de antiguo raigambre en nuestra sociedad, precisamente por su cotidianidad en su ejecución, claro que no en la misma medida de lo que sucede en los delitos de apoderamiento. Lo que se protege en el delito de daños es el derecho de propiedad que tienen todas las personas, ya sea del mismo titular o por medio de un tercero, sobre los bienes de contenido jurídico-económico, ya sean estos bienes muebles e inmuebles; ya que destruirlos o inutilizarlos definitivamente afecta a los intereses patrimoniales de las personas –naturales o jurídica–.

Para Peña Cabrera “el bien jurídico que se ampara con el delito de daños es fundamentalmente la propiedad, ordenándose la propiedad privada, también la pública y su proyección a los objetos de contenido cultural. Adherente a la propiedad en el concepto extensivo ya indicado, se cuenta intereses primordiales de carácter colectivo, ejemplo de esta connotación, es la función social que cumplen determinados bienes.⁶⁴⁷ Por su parte para Politoff / Matus / Ramírez sostienen que los delitos de daños son “...aquellos en los que el agente pretende ocasionar una disminución patrimonial en otro, sin que él obtenga provecho o enriquecimiento, pero al contrario de los vistos en los apartados anteriores, aquí no existe peligro para las personas y el único bien jurídico protegido es la propiedad”⁶⁴⁸.

En tal sentido, el bien jurídico protegido en el delito de daños es la propiedad, pero no en el sentido civilista del término, sino entendida como *la expectativa de poder disponer del bien propio sin sufrir un menoscabo por parte de terceros mediante el daño, destrucción o inutilización del bien*. Ello es así porque las personas no solo poseen derechos (por ejemplo, a la propiedad), sino que también tienen deberes consistentes en omitir la infracción de ámbitos de organización ajenos. Precisamente, uno de estos deberes implica *no dañar* bienes ajenos, el que, en tanto expectativa válidamente fundada, debe ser garantizado por el Derecho Penal, más allá de lo que las consecuencias de los daños causados por el agresor puedan representar patrimonialmente para el propietario (perspectiva subjetiva)⁶⁴⁹.

Como es sabido, la ostentación real así como la conservación física de los bienes constituye uno de los pilares básicos de la persona humana –aparte la de su vida y su integridad física– para el sostenimiento y consolidación de las relaciones intersubjetivas en una Sociedad democrática. En ese sentido, la jurisprudencia penal peruana ha dicho que “El bien jurídico protegido en el delito de daño calificado es el uso y disfrute del patrimonio sea privado o público, es decir la acción se concentra en la inutilización o destrucción del bien. Es indiferente si el bien pertenece a un individuo determinado o a una corporación de Derecho Privado o de Derecho Público, puede pertenecer a una Sociedad o a una Comunidad o al Estado”⁶⁵⁰.

CAP. XIX

Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, Santiago, 2004, p. 481.

647 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho penal. Parte especial II-A*, Edit.: Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, p. 576.

648 POLITOFF L. / MATUS A. / RAMÍREZ G.; 2004, p. 481.

649 ROSALES ARTICA, David; “Apuntes sobre el delito de daños en el derecho penal peruano”; en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 40, octubre de 2012, p. 130.

650 Véase, Sentencia de la Primera Sala Penal para Reos en Cárcel, del 13 / 10/ 2009, Exp. N.º 20-2005, Gaceta Penal, T. VI, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre, 2009, p. 103.

En otras palabras, de nada serviría que exista solamente protección jurídico-penal a aquellas acciones ilícitas de “sustracción”, “defraudación” o “apropiación” sobre los bienes de las personas afectadas, si es que no existiera una tutela penal para aquellas acciones que tenga como finalidad única la “destrucción” de los bienes muebles e inmuebles, pues precisamente la conservación de la integridad de dichos bienes constituye uno de los objetivos prioritarios de un Estado de Derecho.

En los delitos de apoderamiento (hurto y robo) importan una lesión al derecho de alguien por el hecho de que determinan un *desplazamiento* de ese derecho o del goce de él, sacándolo de un patrimonio o transformándolo en una mera expectativa de recuperación; casi en todos estos casos la *transferencia* es ilícita de un bien a otro patrimonio⁶⁵¹. Ahora bien, existe una manera típica de causar perjuicio, puro perjuicio en la propiedad, y que conduce a la pérdida misma de la cosa, a la anulación del Derecho real, y consiste en la destrucción de la cosa misma sobre la cual el derecho era ejercido. El bien destruido *dentro del patrimonio de su titular*.

En el delito de daños en sentido genérico lo hace desaparecer, destruir el bien, colocándolo fuera de las posibilidades de disposición del propietario, quitándola de su esfera de tenencia o de quien la tiene, legítima o ilegítimamente en el momento de la acción (p. ej., dejar volar al pájaro abriéndole la puerta de la jaula), siempre y cuando, por supuesto, no la introduzca en su esfera de disponibilidad, ya que entonces sería hurto.⁶⁵² Se pueda entender el “daño” en un sentido normativo como todo empobrecimiento en el patrimonio ajeno, es preferible un concepto más descriptivo, ya que el concepto normativo produce una confusión entre el daño como causa y perjuicio patrimonial como efecto. El daño al que refiere el Código Penal peruano, supone la destrucción o menoscabo de una cosa independientemente del perjuicio patrimonial que el daño pueda ocasionar. La prueba de ello es que el delito de daño se castiga, en principio, atendiendo al valor de la cosa dañada y no al de perjuicio patrimonial producido, que solo tiene interés para determinar la responsabilidad civil nacida del delito⁶⁵³.

CAP. XIX

Nótese una diferencia fundamental con el delito de destrucción (como es el delito de daños) con respecto a los delitos de apoderamiento (como son los delitos de hurto y robo) o de defraudación (estafa). Que tanto en los delitos de apoderamiento como en los de defraudación el agente busca, una vez ejecutado el evento delictivo, una finalidad específica de aprovechamiento que en la mayoría de veces será de contenido económico (busca por ejemplo vender o beneficiarse de la cosa hurta, robo o estafada); mientras que en los delitos de destrucción (como es en el delito de daños), el agente no necesariamente busca esa finalidad de aprovechamiento (económico), es más, si el agente destruye o lo altera o inutiliza el bien, el valor económico de dicha cosa decae, se deprecia en su valor.

Habrá que tener en consideración que en el delito de daños, la destrucción o inutilización de los bienes no va precedida de una acción que pueda calificarse de

651 SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, T. IV, Buenos Aires, 1951, p. 497.

652 CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte especial*, T. I, Edit.: Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 603.

653 MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2008, p. 454.

apoderamiento. Desde este punto de vista, cuando media apoderamiento el hecho ya se ha consumado, siendo indiferente si posteriormente el bien es destruido o inutilizado, habrá un delito de hurto o robo, según corresponda, pero nunca un delito de daños. Así, por ej., Juanele sustrae un carro y, al no poder venderlo, lo destruye. Juanele habrá cometido un delito de hurto, pero no un delito de daños⁶⁵⁴.

En el delito de daños la finalidad subjetiva del agente debe ser otra: quizá la motivación destructiva sobre el bien haya sido un animus de “venganza”, de “rencor”, de “odio” u otro tipo de sentimiento negativo (que en términos penales sería simplemente “dolo directo”) quizá hacía una persona (física o jurídica) determinada, relacionado con el objeto u cosa destruida. Sólo así se explica un caso donde un sujeto fue procesado penalmente porque decidió dañar el vehículo del conductor que colisionó con el suyo. En efecto, “Se halla acreditado el delito y la responsabilidad penal del procesado quien decidió dañar el vehículo del agraviado al apreciar que su carro había resultado con mayores deterioros a raíz del accidente vial que ambos habían protagonizado, el procesado provisto de una llave de ruedas golpeó el carro conducido por el agraviado, ocasionado daños en el capot posterior, tal como se describe en el Peritaje Técnico de Constatación de daños”⁶⁵⁵.

Por ello, aquí a diferencia de otros delitos, la pérdida o menoscabo de la cosa dañada no supone un enriquecimiento del sujeto activo sino un empobrecimiento sin correlato, del sujeto pasivo; sin correlato patrimonial se entiende, que supone aunque deleznable, alguna gratificación psicológica para el autor. En otras palabras, el delito de daños, según la doctrina, se trata de un delito patrimonial sin enriquecimiento⁶⁵⁶. Se trata pues de lo que la criminología denomina “destrucción gratuita”⁶⁵⁷.

Por ello el legislador patrio cuando sanciona el delito de daños simple (artículo 205) lo haya realizado desprovisto de los términos “en provecho propio o ajeno”, “animus lucrativo” u otro término semejante.

II. EL DELITO DE DAÑO SIMPLE

CAP. XIX

1. Descripción legal. Evolución legislativa

El artículo 205 del actual Código Penal de 1991 regula el delito de daños bajo el siguiente texto:

654 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA, CANTIZANO, María del Carmen; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Lima, 2006, p. 382.

655 Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 21 de mayo de 1998, Exp. N.º 227-98, BACA CABRERA / ROJAS VARGAS / NEIRA HUAMÁN; *Jurisprudencia penal procesos sumarios*, Lima, 1999, p. 376.

656 Véase, en este sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2008, p. 453.

657 VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte especial, T. II-A*, Lima, 2001, p. 190.

“Artículo 205. Daño simple

El que dañe, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con treinta a sesenta días-multa”.

(Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 30076, publicada el 19 de agosto de 2013)

El primer Código Penal peruano de 1863 hablaba en el Título VI, de los “Daños”, regulado en el artículo 361 bajo los siguientes términos:

“Artículo 361. Los que por cualquier medio que no sea el incendio, ó los demás indicados en el título precedente, causen daño en casas, fábricas, ganados, heredades, establecimientos industriales u otras propiedades ajenas; o en puentes, acequias, caminos u otros objetos de uso común, sufrirán arresto mayor en segundo grado y una multa equivalente al duplo del valor del daño causado, que se aplicará a la parte damnificada.

Cuando este valor no llegue a cincuenta pesos, se castigará como falta, a menos que recaiga en ganados. Si el daño, cualquiera que sea, causare la ruina del ofendido, se agravará en un grado la pena de arresto”.

Luego el abrogado Código Penal peruano de 1924, regulaba el delito de daños, bajo el siguiente texto:

CAP. XIX

“Artículo 259. El que dañara, destruyere o inutilizara una cosa perteneciente a otro, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a noventa días.

La pena será de penitenciaría no mayor de cinco años, si por maldad, el delincuente hubiere causado un daño considerable”.

El Anteproyecto del Código Penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código Penal, del Congreso de la República del Perú (2008-2010)⁶⁵⁸, en el Capítulo VI, regula bajo el rubro “delitos patrimoniales”, los denominados delito de daños:

658 Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código Penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 189.

“Artículo 223. El que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad de dos y con treinta a sesenta días multa”.

Formas agravadas (artículo 224): “La pena para el delito previsto en el artículo 223, independientemente del valor del bien, será de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, cuando:

1. El ilícito sea ejecutado en bienes de valor científico, artístico, histórico o cultural, siempre que por el lugar en que se encuentren estén librados a la confianza pública, o destinados al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas.
2. La acción recaiga sobre medios o vías de comunicación, diques o canales o instalaciones destinadas al servicio público.
3. La acción sea ejecutada empleando violencia o amenaza contra las personas.
4. La acción cause destrucción de plantaciones o muerte de animales.
5. El ilícito sea efectuado en bienes cuya entrega haya sido ordenada judicialmente.

2. Legislación comparada

El Código Penal argentino, en el Capítulo VII, referido al delito de daños, en el artículo 183.

“Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado. En la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños”. (Párrafo incorporado por art. 10 de la Ley N.º 26.388, B.O. 25/6/2008)”. CAP. XIX

En el Código Penal español se regula en el Capítulo IX, referido a los delitos de daños, en el Artículo 263, bajo el siguiente tenor:

“1. El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros Títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si este excediera de 400 euros”.

3. Tipo objetivo

3.1. Sujeto activo

En cuanto al sujeto activo, se trata de un delito de naturaleza común en la medida en que no existe una restricción normativa-legal; de tal forma que puede ser un copropietario del bien. La única restricción es que no puede ser sujeto activo el propietario del mismo bien donde recae la acción delictiva. De más está decir que debe tratarse de una persona física, ya que las personas jurídicas carecen de capacidad penal en nuestro sistema jurídico penal.

3.2. Sujeto pasivo

Puede ser una persona natural o jurídica, basta que la cosa destruida o alterada esté vinculada de manera real (propiedad u otra forma que haga las veces de ella) con una persona física o una jurídica. El mero poseedor no podrá ser sujeto pasivo de la acción dañosa⁶⁵⁹.

4. Comportamiento típico

Los comportamientos típicos descritos en el artículo 205 son los siguientes:

- Por *dañar* se entiende cuando en la cosa se produce una modificación plástica o funcional que menoscaba su carácter o aspecto con la consiguiente disminución de su valor económico y funcional⁶⁶⁰. Es el concepto más genérico que utiliza el legislador patrio. Con esta acción el agente busca mermar el normal funcionamiento que le está asignado⁶⁶¹. Por ejemplo, busca disminuir la producción si, a una parte de un sembrío de maíz. Los animales para ser dañados, han de ser objeto de una lesión que desencadene una afectación a su salud, que de forma desmejorada se exteriorice una dolencia en su sistema inmunológico, no aquellas que sean propias para su domesticación; sin que estos puedan significar actos de crueldad o maltrato, en tanto que aquellas conductas son constitutivas de una falta, según lo previsto en el inc. 4) del artículo 450 del CP⁶⁶².
- Por *destrucción* se entenderá el acto productor de la ruina total de la cosa haciéndola inservible y sin valor económico alguno y pertinente⁶⁶³. Destrucción importa la destrucción del bien, dejarlo en añicos, alterándose en su propia esencia y/o configuración, por lo que el bien no puede ser susceptible de ser recompuesto o refaccionado, a diferencia de lo que acontece en el daño⁶⁶⁴. El daño implica aquí una afectación de la sustancia de la cosa o una alteración que no puede desaparecer

659 SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra el patrimonio*, Lima, 2010, p. 440.

660 VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte especial, T. II-A*, Lima, 2001, p. 191.

661 SALINAS SICCHA, 2010, p. 436.

662 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Delitos contra el patrimonio*, Lima, 2009, p. 405.

663 VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte especial, T. II-A*, Lima, 2001, p. 191.

664 PEÑA CABRERA FREYRE, 2009, p. 405.

espontáneamente o por simple procedimientos, por ejemplo, ensuciar con alquitrán, echar pintura en un busto de mármol, etcétera. No daña quien pinta con tiza o ensucia con tierra una pared, porque no se ha alterado la sustancia de la cosa, pero sí lo hace quien pinta con aerosol u otros elementos de difícil eliminación, v. gr. leyendas escritas como propaganda política, pegatina de carteles, etc., por cuanto demanda un considerable esfuerzo físico y económico volver las cosa a su estado anterior⁶⁶⁵.

- Por *inutilizar* la cosa se entenderá aquella acción productora de una disfunción de la misma que le resta considerablemente o le anula, su utilidad natural⁶⁶⁶. Inutilizar significa privar a la cosa de la aptitud que poseía, quitarle provecho, comodidad o interés. El daño se refiere a la inclusión del *valor de uso* de la cosa. Aquí puede incluirse los casos de quien suelta un animal o de quien tira una joya al mar o quien borra una grabación de valor histórico. En el verbo inutilizar se discute en la doctrina si el daño ha de referirse a la afectación a la sustancia misma del objeto o si solo es necesaria una lesión que recaía sobre su estimación pecuniaria. Puede decirse que se presenta una inutilización cuando se perjudica la esencia misma de la cosa, propiciando su disfunción, en el sentido de que el bien sigue en poder fáctico de su dueño, mas ya no puede reportarle la utilidad que este tenía antes de la acción perjudicial⁶⁶⁷.
- Empero, desde nuestro punto de vista, para que adquiera trascendencia a la configuración del delito de daños, la inutilización del bien debe ir acompañada de una afección a sus sustancia o a su valor real, en cuanto no puede entenderse como ilícito de daños el quitar el aire a una rueda o desinflar un balón. En tal sentido, se inutilizará el bien cuando, por ejemplo, se le prende fuego a una vivienda que si bien no se destruye, queda inhábil para ser habitada o también cuando se liberan animales enjaulados (caballos, vacas, gallinas, etc.), pues se inutiliza el bien para el propietario pese a que no se haya dañado o destruido su sustancia.

Un caso límite sobre destrucción o inutilización de la cosa sobre la que recae la acción, lo constituye el *sabotaje informático por virus*. Si el virus afecta al funcionamiento del aparato de un modo relevante o destruye alguno de sus programas, habrá daños, pero si el ordenador afectado actúa más lentamente pero no es destruido o alterado en su esencia o prestancia como tal, ni en sus programas, difícilmente se podrá hablar de daños⁶⁶⁸.

De más está decir que, a diferencia del hurto y del robo, puede dañarse delictivamente tanto bienes muebles como bienes inmuebles. En este sentido, otro punto neurálgico que es necesario dilucidar lo encontramos en la materialidad o inmaterialidad de los bienes. En otros países los autores se fijan en el contenido

CAP. XIX

665 BUOMPADRE, Jorge E.; *Derecho penal. Parte especial*, T. II, Corrientes, 2004, p. 276.

666 VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte especial*, T. II-A, Lima, 2001, p. 191.

667 PEÑA CABRERA FREYRE, 2009, p. 406.

668 MUÑOZ CONDE, 2008, p. 456.

patrimonial de lo dañado más que en la naturaleza corporal o incorporeal del bien, pudiendo castigar como delito de daños hechos que recaen sobre bienes inmateriales (caso de los discos o bandas magnéticas que sirven de soporte informático, datos o programas de un ordenador. En cualquier caso, la exigencia de la materialidad del bien tiene sentido en los delitos de apoderamiento, puesto que requieren la aprehensión física de la misma para que se configure el delito de daños lo decisivo es que el bien, sea este, material o inmaterial, aprehensible o no, sea susceptible de destrucción, deterioro o inutilización⁶⁶⁹.

Para la comisión del delito es irrelevante quien se encuentra en posesión o tenencia del bien, pudiendo encontrarse en poder de su propietario o titular, e en poder de un tercero; asimismo, el bien puede no encontrarse en posesión o tenencia del propio agente del daño. No interesando que dicha posesión o tenencia obedezca a un título lícito o ilícito⁶⁷⁰.

El delito de daño puede ser cometido sobre el bien que ha de devolverse, por ej. El inquilino que daña el departamento antes de entregarlo. La destrucción de pruebas para el proceso judicial se subsumirá en el delito contra la administración de justicia y no en el delito de daños, tampoco constituiría delito de daños si es que se destruye o altera las aguas destinadas al consumo humano o necesarias para la flora o fauna, que constituiría un delito contra la salud pública o un delito contra el medio ambiente.

Ordinariamente, el delito de daños es de acción, pero la doctrina admite supuestos de omisión impropia o llamado también de comisión por omisión (véase el artículo 13 del Código Penal peruano), ya que se trata de un tipo resultativo o tipo prohibitivo de causar, por ejemplo, dejar morir de hambre a un animal; dejar de engrasar una máquina para provocar su destrucción, etcétera⁶⁷¹.

No es necesario que se trata de una destrucción total y efectiva de la cosa: basta dañarla, es decir, disminuir irreparablemente su calidad o la posibilidad de utilizarla o sus fuerzas naturales. Hacer derramar por el suelo el vino de los toneles, aunque fuera posible recogerlo, dejar manco un animal; hacer perforaciones en un árbol, aunque este no se seque, constituye daño⁶⁷².

Es discutible si la alteración de su valor de uso o de destino se incluye también en el delito de daños. En este punto, la jurisprudencia penal española⁶⁷³ se han conocido casos como el dejar en libertad a un animal, el mismo que no constituye una alteración o menoscabo del valor de un animal; pero sí lo constituye el hecho

CAP. XIX

669 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial II-A*, Edit.: Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, p. 584.

670 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier; *Derecho penal. Parte especial*, T. II, Edit.: Juristas Editores, Lima, 2011, p. 1189.

671 BUOMPADRE, Jorge E.; *Derecho penal. Parte especial*, tomo 2, Corrientes, 2004, p. 278. Para más detalles sobre la naturaleza jurídica del delito de omisión (impropia), véase, mi trabajo: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *El delito de omisión impropia*, Lima, 2009, passim.

672 SOLER, tomo IV, 1951, p. 503. De la misma manera: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA, CANTIZANO, María del Carmen; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Lima, 2006, p. 384.

673 MUÑOZ CONDE, 2008, p. 455.

de golpearlo y dejarlo inútil, parcial o totalmente, temporal o permanentemente, para el trabajo (cfr. STS 16 octubre 1917). Tampoco puede considerarse un delito de daños el dejar abierta la espita de un tonel de vino o el grifo del agua al no alterarse con ello su esencia o sustancia, aunque sí se produzca un perjuicio patrimonial al propietario; pero sí puede incluirse en los daños el echar a perder el vino o el agua, añadiéndole sustancias tóxicas (véanse SSTs 11 marzo 1936 y 20 marzo 1965).

4.1. Particularidades en función a la cosa dañada

Para hablar de daños, debe tratarse de un bien con entidad material, a efectos de ser viable su destrucción y, dos si decimos que este delito ataca la propiedad, en cuanto a su uso y funcionalidad, no puede tratarse de bienes que no son de nadie. Envenenar a un animal salvaje que no pertenece a nadie, no constituye delito de daño⁶⁷⁴.

Para el delito de daños, como dicho ilícito penal índice fundamentalmente en la afectación (patrimonial) de una cosa o bien, tenemos que hacer algunas distinciones en las particularidades específicas de dicha cosa o bien; en sentido, habrá que distinguir entre dañar una cosa simple y una cosa compuesta.

- Tratándose de *cosas simples*, será necesaria siempre alguna alteración de la sustancia o a la forma de ellas, que subsista de una manera indeleble o considerablemente fija, de modo que la reintegración de la cosa a su anterior estado represente algún esfuerzo o trabajo apreciable o algún gasto. Manchar los cristales de una vidriera con pintura, no es daño, porque basta lavarlos; pero manchar los mármoles que se impregnan con la pintura, es daño, aun cuando con un trabajo especial sea posible hacer desaparecer esa mancha⁶⁷⁵.
- También puede tratarse de *cosas compuestas*, el daño puede no afectar a la sustancia y forma de los elementos simples que componen el todo, sino que puede existir daño por la simple alteración de la estructura, colocación y funcionamiento de las distintas piezas. Desarmar un automóvil o algunas partes importantes de él constituye daño. También en este aspecto debe atenderse a que el hecho alcance cierta importancia, de modo que a reposición exija un considerable esfuerzo o gasto. Por cierto que la totalidad de un cuerpo compuesto puede ser dañado, además, en la forma en que puede serlo un cuerpo simple (manchar la pintura de un automóvil)⁶⁷⁶.

En mi concepto, no es necesario que el “daño” consista en un daño de la sustancia de las cosas, siendo suficiente que la cosa quede dañada en su forma y en la idoneidad del fin inherente a ella⁶⁷⁷. Constituye un daño también la acción de desarmar un reloj y la de inutilizar una máquina, pero no la acción de dar la libertad a un pájaro. En este punto la

674 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Delitos contra el patrimonio*, Lima, 2009, p. 403.

675 SOLER, T. IV, 1951, p. 502.

676 SOLER, T. IV, 1951, p. 504.

677 En este sentido: MEZGER, T. II, 2004, p. 162.

doctrina alemana ha señalado distintos puntos de vista, así por ejemplo, la formulación expresado por Schonke, según la cual una cosa está dañada si se actúa sobre el cuerpo de la misma en forma tal que queda perjudicada considerablemente la posibilidad de utilizarla⁶⁷⁸. En cambio, Liszt-Schmidt exigen siempre una lesión de la sustancia de la cosa, la cual puede existir también en la modificación del estado de agregación (derretimiento del hielo)⁶⁷⁹. También Frank estima que corresponde al concepto de daño una lesión de la sustancia de la cosa o de la correlación existente entre sus distintas partes; pero no hay daño en cualquier lesión de la sustancia; lo que importa es saber si esta perjudica o no la posibilidad de utilizar la cosa para el fin inherente a ella⁶⁸⁰.

4.2. El “buen estado” del bien antes de los daños

Una de las condiciones para que se perfeccione el delito de daños, es que dicho bien se encuentre en buen estado, precisamente para verificar su valor económico en el mercado, ya que por más volumen o dimensión que tenga un bien (por ejemplo, inmueble) si se encuentra en muy mal estado (producto por ejemplo de un desastre natural o movimiento telúrico), no tendrá ninguna virtualidad patrimonial, y por ende no sería objeto de protección jurídico-penal en el delito de daños.

Así lo entiende una jurisprudencia nacional, que en la parte pertinente señala: “Si bien el peritaje del predio se concluye que el bien se halla en estado ruinoso e inhabitable, la evaluación de los daños se torna difícil de determinar, ya que no se cuenta con evidencias gráficas del estado en que hallaba antes de ocurridos los hechos, tomando en cuenta la antigüedad del predio así como su deterioro por el paso del tiempo, que hacen presumir que no se encontraba en buen estado”⁶⁸¹.

4.3. Sobre el valor (económico) del bien en el delito de daños

Según Muñoz Conde “...la cosa dañada debe tener algún valor patrimonial económicamente valorable, porque solo así puede determinarse la gravedad de la pena y considerarse los daños como un delito contra el patrimonio. Quedan excluidos de este delito, por tanto, los llamados “daños morales” que solo son indemnizables por la vía de la responsabilidad civil”⁶⁸².

En igual sentido de lo que pasa en el delito de hurto simple (artículo 185), en el de daños simple también se regula expresamente un criterio de *quantum* económico sobre el bien destruido o alterado para catalogarlo si estamos ante infracción delictiva o infracción contravencional (falta); y dicho criterio expresamente lo encontramos en el artículo 444 del Código Penal peruano bajo los siguientes términos: “El que realiza cualquiera de las conductas previstas en los artículos

678 Citado por: MEZGER, T. II, 2004, p. 162.

679 Citado por: MEZGER, T. II, 2004, p. 162.

680 Citado por: MEZGER, T. II, 2004, p. 162.

681 Expediente N.º 4379-99, extraído de ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*, Idemsa, 2002, p. 653.

682 MUÑOZ CONDE, 2008, p. 455.

185 y 205, cuando la acción recae sobre un bien *cuyo valor no sobrepase de una remuneración mínima vital*, será reprimido con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ciento veinte jornadas o con sesenta a ciento ochenta días multa, sin perjuicio de la obligación de restituir el bien sustraído o dañado”.

El legislador penal nacional ha creído por conveniente que tanto en los hurtos simples como en los daños simples, por su poca gravedad y conmoción social en cuanto a los niveles de lesividad de los bienes jurídicos, se incorpore ciertos aditivos de grado de afectación a los objetos de protección, cosa que no pasa por ejemplo con el delito de robo, estafa, apropiación ilícita, extorsión, receptación o chantaje donde por más mínima que sea afectación igual constituye sí o sí una infracción delictiva y no una simple falta contra el patrimonio. La única diferencia que pudiera existir, en cuanto a los niveles de cuantificación económica, es que en el delito de hurto simple la acción delictiva solo tiene que recaer en un bien mueble que sobrepase de una remuneración mínima vital, mientras que en el delito de daños el bien tanto mueble como “inmueble” tiene que sobrepasar de una remuneración mínima vital, donde muy fácilmente un bien inmueble podría sobrepasar de una remuneración mínima vital.

Tiene especial importancia los casos en donde al momento de consumarse o perfeccionarse el delito, el valor del bien sobrepase una remuneración mínima vital, y en el transcurso de la investigación o antes de la sentencia, el valor del bien se deprecia o adquiere un valor por debajo del mínimo exigido, el hecho se convertirá en faltas contra el patrimonio⁶⁸³.

4.4. El objeto a dañar debe ser un bien ajeno total o parcialmente

Para la configuración del delito de daños el objeto a proteger debe ser un bien que *pertenezca a alguien*, en términos de titularidad de un Derecho real sobre un bien. La idea del legislador nacional al tipificar los delitos de daños, así como todos los delitos patrimoniales, es que el sujeto activo no tenga ningún Derecho sobre el bien que pretenda o ha destruido, y que más bien sea un tercero, distinto al agente activo, el que sea agraviado o afectado por la infracción penal. Por el contrario, los bienes que no pertenezcan a nadie o no se tenga certeza de quien o quienes sean sus dueños estaría exento de responsabilidad penal por la expresión del mismo tipo objetivo del delito de daño simple (“...bien mueble o inmueble, total o parcialmente *ajeno*...”).

Por supuesto que se puede dañar o destruir un bien propio, que le pertenezca a su propio sueño, porque quizá le trae malos recuerdos por eso el agente ha roto las puertas, ventanas, televisores, etc., que se encuentran al interior de su propia casa; que en todo caso sería un acto consentido por el propio titular del bien (artículo 20, inciso 10, del Código Penal peruano, causal expresa de atipicidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico de libre disposición), consiguientemente

683 Véase, en este mismo sentido: SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra el patrimonio*, Lima, 2010, p. 439.

no sería un delito daños simple del artículo 205, ni tampoco del daño agravado del artículo 206.

De la misma manera como en los delitos de hurto y robo, aquí el bien puede ser ajeno de manera total o parcial, es decir, el agente puede dañar o inutilizar un bien sujeto a copropiedad, es decir, es un bien indiviso, generalmente serán bienes inmuebles los que serán objetos dañados de manera parcial.

III. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

Al tratarse de un delito que necesariamente requiere un resultado lesivo para cualquiera de los tres verbos rectores (dañar, destruir o inutilizar), es perfectamente posible que la acción del agente quede en grado de tentativa. La acción emprendida con ánimo de dañar, pero que no alcanza a producir el menoscabo puede constituir tentativa (p. ej., arrojar una piedra contra una ventana para romperla sin dar en el blanco).⁶⁸⁴ Así, también por ejemplo, el sujeto es intervenido por la Policía, en los precisos instantes cuando el sujeto estaba iniciando la destrucción de televisores en una tienda comercial.

Se trata de un delito instantáneo y como tal, queda consumado en el momento en que el bien es dañado, destruido o inutilizado; los actos anteriores serán reputados como tentativa cuando manifiestan el inicio de los actos ejecutivos, cuando el agente no da en el blanco al momento de realizar su designio destructivo o por motivos ajenos a su voluntad es impedido de exteriorizar la materialidad de su plan criminal⁶⁸⁵.

IV. ¿EXISTENCIA DE UN PERJUICIO ECONÓMICO EN EL DELITO DE DAÑOS?

Se discute si el delito de daños se exige un perjuicio patrimonial en el sujeto pasivo o el afectado con el daño, ya que como se sabe estamos ubicados dentro de un delito patrimonial o contra los intereses de la propiedad, y el concepto de "perjuicio" está incorporado en varios de los ilícitos penales patrimoniales en nuestro texto punitivo (véase, estafa, extorsión, fraude de la administración de personas jurídicas, entre otros).

Como ejemplo se citan los casos de enriquecimiento del propietario de la cosa dañada (la muerte de un viejo caballo cuyo mantenimiento en vida solo produciría gastos al propietario, la destrucción de un mueble de tan escaso valor que reducido a astillas aumenta su valor económico como medio de obtener calor, la destrucción de uno de los dos exclusivos ejemplares de un sello que triplica el valor del que ha quedado indemne, la destrucción de un viejo inmueble en el centro urbano que enriquece al propietario del mismo al aumentar el valor del solar, etc.)⁶⁸⁶.

684 CREUS, Carlos; *Derecho Penal, Parte especial, Tomo I*, Edit.: Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 603.

685 PEÑA CABRERA FREYRE, 2009, p. 407.

686 BAJO FERNÁNDEZ, M./ PEREZ MANZANO; en: BAJO FERNÁNDEZ, M./ PÉREZ MANZANO / SUÁREZ GONZALES, Carlos; *Manual de Derecho penal. Parte especial, Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1993, p. 500.

Para Rosales Artica nos dice que “La razón para no tomar en consideración el perjuicio o beneficio patrimonial que se podría generar al sujeto pasivo, puede encontrarse en el hecho de que, desde el punto de vista del legislador penal, el desvalor de la acción se encuentra constituido por la conducta de dañar la propiedad ajena, y esta se daña cuando se destruye, se deteriora o inutiliza el bien, independientemente del menoscabo o provecho patrimonial que el daño pueda ocasionar”⁶⁸⁷.

En nuestro concepto, en el delito de daños no se exige un perjuicio patrimonial de la víctima, sino basta con la destrucción, inutilización o deterioro de la cosa tal como se describe en el artículo 205 del Código penal, de forma que habrá delito de daños aun cuando el sujeto pasivo se enriquece como hemos visto, ya que la sanción penal está en función al valor de la cosa dañada y no en función al perjuicio de la víctima.

V. TIPO SUBJETIVO

De conformidad con lo previsto en el artículo 12 párrafo 1 del Código penal, el ilícito comentado solo puede consumarse dolosamente, exigiéndose la conciencia y voluntad del sujeto activo de realizar los elementos del tipo objetivo⁶⁸⁸. En consecuencia, el delito de daños es doloso, representado por la conciencia y voluntad del sujeto activo, de causar el daño, destruyendo o inutilizando el bien mueble o inmueble. Debemos indicar que no se requiere que el sujeto activo conozca a quien pertenece el bien, ni tampoco se exige que identifique al sujeto pasivo del delito, pues es suficiente que el agresor sepa que daña, destruye o inutiliza un bien que le es total o parcialmente ajeno⁶⁸⁹.

En el delito de daños existe, en consecuencia, el *animus nocendi* (ánimo de perjuicio)⁶⁹⁰. Como afirma Soler el “...daño o destrucción de una cosa, sin lucro ni transferencia, dentro del patrimonio de la misma víctima, no puede tener más propósito que el de perjudicar al titular del derecho, y por eso se llama a este hecho *damnum injuria datum*, esto es, daño inferido con injuria, de acuerdo con la clásica nomenclatura de la Ley Aquilia”⁶⁹¹.

CAP. XIX

687 ROSALES ARTICA; “Apuntes sobre el delito de daños en el Derecho penal peruano”; cit., p. 127.

688 Algunas normas del CP peruano parecen otorgar al dolo un contenido volitivo, como se observa por ejemplo en la definición de la tentativa (art. 16) como el comienzo de la ejecución de un delito que se “decidió cometer” sin consumarlo. Pero estas referencias a la intención del autor solo demuestran que el CP es compatible con las teorías volitivas del dolo, de ello no se deduce que las concepciones cognitivas sean inadmisibles *de lege lata*. En todo caso, si bien el CP peruano no establece una definición de dolo, de la regulación del error de tipo (art. 14 párr. 1 del CP) se deduce que su base mínima radica solo en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, de allí que no pueda exigirse condiciones volitivas bajo el argumento del “imperio de la ley”.

689 ROSALES ARTICA; “Apuntes sobre el delito de daños en el Derecho penal peruano”; cit., p. 135.

690 PAREDES INFANZÓN, Jelio; *Delitos contra el patrimonio*, Lima, 1999, p. 319.

691 SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, T. IV, Buenos Aires, 1951, p. 500. Este mismo autor SOLER, T. IV, 1951, p. 497 añade que: “La complicación que ofrece el delito de daño ha

Para Peña Cabrera, en el delito de daños "...caben otros móviles como la ira, el resentimiento, el fanatismo religioso o político, etc., e incluso no descartamos que el daño se produzca para lograr una ventaja económica (*animus lucrandi*), como acontece con el agricultor que destruye la cosecha del vecino para aumentar el valor de la propia, o del comerciante que arruina al rival para revalorizar su mercancía"⁶⁹².

La comisión del delito en comento solo se puede realizar de manera dolosa, admitiendo cualquiera de las modalidades dolosas que existen, ya sea el dolo directo o de primer grado, o el llamado dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado (por ejemplo, para matar a una persona que se encuentra adentro de un almacén, el agente coloca una bomba en el baño de dicho almacén, con lo que pasado algunos minutos la bomba logra estallar produciendo la muerte de la víctima, y la consiguiente destrucción de las cosas que encontraban al interior de dicho almacén) o dolo eventual.

No se ha establecido expresamente una modalidad culposa o imprudente para este tipo de delitos (concordado por el artículo 12, segundo párrafo del Código penal). En consecuencia, no se sanciona el daño penal negligente, por ejemplo en el daños materiales producidos por accidente de tránsito, la jurisprudencia peruana ha dicho que: "Para que se configure el delito de daños, estos deben ser causados por acción u omisión intencional, no hay delito de daños por negligencia. En el presente caso se trata de un accidente de tránsito en el que se han producido daños materiales al vehículo del agraviado, no acreditándose en autos que el procesado haya tenido intención de causar tales daños"⁶⁹³.

Ello no significa que la persona que ocasionó los daños a la propiedad por un actuar negligente o por mediar un error de tipo quede sin sanción, y mucho menos que la víctima quede desamparada. Según nuestro sistema jurídico, el perjudicado puede recurrir a la justicia extrapenal y solicitar que aquél repare patrimonialmente el daño ocasionado. El conflicto surgido a consecuencia del daño por culpa o por otra circunstancia se resuelve aplicando las reglas de la responsabilidad extracontractual previstas en el Código Civil⁶⁹⁴.

CAP. XIX

Como ya habíamos señalado en el delito de daños está exento de elementos subjetivos distintos del dolo, desde que su descripción básica no señala términos como "en provecho propio o de tercero", "procurar para sí o para otro", o "animus de lucro", requiriéndose en el delito de daños únicamente la presencia del dolo. En efecto, una jurisprudencia nacional señala: "El delito de daños se configura cuando

dado lugar a que se lo defina negativamente como una infracción ejecutada contra la propiedad de otro propósito de lucro. Pero como quiera que la ausencia de un elemento solamente puede servir como criterio para afirmar que no se trata de determinado delito, aquel criterio no constituye una definición, sino una base para distinguir el daño de otros delitos contra el patrimonio que requieran un específico propósito de lucro.

692 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal, Parte especial II-A*, Edit.: Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, p. 585.

693 Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 24 de junio de 1997, extraído de ROJAS VARGAS, Fidel; *Código penal. Dos décadas de jurisprudencia*, Lima, 2012, p. 705.

694 SALINAS SICCHA, 2010, p. 441.

el agente activo tiene la intención de daños en forma total o parcial un bien, sea este mueble o inmueble, incluyendo a los semovientes, operándose un menoscabo económico en el agraviado que no produce beneficio alguno al agente activo, es decir, se aparta de cualquier propósito de lucro”⁶⁹⁵.

En esta misma línea, una Ejecutoria Superior tiene señalado que el delito de daños supone un menoscabo económico en el patrimonio del agraviado y, obviamente ausencia de beneficio en el agente. En efecto: “El delito de daños se configura cuando el agente tiene intención de dañar total o parcialmente un bien, sea mueble o inmueble, incluyendo a los semovientes, operándose un menoscabo económico en el agraviado que no produce beneficio alguno al agente, es decir, se aparta del cualquier propósito de lucro, los procesados admiten haber ingresado violentamente pateando la puerta del garaje que da acceso a la vivienda de la agraviada, ocasionando daños que superan las cuatro remuneraciones mínimas vitales”⁶⁹⁶.

Resulta importante tener en consideración que el agente posea un conocimiento certero o presumible –a la escala de un profano o de un hombre medio– de “ajeno” de la cosa que se piensa destruir, alterar o inutilizar; ya que su desconocimiento conllevaría a un error de tipo amparado en el artículo 14 del Código penal. Por ejemplo, el sujeto activo tira piedras a la ventana y puerta de vidrios, pensando que es la casa del vecino que habría insultado anteriormente, cuando en realidad era su propia casa la que había ocasionado los daños; aquí hubo un error sobre un elemento del tipo objetivo “ajeno”, por lo tanto la conducta es atípica, y se trataría de un error de tipo irrelevante, si la casa donde se produjo los daños era la de otro vecino, ya que igual resultará típica.

VI. CAUSAL DE ATIPICIDAD Y DE JUSTIFICACIÓN EN EL DELITO DE DAÑOS

1. Acuerdo y consentimiento

En primer lugar, debemos de precisar que el *consentimiento* por parte del sujeto pasivo en bienes de libre disposición (del delito “patrimonial”) es causa de atipicidad penal, y no causal de justificación, debido a que nos encontramos, como hemos dicho, ante un bien jurídico microsocioal de carácter disponible⁶⁹⁷; es decir, que el carácter de libre disposición no genera ningún mínimo de afectación patrimonial al titular de la cosa, en la eventualidad de que decidiera que lo destruyan su casa por ejemplo, o algunos enseres dentro de ella. En este punto debemos

CAP. XIX

695 Expediente N.º 7968-97, extraído de BACA CABRERA, Denyse / ROJAS VARGAS, Fidel / NEYRA HUAMÁN, Marlene; *Jurisprudencia penal, procesos sumarios, tomo II*, Gaceta Jurídica, Lima, p. 373

696 Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 21 de mayo de 1998, Exp. N.º 7968-97, BACA CABRERA / ROJAS VARGAS / NEIRA HUAMÁN, *Jurisprudencia penal procesos sumarios*, Lima, 1999, p. 373.

697 De la misma manera: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA, CANTIZANO, María del Carmen; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Lima, 2006, p. 384.

de diferenciar los conceptos de “acuerdo” y “consentimiento” dilucidados por la doctrina penal alemana.

Como es sabido, el acuerdo elimina la tipicidad penal de la conducta y opera tratándose de tipos penales que exigen actuar “sin” o “contra la voluntad de la víctima”, así por ejemplo, el delito de violación del artículo 170 del Código Penal precisa que el autor, mediante “violencia o amenaza obligue a una persona a practicar el acto sexual”, en tal caso si la víctima consiente el acto sexual, la conducta del agente será atípica pues no habría “obligado” a nadie a realizar un acto “sin” o “contra su voluntad”, de modo que el referido consentimiento recibe en dicho supuesto la denominación de “acuerdo”.

Distinto es el supuesto, por ejemplo, cuando el médico recibe la autorización del paciente para un tratamiento estético que implica la realización de cirugía sobre la piel con fuertes dolores. En tal caso no cabe duda que la conducta del médico sería típica pese al consentimiento de la víctima, pues el delito de lesiones dolosas o intencionales del artículo 122 del Código Penal se comete sin que interese para tal efecto la autorización del paciente. Ahora bien, dicho consenso sí reviste importancia en el ámbito de la antijuricidad, dado que el artículo 20 inciso 10 del citado texto legal señala que está exento de pena “El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”. Por motivo, en tal supuesto la autorización de la víctima opera como causa de justificación que elimina la antijuricidad, recibiendo la denominación de “consentimiento”. Volviendo al caso de los delitos de daños, el concepto de *disponibilidad* de la cosa por parte del titular del bien jurídico para que el sujeto activo por ejemplo tumbe la pared, dicho concepto de disponibilidad de la cosa forma parte de la tipicidad (objetiva) del artículo 205 del Código penal, por ende, dicha conducta sería atípica, por causal de exoneración del llamado “acuerdo” que habla la doctrina alemana.

2. El estado de necesidad justificante

CAP. XIX

La antijuricidad es una categoría del delito que pretende lograr una valoración jurídica global del comportamiento típico. A través de la antijuricidad, y en busca de mantener la unidad del ordenamiento jurídico, se analiza si el comportamiento reprochado por el Derecho penal –y justamente por eso típico e inicialmente antijurídico [la tipicidad es indicio de antijuricidad]– es permitido por otra rama del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la acción de “matar a otro” es prohibida por el Derecho penal, sin embargo, cuando esa acción típica es realizada en acto de *legítima defensa* pierde el carácter antijurídico. Estas causas de permisión del comportamiento, que eliminan el carácter antijurídico del mismo, son conocidas como *causas de justificación*.

En otras palabras, las causas de justificación, dentro de la teoría del injusto personal, anula la antijuricidad del ilícito penal, volviendo lícita la conducta del agente. Dentro del delito de daños que estamos analizando podemos encontrar el supuesto eximente del *estado de necesidad justificante* (artículo 20, inciso 4 del Código Penal peruano), y con un caso concreto podemos graficarlo mejor: el sujeto que estaba caminando por la calle, se encuentra con un toro salvaje que lo quiere

invertir directamente, en esas circunstancias el sujeto corre desesperadamente hacia una de las casas de la zona, rompiendo la puerta principal de una casa, logrando ingresar hacia el interior, y se asegura en una de los cuartos, salvando su integridad física, y por supuesto su vida.

En el caso presentado definitivamente se ha cometido el delito de daños de manera típica, lo que deberíamos de preguntarnos: ¿Si tal conducta considerada previamente como típica es antijurídica para todo el ordenamiento jurídico? Y a nuestro modo de ver, concluiríamos que no es antijurídica por existir una causa de justificación prevista en el mismo Código penal, ya que haciendo una ponderación de los bienes jurídicos en conflicto: propiedad y vida humana, definitivamente este último tiene un valor superlativo frente al primero; es decir, el agente ha sacrificado un bien de menor valor (patrimonio, causando daños) para salvar un bien de mayor valor (como es la vida e integridad física).

3. El obrar de acuerdo a derecho

También podemos citar el caso de aquél Policía que está en plena intervención en flagrancia de un delincuente, este logra huir del lugar de los hechos, y comienza obviamente la persecución del mismo, y en pleno trayecto el Policía rompe dolosamente una de las puertas de madera de accesos pertenecientes a un centro comercial para finalmente capturarlo y reducirlo al delincuente.

Aquí técnicamente el Policía ha cometido típicamente el delito de daños simple (artículo 205 Código penal); sin embargo, considero que no es antijurídica dicha conducta desde que está amparado por una causal de justificación específica, llamada “actuación de acuerdo a Derecho”, del artículo 20, inciso 8, del Código penal, que prescribe: están exento de responsabilidad penal: *“El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”*. Y del caso narrado el citado Policía ha cumplido cabalmente con su *deber* (constitucional) de otorgar seguridad ciudadana, combatiendo la delincuencia, por lo tanto su comportamiento es resultaría totalmente lícito.

CAP. XIX

VII. EL DELITO DE DAÑO AGRAVADO

1. Descripción legal

El artículo regula el delito de daño agravado bajo el siguiente texto:

“Artículo 206. La pena para el delito previsto en el artículo 205 será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando:

1. Es ejecutado en bienes de valor científico, artístico, histórico o cultural, siempre que por el lugar en que se encuentren estén librados a la confianza pública o

destinada al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas.

2. Recae sobre medios o vías de comunicación, diques o canales o instalaciones destinadas al servicio público.
3. La acción es ejecutada empleando violencia o amenaza contra las personas.
4. Causa destrucción de plantaciones o muerte de animales.
5. Es efectuado en bienes cuya entrega haya sido ordenada judicialmente.
6. Recae sobre infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones”.

(Inciso número 6 fue incorporado mediante el artículo única de la Ley N.º 29583, publicado el 18/09/2010).

2. Comentarios. Irrelevancia del valor económico en el delito de daños (artículo 206) cuando recaen sobre bienes contemplados en el inciso 1

Antes de iniciar el comentario de cada una de las figuras delictivas agravatorias, debemos dejar sentada nuestra posición a que si es necesario o no la cuantía económica para la configuración del daño agravado del artículo 206, inciso 1, del Código penal. La jurisprudencia penal peruana ha dicho que: “El bien jurídico protegido en el delito de daño calificado es el uso y disfrute del patrimonio sea privado o público, es decir la acción se concentra en la inutilización o destrucción del bien. Es indiferente si el bien pertenece a un individuo determinado o a una corporación de Derecho Privado o de Derecho Público, puede pertenecer a una Sociedad o a una Comunidad o al Estado. Para el delito de daños, bien material es todo objeto de valoración susceptible de merecer una valoración económica, y si bien es cierto su persecución como delito es a partir de cierta cuantía, al trasladarnos al artículo 444 del C.P. observaremos que ello se produce en tanto y cuanto nos movamos dentro de la tipicidad exclusiva del artículo 205 del Código Penal, siendo así, ya en las conductas agravadas no sería necesario establecer la cuantía de los bienes dañados, puesto que el agente activo se involucra ya no solamente con el bien material sino que su acción va dirigida contra las personas y justamente se reprime la vis absoluta o vis relativa”⁶⁹⁸.

698 Sentencia de la Primera Sala Penal para Reos en Cárcel, del 13 / 10/ 2009, Exp. N.º 20-2005, Gaceta penal, tomo 6, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre, 2009, p. 103.

Al respecto Salazar Sánchez, señala lo siguiente: “Respecto de las agravantes que se establecen en los dos primeros incisos, se debe precisar que, el fundamento de dichas agravantes radica en que el comportamiento lesivo recae ya no solo en el bien jurídico patrimonio, sino que además, se lesiona otros bienes jurídicos de naturaleza colectiva (v. gr., el patrimonio cultural de la nación, o las vías de comunicación, de los incisos 1 y 2 respectivamente). En estas dos agravantes, son las valoraciones axiológicas (culturales o sociales) las que determinan la agravación del comportamiento, de esto se infiere que –a efectos de la fundación de la agravación– es indiferente el valor económico agregado que tenga o deje de tener el bien mueble o inmueble”⁶⁹⁹.

Pasaremos a comentar cada uno de las circunstancias agravantes del artículo 206 del Código penal:

3. Agravante por la ejecución en bienes de valor científico, artístico, histórico o cultural, siempre que por el lugar en que se encuentren estén librados a la confianza pública o destinados al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas

La agravante típica (inciso 1 del artículo 206) podemos dividirla en dos condiciones: en primer lugar, se aplica cuando se daña, destruye o inutiliza dolosamente aquellos bienes que han adquirido un valor determinado para la sociedad y para el propio Estado peruano, y el tipo penal describe cuatro circunstancias valorativas a tener en cuenta: “científico”, “artístico”, “histórico” o de tipo “cultural”, y el propio Estado en algunos casos es el encargado de acreditar y reconocer dicho valores, mediante el Instituto Nacional de Cultura y otras instituciones afines; y en segundo lugar, que dichos bienes estén librados a la confianza pública o destinados al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas.

En efecto, en el primer inciso del artículo 206 del Código Penal, el reproche penal se incrementa debido a que el sujeto activo lesiona (daña, destruye o inutiliza) bienes de valor *científico* (por ejemplo, material genético para estudio o investigación), *artístico* (por ejemplo, cuadros elaborados por la escuela cusqueña), *histórico* (por ejemplo, el monumento conmemorativo del Alto de la Alianza) o *cultural* (por ejemplo, las ruinas de Macchu Picchu). En este primer grupo de supuestos, el mayor desvalor del comportamiento se deriva del ataque a bienes de relevancia para la sociedad en su conjunto o para un grupo de personas⁷⁰⁰.

En tal sentido, será la comunidad científica vinculada al área correspondiente la que determine en cada caso concreto cuando nos encontramos ante un bien de valor científico y cuando no. Esto es, la determinación del carácter científico de estos bienes, deberá ser objeto de la opinión, informe o pericia autorizada de la respectiva comunidad científica.⁷⁰¹ Así, por ejemplo, cuando se daña o menoscaba

699 URQUIZO OLAECHEA, José; *Código Penal, T. I*, Edit.: Idemsa, Lima Perú, 2011, p. 694.

700 ROSALES ARTICA, David; “Apuntes sobre el delito de daños en el derecho penal peruano”; en: *Gaceta Penal y Procesal Penal* T. 40, octubre de 2012, p. 137.

701 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier; “*Derecho penal. Parte especial, T. II*”, Edit.: Juristas Editores, Lima, 2011, p. 1192.

una pieza arqueológica exhibida en un museo, una pintura materia, de una exposición, o los bienes o reliquias que se encuentran en el interior de un templo religioso o de un templo ceremonial⁷⁰². No importa si el medio o la vía de comunicación son de propiedad privada, lo relevante es que estén destinados al servicio público⁷⁰³.

En estos casos, podrá presentarse un concurso de delitos con el delito de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos (art. 283 del CP), cuando se trate de un daño de menor entidad que a su vez impida, estorbe o entorpezca el normal funcionamiento del transporte o de los servicios públicos de telecomunicaciones, saneamiento, electricidad, hidrocarburos o de sustancias energéticas similares; sin embargo, si la conducta del agente ocasiona grave daño habrá un concurso aparente con el referido delito, resolviéndose a favor del delito en mención, en virtud al principio de consunción, de forma que los daños quedarán subsumidos en el referido delito (segundo párrafo del art. 283 del CP)⁷⁰⁴.

La agravante no se presenta en todos los casos en que se destruya o deteriore los bienes. Por ejemplo, no aparece la agravante cuando se daña un bien que conforma el patrimonio cultural de la Nación que está guardado en una casa particular. La agravante aparece cuando el bien científico, histórico, artístico o cultural esté o se encuentre en algún lugar librado a la confianza pública o destinado al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas⁷⁰⁵.

En la Legislación comparada, encontramos el Código Penal alemán, que en el § 304 sanciona en forma agravada el Daño material de propiedad comunitaria, bajo los siguientes términos:

“(I) Quien dañe o destruya antijurídicamente objetos que sirven para el culto de una sociedad religiosa que exista en el estado, o cosas que estén dedicadas al servicio de Dios, o tumbas, monumentos públicos, monumentos naturales, objetos de arte, de la ciencia, o de los oficios, que estén guardados en colecciones públicas, o que estén expuestas públicamente, u objetos que sirvan para el uso público, o para el embellecimiento de caminos, plazas o instalaciones públicas, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa”.

CAP. XIX

4. Agravante por los medios o vías de comunicación, diques o canales o instalaciones destinadas al servicio público

La agravante (inciso 2 del artículo 206) se aplica por la calidad de las especies dañadas, y está en función al destinado concreto que se le da a estos bienes, es decir, al servicio público. Por su naturaleza serán considerados como bienes inmuebles; ahora podemos dividirlos en dos grandes grupos:

- En primer lugar, por los *medios o las vías de comunicación*. Históricamente por vías de comunicación se entiende todo camino terrestre o

702 GÁLVEZ VILLEGAS / DELGADO TOVAR, T. II”, 2011, p. 1192.

703 GÁLVEZ VILLEGAS / DELGADO TOVAR, T. II”, 2011, p. 1193.

704 GÁLVEZ VILLEGAS / DELGADO TOVAR, T. II”, 2011, p. 1193.

705 SALINAS SICCHA, 2010, p. 444.

ruta marítima utilizada para el comercio de los pueblos; para los efectos de la agravante debe entenderse todo aquello que permita el tránsito por intermedio de carreteras, pistas, trochas, hasta veredas, pasajes, entre otros donde exista con gran afluencia vehículos motorizados, asimismo de transeúntes, es decir, es las vías de comunicación debe tratarse de libre acceso común, dominado y administrado por el Estado. Esta agravante se relaciona muy de cerca con los actos delictivos descritos en el artículo 315 (delito de disturbios), ya que en dicho ilícito se sanciona daños a la propiedad pública (y las vías de comunicación son de propiedad estatal), claro está con la condición de que sea mediante una reunión tumultuaria. Finalmente, aunque la agravante no lo diga expresamente, entendemos que las vías de comunicación debe estar al servicio del público.

- En segundo lugar, los *diques, canales o instalaciones*. Por dique se entiende aquellos muros artificiales para contener las aguas superficiales de un río o manantial. En cambio, por canales, o instalación de los canales, debemos entender aquel cauce artificial de aguas, es decir, cada uno de los conductos por los que el agua o los gases circulan en el seno de la tierra; sin embargo, si son canales ubicados al interior de una propiedad privada, la agravante no se aplica ya que no está servicio público.

5. Agravante por el empleo de violencia o amenaza contra las personas

Una muestra de la autonomía funcional del bien jurídico “patrimonio” con respecto a la protección de la “integridad física” y la “vida” de la personas, es la regulada en el artículo 206, inciso 3, del Código penal. En este tipo de agravante existe un mayor *disvalor* de la acción, producida por dos circunstancias específicas: en primer lugar, por el medio empleado por parte del agente: violencia y amenaza; y en segundo lugar, por el objeto y lugar donde recae la acción del sujeto activo: es decir, la persona humana.

Sólo vale el uso de la violencia en esta agravante cuando ella esté dirigida a anular la defensa de sus bienes que hace el sujeto pasivo, y de este modo facilitar el deterioro, destrucción o inutilización de bienes por parte del agente. Si se verifica que la violencia tuvo otra finalidad y solo coyuntural o circunstancialmente se dañó un bien, el delito de daños no se configura⁷⁰⁶. La persona que sufra la violencia física tiene que ser una persona natural; es imposible que ello ocurra contra una persona jurídica. No obstante, la persona jurídica será agraviada cuando se haya dañado bienes de su propiedad haciendo uso de la violencia contra sus representantes o personas que poseen sus bienes⁷⁰⁷.

706 SALINAS SICCHA, 2010, p. 446.

707 SALINAS SICCHA, 2010, p. 446.

Una Ejecutoria Suprema estableció delitos de daños agravados, el hecho de arrojar piedras sobre un vehículo, con privación de la libertad de la víctima. En efecto, “El colegiado superior estimo correctamente que la afectación a la libertad en el contexto de un delito de daños agravado por el empleo de violencia o amenaza contra la persona formo parte integrante de la forma ejecución de este último, que en efecto esta modalidad de daño agravado (previsto en el inciso tres del artículo 206 del CP) es un delito pluriofensivo que también entra la un menoscabo a la libertad de la víctima en tanto exige que el agente ejerza violencia o amenaza contra ella, de autos se desprende que la conducta de los encausados se circunscribió a causar daños en la propiedad del agraviado (arrojar piedras sobre su vehículo) amenazándolo con un mal (agravante), sin que se pueda colegir que existió en los agentes el ánimo de privar la libertad al agraviado como propósito autónomo al delito de daño agravado, ni esta se extendió un espacio de tiempo que demuestre una autónoma afectación a la libertad personal”⁷⁰⁸.

Para la configuración de la amenaza debe requerirse algunas condiciones: la víctima debe creer que exista la firme posibilidad de que se haga efectivo el mal con que se le amenaza; aquél debe caer en la creencia de que no poniendo resistencia o, mejor dicho, dando su consentimiento al daño, se evitará el perjuicio que se anuncia. Ello puede ser quimérico, pero lo importante es que la víctima lo crea⁷⁰⁹.

Además ambos medios agravatorios pueden combinarse en una misma circunstancia fáctica. Un ejemplo sería que el vecino rompa la puerta de la entrada principal de la casa, y en ese mismo momento se produzca un altercado físico y verbal con el dueño de la casa, rompiendo el vecino los bienes muebles que están al interior de la casa.

En este segundo supuesto existe una evidente pluriofensividad en cuanto a la afectación realizada, ya que por un lado tendrá que verificarse un daño real al bien mueble o inmueble, y después —causalmente— tendrá que comprobarse una afectación —en términos de peligrosidad potencial— a la vida o integridad física de las personas, sin llegar obviamente a la consumación de las lesiones corporales previsto en el artículo 121 y siguientes del Código penal, ni mucho menos a las formas de homicidios previstos en los artículos 106 y siguientes del Código penal, caso contrario se daría paso a las reglas del concurso real o ideal de delitos (previstos en los artículos 48 y siguientes del Código penal).

CAP. XIX

6. Agravante por la destrucción de plantaciones o muerte de animales

La agravante típica (inciso 4 del artículo 206) radica ahora en la calidad o especialidad de los objetos o especies destruidos. Así veamos cada uno de ellos:

- En primer lugar se regula la prohibición penal de destrucciones de plantaciones vegetales, que pueden ser de uso privado como pueden

708 Ejecutoria Suprema del 10/09/2007, R. N. N.º 1262-2006-PUNO, Vocal Ponente: Urbina Ganvini, Guillermo, Gaceta penal, T. IV, Gaceta Jurídica, Lima octubre 2009, p. 114.

709 SALINAS SICCHA, 2010, p. 447.

ser las plantaciones de un jardín de una casa (así por ejemplo, habrá daño agravado cuando el agente prende fuego a un hurto de parras o cuando intencionalmente inunda un sembrío de choclos), como también de uso común o público, como pueden ser los parques o las ubicadas en las calles o plazas; no interesa los medios por los cuales se haya producido dichas destrucción: hacha, machete, sierras, lampas, etc., ni tampoco interesa las dimensiones que posean dichas plantaciones, lo único que se exigiría es que las plantaciones vegetales tenga un valor económico que supere una remuneración mínima vital por la relación que debe existir entre el tipo agravado con respecto al tipo básico. Claro está que en la determinación judicial de la pena debe haber existir diferenciación entre causar daño al jardín del vecino y causar daño a los árboles ubicados al alrededor del parque una ciudad.

- En segundo lugar, se agrava el comportamiento dañoso por la muerte de animales. Aquí hay que resaltar varios aspectos: ¿se produce la agravación por la muerte de un animal o de varios animales? Al parecer el tipo penal al prescribir en forma plural ("...o muerte de *animales*") la conducta exigiría que se trate de la muerte de más de dos animales, es decir, se trataría de una matanza de perros, ganado vacuno, ovino, cerdos, etc. Ahora bien, no interesa cómo el sujeto activo haya dado muerte a los animales, basta que se verifique que el animal haya perdido la vida. Pueden existir grados de inejecución de la conducta típica, quedando en grado de tentativa (artículo 16 del Código penal); sin embargo, tendría que diferenciarse con la contravención denominado "maltrato cruel de animales" regulado en el artículo 450-A, que a la letra dice: "El que comete actos de crueldad contra un animal, lo somete a trabajos manifiestamente excesivos o lo maltrata, será sancionado hasta con sesenta días multa. Si el animal muriera a consecuencia de los maltratos sufridos, la pena será de ciento veinte a trescientos sesenta días multa. El Juez podrá en estos casos prohibir al infractor la tenencia de animales bajo cualquier modalidad".

CAP. XIX

Como puede observarse, el Juez podrá en estos casos prohibir al infractor la tenencia de animales bajo cualquier modalidad. Queda claro que en la redacción del artículo que precede nada sugiere que el sujeto activo deba ser necesariamente el propietario del animal, por lo que podría perfectamente suscitarse el caso en que una persona diferente del propietario de muerte a animales de cualquier especie, sin que deba considerarse tal acto como daño agravado, y obviamente solo constituirá delito de daños si el valor de tales animales supera el monto que la ley establece.

7. Agravante por el daño en bienes cuya entrega haya sido ordenada judicialmente

Esta agravante (inciso 5 del artículo 206) se configura por la calidad especial que posee el bien, en el sentido que ya ha pasado a poder directo del Estado, a través del Poder Judicial. Al respecto, cabe mencionar que resulta frecuente el comportamiento de quienes, derrotados en una controversia judicial, no encuentran

mejor manera de dar rienda suelta a su frustración que dañando o destruyendo los bienes que han perdido en la controversia⁷¹⁰.

La agravante en comento prescribe el vocablo “bienes” el mismo que puede tratarse de muebles como de inmuebles, objeto de entrega judicial. Ante todo, la pregunta que debemos hacernos será la siguiente: ¿el sujeto activo tiene que ser requerido por la autoridad judicial, o puede ser una persona distinta al requerido? En este último caso, por ejemplo sería: el agente se dirige a la cochera del Poder Judicial donde se encuentra el auto que ocasionó lesiones graves en su contra, y el agente procede a destruir con arma blanca y en forma dolosa los cuatro neumáticos de dicho auto, porque se enteró que el Juez Penal ha decidido devolver, mediante medida judicial cautelar en forma de embargo, a su dueño. En el primer caso, un supuesto sería: que el Juez le ha dado en custodia judicial, mediante embargo en forma de inscripción, un vehículo a su mismo dueño, y luego de un tiempo el Juez lo requiere para su respectiva devolución al Juzgado, y dicho agente –o sea el dueño– destruye los neumáticos del auto.

Haciendo una interpretación del propio tipo penal asumimos que el sujeto activo, para la configuración del agravante, debe tratarse de la persona requerida por la autoridad judicial. Ahora bien, la condición es que la autoridad judicial –que puede ser desde un Juez de Paz hasta la máxima jerarquía como son los Jueces Supremos– haya sido *ordenada, que técnicamente se exigiría el requerimiento para su entrega física a alguien, ya sea a su propio dueño a otra persona distinta a su dueño, que tenga en su poder, por orden judicial, el bien requerido*; en nuestra opinión, la forma de decretar u ordenar debe cumplir con todas las formalidades que prevé la ley adjetiva de la materia, en el sentido que la decisión judicial debe estar debidamente notificada, o mejor dicho requerido, a la parte interesada, es decir, al sujeto que tiene en su poder el bien requerido.

Ahora bien, la acción dañosa sobre el bien mueble o inmueble debe producirse en un determinado lapso, que transcurre entre la acción de suscribir la resolución judicial hasta la notificación del mismo a las partes involucradas. Si la acción dañosa sobre el bien se produce con la resolución judicial meramente suscrita por el Juez, existirá solo una tentativa punible (de acuerdo con el artículo 16 del Código penal); en cambio, si la decisión judicial ya fue notificada a las partes, existirá perfeccionamiento típico.

Puede haber varios supuestos, previo, a la entrega del bien por orden de la autoridad judicial. En primer lugar, todavía la autoridad judicial no ha decidido la entrega del bien por encontrarse quizá en la etapa de postulación o en etapa de investigación o probatoria del proceso judicial –ya sea penal, civil, laboral, contencioso/administrativo–; en este punto, si el funcionario judicial ha decidido entregar un bien, es porque anteriormente el bien ha estado embargado o incautado; solo así se entendería que el Poder Judicial anteriormente ha poseído real y legítimamente un bien. En segundo lugar, el Poder Judicial todavía no ha tenido una posesión real sobre el bien, por ello requiere a la persona poseedora, para que entregue in-

710 CHIRINOS SOTO, Francisco, *Código penal*, Lima, 2012, p. 757.

mediatamente dicho bien al Poder Judicial. En ambos casos, si el agente daña los bienes requeridos por la autoridad judicial se configura la agravante en comento.

Si el bien se encuentra físicamente ya en poder del juzgado respectivo, y luego el agente se dirige por ejemplo a la cochera del Poder Judicial a romper los neumáticos de un auto. Según nuestro criterio, no se daría la agravante comentada, desde que no se cumpliría con el requisito (implícito) del “previo requerimiento judicial”. En otras palabras, ya el agente entregó o devolvió el bien al Poder Judicial, sería en todo caso, un daño simple.

Debemos de precisar que aun cuando la decisión judicial fuera impugnada por algunas de las partes del proceso, la agravante se seguirá aplicando. Si la autoridad administrativa, como puede ser un ejecutor coactivo municipal, es quien ordena la entrega de un bien que antes estuvo incautado o embargado y es destruido, dañado o inutilizado por el agente, simplemente se aplicará el delito daños básico y no el agravado, desde que el inciso 6 del artículo 206 prescribe exclusivamente a la autoridad judicial.

8. Agravante por daños sobre infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones

Debemos tener en consideración que esta agravante típica (inciso 6 del artículo 206) incorporada según el artículo único de la Ley N.º 27309, publicado el día 17-07-2000, está en función a la especialidad de orden público-estatal que presenta el bien —mueble o inmueble— dañado, destruido o inutilizado. En ese sentido, dicha agravante la podemos dividir, a efectos metodológicos, de la siguiente manera:

- a) *Daños en la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público.* La agravante típica se aplica cuando el agente daña o destruye un conjunto de aparatos, maquinarias, conducciones, etc., dispuesto para un fin, en este caso para el transporte ya sea terrestre, marítimo o aéreo, que son de acceso para el público en general, obviamente dominados y administrados por el Estado peruano, a través de los Gobiernos Regionales o Ministerios de Estado, por ello en la mayoría de veces, se produce aquí un agraviado directo que es el Estado.
- b) *Daños en los equipos o elementos de seguridad del transporte de uso público.* La agravante típica se aplica cuando el agente daña elementos de seguridad referidos al transporte ya sea terrestre, marítimo o aéreo, pues estos están para el servicio público, y como hemos dicho anteriormente aquí también el Estado es en realidad el agraviado directo de las acciones dañosas del agente o los agentes activos.
- c) *Daños en la prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones.* En primer lugar, se puede dañar los servicios públicos de saneamiento significa asegurar el reparo del daño que puede sobrevenir; electricidad que es una de las formas de

la energía, debida al movimiento de electrones, y se entiende que la electricidad se transporte mediante los cables sostenidos por los postes de concreto de luces instaladas en las calles, o de una central eléctrica ubicada una zona determinada. Por último, también se puede dañar los servicios de telecomunicaciones situados en todo el Perú, entiéndase por telecomunicaciones a todo tipo de comunicación telegráfica, telefónica o radiotelegráfica entre una estación transmisora y otra receptora situada a grandes distancias.

En la legislación comparada, encontramos el Código Penal alemán, que en el parágrafo 305 sanciona en forma agravada, el delito de destrucción de obras de construcción, bajo los siguientes términos:

“(1) Quien antijurídicamente destruya total o parcialmente un edificio, un buque, un puente, una represa, una vía construida, un ferrocarril, u otra obra en construcción, cuya propiedad es ajena, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa”.

9. El delito de daño agravado sobre infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones, y su relación con el delito de receptación agravada del artículo 195 del Código Penal

La norma penal agravatoria en comentario tiene algunas zonas fronterizas con lo estipulado en el tipo agravatorio del artículo 195 (receptación agravada) del Código Penal que prescribe: “La pena será privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y de sesenta a ciento cincuenta días multa si se trata de vehículos automotores o sus partes importantes, o si la conducta recae sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones”.

CAP. XIX

Ambas figuras delictivas si bien afectan el mismo bien jurídico protegido, según el Código penal: “patrimonio”, debemos de encontrar algunas diferencias estructurales: en la receptación agravada el agente “adquiera”, “reciba” en donación o en prenda o “guarda”, “esconda”, “venda” o “ayude” a negociar un bien especial referido a vehículos automotores o sus partes importantes, o si la conducta recae sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones de cuya precedencia delictiva el agente de la receptación agravada —puede ser robo, hurto, estafa, apropiación ilícita, entre otros— tenga conocimiento o debía presumir que provenía de un delito; mientras que en el delito de daños agravado esos mismos bienes especiales el agente los destruya, dañe o inutilice ocasionando perjuicio económico al dueño o al titular de dicho bien.

En otras palabras, en la receptación el agente los recibe o guarda dichos bienes obstaculizando con ello la eficaz persecución para recuperar inmediatamente dicho bien a favor del titular del bien; mientras que en el daño, el bien se encuentra a la vista y paciencia del titular del bien, solo que por acción del agente, el bien se ha depreciado económicamente por los daños ocasionados. Como ambas figuras delictivas protegen el mismo bien jurídico (patrimonio), las acciones típicas de ambas figuras pueden encontrarse en una misma línea de ataque, separadas normativamente por las circunstancias fácticas y por el momento temporal de las acciones del agente.

Así, por ejemplo, el agente puede recibir de otra persona, autopartes de automóviles de servicio de taxi la Municipalidad de Lima robados, y una vez que los tenga en su poder el agente, luego de encontrarse cercado por la Policía Nacional, y antes de la intervención policial en flagrancia, el agente proceda a quemar dichos autopartes. Aquí ha habido, en un primer momento, consumación del delito de receptación (agravada) y luego, consumación del delito de daño (agravado), relacionados mediante un concurso real o material de delitos (artículo 50 del Código penal), aplicándose la sumatoria de penas que prevé tal concurso.

VIII. RELACIONES CONCURSALES: CON EL DELITO DE DISTURBIOS. ESPECIAL MENCIÓN A LA POSIBLE INCORPORACIÓN DEL DELITO DE DISTURBIOS EN ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS Y SU RELACIÓN EL DELITO DE DAÑOS

Una de las relaciones delictivas concursales que normalmente concurre con el delito de daños, será con el delito de disturbios regulado en el artículo 315 del Código Penal que indica lo siguiente: “El que en una reunión tumultuaria, atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia cause *grave daño* a la propiedad pública o privada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”. El bien jurídico protegido por el delito de disturbios, según la doctrina mayoritaria y conforme a la ubicación sistemática del tipo, es la tranquilidad pública. El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona.

En cuanto al sujeto pasivo es el Estado. El comportamiento descrito por la norma penal antes indicada, consiste en que en una reunión tumultuaria atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública o privada. Asimismo, es menester destacar que en el tipo penal objeto de análisis requiere la concurrencia del dolo como elemento subjetivo del tipo en cuestión, el cual implica el conocimiento y la voluntad de realizar las acciones descritas por el tipo penal.

Como puede verse, el delito de disturbios, dentro de su descripción legal prevé: “...cause *grave daño* a la propiedad pública o privada...”, es decir, el sujeto activo, dentro de los activos tumultuosos, debe ocasionar daños concretos a la propiedad tanto públicos como privados, pero que estos daños deben adquirir ribetes de lesividad mayor o grave como señala el propio tipo penal, y dicha gravedad debe ser medido tanto en *dimensión dañosa como en perjuicio económico*. En ese sentido,

CAP. XIX

si son actos unitarios pero que generan calificaciones jurídicas distintas (daños y disturbios) serán considerados como concurso ideal de delitos; sin embargo, si son actos totalmente diferentes e independientes en tiempo y en espacio (por ejemplo: primero el agente con varios amigos del barrio rompen intencionalmente las ventanas de las casas vecinas, luego de la salida del Estadio (será castigado por disturbios), y más tarde, cada uno de manera independiente sigue rompiendo, y de manera dolosa, algunas de las lunas de los carros estacionados en las calles, por la cual será castigado por el delito de daños).

Los espectáculos deportivos, principalmente el fútbol, generalmente han venido acompañado por actos de violencia protagonizados por hinchas o fanáticos que asisten para alentar al equipo de su preferencia. El hecho que las personas apoyen, dentro de un estadio a un determinado equipo no tiene ninguna relevancia jurídica a no ser que durante ese apoyo ocasione una afectación a los bienes jurídicos tutelados: la vida humana, integridad física y el patrimonio, entre otros bienes jurídicos. En tal circunstancia es que el derecho debe reaccionar para precisamente prevenir y sancionar aquellas conductas que vayan en contra de aquellos bienes jurídicos del ser humano.

Países como Colombia, Chile y Paraguay han regulado a las denominadas “barras bravas”⁷¹¹, y para lograr un cambio efectivo, debe hacerse con la cooperación de todos los actores involucrados en los eventos deportivos, empezando por los dirigentes de los clubes o equipos de fútbol quienes son los organizadores y quienes entregan beneficios a estos hinchas organizados; las autoridades, que deben realizar estrictos controles de seguridad a los ingresos y resguardar el traslado de las mismas.

En principio debemos destacar que el actual Código Penal no es lo suficientemente drástico con aquellas personas que son detenidas por los efectivos policiales como consecuencia de cometer ilícitos penales en un espectáculo deportivo, y muchas veces, recuperan su libertad para seguir delinquir, sin que haya forma de detener este círculo vicioso que tanto daño viene causando a nuestra sociedad. Sin embargo, debemos de señalar que quizá la solución más simple sea elevando las penas del Código Penal en aquellos ilícitos donde más se encuentra mayor incidencia en este tipo de violencia: por ejemplo, en los delitos contra la vida, el cuerpo y salud; en los delitos contra el patrimonio, y los delitos contra la seguridad pública, específicamente el delito de tenencia ilegal de arma y disturbios. En ese sentido, considero que debe hacerse algunos cambios importantes en el sistema de sanciones penales (de delitos y faltas) que contempla la Ley N.º 26830 de fecha 01 de julio de 1997 –Ley de Seguridad y Tranquilidad Pública en Espectáculos Deportivos–. Consideramos que el actual sistema de sanciones con ocasión de espectáculos deportivos (sancionados hasta con el 50 por ciento más del máximo

711 Las denominadas “barras bravas” surgen en los años 70 en Inglaterra, allí se comienza su expansión por toda Europa y luego América siendo los radios de comunicación su principal transporte, no tardo mucho para que en los países de Latinoamérica comenzaran a surgir las barras bravas, comenzando en Argentina, Brasil y luego en el resto del continente.

de pena que les correspondan conforme al Código) resulta desproporcionada a luz de los principios de del Derecho penal moderno.

Por estos motivos es que asumo la propuesta legal de sancionar en el artículo 315 del Código Penal –delito de disturbio–, mediante un tercer y último párrafo aquellas conductas que ocasionan disturbios con motivo de un espectáculo deportivo, sea en el ámbito de concurrencia pública en que se realiza, o en sus inmediaciones antes, durante o después de él⁷¹². Dicho supuesto típico preverá una pena importante de cara a los objetivos de la prevención general.

Y si el agente activo produce un resultado lesivo (muertes, lesiones personales, daños a la propiedad, etc.) como consecuencia de actos de violencia en espectáculos deportivos, antes, durante o después de dichos espectáculos, el Juez acudirá, para la aplicación de la pena, a las reglas generales del concurso de delitos regulados en los artículos 48 (concurso ideal de delitos) y artículo 50 (concurso real de delitos), y no agravará la penalidad en un 50% por cada delito que se cometa al interior de un espectáculo deportivo.

Debemos buscar reforzar la función motivadora de la norma penal del artículo 315 del Código Penal, por lo que no debemos olvidar que la vigencia de la norma, como expectativa normativa, se mantiene incólume incluso frente a su defraudación. El Derecho Penal, a pesar de la vulneración de la norma, seguirá proscribiendo tales comportamientos e imponiendo sanciones sobre la base de principios básicos como los de proporcionalidad, legalidad y humanidad de las penas, sin que tenga que sujetarse a imposiciones mediáticas que generalmente buscan mayores castigos. Sin embargo, no debemos quedarnos en la simple dación de una ley o norma jurídico-penal sino que se debe tener en consideración que la protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona constituyen un binomio inseparable y ambos conceptos son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática. En tal sentido, es deber primordial del Estado la protección a la población de las amenazas contra su seguridad conforme lo establece el artículo 44 de la Carta Magna y confiere en su artículo 166 a la Policía Nacional la obligación de garantizar, mantener y restablecer el orden interno.

CAP. XIX

712 Primera modificación del Código Penal

Incorpórese un tercer párrafo al Artículo 315 del Código Penal, el cual quedará redactado en los siguientes términos:

“Artículo 315°. Disturbios

El que en una reunión tumultuaria, atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública o privada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

En los casos en que el agente utilice indebidamente prendas o símbolos distintivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú, la pena privativa de la libertad será no menor de ocho ni mayor de diez años.

La pena será no menor de ocho ni mayor de diez años de pena privativa de libertad, cuando se produzca con motivo de un espectáculo deportivo, sea en el ámbito de concurrencia pública en que se realiza, o en sus inmediaciones antes, durante o después de él”.

IX. LA REFORMA PRODUCIDA A TRAVÉS DE LA LEY N.º 30076 EN EL DELITO DE DAÑOS

Como es sabido, el artículo 205 del actual Código Penal de 1991 regulaba el delito de daños bajo el siguiente texto: “El que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa”.

Ahora bien, a través de la reforma producido en la Ley N.º 30076 se anuncia la misma descripción típica descrita anteriormente, es decir, se señala lo siguiente: “El que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con treinta a sesenta días-multa”; sin embargo, se prevé una modificación legal en cuanto a las consecuencias jurídicas del delito de daños, pero solo en cuanto se refiere a la pena privativa de la libertad, ya que antes estaba con pena máxima de dos años, y actualmente se impone una pena privativa de tres años como máximo, conservándose la misma pena conjunta principal de multa con treinta a sesenta días-multa.

DISPOSICIONES COMUNES DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS INTERVINIENTES EN DELITOS PATRIMONIALES

I. CONSIDERACIONES GENERALES: LOS LLAMADOS “OBSTÁCULOS EXCLUYENTES DE PUNIBILIDAD” O “EXCUSAS ABSOLUTORIAS”

En la teoría general del delito se conoce que para aplicar una sanción penal a una persona, se tiene que cumplir con ciertas condiciones que impone una teoría tripartita de responsabilidad penal; es decir, que la conducta (humana) tiene que ser típica, antijurídica y obviamente que el sujeto tenga que ser culpable. Sin embargo, aún en ciertos casos existiendo conducta delictiva según la teoría general del delito, no podrá aplicarse finalmente una sanción penal porque todavía falta verificar si las condiciones sancionatorias se presentan, es decir, si político-criminalmente hablando es merecedor de imponerle una sanción penal; ya que el mismo legislador penal puede habilitar ciertas condiciones expresas para prohibir que determinadas personas que intervienen en un evento delictivo queden totalmente exoneradas de responsabilidad penal, como efectivamente ha pasado, en el caso peruano, de algunos delitos patrimoniales.

Se trata entonces, de evitar que, por intereses estrictamente patrimoniales, el Estado intervenga. La posibilidad de un proceso y la necesaria investigación de las circunstancias que determinaron la comisión del delito, podrán resultar sumamente perjudiciales, al grado de ahondar disensiones en la débil unidad familiar, ocasionando insalvables consecuencias.⁷¹³ Villa Stein, citando al profesor Bajo Fernández, señala “...que el fundamento de la excusa es la menor culpabilidad que supone el ataque a bienes jurídicos del pariente. Discrepamos del fundamento, pues con el mismo debiera desaparecer la gravedad del parricidio. El fundamento en todo caso de la excusa es político-criminal en salvaguarda de la familia o lo que queda de ella”⁷¹⁴.

Ahora bien, desde la perspectiva de la necesidad de la pena a imponer, que no tiene nada que ver con el delito cometido, existen ciertos reparados a tener en consideración, que tiene como objetivo tratar de impedir que la sanción penal –ya

713 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal, Parte especial II-A*, Edit.: Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, p. 606.

714 VILLA STEIN, Javier; *Derecho penal. Parte especial II-A, Delitos contra el patrimonio*, Edit. San Marcos, Lima, 2001, p. 212.

sea con internamiento en un Penal o con reglas de conductas, a través de una pena suspendida— se haga efectiva. Estos reparos en la doctrina penal que llama *excusas absolutorias*, que Jiménez de Asúa “...son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública; es decir, que son motivos de impunidad —como también las llama Vidal— *utilitates causa*”⁷¹⁵. O según Bustos Ramírez los prefiere llamar excusas *legales* absolutorias, los mismos que son circunstancias personales que por estrictas razones de utilidad en relación con la protección del bien jurídico excluyen la imposición de pena⁷¹⁶.

Raúl Peña Cabrera supone erróneo el término “excusa absoluta” ya que el término absolutorio supone un acto procesal anterior, una resolución a favor del procesado. El fallo que declara la inocencia del acusado y que da término al proceso es absolutorio; de ahí que en sentido estricto, la denominada “excusa absoluta” no sea tal, porque no absuelve, sino que impide la punición.⁷¹⁷ Por su parte, Gálvez Villegas afirma que por la excusa absoluta, el propio ordenamiento jurídico, libera de responsabilidad penal, al agente de la conducta; pues en estos casos se considera que la pena no puede cumplir sus fines, por lo que es preferible no imponerla; ya que resulta más oneroso, tanto para el agraviado como para el Estado y la sociedad, imponer la pena que perdonar al agente.⁷¹⁸

Pero no solo en este delito se prevé tales supuestos, sino que el Código Penal peruano, en la Parte Especial, bajo distintas nomenclaturas, pero que al final tiene el mismo objetivo de exoneración, que son las llamadas normas generales (o disposiciones comunes) de exclusión de responsabilidad penal para algunos de los ilícitos penales. Así, en el delito contra la Administración de Justicia (delito de encubrimiento, artículo 406 del Código penal: “Están exentos de pena los que ejecutan cualquiera de los hechos previstos en los artículos 404 y 405 si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta”); así también prevén disposiciones comunes en los delitos que atacan contra los Poderes del Estado y el orden Constitucional (artículo 351 del Código penal: “Los rebeldes, sediciosos o amotinados que se sometan a la autoridad legítima o se disuelven antes de que esta les haga intimidaciones, o lo hacen a consecuencia de ellas, sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, están exentos de pena. Se exceptúan a los promotores o directores quienes serán reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la señalada para el delito que se trataba de perpetrar”).

Los obstáculos que excluyen o cancelan la punibilidad suelen llamarse en la doctrina *excusas absolutorias*, nombre que es preferible omitir, porque la referencia

715 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “*Principios de Derecho penal, la ley y el delito*”, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 433.

716 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “*Lecciones de Derecho penal. Parte general*”, edit. Trota, Madrid 2006, p. 357.

717 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho penal. Parte especial II-A*”, edit.: Ediciones Jurídicas, Lima, p. 603.

718 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; *La reparación civil en el proceso penal*, Lima, 1999, p. 256.

a absolución importa connotaciones procesales que desvirtúan su verdadera naturaleza. En el caso de los *obstáculos excluyentes de punibilidad*, es aún más claro que no se trata de causas que impongan la absolución, sino que su existencia – puesto que es siempre concomitante con el delito– descarta *ab initio* la operatividad de la coerción penal, de modo que elimina cualquier posibilidad de que la acción procesal se ponga en movimiento contra quien se halla en esa situación⁷¹⁹. García Caveró los llama “causas personales de exclusión de la punibilidad” los mismos que eximen de la pena a las personas que posean un determinado estatus o cualidad especial, no beneficiando, por tanto, a los otros intervinientes en el hecho que no reúnan esta cualidad especial⁷²⁰.

La punibilidad puede ser excluida en los casos en que el legislador por cuestiones de política criminal, ha considerado conveniente no imponer una pena a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable. Se trata normalmente de causas vinculadas a la persona del autor y, por lo tanto, solo le afectan a él y no a los demás participantes en el delito⁷²¹. Las causas personales de exclusión de punibilidad no solamente impiden que pueda aplicarse una pena a quienes se hallan en la situación prevista por la ley, sino que bloquea la iniciación misma del proceso⁷²².

II. REGULACIÓN LEGAL ACTUAL

El artículo 208 del Código Penal peruano, modificado por la Ley N.º 27309, del 17 de julio de 2000, regula las denominadas excusas absolutorias de las penas aplicadas a los delitos patrimoniales, y lo regula de la siguiente manera:

“Artículo 208. No son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen:

1. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.
2. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado en poder de terceros.
3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos”.

CAP. XX

719 ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000, p. 841

720 GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho penal económico. Parte general*, T. I, Lima, 2007, p. 902. URQUIZO OLAECHE, José; *Código Penal*, T. I, Lima, 2011, p. 702.

721 SALINAS SICCHA, Ramiro; *Derecho penal. Parte especial*, Lima, 2013, p. 1320.

722 CHIRINOS SOTO, Francisco; *Código penal*, Lima, 2012, p. 764.

1. Antecedentes legales

El Código Penal peruano de 1924, (hoy abrogado) en el artículo 260 regulaba las “Disposiciones Generales”, bajo el siguiente tenor:

“No son reprimibles con pena, sin perjuicio de la reparación, por los robos, apropiaciones, o defraudaciones o daños que recíprocamente se causare:

1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en línea recta;
2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro.
3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos”.

2. Legislación comparada

No solo en el contexto peruano se regula las causas de exclusión de responsabilidad penal en el ámbito de los delitos patrimoniales, sino que también en el Código Penal español, en el Capítulo VIII, se regula, bajo la misma denominación, las Disposiciones Generales, bajo el siguiente tenor:

“Artículo 185. Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en línea recta;
2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro;
3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito”

CAP. XX

El art. 185 del Código Penal argentino declara: “exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta;
2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro;
3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos, y dispone, además, que “la excepción establecida no es aplicable a los extraños que participen del delito”.

III. COMENTARIOS A PARTIR DEL ARTÍCULO 205 DEL CÓDIGO PENAL

Según el profesor argentino Donna el fundamento de la excusa absolutoria aplicado a los delitos patrimoniales ha sido objeto de varias teorías⁷²³:

- a. *Teoría de la salvaguardia del decoro familiar.* Principalmente, se ha dicho que a través de ella se intenta salvaguardar el decoro familiar. Se prefiere que el hecho delictivo quede impune como tal a que dicho hecho se convierta en público al ser reprimido y se llegue a una situación de descrédito no deseada y perjudicial para la institución de la familia.
Todo ello en virtud del vínculo íntimo que une a los sujetos a los sujetos en cuestión y la solidaridad existente.
- b. *Teoría de la comunidad doméstica de bienes.* También encontramos la teoría de la comunidad domestica de bienes. Esta doctrina estipula que en una familia existe cierta comunidad en cuanto a los bienes que se poseen, por lo que sería improcedente la persecución penal en referencia a ella. Se habla de un condominio ideal de bienes, y es ya de antigua data.
- c. *Teoría de la ausencia de alarma social.* Por su parte, la doctrina de la ausencia de alarma social sostiene que no es imprescindible para la sociedad castigar estas conductas, ya que la seguridad general no se ve afectada y todo queda en un ámbito de intimidad que no necesita castigo.
- d. *Teoría que asigna fundamentos múltiples a esta excusa.* Y, por último, dando validez a todo lo antedicho, encontramos la teoría de los múltiples fundamentos, que determina que son todas estas razones las que justifican la no punibilidad de la conducta delictiva en estos casos íntimos.

La exclusión de punibilidad recae exclusivamente en determinadas personas, que revelan ciertas particularidades que la ley estima como positiva. v. gr., la exención de pena prevista en el artículo 208 del Código penal, es considerada como una excusa absolutoria en sentido estricto, y es una condición que debe concurrir al momento de la comisión del injusto penal. Esta condición está definida por una relación de parentesco, que concurre entre el sujeto activo con el sujeto pasivo⁷²⁴. Surgen, pues, razones de oportunidad y de conveniencia definidas, en criterios políticos, jurídicos, en consonancia con el fin preventivo del Derecho penal; el derecho punitivo realiza un proceso de exclusión ante determinadas conductas típicas que son realizadas por un autor que detenta ciertas cualidades que exigen un tratamiento punitivo diferenciado. En definitiva, las excusas legales absolutorias son circunstancias personales que por estrictas razones de utilidad en relación a la protección del bien jurídico excluyen la imposición de pena⁷²⁵.

CAP. XX

723 DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho penal. Parte especial*“, T. II-B, edit. Rubinzal y Asociados, Buenos Aires, 2001, p. 775.

724 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho penal. Parte general. T. I*, Edit. Idemsa, Lima 2011, p. 1073.

725 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *“Lecciones de Derecho penal, Parte general”*, Edit. Trota, Madrid 2006, p. 357.

Cabe indicar que la causal expresa en el artículo 205 del Código Penal peruano de exclusión de responsabilidad penal, solo le es beneficioso a aquél que posea la calidad especial expresada en la norma penal: “cónyuges”, “ascendientes”, “descendientes” y afines en la línea recta, “consorte viudo”, “hermanos” y “cuñados”. Cualquiera otra persona distinta a las nombradas anteriormente, pero que coadyuven a la realización de los delitos de hurto, apropiación, defraudación o de daños, no serán alcanzadas por la norma de exclusión de responsabilidad; es decir, los cómplices necesarios o secundarios, inductores *extraños* no serán responsables penalmente precisamente porque carecen de la cualidad especial prevista por la ley. Así lo tiene expresamente estipulado el Código Penal español, artículo 185, último párrafo: “La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito”. De la misma forma se preveía en el abrogado Código Penal de 1924, en el artículo 260, último párrafo: “La excepción establecida en este artículo, no es aplicable a los extraños que participen del delito”.

La condición para la exclusión de responsabilidad es que tanto el sujeto activo como el titular de la cosa (sujeto pasivo), tengan la misma calidad especial prevista en la Ley al momento de la comisión del evento delictivo; es decir, por ejemplo que el marido le hurte dinero guardada en la cartera de su mujer; o el nieto que le hurta dinero en la billetera del abuelo, el mismo que se encuentra el ropero. Ahora bien, puede darse el caso que las personas que colaboren, sean considerados cómplices, pero que tengan dicha calidad, por ejemplo, de cónyuge, ascendientes, entre otros, igualmente les alcanzara la norma de exclusión, desde que el artículo 205 no distingue entre autores o partícipes, solo expresa que las personas tengan la calidad especial prevista en la Ley.

Cuando el legislador patrio anuncia la frase: “No son reprimibles...”, lo que trata de afirmar es que la configuración delictiva en el plano del carácter estratificado está totalmente afirmado; es decir, cuando el agente activo (por ejemplo: cónyuge, concubinos, descendientes, etc.) comete hurtos, apropiaciones (apropiación ilícita), defraudaciones (estafa) o daños, la acción del agente, la tipicidad objetiva como subjetiva de cualquiera de los tipos penales antes citados, la respectiva antijuricidad del hecho con el derecho, y la culpabilidad individual se ha verificado en el proceso penal. Existe, en otras palabras, un delito o un hecho punible.

Se ha excluido del catálogo de exenciones de sanción el delito de robo, por su carácter de afectación pluriofensivo, y por la gravedad que representa para la Sociedad, situación que no se presentaba en el abrogado Código Penal de 1924 que preveía en el artículo 260, primer párrafo: “No son reprimibles con pena, sin perjuicio de la reparación, por los robos...”. Asimismo, se ha excluido por su gravedad y alarma social por ejemplo el delito de extorsión, el chantaje y otros delitos que están ubicados en el mismo Capítulo V –Delitos contra el patrimonio– del Código Penal peruano.

El tema de la responsabilidad civil del autor, como no podía ser de otra manera, corre por cuerda separada para los efectos de las causas de exclusión de sanción penal, en el sentido que si el Juez penal lo absuelve, esto o será óbice para que la víctima o las víctimas en la vía civil haga valer su Derecho a la indemnización

que corresponda. En ese sentido, en el ámbito de la justicia penal si se cumplen los requisitos estipulados en el artículo 208 no habrá sanción penal, en cambio, en el ámbito de la justicia civil, la víctima encontrará alguna solución al conflicto generado por la sustracción, engaño, apropiaciones o daños a su propiedad. Según Gálvez Villegas, si estamos ante la presencia de una excusa absolutoria, no podemos atribuirle responsabilidad penal al agente de la conducta, pero como quiera que la conducta es configurativa de delito, significa que es antijurídica y por lo tanto el daño ocasionado en estas circunstancias, también será antijurídico, y en consecuencia resarcible; por lo que —al ser el daño resarcible—, se determina la responsabilidad civil del agente⁷²⁶.

IV. PERSONAS BENEFICIADAS CON LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD

Las personas beneficiadas con la exclusión de responsabilidad son las siguientes, según el artículo 205 del Código Penal:

1. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta

Cuando el Código Penal prevé, a efectos de la exclusión de responsabilidad, la figura del cónyuge o, mejor dicho los cónyuges, se está refiriendo concretamente al acto del matrimonio civil de los contrayentes, acto que se realiza en el Registro Civil de cada municipalidad, de acuerdo con las normas del Código civil. En tal sentido, son cónyuges estrictamente definidos quienes contraen matrimonio ante el Registro Civil correspondiente, con arreglo al artículo 259 del Código Civil. La causas de exclusión de punibilidad cubren en primer término a los cónyuges, hagan o no vida en común. El matrimonio anulable (artículo 277 del Código Civil) está igualmente incluido, como lo está también el matrimonio sujeto a nulidad, siempre y cuando el vicio haya sido de buena fe (artículo 284 del Código Civil).

Sin embargo, dado que el matrimonio religioso genera fácticamente una situación idéntica a la del civil, sujeta a los mismos deberes y obligaciones así como al mismo régimen patrimonial, consideramos que también se incluye en esta excusa al cónyuge por matrimonio religioso; tanto más si patrimonialmente se da el mismo tratamiento a la convivencia que al matrimonio⁷²⁷. Ahora bien, si los bienes de la sociedad conyugal ya hubiesen sido materia de división o asignación a los herederos, ya no podrá aplicarse la excusa absolutoria y el hecho configurará el delito correspondiente, aun cuando sea perpetrado por el cónyuge sobreviviente, salvo que este tenga relaciones de familiaridad o parentesco con el agraviado⁷²⁸.

De la misma manera se excluye de la responsabilidad penal de algunos delitos patrimoniales, a los concubinos, que según el artículo 326 del Código Civil es la

726 GÁLVEZ VILLEGAS, 1999, p. 256.

727 De la misma manera: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino / DELGADO TOVAR, Walther Javier; *Derecho penal. Parte especial*, T. II edit.: Juristas Editores, Lima 2011, p. 1230.

728 GÁLVEZ VILLEGAS / DELGADO TOVAR, T. II, 2011, p. 1231.

unión de hecho, voluntariamente y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

Este beneficio incluye a los ascendientes y descendientes. Son ascendientes los parientes consanguíneos en línea recta ascendente, es decir, padres, abuelos, bisabuelos, y demás progenitores. Por su parte descendientes, son los parientes consanguíneos en línea recta descendente, esto es, los hijos, nietos, bisnietos, etc., que provienen de un “tronco” común. La ley no hace distinción en cuanto a la legitimidad, por ello cubre tanto a los descendientes habidos dentro del matrimonio como fuera de él. Se excluyen de la excusa materia de análisis a los parientes consanguíneos en línea colateral tíos, sobrinos, primos, siempre que no se traten de los hermanos y cuñados, puestos que estos se encuentran beneficiados conforme lo prescribe el inciso 3 del tipo penal in comento.

Respecto al hijo adoptivo, la doctrina especializada se ha pronunciado por su exclusión.⁷²⁹ Al respecto, Gálvez Villegas y Delgado Tovar consideran que es “...un despropósito, porque en este caso están sujetos, respecto a las relaciones patrimoniales, a los mismos deberes, obligaciones y condiciones que los ascendientes y descendientes consanguíneos. En tal sentido, en este último caso puede aplicarse la excusa absolutoria en aplicación de la analogía in *bonam partem*. Pues, debe tenerse en cuenta que la analogía en el Derecho Penal, está prohibida únicamente cuando perjudica al imputado (*analogía in malam partem*).⁷³⁰

La excusa sigue vigente aunque medie separación de hecho y solo desaparece con la disolución del matrimonio, sea por nulificación, divorcio, muerte de uno de los cónyuges o nuevas nupcias que uno de ellos haya contraído después de la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento del otro.⁷³¹

2. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado en poder de terceros

La muerte de un cónyuge disuelve el vínculo familiar. En tal situación, los bienes familiares sufren un estado transitorio de confusión, pues materialmente es imposible determinar con precisión los bienes que pertenecen al cónyuge supérstite o al fallecido; en este sentido la ley exime de pena al cónyuge sobreviviente que dispone de los bienes de su difunto, mientras no hayan pasado al poder de otros⁷³².

CAP. XX

729 Véase, por todos: PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal, parte especial II-A*; edit.: Ediciones Jurídicas, Lima, p. 611.

730 GÁLVEZ VILLEGAS / DELGADO TOVAR, Walther; T. II, 2011, p. 1231.

731 CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte especial*; 6ta edición, T. I, edit.: Astrea, Buenos Aires 1991, p. 165.

732 PEÑA CABRERA, Raúl, “*Tratado de Derecho penal. Parte especial II-A*”; edit.: Ediciones Jurídicas, Lima, p. 613.

3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos

La disposición legal considera, tanto a los hermanos bilaterales como unilaterales; igualmente a los cuñados. En esta regla, se puede observar la exigencia de un requisito, ajeno a los anteriores. Que a nuestro juicio, desvirtúa de alguna manera el fundamento de la excusa de punibilidad, pues exige la cohabitación tanto a los hermanos como a los cuñados. Peña Cabrera estima correcta para los cuñados, pero extrema para los hermanos, quienes aun habitando en lugar distinto continúan formando el conglomerado familiar⁷³³.

La condición que impone el legislador patrio es que los hermanos y los cuñados vivan juntos, es decir, que radiquen o que hayan fijado su residencia habitual en un mismo domicilio, ya que si no es así, y un cuñado realice un hurto en agravio de otro cuñado, se aplicará la sanción penal que corresponda. Tiene que demostrarse en el proceso penal de manera indubitable que los hermanos o los cuñados viven bajo un mismo techo en una determinada zona. No interesa la condición o situación contractual por la cual las personas viven juntos (pueden vivir bajo alquiler, por compra-venta, por donación, etc.). Ahora bien, puede presentarse dos casos concretos: en primer lugar, una situación de *permanente convivencia* entre las personas involucradas; o en segundo lugar, una situación de *relativa convivencia* entre las personas involucradas.

CAP. XX

733 PEÑA CABRERA, //A", p. 613.

PROTECCIÓN PENAL DE LA MONEDA EN EL PERÚ

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Dentro de los amplios sectores de figuras delictivas que todavía siguen impregnados, desde el texto punitivo de 1924, y “reactualizados” en el actual texto de 1991, se pueden apreciar las infracciones penales a la moneda, o mejor dicho, tanto a la moneda y al billete de curso legal emitido por el Estado.

Nuestro sistema monetario, considerado como el conjunto de billetes y monedas que emite un país, está regulado en nuestra Constitución Política en su artículo 83, que a la letra dice⁷³⁴: “La ley determina el sistema monetario de la República. La emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado. La ejerce por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú”.

Cabe señalar que el Estado supervisa el sistema monetario a través del Banco Central de Reserva del Perú, que es una de las instituciones más importantes de la vida económica del país, por sus tres funciones: 1. Manejo de la cantidad de dinero; 2. Manejo del crédito y 3. Manejo de la seguridad del país frente a las monedas extranjeras. Dicho ente es el único y exclusivo que está autorizado a nivel nacional para emitir monedas y billetes, de manera que nadie (ni particulares ni funcionarios públicos) puede irrogarse dicha atribución, porque aparte de que se crearía un inmenso caos y la economía interna sería prácticamente inmanejable, se comenzaría a caer en el campo de las responsabilidades punitivas de acuerdo con nuestra legislación penal vigente.

Así también, nuestra Constitución menciona que el Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera (artículo 62).

Con este artículo se garantiza la libre tenencia de la moneda extranjera, es decir, que el particular no solamente puede tener dólares en su casa o en una institución bancaria; sino que puede disponer de dichos dólares, esto es, gastarlos o convertirlos en otra moneda.

García Toma define a la moneda como aquella pieza de metal, acuñada por el Estado, que sirve como medio de cambio, medio de apoyo, unidad de cuenta

734 Cabe recordar que también la Constitución política de 1979 reguló en el artículo 148 el sistema monetario en los mismos términos que la actual redacción.

y medida de comprobación de atesoramiento de riqueza. Se usa como sinónimo de dinero⁷³⁵.

La función de la moneda se caracteriza por su doble significación *económica*, en tanto instrumento común para medir el proceso de las cosas y medio de pago en las transacciones; y *simbólica*, en cuanto manifestación del monopolio en la acuñación, se reserva el Estado que la emite, acredita y es garante de su solvencia⁷³⁶.

La moneda es un signo público no solo garantizado sino impuesto por el Estado como medio de pago. La moneda da fe a su poseedor y a la sociedad entera, de tener un valor determinado, es también un medio o elemento de prueba y no merma dicha función desde su emisión hasta su muerte.

Con la Ley N.º 26716, publicada el 27 de diciembre de 1996, se modificó todos los tipos penales ubicados en el Capítulo II del Título X, referidos a los delitos monetarios del Código Penal; modificación que estaba circunscrita a un mejor alcance para la redacción de las conductas típicas y sobre todo a aumentar la pena privativa de libertad para cada uno de los delitos en una suerte de *prevención general positiva*. Creemos que el Derecho penal no sirve para crear conciencia de nada, por ello pretender utilizarlo con este resulta totalmente ilegítimo y político-criminal.

Hay que tener presente, que de conformidad con el artículo único de la Ley N.º 26992 (12-11-98), que modifica el artículo 3 de la Ley N.º 26716, el Banco Central de Reserva del Perú será considerado como agraviado en los delitos que tratan los artículos 252 al 260 del Código Penal.

II. DEFINICIONES DE MONEDA EN PERSPECTIVA GENERAL

1. Moneda nacional

Es la emitida por el Estado peruano, y su unidad ahora es el sol. Se sabe que ahora nuestro sistema monetario es decimal, pero la inflación nos obliga a cambiar varias veces de sistema de numeración. Así, del sol de oro pasamos al inti, con el gobierno de Belaunde. Del inti, hemos regresado al nuevo sol.

2. Moneda de valor o con valor intrínseco

Es un metal precioso, oro o plata, acuñado en amalgama con otros metales de menor importancia, pero que de todas maneras tiene un valor autónomo como bien, adicional a su valor como moneda.

3. Papel moneda

Es un documento *sui generis* emitido por el Estado, al cual este le otorga, mediante un acto de disposición jurídico-político, poder liberatorio, es decir, le

735 GARCÍA TOMA, Víctor; *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. T. II. Universidad de Lima, 1998, p. 182.

736 BRAMONT ARIAS TORRES, Luis A.; *Código Penal anotado*. Lima 465. p. 465.

confiere idoneidad como medio de pago de toda clase de obligaciones, asimismo obliga a los ciudadanos a aceptarlo.

4. Moneda representativa y moneda fiduciaria

Una moneda es representativa cuando a su denominación corresponde un valor idéntico en otro, divisas u otros bienes, convertibles o no. Es moneda fiduciaria la que guarda correspondencia con bienes reales. Y si aún conserva alguna referencia a ellos es, ante todo, simbólica.

5. Moneda de curso legal

Se entiende por tal la moneda que por disposición de la ley tiene poder liberatorio, es decir, tiene idoneidad para pagar toda clase de obligaciones, y las personas están obligadas a recibirla o aceptarla.

III. DEFINICIÓN DE LA MONEDA EN PERSPECTIVA PENAL

Para el tratamiento jurídico-penal se entiende por moneda, *lato sensu*, tanto a la pieza metálica como al papel moneda, llamado comúnmente billete de curso legal. Nótese tipos penales establecidos en nuestro Código Penal: artículo 252: “El que falsifica billetes o monedas(...)”; artículo 253: “El que altera billetes o monedas(...)”; artículo 254: “El que introduce(...) monedas o billetes(...)”. Asimismo, el legislador, haciendo gala de su poder legisferante, ha querido abarcar otros elementos que semántica o lingüísticamente no guardan relación o semejanza con el significado genuino de moneda, y que es una constante en la legislación comparada⁷³⁷; en tal línea encontramos valores equiparados a moneda en el artículo 257: “Las disposiciones de los artículos precedentes son extensivas a los billetes, monedas, valores y títulos de otros países”; y en el artículo 261: “Para los efectos de este capítulo quedan equiparados a los billetes y monedas, los títulos de la deuda pública, bonos, cupones, cédulas, libramiento, acciones y otros valores o títulos-valores emitidos por el estado o por personas de derecho público”.

IV. SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El Código Penal de 1991 incorpora los delitos monetarios dentro del Capítulo II, ubicado en el Título X, “Delitos contra el orden financiero y monetario”, adquiriendo dicho bien jurídico-penal autonomía conceptual, sistemática y dogmática; de esta manera, el legislador patrio ya no lo considera como delitos contra la fe pública, dentro del Título II, referido también a acciones criminales sobre *sellos, timbres y marcas oficiales*, en el Código Penal derogado de 1924.

La doctrina y la jurisprudencia española señalan que el bien jurídico tutelado en esta clase de ilícitos penales es la *seguridad del tráfico monetario*; más recien-

737 El Código español, por su lado, interpreta el término *moneda* según lo descrito en el artículo 387: “(...)la moneda metálica y papel moneda de curso legal, las de débito y los cheques de viaje. Igualmente, se equiparán a la moneda nacional la de la Unión Europea y las extranjeras”.

temente, pregonan que dichas conductas típicas representan *un agrave atentado a la economía y estabilidad monetaria de un país*⁷³⁸. Situación esta que genera inseguridad jurídica a la hora de saber cuál es la “verdadera” protección del bien jurídico, situación que nos lleva a averiguar cuál o cuáles son las finalidades político-criminales que inspiraron a nuestro legislador, en desentrañar su *ratio legis*. Ya que Por ejemplo, atentado contra la economía de un país o contra su economía nacional no es término técnico con contenido preciso pues se puede identificar tanto como el patrimonio económico de la nación, como el bienestar social.

El Estado pues, como reiteramos, tiene el monopolio de la emisión de billetes y lo ejerce a través del Banco Central de Reserva, también llamado instituto emisor. En otras épocas eran los organismos privados autorizados para lanzar moneda, y el público aceptaba en la medida de la confianza que le inspiraba la respectiva institución bancaria. La moneda que el Estado emite es de curso forzado, pues nadie puede rehusarse a recibirla como medio de pago. Tiene valor cancelatorio⁷³⁹.

Cabe destacar además, que no solamente el legislador ha querido darle protección penal a la moneda, pues como se puede apreciar en los tipos penales, también se ofrece tutela al billete y a otras características, así Bajo Fernández⁷⁴⁰ sostiene que la denominación “delitos monetarios” (refiriéndose al Código español ya derogado, pero que es todavía utilizado por el nuestro), es incorrecta, pues se ha querido delimitar el delito en función de su objeto material: la moneda, y ciertamente no es esto lo que caracteriza al delito monetario, ya que no todos los delitos que tienen como objeto la moneda se comprende en la expresión “delitos monetarios”. Tal es el caso de los delitos de falsificación de moneda en sus diversas modalidades de fabricación, introducción y expedición. Más bien, agrega el autor, debe decirse que los delitos monetarios se caracterizan por incidir sobre “medios internacionales de pago” como tales, es decir, desde la perspectiva de las relaciones comerciales internacionales.

La posición del español Bajo Fernández del bien jurídico protegido es “el interés de la Administración pública en el control de los medios de pagos internacionales, es decir, en el control de los medios de pago, con el exterior”⁷⁴¹.

Por otro lado, Morillas Cueva afirma que en este delito se protege el *tráfico jurídico* y sobre semejante perspectiva y la de la comprensión de la moneda como medio de pago, el bien jurídico se completa o mejor se deriva con la tutela del *sistema monetario nacional e internacional o el mercado de pagos* de igual naturaleza⁷⁴².

738 SERRANO BUTRAGENO, Ignacio (Coord. Editorial), *Código Penal de 1995 (comentario y jurisprudencia)*. Granada, 1999. p. 1569.

739 CHIRINOS SOTO; *Constitución de 1993. Lectura y comentario*. Lima 1997. p. 136. Agrega que según el Código Civil, el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y el lugar del pago.

740 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; “Delitos monetarios, Cuestiones comunes a las distintas figuras de delito” en: *Comentarios a la Legislación Penal*. T. IV, Madrid. 1985. p. 32.

741 Ob. Cit. p. 57 citando su obra de 1978. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*.

742 MORILLAS CUEVA, Lorenzo, Falsedades (I); “Falsificación de moneda y efectos timbrados” En: *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*. Dir. Manuel Cobo del Rosal, Madrid. 1997. p. 215.

En nuestra doctrina, según Bramont Arias Torres, el bien jurídico genéricamente protegido en los delitos monetarios: es el interés del Estado por defender el sistema económico de medios de pago, que puede ser afectado por la sustracción del mercado (transparente) de medios considerados indispensables para el funcionamiento del sistema (sobre todo ante la dependencia del mercado internacional), con lo que se compromete el bienestar de todos y cada uno de los miembros de los colectivos⁷⁴³.

V. SOBRE LA TÉCNICA LEGISLATIVA

Se distingue que en el Código se agrupan dos tipos de casos protegibles:

- a. Los primeros ilícitos penales están referidos a la protección penal de **la moneda y los billetes** nacionales y extranjeros (arts. 252 y sgtes.).
- b. En los últimos ilícitos penales se observa que están referidos a la protección de las **divisas** del país (arts. 259 y 260).

Los delitos monetarios, en el Código Penal peruano, descansan sobre cuatro modalidades típicas ("*verbo rector*"):

- a. Falsificación
- b. Alteración
- c. Circulación
- d. Tenencia de instrumento para la falsificación

Se nota cierto grado de *implicación* cuando se superponen con otros delitos ubicados en el mismo texto punitivo (que se solucionarán con base en las reglas del concurso aparente de leyes, en las que se aplicará el *principio de consunción*), como los siguientes:

- a. *Delitos de falsificación material*, pues utiliza los mismos verbos típicos (arts. 252 falsifica; 253, altera; 254, falsa o alterada; 255, falsificación, la alteración); y el Código español los incluye dentro del rubro "de las falsedades".
- b. *Delito de apropiación ilícita* (artículo 260)
- c. *Delito de estafa* (artículo 254)

CAP. XX

VI. ¿CAUSA DE JUSTIFICACIÓN?: SOBRE EL TEMA DEL CONSENTIMIENTO

Tenemos que resaltar que se parte de la idea de que el consentimiento de la víctima esta descartado, ya que se trate de delitos respecto de los que se afirma como bien jurídico uno de carácter colectivo o macrosocial —*la seguridad del tráfico jurídico monetario*—. Empero, en la vida diaria vemos múltiples casos que nunca llegan a ventilarse en los fueros judiciales, solo quedan a nivel policial, sobre todo si se trata de billetes o monedas de escaso valor económico o en los casos en los

743 BRAMONT ARIAS. Ob. Cit. p. 466.

que el supuesto denunciado ha sido también sorprendido; pero desde el punto de vista dogmático tiene relevancia jurídico-penal, en la medida en que se está actuando, en estos casos, desde el principio de insignificancia en los que ni siquiera se ha puesto gravemente en peligro al bien jurídico (art. IV del TP del CP), muy diferente es en el caso que, detrás de ese billete falso, esté operando toda una maquinaria criminal o red organizada dedicada a perpetrar diariamente este delito; esto es, que el denunciado solo ha sido una especie de “pasomano” del billete o que ha actuado influenciado bajo un error de tipo, donde se podría discutir su *vencibilidad* o no. De todas maneras, será relevante a efectos de la impunidad solo su carácter de invencible, al no preceptuar ningún supuesto culposos en este capítulo.

Pensar en una causa de justificación amparada en el inc. 10 del artículo 20 del CP y no de atipicidad (los llamados acuerdos entre las partes), en la medida en que el “permiso” que otorga el perjudicado para nada inerva el daño ocasionado, es decir, no hace desaparecer el carácter *disvalioso* de la conducta que desencadenó en el resultado, resulta imposible jurídicamente desde que aquel artículo exige un bien jurídico de libre disposición.

VII. SOBRE LAS ESTRUCTURAS TÍPICAS DE LOS DELITOS MONETARIOS

1. Falsificación de moneda

“Artículo 252. El que falsifica billetes o monedas será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años y con ciento veinte a trescientos días-multa.

El que falsifica billetes o monedas separando el anverso y el reverso de los auténticos, superponiendo sus fragmentos, recurriendo al empleo de disolventes químicos, usando los fabricados por otros países, recurriendo a aleaciones distintas o valiéndose de cualquier otro medio que no fuere de producción masiva, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y con ciento veinte a trescientos días-multa”.

Como criterio preliminar diremos que se ha puesto de relieve en la doctrina la diferencia entre falsedad y falsificación. Así, Calle Rodríguez afirma que la falsedad es la cualidad o condición de lo falso, alteración o falta de la verdad; en cambio, la falsificación se refiere a la acción o efecto de falsificar, esto es, la operación por la cual se realiza precisamente la falsedad, —agrega— que esta es atribuible a las personas (se habla así de falsedad en ellas), en tanto que la falsificación

queda referida a la actividad de las personas o a su resultado (se habla entonces de falsificación en las cosas). Existe una diferenciación aceptable en la doctrina: hay falsedad en la simple imitación, consistente en poner lo falso en vez de lo que deberá ser verdadero y falsificación en la sustitución o puesta de lo falso en lugar de lo verdadero⁷⁴⁴.

Con el verbo típico “falsificar” se está describiendo el núcleo de la acción falsaria, y esta comprende la mutación, la imitación y daño⁷⁴⁵. Así, la mutación comprende la falsificación en la medida que forma todas las acciones mediante las cuales se invade el derecho del Estado al monopolio de su función emisora de la moneda o billete. Un ejemplo concreto sería la de fabricar íntegramente la moneda falsa. Otra modalidad sería la mutación de la moneda. Habrá de anotarse que si la moneda falsa no da la apariencia de ser legítima para una persona corriente en el entorno donde circula, la imitación es burda o inidónea, lo cual determina la inexistencia del delito por su imposibilidad de engañar, tal como lo prescribe el artículo 17 del CP.

Se entiende que el objeto material que diferenciará de los otros tipos penales de falsedad documental lo establecerá la moneda y sus equivalentes normativos que prevé nuestro Código, es decir, el único elemento que podrá ser objeto de falsificación, y dentro de ella está contenida la falsedad, según el criterio esbozado líneas atrás. En tal virtud, la moneda falsa lo cual está siendo puesta a circulación por un valor superior (fabricar billetes falsos de 100 y de 200 nuevos soles) debe estar destinada dolosamente a provocar o inducir a error a terceras personas, recalcando que dicha conducta debe estar premunida de cierta carga de idoneidad.

La jurisprudencia española ha establecido en la Sentencia del 31 de octubre de 1931 que, para estimar consumado este delito, se debe esperar a que el objeto material esté total y completamente terminado para su expedición. Si falta algún trabajo o elemento de fabricación, solo habrá tentativa. Igualmente, la fabricación ha de ser destinada a la circulación del tráfico monetario; cualquier otra con fines distintos (numismáticos, de colección, etc.) será irrelevante penalmente.

2. Alteración del valor de la moneda de curso legal

CAP. XXI

“Artículo 253. El que altera los billetes o monedas con el propósito de atribuirles un valor superior, o realiza tal alteración con billetes o monedas que se hallan fuera de circulación o corresponden a otros países, para darles la apariencia de los que tienen poder cancelatorio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y con ciento veinte a trescientos días-multa”.

744 CALLE RODRÍGUEZ, María Victoria, *Falsedades Documentales no punibles*, Madrid, 1997, p. 35.

745 ARENAS SALAZAR, Jorge, *Delito de Falsedad*, Santafé de Bogotá, 1995, p. 208.

El que altera la moneda, aminorando su valor intrínseco, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años y con treinta a noventa días-multa”.

Sujeto activo puede ser cualquier persona; sujeto pasivo, la colectividad.

Alterar presenta como sinónimos de “cambio”, “modificación”, “variación”, “reemplazo” e incluso “falsificación”. Como es lógico, esta amplia expresión abarca un enorme número de conductas con una última consecuencia: la transformación de las iniciales cualidades predicables en el documento, ya sea la autenticidad o la veracidad.

La alteración puede revestir distintas formas y tienen como finalidad común todas ellas que los billetes y monedas alcancen poder cancelatorio, es decir, poder de pago o deliberación de una obligación:

- El que altera los billetes o monedas con el propósito de atribuirles un valor superior. En esta situación se tiene que dar como condición que existe el billete o moneda verdadero.
- O realiza tal adulteración con billetes o monedas que se hallan fuera de circulación o corresponden a otros países, para darles la apariencia de los que tienen poder cancelatorio.
- El que altera la moneda, y aminora su valor intrínseco

El delito de alteración del valor de la moneda requiere para su existencia delictiva y material *ejecutar* una actividad positiva que consiste en un determinado hacer (“altera” o “...realiza tal alteración...”). Sin embargo, se podría afirmar, sobre la base de la extensa interpretación que permite el artículo 11 del Código Penal, que “*son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas y culposas penadas por ley*”. Con lo que se concluye que este delito puede ser punible también a título de un comportamiento omisivo, pero al no existir respecto a esta última forma conductual, ningún precepto del citado texto legal; en cambio, sí se puede articular de acuerdo con el art. 13 del Código Penal, referido a la omisión impropia. El tema de la omisión impropia, en esta clase de delitos, debe ser examinado atendiendo a cada uno de los tipos descritos en este rubro, y vendría a darse cuando el sujeto activo ocupe una posición de garante, determinada por el inc. 1 del citado artículo 13. A mi juicio, puede admitirse que el término “alterar” puede significar normativamente igual a como “dejar alterar”, reflejado en situaciones como la de no anotar un hecho que debió ser anotado, ocultando o silenciando un dato o circunstancia que haga que el billete o moneda pierda su valor original, afectando su esencia.

La consumación formal se produce solo cuando el agente tenga la finalidad de atribuirle un valor superior, aun cuando efectivamente no logre introducirlo en el tráfico monetario; en consecuencia, estamos ante un *delito de peligro abstracto*, esto es, el legislador se anticipa “*ex ante*” a cualquier conducta fraudulenta pre-

liminarmente sobre el billete o moneda y no espera *ex post* el resultado dañoso. No es admisible la tentativa.

En la tipicidad subjetiva se exige el dolo, pero además un elemento subjetivo distinto del dolo, de tendencia trascendente desde el tipo penal, exige “con el propósito de atribuirles un valor superior”, “para darles apariencia de los que tienen poder cancelatorio”, “aminorar su valor su valor intrínseco”. De manera que será fundamental su probanza a efectos de la punibilidad de este tipo.

3. Tráfico de moneda falsa

“Artículo 254.- El que a sabiendas, introduce, transporta o retira del territorio de la República; comercializa, distribuye o pone en circulación monedas o billetes falsificados o alterados por terceros, cuyo valor nominal supere una remuneración mínima vital, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. La pena será de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, si el valor nominal es menor a una remuneración mínima vital”.

(Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley Nº 27593, publicada el 13 de diciembre de 2001).

Las modalidades delictivas consisten en introducir, transportar o retirar del territorio de la República materialmente moneda falsa, o en su defecto aquel que comercializa, distribuye o pone físicamente en circulación monedas o billetes siendo la condición *sine qua non* que sean *falsificados o alterados* por terceros, resultando indiferente el país de procedencia. Además se estipula que el valor nominal supere una remuneración mínima vital, el tipo requiere que el sujeto activo, tenga perfectamente conocimiento de la falsedad de la moneda o billete.

Se entiende o se resalta la idea que el sujeto activo *no lo ha fabricado o diseñado materialmente*, sino estaríamos ante el tipo 252; sino que aquí se comporta como *distribuidor o promotor* (“...falsificados o alterados por *terceros*”); pero muchas veces el que fabrica también resulta siendo finalmente el que los distribuye o los promueve para ponerlos en circulación, situación que no presentará problemas, pues se procesará por los dos delitos en forma independiente como concurso real homogéneo.

Se resalta la idea del dolo directo o intencional por el término “a sabiendas”, esto implica el conocer de su falsedad y no obstante realiza las conductas típicas de introducir, transportar, retirar, etc.

CAP. XXI

Se puede presentar una relación concursal con los delitos de estafa (tipo base) y tráfico de moneda falsa en la cual la conducta entraría en disputa por dichos tipos; sin embargo dicho concurso solo es aparente, porque sobre la base del “principio de especialidad”, tipo general que es la estafa y el tipo específico que el delito en comentario, se preferirá el delito de tráfico de moneda falsa.

4. Fabricación, introducción en el territorio de la República o retiro de este de instrumentos destinados a la falsificación de billetes o monedas

“Artículo 255.- El que fabrica, introduce en el territorio de la República o retira de él, máquinas, matrices, cuños o cualquier otra clase de instrumentos o insumos destinados a la falsificación de billetes o monedas o se encuentra en posesión de uno o más pliegos de billetes falsificados, o extrae de un billete auténtico medidas de seguridad, con el objeto de insertarlas en uno falso o alterado, o que, a sabiendas, los conserva en su poder, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.

El tipo penal establece seis verbos rectores: las conductas típicas de “fabricar”, “introducir” dentro del país o “retirar” de él, aquellos elementos, materia prima o instrumentos que sirvan para la elaboración de billetes o monedas falsas; o “poseer” uno o más pliegos de billetes falsificados. Según la Real Academia Española, *poseer* significa que una persona tenga una cosa y pueda ejercer una facultad con independencia de que se tenga o no derecho a ella; o, en este caso, “extraer” de un billete auténtico medidas de seguridad, es decir, sacar estas medidas de protección con el objeto de insertarlas en un billete falso o alterado, de modo que vuelve más dificultosa la detección de su falsedad; y la de “conservar” a sabiendas de su origen ilícito (una especie de receptación monetaria). La política criminal del Estado está basada, entonces, en sancionar desde un inicio meros actos preparatorios antes de que ingresen al tráfico monetario, de manera que estamos ante un delito de peligro abstracto. De este modo, es casi inadmisibles fragmentos progresivos del *iter criminis*, pero que teóricamente se puede admitir.

La de **fabricar** moneda de curso legal en la República. En términos semánticos, “fabricar” significa crear, elaborar o producir; en nuestro caso, sería fabricar para hacer y asimismo crear monedas y/o billetes falsos que tengan una cierta apariencia de legitimidad, genuidad o auténtica para su circulación. Desde esta perspectiva, la exigencia normativa es que la moneda resultante de la actividad fraudulenta tenga apariencia verdadera, de manera que su confección no sea burda, tosca ni grosera.

La jurisprudencia española (STS 21-21-83) es clara al enfatizar que "...En lo concerniente a la apariencia de autenticidad, no es posible un virtuosismo o una técnica tan sumamente depurada que haga poco menos que imposible distinguir la moneda inauténtica de la legítima a la que se imita, *pero no parece lógico extender la dura represión a imitaciones burdas y groseras fácilmente perceptibles a actos o resultados deleznales*";⁽⁷⁴⁶⁾ Sin embargo, aunque otra jurisprudencia (STS 17-3-67) consideró punible la fabricación de monedas falsas *cualquiera que sea la perfección o el grado de imitación de las legítimas*, lo más certero es entender que hay apariencia de punible cuando lo fabricado puede ser confundido por lo auténtico por un hombre medio, situándose por debajo del nivel del técnico monetario o del perito...". (cursivas nuestras)

El delito de fabricación se consuma cuando la moneda falsa se halla dispuesta para ser lanzada a la circulación, sin que se precise ni la efectividad de esta ni el perjuicio para un sujeto concreto, supuesta siempre la mínima apariencia de autenticidad precisa para su acceso al tráfico. Con lo cual entonces queda un lapso de tiempo de "actos ejecutivos".

Se entiende que la introducción en nuestro territorio de las máquinas, cuños o cualquier otra clase de instrumentos ha de ser realizada por una persona distinta a la del falsificador. En todo caso, si el introductor es la misma persona que el falsificador, se estaría ante lo que la doctrina denomina un *acto posterior impune*, propio del principio de consunción (concurso aparente de leyes)⁷⁴⁷. Por territorio de la República hay que entender lo dispuesto en el artículo 54 de la Constitución "...Comprende el suelo, subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre".

El tipo también reprime no solo al que fabrica, o los introduce, sino también a los que conserven en poder de dominio dichos instrumentos, siendo conscientes de que sirven para fines ilícitos.

Se discute la connivencia o la concertación que puede existir entre el falsificador y el introductor. Para algunos como Villacampa Estiarte, estiman que no es necesario que el introductor se haya puesto de acuerdo con el falsificador para que se realice el delito, desde que el momento en que el tipo no lo exige; cabe imaginar hipótesis como por ejemplo quien conoce un lugar en el extranjero donde hay

CAP. XXI

746 Doctrinariamente, pero con referencia a falsedades documentales, CALLE RODRÍGUEZ, y sostiene que cuando la falsedad sea tan burda que resulte evidente, y por tanto, ya no esté de la idoneidad necesaria y precisa para el resultado dañoso o de engaño que con ella se pretende, no existiría delito.

747 En la doctrina alemana se ha planteado los casos de "*actos copenados*" (o "*impunes*") que comprende tanto a los "*actos anteriores o previos*" como a los "*actos posteriores*". Esto se soluciona mediante la llamada relación de "consunción", en la medida que los actos ya sean previos o posteriores son absorbidos por el acto que podría llamarse principal. NELSON PESSOA "*Concurso de Delitos. Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*" Buenos Aires, 1996, p. 203 se resiste a creer que exista los denominados "actos posteriores", pues no tienen autonomía. Así, "...si se lee con atención este tipo de razonamiento lo que dice es que el tipo que describe la conducta "anterior" aprehende -consume- a la conducta descrita por el tipo puesto en movimiento por la conducta "posterior". Por su parte para; YESID REYES ALVARADO *El Concurso de Delitos*, Bogotá, 1990, p. 143, los "actos anteriores copenados" lo analiza en la parte de la subsidiaridad.

monedas falsas ocultas, se hace con ellas y las introduce en nuestro país. Por el contrario, para Queralt requiere, por la naturaleza de las cosas y la interpretación sistemática, la necesaria connivencia con los falsificadores materiales.

5. Uso ilegal de divisas

“Artículo 259. El que destina las divisas asignadas por el Banco Central de Reserva, a fin distinto del señalado y autorizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años, con ciento veinte a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

Los directores, gerentes y funcionarios del Banco Central de Reserva o funcionarios públicos que faciliten la comisión del delito, serán reprimidos con la misma pena”.

En el primer párrafo se da una suerte de “malversación” de divisas (“destina (...) a fin distinto del señalado y autorizado”), previamente coordinado su fin u objetivo señalado mediante una legislación general o interna; esto es, estamos ante una ley penal en blanco a ser llenada extrapenalmente por el Derecho administrativo del sector correspondiente. Este comportamiento presupone que se trata de divisas que han sido adquiridas lícitamente con un fin determinado. Las divisas son los títulos de crédito que se expresan en moneda extranjera y se pagan en su país de origen. Se supone que el sujeto activo en este delito debe ser una persona comprometida con los fondos de las divisas, que no necesariamente serán los directores, gerentes o funcionarios del BCR, pues ellos tienen participación en el segundo párrafo.

En el segundo párrafo se señala un elemento o exigencia típica importante en el sentido de que los directores, gerentes y funcionarios del BCR sean los que “faciliten la comisión del delito”. En primer lugar, los conceptos de administrador, directivo, funcionarios deben entenderse en un sentido funcional y no formal, siempre y cuando actúen en “el ejercicio de sus funciones”. Rodríguez Ramos sostiene que se trata de una doble delimitación de los sujetos activos, una estática –condición de directivo, empleado, administrador– y otra dinámica –conducta activa u omisiva como funcionario público–, que configura este delito como especial y, por tanto, reservado a tales sujetos que han asumido, además, funciones específicas públicas por delegación⁷⁴⁸. La problemática exegética se centra, pues, en descubrir qué tipo de participación existe en relación con dichos funcionarios, pues por más que no ejecuten directamente el hecho delictivo, serán estos sujetos que ostenten dichas cualidades especiales, lo que se produce una ruptura del principio tradicional de

748 RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “Participación delictiva por negligencia”. En: *Comentarios a la legislación penal*. T. IV, Dir. Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 1995, p. 265.

la unidad del título de imputación, que es consecuencia de la accesoriedad de la participación.

En principio, *facilitar* no es lo mismo que *causar* en un sentido estricto de este concepto. Entonces, debe entenderse que el comportamiento de favorecer o facilitar del funcionario, de acuerdo con la redacción del tipo penal, debe ser un principio de complicidad en la modalidad de primaria o necesaria en la medida en que su colaboración debe de ser esencial, ya sea por acción u omisión a la causación del delito principal, es decir, al uso ilegal de las divisas⁷⁴⁹. Sin embargo, el legislador ha querido que el funcionario sea considerado también “autor” del delito, desde que reprime con la misma pena y se evita los problemas de participación en delitos especiales. Técnicamente dichos funcionarios no deben tener el dominio del hecho, ya que solo basta un comportamiento de auxilio para la realización del hecho punible. Pero, ¿qué pasa si lo tiene y ejecuta el delito por cuenta propia?. Entonces, ¿qué párrafo se aplica? No es suficiente con que el sujeto activo facilite la comisión del delito, esto es, no basta la coincidencia en cuanto al sujeto activo en el momento de su comisión; sino que la acción u omisión dolosa ha de ser precisamente la que incidió favorablemente en la comisión de ese delito principal. Podría haber casos en que dicho favorecimiento se deba a un comportamiento negligente del funcionario. Empero, dichas conductas serán consideradas como meras infracciones administrativas o disciplinarias desde que no serán típicas penalmente.

6. Retención indebida de divisas

“Artículo 260. El que, teniendo obligación de hacerlo, no entrega, indebidamente, al Banco Central de Reserva las divisas generadas por exportaciones o las retiene, injustificadamente, luego de vencido el plazo establecido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4”.

CAP. XXI

Se trata de un delito especial que hace alusión a una especie de apropiación ilícita por la no entrega a tiempo de las divisas requeridas por el BCR. Establece dos conductas típicas: primero, la de “**no entregar**” indebidamente; segundo, “**las retiene**”, injustificadamente, luego de vencido el plazo establecido. Dicho plazo debe estar reglamentado en una disposición especial. Hay un estado antijurídico de la consumación en el tiempo contado desde la no entrega o la retención de las divisas requeridas, lo que se podría tipificar como **delito permanente**.

749 RODRÍGUEZ RAMOS, Luis; “Supletoriedad del Código Penal”. En: *Comentarios a la legislación penal*. T. IV, Dir. Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 1995, p. 266.

Podría entrar en concurso efectivo con el delito de Abuso de Autoridad en la modalidad de Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales del artículo 377 del CP, ya que ambos cierran el círculo de autores.

7. CUADRO COMPARATIVO DE SIMILITUDES

CÓDIGO ESPAÑOL	CÓDIGO PERUANO
• Artículo 386. Será castigado: 1. El que fabricare moneda falsa. 2. El que la introduzca en el país. 3. El que expande o distribuya en connivencia con los falsificadores o introductores.	• DE 1991 Artículo 252. El [que] falsifica billetes o monedas, (...) El que falsifica billetes o monedas separando el anverso y el reverso de los auténticos, superponiendo sus fragmentos, recurriendo al empleo de disolventes químicos, usando los fabricados por otros países, recurriendo a aleaciones distintas o valiéndose de cualquier otro medio que no fuere de producción masiva. • DE 1924 Artículo 269. El que indebidamente fabricare moneda de curso legal en la República para ponerla en circulación como auténtico, o al que la falsificare para ponerla en circulación por un valor superior.
• Artículo 387. A los efectos del artículo anterior <i>se entiende por moneda la metálica y papel moneda de curso legal.</i> A los mismos efectos se considerarán moneda las <i>tarjetas de créditos, las de débito y los cheques de viaje.</i> Igualmente, se equiparán a la moneda nacional, la de la Unión Europea y las extranjeras.	• DE 1991 Artículo 261. Para los efectos de este capítulo, quedan equiparados a la moneda los títulos de la deuda pública, los bonos, cupones, cédulas, libramientos, acciones y otros valores o títulos-valores emitidos por el Estado o por personas de derecho público. • Artículo 257. Las disposiciones de los artículos precedentes son extensivas a los billetes, monedas, valores y títulos de otros países. • DE 1924 Artículo 374. Para los efectos de los artículos anteriores, quedan equiparados a la moneda: 1. Los billetes de banco o los cheques o certificados circulares legalmente autorizados. 2. Los títulos o cupones de la deuda del Estado o los de la deuda de las municipalidades y beneficencias. 3. Los bonos, las obligaciones y los libramientos del tesoro público o de las instituciones del Estado. 4. Los títulos, cédulas y acciones al portador emitidos legalmente por los bancos o compañías autorizadas para ello.
• Artículo 386. Segundo párrafo: La tenencia de moneda falsa para su expedición o distribución será (...) atendiendo el valor de aquella y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores.	• DE 1991 Artículo 254. El que introduce en el territorio de la República o pone en circulación monedas o billetes falsificados o alterados por terceros, así como el que promueve tales actos. (...) El que, habiendo recibido como auténtico o intactos, billetes o moneda falsificados y alterados, los pone en circulación, a sabiendas de su ilicitud, (...). • DE 1924 Artículo 372. El que habiendo recibido como auténtica o intacta moneda ilícitamente fabricada, falsificada o alterada, la expandiere o pusiere en circulación a sabiendas.

8. Cuadro de diferencias

CÓDIGO ESPAÑOL	CÓDIGO PERUANO
Artículo 386. Tercer párrafo. El que habiendo recibido de <i>buena fe</i>, la expenda o distribuye después de constarle su falsedad (...). "Artículo 388. La condena de un tribunal extranjero, impuesta por delito de la misma naturaleza de los comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los jueces [de los] Tribunales españoles a los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al Derecho español". Artículo 389. El que falsificare, o expendiere, en connivencia con el falsificador, <i>sellos de correos o efectos timbrados</i>, o los introdujere en España conociendo su falsedad (...). El adquirente de <i>buena fe de sellos de correo o efectos timbrados</i> que, conociendo su falsedad, los distribuyera en cantidad superior a cincuenta mil pesetas, será castigado con la pena de arresto de ocho a doce fines de semana, y, si únicamente los utilizara, por la misma cantidad, con la pena de multa de tres a doce meses.	Artículo 253. El que altera los billetes o monedas con el propósito de atribuirles un valor superior, o realiza tal alteración con billetes o monedas que se hallan fuera de circulación o corresponden otros países, para darles apariencia de los que tienen poder cancelatorio. El que altera la moneda, aminorando su valor intrínseco. • DE 1924 Artículo 370. (...) El que de cualquier manera alterase la moneda de curso legal en la república, sea aminorando su valor intrínseco, sea dándole la apariencia de un valor superior. Artículo 256. El que escribe sobre billetes, imprime sellos en ellos o de cualquier manera daña intencionalmente billetes o monedas. El que, con fines publicitarios o análogos, reproduce o distribuye billetes o monedas, con el anverso o reverso de ellos, de modo que pueda generar confusión o propiciar que las reproducciones sean utilizadas por terceros como si se tratase de billetes auténticos. Los funcionarios que autoricen la emisión de los documentos a que se refiere [el artículo] 261 (...). Artículo 258. El Funcionario del BCR que emita numerario en exceso de las cantidades autorizadas... Artículo 259. El que destina las divisas asignadas por el Banco Central de Reserva, a fin distinto del señalado y autorizado (...). El que destina las divisas asignadas por el Banco Central de Reserva, a fin distinto al señalado y autorizado (...). Los directores, gerentes y funcionarios del Banco Central de Reserva o funcionarios públicos que faciliten la comisión del delito (...). Artículo 260. El que, teniendo obligación de hacerlo, no entrega, indebidamente, al Banco Central de reserva las divisas generadas por las exportaciones o las retiene injustamente, luego de vencido el plazo establecido (...).

JURISPRUDENCIA PERUANA

Exp. N.º 8245-97

"(...) se imputa a la procesada Gloria Domitila Saravia de Fabián la comisión de delito instruido en razón de habersele incautado un billete falsificado de veinte nuevos soles cuando disponía a salir del penal de Lurigancho, después de efectuar una visita a un familiar; que si bien durante la investigación se ha acreditado la posesión de dicha moneda, ello no puede conducir a pronunciarse por la comisión del delito previsto en el artículo doscientos cincuenticuatro del Código penal, que sanciona aquel que recibiendo moneda falsa como auténtica opta por trasladar el perjuicio que ello importa a terceras haciéndola circular ya a sabiendas de su falsedad, y con la finalidad de ponerlo en circulación, esto es, actuando como cómplice de presuntos falsificadores que operarían al interior del citado centro de reclusión, delito previsto en el Art. doscientos cincuentidós [sic] del CP, por el quien no se ha instruido y respecto del cual

CAP. XXI

en autos solo existe como único indicio la pluralidad de incautaciones simultáneas, lo que se diluye al habersele encontrado a la acusada un solo billete falso".

Exp. N.º 3958-98

"Conforme es de verse de autos y compulsando las pruebas actuadas, se tiene que con la pericia se determina que el billete es falso, con lo que se encuentra acreditado el ilícito penal, pero no así la responsabilidad penal del encausado, quien de forma uniforme niega los cargos, existiendo en su contra tan solo una simple sindicación no corroborada con otras pruebas".

Exp. N.º 2735-98

"No está acreditada la responsabilidad penal del procesado, no obstante, la falsedad del billete, ya que no se ha establecido fehacientemente que él haya pagado con un billete falso a la dueña del local comercial, como existiendo certeza al respecto y subsistiendo duda".

Exp. N.º 7333-97

"La imputación hecha al procesado de haber sido quien entregó un billete falsificado a la persona con quien la agraviada cambiaba moneda, al no estar la autoría del delito avalada con prueba suficientes, máxime si no se le ha incautado al procesado el referido billete, ni obra en autos acta alguna en donde se compruebe la tenencia de billetes falsificados, produce estado de duda".

RELEVANCIA JURÍDICO-PENAL DE LA CONDUCCIÓN DE VEHÍCULO EN ESTADO DE EBRIEDAD:

¿EXCLUSIÓN DE CONDUCTA O CAUSA DE INIMPUTABILIDAD?

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Cuando se conoce penalmente un caso de conducción de vehículo en estado de ebriedad, se observa, comúnmente, que lo relacionan al aspecto procesal-probatorio del dosaje etílico como la prueba privilegiada de “cargo” para perfeccionar el artículo 274 del Código Penal (según la última modificatoria: artículo 1, de la Ley N.º 27753 del 09-06-02). Así, por ejemplo, se menciona en la Ejecutoria Superior, Expediente N.º 7854-97, Lima, veintiséis de enero de mil novecientos noventa y ocho, que el único fundamento es el siguiente: “hecho que se produjo al haber el inculpado invadido el carril que correspondía al conductor antes mencionado, en razón de que se encontraba en estado etílico, *tal como se verifica del certificado de dosaje etílico* obrante a fojas seis, perdiendo el control y maniobrabilidad de su unidad, violando de este modo las normas sobre seguridad y circulación en la vía pública, encuadrándose su conducta dentro de los alcances del artículo doscientos setenta y cuatro del Código sustantivo”.

En otra Ejecutoria Superior, Expediente N.º 3486-98, Lima, diez de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, precisa solamente que: “(...) la responsabilidad penal del acusado en el delito instruido no solo está probada por el mérito probatorio del *certificado de dosaje etílico* de fojas cinco que arroja uno punto treinta gramos de alcohol por litro en sangre, sino además al declarar en su instructiva de fojas veintisiete, el acusado de manera uniforme reconoce que momentos antes de conducir el vehículo estuvo reunido con sus compañeros de trabajo en un número de diez personas y consumieron aproximadamente veinticuatro botellas de cerveza; que siendo ello así, su conducta se encuentra dentro de los presupuestos que exige el tipo legal”.

Resulta evidente que la presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro es parte del componente de la tipicidad objetiva del delito en estudio, empero, y de ahí lo preocupante, para nada las decisiones jurisdiccionales hacen mención, ni siquiera implícitamente, a los aspectos dogmáticos del delito que deben de ser también, acuñadas para imputar racionalmente una responsabilidad penal, o en su defecto, para hacerla desaparecer.

Así, en el desarrollo y construcción jurídico-penal euro-continental de la teoría del delito, a contrario de lo que sucede en el sistema *common law*, se ha llegado a establecer, con cierta generalidad, *cinco escalones conceptuales estratificados* para afirmar positivamente el hecho punible: el primero, en el nivel básico están las acciones humanas; en el segundo lugar, la tipicidad (acciones u omisiones típicas); en tercer lugar, la categoría de la antijuricidad; en el cuarto, la culpabilidad o responsabilidad y finalmente, en el quinto se colocan, para algunos autores, las condiciones objetivas de punibilidad. Partiendo de esto, ¿tiene alguna importancia dogmática o en su defecto, en la determinación judicial de la pena, el hecho de diferenciar entre una causa de ausencia de acción de una causa de inimputabilidad, más aún cuando el sujeto se encuentra “ebrio”?

Como es sabido, el fin que persigue el Derecho penal es evitar, mediante normas imperativas (prohibitivas o de mandatos) comportamientos socialmente dañosos a través de la inculcación de motivaciones ajustadas a Derecho, pero en el caso materia de análisis, esas motivaciones como “mensaje” no ingresan a la “cabeza” del sujeto ya que sus componentes subjetivos-psicológicos, como su capacidad de conducta o de culpabilidad individual se ven seriamente mermadas precisamente por la ingesta del licor, todavía con una agravante en términos de seguridad colectiva: el de estar conduciendo un automóvil.

II. SOBRE EL BIEN JURÍDICO-PENAL

La criminalización de la conducción de vehículo en estado de ebriedad, según nuestro Código Penal, responde a la protección del bien jurídico “seguridad del tráfico” o “seguridad pública” (Título XII de la Parte Especial, concretamente en el Capítulo I referido a los delitos de “Peligro común”). Desde una posición mixta o ecléctica se caracteriza por ser un bien jurídico de naturaleza colectiva, como presupuesto o medio de protección de bienes jurídicos individuales (vida e integridad física)⁷⁵⁰. Desde una perspectiva político-criminal prevencionista, los delitos de riesgo (peligro común) intentan solucionar un problema aparecido con un potencial lesivo enorme, como es el tráfico rodado en nuestro medio. En muchos casos resulta discutible su criminalización ya que sería un supuesto de conducción descuidada por parte del sujeto (“de manera culposa”), peligrosa y técnicamente forzada a nivel “doloso” por el codificador penal mediante una interpretación sistemática del artículo 12 primer párrafo del Código Penal, situación que anteriormente solo era tratada como una mera infracción administrativa. El bien jurídico pretende ser protegido mediante dos tipos de circunstancias que conviene distinguir según el estado perturbatorio del sujeto: puede provenir tanto de bebidas alcohólicas como de drogadicción (drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, etc.). El primer supuesto, el más frecuente o al menos el más detectado, será materia de análisis.

CAP. XXII

750 Por todos, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; “Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto. Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999”, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 10, Lima, p. 183.

III. CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL ARTÍCULO 274 DEL CÓDIGO PENAL

El delito de conducción en estado de ebriedad o bajo estupefacientes se encuentra regulado en el artículo 274 del Código Penal⁷⁵¹, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 29439, publicado en el diario *El Peruano* el día 19 de noviembre 2009, con el siguiente texto:

“Artículo 274. El que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce o maniobra vehículo motorizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas e inhabilitación, conforme al artículo 36 inciso 7).

Cuando el agente presta servicios de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción superior de 0.25 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de uno ni mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 7)”.

La conducta típica está integrada por dos elementos concurrentes:

1. El sujeto activo, tendrá que encontrarse en un estado de embriaguez –en proporción mayor de 0.5 gramos-litro– o bajo los efectos de estupefacientes, de ahí que se diga que este delito sea considerado de propia mano o de carácter especial; solo puede llevar adelante la conducta típica el conductor del vehículo, sin admitir cualquier tipo de intermediación: la autoría mediata. Sin embargo, habría que aclarar que el estado de

751 El texto es el siguiente:

Artículo 274. El que encontrándose en estado de ebriedad con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, bajo el efecto de estupefacientes conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, instrumento, herramienta u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de uno o treinta días multa como mínimo y cincuenta días multa como máximo e inhabilitación según el artículo 36 inciso 6) y 7).

Cuando el agente presta servicio de transporte público de pasajeros o de transporte pesado, la pena privativa de libertad será no menor de uno ni mayor de dos años o cincuenta días multa como mínimo y cien días multa como máximo e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 6) y 7).

(Hubo antes también una modificatoria establecida por el artículo único de la Ley N.º 27054, de fecha: 23-01-99).

embriaguez tendrá relevancia para otros delitos en la medida en que el sujeto activo (hombre de atrás-sobrio) desencadena su accionar dentro de su ámbito de responsabilidad, e instrumentaliza a un tercero (hombre de adelante-ebrio) para cometer un ilícito penal cualquiera.

2. En dicho estado de embriaguez debe estar conduciendo, operando o maniobrando un vehículo motorizado, instrumento, herramienta u otro análogo (este último componente típico debe entenderse como una interpretación analógica). Por “conducir” debe entenderse como el traslado de un vehículo de un sitio a otro, manejando sus mecanismos de impulso y dirección, y que el desplazamiento se produzca gracias al impulso del motor. Con tal apreciación se deja sin relevancia penal el caso de empujar un vehículo malogrado. Aunque no lo mencione textualmente el tipo penal en estudio, como exigencia se infiere que dicha conducción habrá de realizarse por vía, camino o superficie pública, en todo caso, ello solo cobrará realidad normativa en la circunstancia agravante.

La embriaguez, siguiendo a Obregón García, se define como una intoxicación etílica *aguda* que afecta transitoriamente, en mayor o menor medida, a las facultades del sujeto y que, *prima facie*, no deja huella permanente en el psiquismo; por ello es frecuente referirse al alcoholismo como una forma *se* y a la embriaguez como una forma de *estar*⁷⁵².

El fundamento de la represión jurídico-penal de la embriaguez no radica tanto en el hecho mismo de embriagarse que puede responder a patrones sociales de tolerabilidad, sino el de embriagarse en determinadas circunstancias (v. gr. manejando un vehículo) que pueden lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos de los demás. El embriagarse constituye, entonces, un injusto penal por el peligro concreto o abstracto de que el autor, debido a la embriaguez, se desligue de las ataduras –que suelen haber llegado a ser habituales mediante la socialización– con la norma⁷⁵³.

IV. ALCANCE JURÍDICO Y EL ORIGEN DE LA EMBRIAGUEZ

Se puede inferir tres posiciones doctrinales, a efectos de determinar el alcance jurídico del estado de embriaguez⁷⁵⁴, en el delito en cuestión:

- Para algún sector existe estado o influencia de embriaguez con la sola concurrencia de la situación de ebriedad o ingestión de alguna otra sustancia por el sujeto activo, llamamos a este “criterio literal del tipo”.
- Otros, en cambio, exigen una cierta alteración, mínima o grave, sufrida en las facultades físicas o psíquicas del sujeto.

752 OBREGÓN GARCÍA, Antonio; “La eximente de estado de intoxicación penal por consumo de alcohol u otras drogas”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º Época, N.º 1, Madrid, 2000, p. 278.

753 JAKOBS, Günther; *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, 1997, p. 607.

754 CARMONA SALGADO, Concepción; “Delitos contra la seguridad del tráfico”, en: *Curso de Derecho penal español. Parte especial. T. II*. (Dir. Manuel Cobo del Rosal), Madrid, 1997, p. 185.

- Por último, existe una tercera posición extrema, que afirma que debe existir una repercusión ocasionada precisamente por la ingesta de licor en la forma concreta de conducir un vehículo. Me adhiero a esta posición en la medida en que tiene que constatar el dato objetivo de concentración alcohólica en la sangre y que dicha circunstancia desate su influencia en la forma de conducir un vehículo.

En cuanto a su origen, la ebriedad puede originarse en tres modalidades: la embriaguez fortuita o accidental, cuando no es querida ni prevista por el agente, o cuando llega a ella gracias a las deficiencias orgánicas del propio sujeto, quien desconoce las cualidades tóxicas del licor que ingiere, lo que hace descartar, en principio, la presencia del dolo y la culpa o imprudencia. La embriaguez voluntaria o culposa, en cambio, es cuando el sujeto debía conocer los efectos que le produce la ingesta del licor, en este estado no es responsable intencionalmente de sus actos *a posteriori*, pero se le reprocha el hecho de que sabía y debía prever los peligros de dicho estado, lo cual genera un castigo reservado a través de conductas culposas siempre y cuando exista tal posibilidad. Hay que tener presente que aunque *“el sujeto se haya embriagado voluntariamente o por imprudencia no significa que, si delinque en tal estado, haya querido el hecho ni que este fuera previsible, pues puede quererse o preverse la embriaguez sin quererse ni ser previsible que vaya a producir la lesión de un bien jurídico”*⁷⁵⁵.

Por último, la embriaguez intencional, premeditada o preordenada, es cuando el sujeto deliberadamente se coloca en estado de ebriedad para cometer un hecho punible (delito o falta), buscando una causa de exención o de atenuación de su responsabilidad. Se trata, en otras palabras de lo que técnicamente se denomina *actio libera in causa*, que tiene su origen en el Derecho canónico; es decir, que el sujeto al momento de ocasionar el hecho punible –la causa– faltaba el elemento voluntariedad, que no era totalmente “libre”⁷⁵⁶. La mayoría de autores coinciden que en dicho estado, el sujeto es responsable penalmente de sus actos, por que permite imputar hecho realizados en situación de irresponsabilidad, bien sea con

755 MIG PUIG, Santiago; *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 597 (la cursiva es del texto).

756 La recepción de la doctrina de la *actio libera in causa* ha sido problemática, pues originalmente nació para abarcar dentro de lo punible los casos en que el sujeto provocaba voluntariamente su inimputabilidad, por ejemplo, el estado de embriaguez. Tal figura es también aplicable a los casos de provocación, mediante una *anterior acción o conducta dolosa o imprudente*, de la posterior situación de ausencia de acción que realiza objetivamente un tipo delictivo. Por eso, se dice también que tal doctrina vulnera el *principio de simultaneidad*, conforme al cual todos los elementos del delito tienen que darse al mismo tiempo, y el hecho de embriagarse no está prohibido penalmente. En efecto, como sostienen BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZABAL MALAREE, Hernán; *Lecciones de Derecho penal*, volumen II, Madrid, 1999, p. 86, no debe perderse de vista que la teoría del delito como tributaria del método analítico distingue entre diferentes elementos y niveles solo a efectos de facilitar el análisis, pero el hecho es uno solo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español aplica frecuentemente la doctrina del *actio libera in causa* y castiga por imprudencia al conductor de un vehículo que, pese a notar los primeros síntomas de sueño por fatiga, enfermedad, estado físico o por haber tomado fármacos o bebidas, continúa conduciendo –acción imprudente–, con lo que provoca que a continuación le venza el sueño al volante y cause un accidente (Vid. LUZÓN PEÑA, 1996, p. 285).

el propósito de delinquir o bien si no tenía tal propósito, cuando era previsible que en ese estado cometiera un hecho punible.

Debemos de tener en consideración que la embriaguez y otras sustancias tóxicas para el ser humano, están también contenidas en el artículo 274-A, (incorporado por el artículo primero de la Ley N.º 29439, de fecha 19-11-09) con el nombre de delito de manipulación en estado de ebriedad o drogadicción, en los siguientes términos:

“El que encontrándose en estado de ebriedad con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de estupefacientes, drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o sintéticas, opera o maniobra instrumento, herramienta, máquina u otro análogo que represente riesgo o peligro, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de un año o treinta días-multa como mínimo a cincuenta días-multa como máximo e inhabilitación, conforme al artículo 36, inciso 4)”.

Un tema sumamente polémico en su momento fue la expedición de la Ley N.º 29439, de fecha 19-11-09, donde se reprime a aquella persona que, estando en estado de ebriedad, por ejemplo, se resiste a pasar la prueba del dosaje etílico, y dicha prueba es impuesta generalmente por el Fiscal Provincial de Turno, que es en realidad considerado una prueba “madre” del delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad o drogadicción; el legislador patrio entiende que la conducta de resistencia del sujeto activo es una evidente desobediencia —dolosa— a la autoridad fiscal —y también policial cuando existe flagrancia delictiva—, que merece sanción penal, a pesar claro está de que dicha prueba representaría a una auto-incriminación del sujeto del delito que precisamente está investigando. En efecto, se incorporó un segundo párrafo al artículo 368 del Código Penal, referido al delito de resistencia y desobediencia a la autoridad, con los siguientes términos:

“Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga como finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de seis meses ni mayor de cuatro años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas”.

CAP. XXII

V. EL PELIGRO ABSTRACTO COMO TÉCNICA LEGISLATIVA UTILIZADA

La criminalización del campo previo a la lesión del bien jurídico a la que recurre con más frecuencia el legislador, es cuando necesita mostrar una capacidad de reacción sobre todo para proteger los bienes jurídicos colectivos o difusos. El supuesto de exigencia de un delito de peligro, que significa un adelantamiento de las barreras de punibilidad, no comporta una destrucción material de los bienes jurídicos, sino la creación de una situación tal, que probablemente ese resultado lesivo se produzca. Ahora bien, en función a la clase de riesgo corrido se dividen en: delito de peligro concreto y de peligro abstracto.

La tipificación de los delitos de peligro abstracto, se hace a través de un juicio de peligrosidad *ex ante* sobre la peligrosidad de la conducta. Por eso también a estos delitos se les conoce como peligros presuntos, remotos. La peligrosidad está implícita en la acción típica (*id quod plerumque accidit*), de manera que bastará comprobar que la conducta es idónea de forma genérica para afectar los bienes jurídicos, sin necesidad de acreditar, en el caso concreto, que esta idoneidad general se haya efectivizado causalmente en un resultado típico; lo que conduce a que el juzgador realice una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad. Es decir, que no admite o requiere prueba de dicha peligrosidad, sin embargo, todo esto conllevaría a la trasgresión del principio constitucional de la presunción de inocencia.

Esta clase de peligro también suscita incompatibilidades con los principios imperantes en el Derecho penal, como son la existencia y probanza del dolo y su posibilidad de comisión culposa, formas imperfectas de realización del delito, entre otros. Se ha indicado, que la tipicidad subjetiva en los delitos de peligro está conformada por el llamado *dolo in re ipsa*, esto es, cuando el dolo se agota simplemente en la conciencia y voluntad de la propia actividad y en su “resultado” peligroso.

VI. EL ESTADO DE EMBRIAGUEZ COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE CONDUCTA POR INCONSCIENCIA

1. La voluntariedad como elemento de la acción

Teniendo en consideración que la conducta o comportamiento (acción y omisión propia e impropia) en Derecho penal, como base sistemática de todas las modalidades de realización típica, es ante todo un acontecimiento de la voluntad del sujeto como acto humano. El concepto de acción necesariamente presupone un comportamiento dependiente de la voluntad, pues el hombre está dotado de voluntad y capacidad humana para dominar las situaciones y dirigir sus comportamientos externos. Esa voluntad que es el elemento indispensable para el surgimiento de la acción siempre es concebida como una fuerza interior materializable encaminada a producir un determinado efecto⁷⁵⁷. La voluntariedad de la conducta es central para su relevancia penal ya que es la capacidad de gobierno psicomotor materializada en forma actual y en estado consciente. Núñez define a la voluntad como “(...) el proceso anímico impulsor o inhibitor de los nervios motores y, así, de la actividad o inactividad corporal de la persona. Si la actividad o inactividad corporal es ajena a la actuación real o posible de ese factor anímico, no representa una acción personal”⁷⁵⁸. La voluntad como elemento de la acción es un estado psíquico-espiritual que posee intencionalidad. Tener intencionalidad significa actuar de una forma determinada dirigida hacia algo⁷⁵⁹. Al conjunto de capacidades que posee un sujeto para guiar su conducta de acuerdo con ciertas representaciones,

CAP. XXI

757 REYES ALVARADO, Yesid; *Concurso de delitos*, Bogotá, 1990, p. 23.

758 NUÑEZ, Ricardo; *Manual de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1999, p. 124.

759 ESER, Albin / BURHARDT, Björn; *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Madrid, 1995, p. 77.

es decir, dotar de un sentido, ya sea a nivel de acción, a nivel de tipicidad (dolo) o a nivel de culpabilidad, a todo ello se le llama capacidad psíquica del delito. Lo rescatable de la concepción causal de la acción es considerar a la acción como voluntaria, esto es, dicha doctrina circunscribió a la acción a partir de nociones voluntarias para causar resultados independientes del contenido de la voluntad, pero en alguna forma representa una primera restricción, lo involuntario no permite fundamentar responsabilidad alguna⁷⁶⁰. La motivación de la norma se dirige a la voluntad (finalidad) de su destinatario, para que omita *por obra de dicha voluntad* determinadas conductas, y el sujeto no podría omitir voluntariamente (finalmente) los comportamientos no guiados por su voluntad (finales)⁷⁶¹. El término *imputación*, que usualmente se utiliza, significa que solo la conducta voluntaria, en sentido estricto, puede imputarse como infracción de una norma prohibitiva cuya función sea la prevención a través de la motivación. Ni la conducta no querida, ni el resultado posterior, aunque haya sido querido, pueden imputarse como prohibidos por una tal norma⁷⁶².

2. La función negativa de la acción por ausencia de voluntariedad provocada por la embriaguez

Las causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal son las condiciones excepcionales que concurren a la realización de un hecho punible, por las cuales el acontecimiento deja de producir la responsabilidad que es inherente al delito, y ellas están recogidas en el artículo 20 del Código Penal. El fundamento de tales excepciones se halla en que, en sustancia, excluyen o atenúan uno de los elementos del delito, el cual por efecto de tales causas, ya no existe o lo es en forma atenuada.

El principio *nullum crimen sine conducta* es una elemental garantía jurídica⁷⁶³, en consecuencia, la ausencia de un comportamiento hará decaer no solamente la tipicidad (objetivamente), sino también que será irrelevante seguir indagando por toda la construcción imputativa penal como la antijuricidad penal y la culpabilidad individual. Solo la acción humana será objeto de comprobación jurídico-penal. Por lo tanto, no hay acción cuando lo ocurrido no depende de la voluntad de quien lo realiza, lo contrario sería admitir que la conducta es un puro proceso causal, sin previsión ni dirección final, propio de la concepción del *versari in re illicita* proscrito por el ordenamiento jurídico peruano (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal). La función de delimitación o negativa de la acción significa excluir *ab initio* de la consideración del Derecho penal aquellos procesos que son meramente *explicables* en términos causalistas naturalísticos y no, en cambio, *interpretables*, susceptibles

CAP. XXII

760 En este sentido, CUELLO CONTRERAS, Joaquín; *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 1, Madrid, 1996, p. 196. Por otro lado, JAKOBS, 1997, p. 161, apunta lo siguiente: "Incluso en la actualidad se sigue manteniendo que la acción es un movimiento voluntario sin consideración al contenido de la voluntad".

761 MIR PUIG, 1996, p. 162.

762 MIR PUG, Santiago; "La imputación en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho desarrollado", en *Libro Homenaje*, Valencia, p. 386.

763 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho penal. Parte general*, Lima, 1994, p. 338.

de una atribución de sentido cualquiera⁷⁶⁴. En resumen, la función negativa cumple su rol de excluir aquellas acciones que no cumplen con las características mínimas de dependencia de la voluntad o, mejor dicho, *por no haber sido dominadas, o no ser dominables por la voluntad del sujeto*⁷⁶⁵. Los casos de ausencia de conducta perteneciente a la faz negativa del delito son los estados de inconsciencia como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, porque estos estados impiden el proceso de formación de la voluntad, de manera que afectan a la misma raíz de la conciencia⁷⁶⁶. La involuntariedad, según Zaffaroni, *es la incapacidad psíquica de conducta, es decir, el estado en que se encuentra el que no es psíquicamente capaz de voluntad*⁷⁶⁷. Sin embargo, y de la misma forma, el concepto de acción expresará también una función positiva de atribución de procesos que engloben un comportamiento humano, capaz de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos.

En cualquier caso, tres son los casos más comunes en donde se ha visto la ausencia ya sea de acción o de tipicidad (acción típica) donde se ubica un aspecto común: la involuntariedad. Así tenemos los actos reflejos, la inconsciencia y la fuerza física irresistible. Volviendo a nuestro caso, si se llega a excluir la conducta del sujeto, por ej., por ingesta de "licor", ya no tendrá sentido indagar por la presencia del dolo o la culpa que se analiza posteriormente en la tipicidad subjetiva. Esta apreciación de orden dogmático ha sido tomado en cuenta por el legislador penal y, también por la jurisprudencia peruana⁷⁶⁸. En el artículo 11 del texto punitivo de 1991 se lee textualmente: "Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por ley".

No debe confundirse el elemento volitivo del dolo, con la voluntariedad de la conducta, que es el presupuesto básico y relevante de cualquier infracción penal. Tanto quien conduce un vehículo motorizado en estado de ebriedad de manera consciente o intención, como quien lo hace a consecuencia de una manera descuidada, ambos llevan a cabo un comportamiento voluntario. En cambio, la voluntad como parte integrante del dolo (aspecto conativo o volitivo) toma como pauta central los elementos objetivos que integran el tipo penal: quien conduce un vehículo en dicho estado quiere o se representa, por regla general, la posibilidad de causar

- 764 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; "Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción", Cit. p. 17.
- 765 GOMEZ BENITEZ, José Manuel; *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1988, p. 50.
- 766 RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal español. Parte general*, Madrid, 1992, p. 499; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; *Curso de Derecho penal. Parte general*. I 1995, p. 281. MIR PUIG, 1996, p. 193. En la doctrina peruana: HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho penal. Parte general*. Lima, 1987, p. 341.
- 767 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho penal. I. Parte general*, Lima, 1986, p. 362. Más adelante agrega que en el aspecto positivo del delito se requiere una capacidad psíquica de voluntad para que exista conducta, una cierta capacidad psíquica para que haya tipicidad y otra para que haya culpabilidad. A la suma de los tres la llama "capacidad psíquica del delito".
- 768 Ejecutoria Suprema de 18 de septiembre de 1998. Sala Penal RN N.º 3019-98, Puno (Rojas Vargas, Fidel, Jurisprudencia Penal, T I, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pp. 111-112) "Debe tenerse en cuenta que no existe acción penalmente relevante cuando falta voluntad, de modo que un resultado queda fuera del ámbito de protección del Derecho penal cuando ha sido causado fortuitamente".

un peligro común para la seguridad pública. Aunque en la *praxis* judicial, será una prueba diabólica el deslinde entre una conducta dolosa delictiva y la intención de transgredir las normas meramente administrativas.

VII. EL ESTADO DE EMBRIAGUEZ COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD POR INIMPUTABILIDAD

Se habla de culpabilidad en dos sentidos: *amplio*, que considera como principio general el hecho de que ninguna persona puede responder ante la ley penal si no ha actuado con dolo o culpa (artículo 11 del Código Penal); y en sentido *estricto*; entendido como categoría específica del delito, esto es, tener capacidad de culpabilidad, tener conciencia del carácter antijurídico del acto y poder actuar según el derecho. En este supuesto, la culpabilidad analiza las condiciones que debe reunir el autor de una conducta para que pueda atribuírsele el carácter de culpable. La culpabilidad no es intrínseca a la persona, sino una cualidad que se predica jurídicamente de alguien en relación con el hecho ilícito realizado, que es objeto de la responsabilidad penal.

Ahora bien, se escucha decir con bastante frecuencia que imputabilidad es la capacidad de culpabilidad, ya el mismo Mezger decía con elegancia que la imputabilidad “es la puerta por la que el Derecho penal pasa al terreno de la moderna investigación de la personalidad”. Para una primera aproximación diremos que la cara opuesta de tal concepto, o sea la inimputabilidad como parte de la culpabilidad o responsabilidad se puede deducir del artículo 20 inciso 1 del Código Penal, pero en sentido positivo, es decir, será imputable aquel que tiene capacidad de conocer y comprender que se actúa antijurídicamente (factor intelectual) o que pudiendo comprenderlo no se adecua conforme a las reglas jurídicas vigentes (factor volitivo). Esta capacidad no debe confundirse con la conciencia del injusto o del carácter delictivo del acto. La imputabilidad puede ser excluida por las causales de la fase negativa del delito, que según nuestro texto punitivo están en función a minoría de edad, a factores patológicos que determinan la disminución motivacional o desaparición de la responsabilidad como la enfermedad mental (anomalía psíquica), grave alteración de la conciencia o de la percepción.

Roxin ubica a la embriaguez como una causa de inimputabilidad, es decir, establece que en dicho estado, la mayoría de las veces la capacidad de inhibición está excluida antes que la capacidad de comprensión; sin embargo, en los delitos contra la integridad física y contra la vida ni siquiera “cantidades considerables de alcohol” son capaces normalmente de eliminar la capacidad de inhibición de una persona sana⁷⁶⁹.

La doctrina ubica a la embriaguez como una causa de inimputabilidad a través de una grave alteración de la conciencia⁷⁷⁰, que puede ser definida como una per-

CAP. XXII

769 ROXIN, Claus; *Derecho penal. Parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Luzón Penal, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal. Madrid, 1997, p. 837.

770 Así, BRAMONT ARIAS Luis / BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto; *Código Penal Anotado*, Lima, 1995 p. 161; VILLA STEIN, Javier; *Derecho penal. Parte general*, Lima, 1998, p. 386.

turbación profunda de la conciencia de sí mismo o del mundo exterior que afecta la inteligencia o la voluntad del sujeto, perturbando la comprensión del injusto del hecho y motiva que no se pueda adecuar a esa comprensión. También nuestros tribunales entienden que la embriaguez funciona normalmente a nivel de culpabilidad atenuándola o excluyéndola, según el caso. Así se lee entre líneas de la decisión recaída en el Expediente N.º 98-0354 cuando se dice que: “El argumento del inculpaado de haberse encontrado en un estado de ebriedad, *que no le permitió comprender los hechos que cometía*, queda desvirtuado por el dosaje ético que demuestra que se encontraba en una etapa intermedia de intoxicación alcohólica, en la cual no se pierde la conciencia de los actos...”.

Antiguamente se sostenía que la embriaguez atenuante era la semiplena, mientras que la plena debía ser incluida entre las causas de trastornos mentales, por su origen y su efecto anulador de capacidad. Actualmente, por ejemplo, en el Código Penal español de 1995 ha quedado zanjada tal situación pues ha incorporado como nueva circunstancia eximente de responsabilidad en su artículo 20 inciso 2⁷⁷¹ como causal de inimputabilidad⁷⁷².

VIII. REFLEXIONES FINALES

Como colofón diremos que la embriaguez, en cualquiera de sus formas, coloca al sujeto en un estado propicio para cometer actos antijurídicos, ya que conoce la pérdida de sus facultades y frenos inhibitorios que produce la ingesta de alcohol y no obstante bebe. Ahora, cuál es la relevancia que dicha situación genera en el terreno penal, a mi juicio, genera una suerte de contradicción intra-sistemática entre la Parte General y la Especial que es necesario destacar. Por un lado, la Parte General cumple funciones de economía legislativa en cuanto responde a principios generales aplicables a toda la esfera penal y funciones de garantía, pues establece las vías garantizadoras de los derechos individuales. Se puede observar que existen entre las causas de exención de responsabilidad, las llamadas causas de

771 Dicho artículo es el siguiente: “están exentos de responsabilidad criminal: El que al tiempo de cometer la infracción penal *se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas*, drogas, estupefacientes, sustancias u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión...”.

En la parte especial del Código Penal español también encuentra tipificación el conducir ebrio: en el Capítulo IV, art. 379 se lee lo siguiente: “El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, será castigado con la pena de arresto de ocho a doce fines de semana o multa de tres a ocho meses y, en cualquier caso, privación del derecho de conducir vehículo a motor y ciclomotores, respectivamente, por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”.

Asimismo, el Código Penal alemán lo regula en los siguientes términos: Artículo 316: “*Embriaguez en el tráfico*”. (1) Quien en el tráfico (Artículo 315 a 315d) conduzca un vehículo, aun cuando no se encuentre, como consecuencia del consumo de bebidas alcohólicas u otras sustancias embriagadoras, en condiciones de conducir el vehículo con seguridad, será castigado con pena privativa de libertad de un año o con pena de multa, cuando el hecho no esté amenazado con pena en el Artículo 315a o en el Artículo 351c (2). De acuerdo con el párrafo 1º también será penado, quien cometa el hecho imprudentemente”.

772 COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN; *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1996, p. 539.

inimputabilidad, y en el Derecho penal peruano está en el artículo 20 inciso 1 (“... *grave alteración de la consciencia*...”.) y una de las formas de acceder al “beneficio eximente” es precisamente a través de la embriaguez. Por otro lado, se observa en la Parte especial, propio de una concepción fragmentaria y de *última ratio*, que el legislador constreñido algunas veces por consideraciones de política criminal de seguridad del tráfico y tránsito de peatones y vehículos, ha establecido que manejar un vehículo motorizado en estado de embriaguez sea tipificado como delito (artículo 274). Sería una especie de conducta desvalorada por el hecho de conducir, en nuestro caso, ebrio y, por ende, tipificada en la Parte especial, pero exento de responsabilidad a nivel de culpabilidad por embriaguez manifiesta por padecer una grave alteración de la consciencia amparada en la Parte general. Y si no es “grave” la embriaguez, quedaría subsidiariamente aplicable el artículo 21 del Código Penal.

En todo caso, como hemos visto, existen dos niveles dentro de la sistemática analítica de la negación del hecho punible, como factibles de argumentación:

1. Para hacer viable el estado de embriaguez a nivel de “ausencia de conducta” deberá ser una ebriedad total o absoluta, que genere inconsciencia en el sujeto, que no posea ni voluntad y no poder ni siquiera dirigir sus movimientos; ello acarreará una disminución progresiva de la capacidad sensorial y rapidez de los reflejos, en consecuencia, quedaría, en principio, descartada para efectos penales la posibilidad de que un sujeto, en tales circunstancias, pueda conducir un automóvil por la vía pública. Puede darse el caso de que el sujeto al inicio de la conducción del vehículo estaba sobrio y luego termina en un estado etílico en proporción mayor de 0.5 gramos-litro en la sangre dentro del automóvil, aquí se tendría que acreditar que en este último momento el sujeto ya no era consciente totalmente de su actuación para viabilizar la causa de exención por acción.
2. La segunda posibilidad, el estado de embriaguez como causa de exclusión de la culpabilidad por inimputabilidad, es total y legítimamente accesible para efectos eximentes, o en su defecto atenuantes para el artículo 274 del Código penal, ya que la “grave” (es una limitante) alteración de la conciencia (artículo 20 inciso 1 Código Penal) estaría en un término intermedio o neutro entre la sobriedad del sujeto y la ausencia total de su capacidad, por la ebriedad, en la conducción del vehículo. Sería para los casos en los que el sujeto posee todavía una cierta capacidad, siquiera mínima, de gobernabilidad de su conducta que le permite desplazarse en el tiempo y en el espacio (conducir un vehículo, caminar por la calle).

Es necesario diferenciar, dentro del carácter estratificado negativo del delito, una causa de ausencia de acción, de una causa de inimputabilidad; la más importante consecuencia sería la siguiente: mientras la ausencia de acción convierte la conducta del sujeto en inidónea para consumar el delito o realizar (“verbos rectores”) los elementos objetivos del tipo, como no hubo voluntad nunca existió lesividad “real” para los bienes jurídicos. En cambio, si se acredita la ausencia de

imputabilidad tampoco habría delito, pero se deja intacto el injusto penal afirmado previamente (acción típica y antijurídica), lo cual lo vuelve ilícito para el resto del ordenamiento jurídico (se deja, entonces, expedita la vía civil de la responsabilidad civil extracontractual, arts. 1969 y ss. del Código Civil –indemnización–, y obviamente el enfrentar la problemática de si un delito de peligro abstracto puede “generar” efectos reparatorios en el Derecho de daños).

De otro lado, para acreditar la consumación formal del delito en estudio, no será suficiente la probanza del efectivo grado de impregnación de alcohol u otras sustancias que posea el autor en la sangre. No hay duda de que es la más importante, pero en todo caso habrá que recalcar que el dosaje etílico (dato alcoholométrico) es una *prueba pericial preconstituida* practicada tanto antes del inicio formal del procesamiento penal (fase pre-procesal) como en la propia fase de la investigación penal, y en la medida en que sean de imposible o de muy difícil reproducción judicial⁷⁷³. Es de tener en cuenta el artículo 3 de la Ley 27753 que establece que: “Las tasas de alcoholemia en aire respirado, que se efectúen como parte de la actividad preventiva policial, serán indiciarias y referenciales en tanto se practique al intervenido el examen de intoxicación alcohólica en la sangre”.

La delimitación del injusto típico del artículo 274 dependerá de las normas administrativas-sancionadoras (extra-penalmente) y de la doble sancionabilidad que reina usualmente en estos sectores, transgrediendo el principio del *non bis in idem*. Por último, y no por eso menos importante, la práctica judicial ha demostrado que las diligencias técnico-policiales en general, propios de los actos de investigación (vía preliminar), no deben catalogarse como medio de prueba sino como objeto de la misma; que pueden estar válidamente incorporados al proceso penal, eso nadie lo discute, pero lo único que posibilita, probatoriamente hablando, como realidad irrefutable, es solo la configuración “externa” a nivel del tipo objetivo. El dosaje etílico probaría entonces: “...encontrándose en estado de ebriedad con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro...”. Además la modificatoria (9 de junio de 2002) incorporó la tabla de alcoholemia para establecerlo en los delitos de homicidio culposo, lesiones culposas y el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, donde se destaca que en todos los supuestos se necesita que el agente tenga presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro.

773 Por su parte, ORÉ GUARDIA, Arsenio; *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, 1999, p. 426, sostiene que esta prueba consiste en el recojo de evidencias o de custodia de las fuentes de prueba, muy vinculada a las situaciones de flagrancia...”. La Sentencia del Tribunal Constitucional español de fecha 03 de octubre de 1985 también ha señalado que la Prueba de Impregnación Alcohólica se trata de una “**prueba preconstituida**”, a la que puede asignarse “lato sensu” el carácter de pericial, cuando concurre además la circunstancia de la imposibilidad de su repetición posterior, “en este caso, aun dejando de lado que el atestado debe ser en el correspondiente juicio ratificado por los agentes que lo levantaron, hay que atribuir a su contenido no solo el valor de denuncia para llevar a cabo nuevas actividades probatorias, sino un alcance probatorio por sí mismo, siempre que haya sido practicada la prueba pericial preconstituida con las debidas garantías”. Vid. ALONSO PÉREZ, Francisco; *Medios de Investigación en el Proceso Penal*, Madrid, 1999, p. 397.

Sin embargo, dicho examen pericial no determina las demás circunstancias “fácticas” y “subjetivas” que al final son las que corroboran y sustentan una responsabilidad jurídico-penal, ya que para acceder a ella deberán ser analizados y confrontados con las demás categorías sistemáticas de la teoría del delito (aspecto positivo o negativo). Así, por ejemplo, en nuestro caso, las causas de ausencia de acción o las justificantes del acto o una causa de inculpabilidad o exculpación, es decir, el supuesto de hecho tiene que valorarse fundamentalmente dentro de un cúmulo de circunstancias concomitantes generales como somáticas, espaciales, temporales, meteorológicas así como específicas: la velocidad del vehículo, la clase de pista o carretera, la visibilidad, entre otras que rodean la producción del delito.

LOS DELITOS AMBIENTALES EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO: ANÁLISIS DE SUS ELEMENTOS ESENCIALES. ESPECIAL MENCIÓN A LA REFORMA LEGAL N.º 29263

I. GENERALIDADES

Recientemente el Tratado de Libre Comercio (TLC) suscrito con los Estados Unidos de América ha traído como consecuencia ciertos “ajustes” en el sistema penal de protección ambiental, específicamente todo lo concerniente a la represión de lo forestal. En efecto, el reciente Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos de América establece, además, que cada Parte establecerá sanciones o reparaciones apropiadas y efectivas a las infracciones a su legislación ambiental que podrán incluir sanciones y reparaciones administrativas, civiles y penales, tales como acuerdos de cumplimiento, penas, multas, encarcelamiento, mandatos judiciales, cierre de instalaciones, o requisitos de tomar acción de reparación o pagar el costo de contener o limpiar la contaminación.

El compromiso del Estado peruano con el Tratado es el de brindar una difusión adecuada sobre la responsabilidad penal en materia ambiental, la cual comprende la imposición de sanciones civiles y penales diseñadas para desincentivar la violación de las leyes, las normas y otras medidas del Perú en relación con la extracción y el comercio de productos madereros. Entre estas medidas se encontrará, según el Tratado, aumentar considerablemente las sanciones penales contempladas en el artículo 310 del Código Penal del Perú, Decreto Legislativo N.º 635, 8 de abril de 1991.

Definitivamente la reforma penal en los delitos ecológicos, o mejor llamados delitos ambientales, en nuestro país acontecida a partir de la Ley 29263, ha sido totalmente favorable por dos motivos puntuales: desde el punto de vista de la sistemática del bien jurídico protegido, ya que ahora se describe con mejor técnica legislativa los ámbitos de protección. Así, ahora se estructura en función a cuatro capítulos: delitos de contaminación (capítulo I); delitos contra los Recursos Naturales (capítulo II); responsabilidad funcional e información falsa (capítulo III); medidas cautelares, exclusión y reducción de penas (capítulo IV), pero no solo del lado de lo jurídico-sustantivo ha venido la reforma legal, sino también del lado de lo jurídico-procesal, ya que en la parte de las medidas cautelares que puede dictar el Juez Penal se ha “ampliado” la suspensión inmediata para las actividades contaminantes, extractivas o depredativas, así como las otras medidas cautelares

que correspondan (véase el artículo 314-C), y no como antes de la reforma legal que solo estaban reservadas dichas medidas para la actividad contaminante.

En relación al incremento de los marcos penales en los delitos ambientales, tenemos que manifestar en principio lo siguiente: cuando se quiere agravar los tipos penales de la Parte Especial, se puede hacer de dos maneras: a) ampliando el marco de la descripción típica, por ejemplo, agregando más figuras agravadas o cláusulas de interpretación analógicas, y b) agravando el marco penal de las figuras delictivas. En tal sentido, no estamos de acuerdo con una propuesta legislativa de “endurecimiento” ya que siempre se ha dicho desde la política criminal, y en general desde el Derecho penal que el incremento de la penas (en cualquiera de sus clases) y en cualquier clase de hechos punibles (doloso u culposos) no resuelve en lo absoluto el problema más importante que se quiere combatir y reprimir, el cual es prevenir –de manera general o especial tal como lo dice el Título Preliminar del Código Penal y la propia Constitución Política del Estado– la comisión de los delitos que se cometen en la sociedad. Muy por el contrario, el incremento de las penas y de las conductas típicas lo que hace es poner en evidencia la incapacidad del Estado de solucionar un problema socio-estructural expresado en sectores extraformales –fuera del derecho penal– e informales –la educación, la familia, etc.–, máxime cuando en esta clase de delitos que son funcionariales la mayoría de los sujetos activos –que son los altos funcionarios o servidores públicos– están socializados, es decir, que no existe un defecto cognitivo en la internalización de la norma penal.

Sin embargo, debemos de ser conscientes, de que en nuestro país al menos a cada reforma legal en la Parte especial del Código Penal o en legislación complementaria siempre le acompaña una reforma punitiva, en el sentido de incrementarla. Desde esta perspectiva, la sanción jurídico-penal impuesta a casi todos los delitos ambientales a través de la Ley N.º 29263, se ha, de alguna manera, ponderado con mejor criterio las penas pues se ha aumentado los marcos penales para algunos ilícitos, como por ejemplo, el delito de contaminación ambiental básico (artículo 304) y su circunstancia agravante (artículo 305), y en otros delitos totalmente “novísimos” se ha impuesto una sanción penal racional como el artículo 308-B, Delito de Tráfico Ilegal de recursos genéticos, o el artículo 301-B, Delito de obstrucción de procedimiento.

Como es sabido, el delito 310 del Código Penal sanciona el denominado delito de tala ilegal de árboles; seguramente al aumentar la sanción penal creará un aspecto disuasivo –a través de la pena– en los agentes económico, a modo de prevención general, ya sea positiva o negativa, ya que decir que se aumente “considerablemente” las sanciones penales en este delito, el efecto sancionatorio es básicamente en la población y no tanto en el agente que cometió el delito. Debe tenerse en cuenta además, que el Tratado impone a las partes que realicen consultas periódicas sobre la información pertinente y no confidencial sobre el comercio bilateral de productos madereros en la medida en que sea compatible con el comercio bilateral de productos madereros y sus leyes y normas respectivas, y esté autorizado por ellas. Esto incluirá información como datos aduaneros, información sobre esfuerzos para combatir la tala ilegal y el comercio asociado (incluyendo

las medidas de interdicción, confiscación, arrestos procesos judiciales y los fallos condenatorios). Esto demuestra, además, que la pena criminal aumentada no es la “única” fórmula para combatir la delincuencia forestal (y su inevitable efecto en el transcurso del proceso penal como una posible detención preventiva y posteriormente una pena efectiva), sino que hay otras formas de sanciones que deben ser tomadas en cuenta a la hora de legislar sobre esta materia (por ejemplo, las medidas de interdicción, confiscación, etc.).

El delito de contaminación ambiental, así como todos los delitos ambientales, no solo representa un problema jurídico-penal, sino que es algo más que una simple hipótesis típica perfilada por el legislador. Es un problema, ante todo, multidisciplinario, que exige soluciones de corte político y social, desde que las actividades contaminantes son, en principio, actividades socialmente útiles y apreciables, caracterizadas por una constante y casi inevitable trampa de intereses en conflicto. Sólo una mediación constante y regular puede resolver el conflicto sin desconocer obviamente la potencialidad positiva de aquellas actividades. Además, debe instrumentalizarse en normas jurídicas el modelo de sustentabilidad ambiental como estrategia para el desarrollo del siglo XXI, ya que el origen y la solución de los valores ambientales se encuentran en un nivel más profundo que el puro dogmatismo penal.

Si bien las infracciones penales ambientales se corresponden con el criticado proceso de “elefantismo legislativo”, hay que tener presente que se debe a que el ingente flujo de información doctrinaria viene pregonando, lenta pero inexorablemente, la arremetida del pensamiento jurídico-penal contemporáneo y con ello todo los paradigmas que lo caracterizan. Se produce una situación de *constreñimiento ideológico* que se respira en toda la atmósfera del Derecho penal en pos de acceder a los nuevos riesgos que la sociedad inevitablemente plantea, de los cuales el codificador patrio no podía sustraerse. Asimismo, las infracciones penales ambientales se encuentran neutralizadas tanto por la contradicción con el Derecho penal mínimo y la crisis que padece el Derecho penal. Por tal motivo, cualquier reforma en el ámbito político-criminal, para que tenga sus efectos en el ámbito ambiental, tendrá que tener en consideración estos aspectos.

La criminalización de los delitos ambientales despertó en la ciudadanía, la conciencia y valoración acerca de la importancia de proteger nuestro entorno, produciendo una suerte de “asunción” de los valores ambientales tal como actualmente pregona la teoría de la prevención general positiva. Hoy en día, empero comprobamos que existe déficits de aplicación de las normas ambientales, confirmándose la utilización meramente simbólica⁷⁷⁴. Acompañado esto, de un dogmatismo puro

CAP. XX

774 En este punto cabe hacer algunas observaciones en torno a la función que realizan los preceptos penales sobre todo en materia ambiental. Así, puede hablarse de una función instrumental de los tipos que influye, o mejor dicho, que influyó en la población seguramente a partir de abril de 1991, fecha que entró en vigencia el Código Penal y con ello los delitos ambientales. Es decir, que mediante mandatos y prohibiciones pretendió el legislador una eficaz aplicación de las consecuencias jurídicas que acarrearía de su vulneración, función que es legítima por que se conecta con la motivación en el accionar de sus destinatarios. Sin embargo, dicha función se ve paralizada porque los tipos ambientales a la postre vienen cumpliendo una función exclusi-

expresado en la exégesis tecnócrata de la ley penal muy imperante en nuestro medio, que hace que los objetivos políticos criminales estén alejados del debate doctrinario de nuestro sistema penal.

Como es sabido, en el Capítulo Decimotercero del Código Penal peruano de 1991 (ahora llamado con mejor criterio conceptual “Delitos ambientales”, antes llamados simplemente Delitos contra la Ecología⁷⁷⁵) se tipifican las siguientes figuras delictivas, sin perjuicio de que existan otras figuras que inciden en los valores ambientales que se hallan fuera de la sistemática del bien jurídico tutelado⁷⁷⁶:

Delitos de Contaminación (Capítulo I):

- Artículo 304, Delito de contaminación ambiental genérica.
- Artículo 305, Delito de contaminación ambiental agravado.
- Artículo 306, Delito de incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos
- Artículo 307, Delito ilegal de residuos peligrosos.

Delitos contra los Recursos Naturales (Capítulo II):

- Artículo 308, Delito de tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre protegida.

vamente simbólica o retórica, que es ilegítima desde todo punto de vista, y engañosa pues a *corto plazo*, la legislación simbólica, con su estigmatización de las conducta antiambientalistas y la cualificación del bien jurídico “ambiente” constituye la manifestación de un Derecho penal de connotación “educativa ambiental”, “promocionales” o de “ética-social-ambiental”, pero a *largo plazo*, redundando incluso en una pérdida de credibilidad del ordenamiento jurídico como la realidad nos demuestra, obstaculizando la función instrumental.

775 Como se sabe, antes solo se tenía un promedio de diez (10) tipos penales que protegían los valores ambientales, de una manera asistemática en nuestro Código penal, como puede verse en el siguiente listado de tipos penales, ahora derogados:

- Artículo 304, Delito de contaminación ambiental genérica.
- Artículo 305, Delito de contaminación ambiental agravado.
- Artículo 306 y 312, Delito de Responsabilidad funcional.
- Artículo 307 y 307-A, Delito de eliminación de desechos industriales o domésticos y Delito de ingreso ilegal al territorio nacional de residuos o desechos peligrosos o tóxicos respectivamente (Ley N.º 26828).
- Artículo 308 y 309, Delito contra las actividades de la flora y la fauna.
- Artículo 310, Delito de depredación de recurso forestal protegido.
- Artículo 311, Delito de uso indebido de tierras agrícolas.
- Artículo 313, Delito contra la ordenación territorial y contra los recursos naturales.

776 Así, puede mencionarse que existen infracciones penales que se yuxtaponen a los delitos ambientales, y estos pueden ser:

Delitos con relevancia ambiental: Delitos contra el patrimonio: artículos 203 (usurpación de aguas). Delitos contra la seguridad pública. Delitos de peligro común: artículos 273, 275 y 278 (liberación de energía); 276 (estrágos); 279 (manipulación de materiales tóxicos). Delitos contra la salud pública, contaminación y propagación: artículos 286 (contaminación de aguas de consumo); 287 (adulteración de sustancias); 288 (tráfico de productos nocivos); 289 y 292 (propagación de enfermedades); 293 (venta de animales alimentados con desechos o venta de derivados).

Contravencionalidad con relevancia ambiental: Faltas contra las buenas costumbres: artículo 450 numerales 4 (maltrato de animales) y 5 (destrucción de plantas o parques); Faltas contra la seguridad pública: artículo 451 numeral 6 (eliminación o incineración) de basura; Faltas contra la seguridad pública: artículo 452 numeral 6 (ruidos molestos).

- Artículo 308-A, Delito de Tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre protegidas.
- Artículo 308-B, Delito de extracción ilegal de especies acuáticas.
- Artículo 308-C, Delito de Depredación de flora y fauna silvestre protegida.
- Artículo 308-D, Delito de tráfico ilegal de recursos genéticos.
- Artículo 309, Formas agravadas.
- Artículo 310, Delitos contra los bosques o formaciones boscosas.
- Artículo 310-A, Delito de tráfico ilegal de productos forestales maderables.
- Artículo 310-B, Delito de Obstrucción de procedimiento.
- Artículo 310-C, Formas agravadas.
- Artículo 311, Delito de Utilización indebida de tierras agrícolas.
- Artículo 312, Delito de Autorización de actividad contraria a los planes o usos previstos por la ley.
- Artículo 313, Delito de Alteración del ambiente o paisaje.

Responsabilidad Funcional e información falsa (Capítulo III):

- Artículo 314, Responsabilidad de funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos.
- Artículo 314-A, Responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas.
- Artículo 314-B, Responsabilidad por información falsa contenida en informes.

Medidas cautelares y exclusión o reducción de penas (Capítulo IV):

- Artículo 314-C, Medidas cautelares.
- Artículo 314-D, Exclusión o reducción de penas.

II. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Nuestro ordenamiento jurídico-penal protege el bien jurídico “medio ambiente”, o mejor dicho “estabilidad del ecosistema”, definido como la suma de bases naturales de la vida humana, dentro del cual se encuentran la protección de las propiedades del suelo, el aire y el agua así como la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, impidiendo que el sistema ecológico sufra alteraciones perjudiciales, siendo un bien jurídico de naturaleza universal⁷⁷⁷.

En el caso específico del ecosistema natural, perteneciente a la categoría de bienes jurídicos colectivos, como concepto es sumamente amplio en superficie y vago en contenido, más aún lo será, si queremos sustraer la verdadera dimensión de aquel concepto y llevarlo hacia al Derecho penal para su adecuada protección.

⁷⁷⁷ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, 2006, p. 85.

Como puede observarse de la sistemática legislativa del Código penal, el delito de contaminación ambiental se ubica en un lugar preferencial por cuanto preside el Capítulo Único del Título XIII del Libro Segundo. Dicha ubicación no es producto del azar, sino por el contrario, se ha seguido criterios universalmente aceptados en el sentido de que los procesos contaminantes constituyen la forma más tradicional de ataque al ecosistema terrestre. En ese sentido, probablemente el mayor problema en materia de política (“sanitaria colectiva” y “criminal”), no sea la regulación y el control sobre determinadas enfermedades, sino fundamentalmente el de la contaminación ambiental en general, que también causan, igual o quizá peor riesgo no solo a la calidad de vida de las existentes y futuras generaciones, sino a todos los componentes de seres vivos en la tierra.

III. SOBRE LOS DELITOS AMBIENTALES REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

La descripción típica de la versión original del delito de contaminación ambiental (hoy derogado) prescribía lo siguiente:

“Artículo 304. El que infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos, y que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa. Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicios comunitario de diez a treinta jornadas”.

Ahora, el delito de contaminación del ambiente se encuentra previsto y sancionado por el artículo 304 del Código Penal (a través de la Reforma de la Ley N.º 29263) de la siguiente manera:

CAP. XXIII

“El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicios, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con ciento a seiscientos días-multa”.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

Concordancia

Ley N.º 27314, Ley General de Residuos Sólidos. Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente. Ley N.º 29338, Ley de Recursos Hídricos. Ley N.º 27446 Ley del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental. D. S. 02-2008-MINAM Establece los estándares de calidad del agua.

Jurisprudencia

- Tanto el A-quo como el colegiado no han efectuado una debida apreciación de los hechos materia de inculpación ni meritado adecuadamente los medios probatorios actuados durante la secuela del proceso, a efectos de poder establecer con certeza la situación jurídica del acusado, frente a los cargos que se le imputa; en tal sentido, es preciso ordenar un nuevo pronunciamiento por otro Juez, debiéndose previamente solicitar al Ministerio de Salud, emitir un pronunciamiento técnico, a fin de determinarse la existencia de contaminación en el área de los hechos y si esta se encuentra dentro de los límites permitidos por la ley de la materia.
- La conducta de los agentes consistente en haber cultivado plantas de tallo corto, col, cebolla china, nabo, alfalfa para ser puestas en venta y consumo humano, utilizando para tal efecto aguas servidas desarrolladas por negligencia al no haber adoptado las medidas de cuidado necesarias para evitar la contaminación, debe ser adecuada correctamente dentro de los alcances del tipo penal del delito de contaminación de sustancias alimenticias culposas.

1. La contaminación como conducta típica

Es menester advertir que en el delito de contaminación, el legislador ha respetado la letra del "*nullum crimen...*" al criminalizar primariamente en el texto punitivo, las formas de ataque a los valores ambientales, pero esto no quiere decir que no escape a las ambigüedades en sus respectivas formulaciones. Las ambigüedades son producto de nuestro tiempo, que se caracteriza por la proliferación de preceptos penales con términos vagos y porosos, con cláusulas generales o de intenso contenido valorativo⁷⁷⁸, quebrantando la seguridad jurídica expresada en el mandato de taxatividad o de determinación ("*lex certa*") "...que obliga a la máxima precisión en los mensajes normativos del legislador y la máxima vinculación del juez al tenor de dichos mensajes a la hora de adoptar sus decisiones"⁷⁷⁹.

Ahora bien, no quiero ser cómplice primario "silencioso" de un evidente oscurantismo, de un dislate jurídico imputable *ex-profesamente* al legislador patrio al redactar un exacerbado condicionamiento en el momento consumativo del tipo penal básico estipulado en el artículo 304 del Código Penal. En la tipicidad objetiva el supuesto de hecho está determinado por dos etapas bien definidas:

- a) En lo concerniente a la conducta típica, se tiene que cumplir tres momentos de progresión aumentativa:

778 Así: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; "Malos tiempos para la codificación penal en Europa. A propósito del nuevo Código Penal español", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Número 7/8, Lima, 1999, p. 277.

779 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 256 y 257.

- Que la actividad contaminante sea ejecutada mediante “vertidos”.
 - Que los vertidos infrinjan las normas (jurídicas) sobre protección del medio ambiente.
 - Asimismo, que supere los límites permitidos reglamentados extra-penalmente.
- b) En lo concerniente al resultado típico se precisa que:
- De un resultado en sentido amplio, es decir, causar peligro concreto o lesión, con la consiguiente necesidad de probanza de la relación causal, y lo más risible, que dicho resultado típico recaiga “simultáneamente” en la flora fauna y recursos hidrobiológicos.

La conducta típica en sentido estricto de la contaminación ambiental (art. 304 CP) se expresaba de la siguiente manera: “El que infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza...”. Si bien la conducta prohibida exige que sea provocada mediante el vocablo “contaminación”⁷⁸⁰, o llamados por otros “polución”⁷⁸¹, también es cierto que esta presenta dos restricciones. En la primera, está expresado en el mismo verbo rector del tipo contaminar, pero esta debe hacerse bajo una determinada modalidad: “vertidos”⁷⁸². La voz verter gramaticalmente significa derramar o vaciar líquidos y también cosas menudas; como sal, harina, etc.⁷⁸³. El tipo penal no indica a dónde serán arrojados, pero se entiende que en el aire, agua o suelo. Como puede evidenciarse, la voz verter no se corresponde

780 CARO CORIA, Carlos; Protección penal del ambiente. Lima, 1995, p. 281, define a la contaminación como “...el acto de lograr la presencia en el ambiente de una o más contaminantes, o de cualquier otra combinación de ellos en concentración o en niveles capaces de comprometer, perjudicar o incomodar la vida, la salud o el bienestar humano”. Por su parte, RODAS MOLSALVE, Protección penal y medio ambiente, Barcelona, 1994, p. 290, lo entiende como al “conjunto de compuestos tóxicos que el hombre libera en la biosfera, y también las sustancias que sin ser verdaderamente peligrosas para los organismos, ejercen una influencia perturbadora sobre el ambiente”. MAGARIÑOS DE MELLO, citado por FOY VALENCIA, “En busca del Derecho ambiental”, en: Derecho y ambiente. Aproximaciones y Estimativas. PUCP, Lima, 1997, p. 111, define como “el acto o el resultado de introducir artificialmente en un medio dado, cualquier elemento o factor que altere negativamente las propiedades bióticas del mismo, por no estar neutralizado por mecanismos compensatorios naturales”.

El término contaminación nos puede llevar a confusiones por su amplitud pues en la actualidad se prefiere hablar de “entorno” antes que de “recursos”. En consecuencia, la contaminación podría definirse como cualquier deterioro del entorno en forma global, por lo que se hace inmanejable su conceptualización, más aún cuando las conductas comienzan en niveles más bajos y terminan en los niveles más dramáticos: desde la simple costumbre de arrojar colillas de cigarros a la vía pública, hasta las grandes contaminaciones industriales de las fábricas, que arrojan gran cantidad de residuos químicos a la atmósfera, las amenazas radiactivas, entre otras.

781 MOSSET ITURRASPE, Jorge; en: ITURRASPE / HUTCHINON/ DONNA, *Daño ambiental*, tomo I, Buenos Aires, 1999, pp. 54 y ss. “La polución ambiental es la degradación de la calidad ambiental, resultante de actividades que, directa o indirectamente, perjudican a la salud, a la seguridad o al bienestar de la población con reflejos daños sobre la propia vida”.

782 El Código Penal español (art. 325), al describir la modalidad contaminante, lo hace utilizando vocablos diversos: “emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos”.

783 *Diccionario de la lengua española. Real Academia Española*, T. II, Madrid, 1992, p. 2081

con la realidad social, porque existen casos, por ejemplo, de verter residuos radioactivos que cuando son arrojados, por ejemplo, en la gran Fosa Atlántica no están dentro de tal acepción (cosas menudas) dado su gran volumen y peso. Los vertidos pueden ser de forma inmediata o directa que se realiza sobre un curso de agua, cauce público o canal de riego, o de forma indirecta ya que puede realizarse a través de azarbes, canales de desagüe y pluviales.

Por otro lado, la segunda restricción del tipo está referida al medio empleado. Esto es, que los vertidos deben realizarse a través de “residuos” sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza. Cualquiera sea el campo en el que el hombre desenvuelva sus actividades industriales, agrícolas, sociales o domésticas, la huella de su paso irá marcada por una pesada carga de residuos. Gramaticalmente residuo significa “lo que resulta de la descomposición o destrucción de una cosa” o al “material que queda como inservible después de haber realizado un trabajo u operación”⁷⁸⁴. Residuo es lo restante, lo que queda después de ser sometido a un proceso determinado. Es lo que queda tras un proceso de consumo del insumo respectivo, y que evidentemente es separable del producto, o sea lo que no “queda”, o sea la parte aprovechable tras ese proceso⁷⁸⁵. Ahora, los residuos industriales difieren fundamentalmente de los urbanos en que son muchos más variados, tanto desde el punto de vista físico, como químico. Por otra parte, estos se recuperan en mayor proporción en las propias fábricas y en las industrias de tratamiento de materiales secundarios. Pero no solo se puede contaminar vertiendo residuos sino también con otras sustancias no residuales. Ejemplo: hidrocarburos.

Entonces, el verbo rector “contaminar” mediante “vertidos residuales” —a diferencia, por ejemplo, de “matar”, “lesionar”, “hurtar”— su adecuación típica está condicionado a una serie de elementos normativos y descriptivos, entre los que se destaca la dependencia a las infracciones de la legislación administrativa, que es en última instancia, el que define esta primera parte del injusto penal bajo análisis. En otras palabras, el *disvalor* de la acción que sanciona el art. 304 CP es que el sujeto activo contamine no en términos penales sino en términos administrativos. Este punto será materia de análisis cuando toquemos la accesoriedad administrativa.

784 *Diccionario de la lengua española. Real Academia Española*, tomo II, Madrid, 1992, p. 1263. En Argentina lo más razonable sería hablar de sustancias residuales que tendrían como finalidad causar “peligro”, y soslayar la distinción que tiende a dividir por un lado los insumos y por el otro a los residuos. Entonces, razonable sería hablar que los riesgos para el ambiente se limitan a los desechos que las actividades humanas generan y que la utilización de los insumos, en principio, está exenta de peligrosidad. (Así, COSTA, Mario Gustavo; “Residuos y principio de legalidad”, en: La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental, 26-diciembre-2003, Buenos Aires, p. 4).

785 Por ejemplo, el primer problema planteado por los residuos sólidos es su *eliminación*. La solución principal que la sociedad ha dado a este problema es bastante primitiva: quitárselo de la vista, arrojando los residuos en las afueras de las ciudades, u ocultar el problema, enterrándolos. Debido al aumento poblacional esto se torna cada vez más difícil por lo que se están contemplando otras alternativas: reducción por incineración y el aprovechamiento mediante recuperación o transformación. El segundo problema que ha afectado a los residuos sólidos ha sido el de la protección al ambiente. La diferencia fundamental entre los residuos sólidos y otros agentes contaminantes, líquidos o gaseosos, es su *permanencia en el lugar de origen*.

Por último, el tipo de injusto básico prevé otras posibilidades de contaminación al señalar que los vertidos puedan ser “*residuos de cualquier otra naturaleza*”. Aquí, el tipo penal descarga toda su magnitud de tipo abierto. Este último recurso se entiende que es un recurso técnico que el legislador posee para abarcar otros supuestos parecidos a la contaminación, como principalmente los desechos tóxicos peligrosos y los desechos radiactivos que no cuentan en nuestro país con una regulación especial, descartándose la posibilidad de contaminación odorífica, energética o sonora, que encontrarían tipificación en otros tipos como el art. 273 y el art. 452, numeral 6 del CP⁷⁸⁶.

El tipo penal en cuestión (según la Reforma de la Ley N.º 29263) exige en primer lugar, lo siguiente: “*El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles*”. La infracción administrativa cumple, entonces, una mera *función indiciaria* sobre la superación del riesgo penalmente permitido. Por esa vía –dice Caro Coria– no se vincula absolutamente la tipicidad penal a normas administrativas que no siempre resultan tan irreprochables en sus objetivos y en su contenido como en un principio se podría suponer. En todo caso, la infracción administrativa puede operar como “indicio de peligrosidad”, de modo que el Juez deberá constatar caso por caso y conforme a las exigencias del concreto tipo penal la presencia de una posibilidad de afectación al bien jurídico⁷⁸⁷.

Como puede verse, el legislador nacional con la nueva versión del artículo 304 incorpora sucesivamente, a modo indistinto, que el sujeto puede infringir leyes, reglamentos o límites máximos permisibles. Sobre todo, en esto último la ley penal hace un cambio semántico, ya que antes se decía solo “valores límites”, ahora se exige, acorde con la Ley General del Ambiente, que la conducta sobrepase los límites máximos de permisibilidad, y lo más interesante en aras de la aplicabilidad real y no simbólica del tipo penal en comento, es que no exige que necesariamente se “sobrepase” los valores límites como se interpretaba anteriormente, ahora la nueva redacción simplemente señala lo siguiente: “*El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles*”, la letra “o” hace que los límites máximos de permisibilidad no sean una exigencia previa sino en todo caso un presupuesto alternativo,

786 La contaminación sonora no es considerada delito en nuestro Derecho penal, sino una contravención (art. 452, numeral 6 CP, Faltas contra la tranquilidad pública). El ruido, es considerado como un sonido indeseado por el receptor o como una sensación auditiva desagradable y molesta, es causa de preocupación en la actualidad, por sus efectos sobre la salud, sobre el comportamiento humano individual y grupal; debido a las consecuencias físicas, psíquicas y sociales que conlleva. La evolución experimentada por los países desarrollados en las últimas décadas, con la proliferación de industrias, aumento espectacular del parque automovilístico y de los medios de transporte público, a la vez que ha contribuido a elevar la calidad de vida de los ciudadanos, ha ocasionado un incremento de la contaminación ambiental y, en particular, de la producida por ruidos y vibraciones. Las consecuencias negativas del ruido, por sus características peculiares, afloran a lo largo de dilatados periodos de tiempo. Estas características del ruido, unidas a la complejidad de los procesos para su evaluación y control, fueron determinantes para que hasta el año 1972 no fuera reconocido oficialmente, en el Congreso de Medio Ambiente organizado por Naciones Unidas en Estocolmo, como agente contaminante. En nuestros días, el ruido es considerado como una forma importante de contaminación y una clara manifestación de una baja calidad de vida.

787 CARO CORIA; “El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho penal económico”, en: *Materiales de Enseñanza, Maestría en Derecho penal, Derecho penal económico*, Ciclo 2004-II, Pontificia Universidad Católica del Perú.

porque sino existiera tales límites máximos de permisibilidad –como seguro que no los hay en varios sectores económicos y representan un gran problema hasta antes de la reforma legal– habrá, en su defecto, para ello ciertos reglamentos, y por último, si no existieran reglamentos en cada sector económico existirá, en su defecto para ello una Ley General –como la del Ambiente– que podría verse afectada por las conductas contaminantes de empresas o grupos de personas involucradas en la actividad empresarial. En otras palabras, con la reforma legal N.º 29263 se ha dado mejor cobertura de protección penal al ambiente y sus componentes.

Ahora bien, de nada servirá que se haya verificado, previamente, un evidente resultado dañoso al ambiente y sus componentes, que en realidad es lo que más sobresale en un proceso penal. Es más, puede suceder que el resultado, como por ejemplo, que los ganados de una Comunidad Campesina aparezcan muertos una mañana en un terreno agrícola, haya sido causado por una alimentación adulterada, y no por conductas humanas contaminantes. En tal sentido, si la conducta del sujeto o los sujetos activos no se ha realizado de determinada manera y condición, por más que hubiere un resultado, no se aplicará el tipo penal en comento. Podría existir un delito contra la Salud Pública pero no un delito de contaminación ambiental. En efecto, el tipo penal 304, en la nueva versión legal, señala textualmente que la conducta típica es que “... provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes o radiaciones contaminantes...”, y debe hacer en determinadas áreas de influencia como es “... la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas...”. En la versión original del artículo 304 del Código Penal simplemente y de manera escueta se decía lo siguiente: “...lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos o gaseosos o de cualquier otra naturaleza...”.

Por otro lado, se entiende por contaminación del medio hídrico o contaminación del agua a la acción o al efecto de introducir algún material o inducir condiciones sobre el agua que, de modo directo o indirecto, impliquen una alteración perjudicial de su calidad en relación a sus usos posteriores o sus servicios ambientales. Además, la contaminación del agua (véase de los ríos, de los lagos y los mares) es producida, principalmente, por cuatro vías: vertimiento de aguas servidas⁷⁸⁸, de basuras⁷⁸⁹, de relaves mineros y de productos químicos⁷⁹⁰.

788 **Vertimiento de aguas servidas.** La mayor parte de los centros urbanos vierten directamente los desagües (aguas negras o servidas) a los ríos, a los lagos y al mar. Este problema es generalizado y afecta al mar (frente a Lima y Callao, frente a Chimbote), a muchos ríos (Tumbes, Piura, Santa, Mantaro, Ucayali, Amazonas, Mayo, etc.) y a lagos (Titicaca, Junín). Los desagües contienen excrementos, detergentes, residuos industriales, petróleo, aceites y otras sustancias que son tóxicas para las plantas y los animales acuáticos. Con el vertimiento de desagües, sin previo tratamiento, se dispersan agentes productores de enfermedades (bacterias, virus, hongos, huevos de parásitos, amebas, etc.).

789 **Vertimiento de basuras y desmontes en las aguas.** Es costumbre generalizada en el país el vertimiento de basuras y desmontes en las orillas del mar, los ríos y los lagos, sin ningún cuidado y en forma absolutamente desordenada. Este problema se produce especialmente cerca de las ciudades e industrias. La basura contiene plásticos, vidrios, latas y restos orgánicos, que o no se descomponen o al descomponerse producen sustancias tóxicas (el fierro produce óxido de fierro), de impacto negativo.

790 **Vertimiento de productos químicos y desechos industriales.** Consiste en la deposición de productos diversos (abonos, petróleo, aceites, ácidos, soda, aguas de formación o profundas,

2. La accesoriad del Derecho penal ambiental en relación con el Derecho administrativo: el caso del delito de contaminación ambiental

2.1. Concepto

Ante la trascendencia de la infracción del precepto administrativo, la misma que tiene implicancias importantes en el plano de la tipicidad como en la antijuricidad penal, el juzgador puede optar, según Caro Coria⁷⁹¹, por dos alternativas: a) puede realizar un juicio puramente intrasistemático, basado en la interpretación del tipo penal aislado del resto del ordenamiento jurídico, de modo que no le otorgue valor alguno a los preceptos administrativos, y b) la segunda opción se contrapone a la primera, pues aquí el juez no es indiferente al principio de unidad del ordenamiento jurídico y opta por delimitar la prohibición contemplada en el tipo penal teniendo en cuenta la regulación administrativa.

En el delito de contaminación ambiental se ha seguido la segunda alternativa. En tal virtud, el contexto de la regulación administrativa en la delimitación del injusto penal del art. 304 CP está, por ejemplo, cuando prescribe que los actos contaminantes infraccionen las "*normas sobre protección del medio ambiente*"⁷⁹². Dicho de otro modo, a lo que está aludiendo es que la protección penal del ambiente es un área primordialmente *ocupada* por el Derecho administrativo⁷⁹³. Es lo que se llama en doctrina normalmente la "accesoriad del Derecho penal respecto al

etc.) provenientes de las actividades industriales. Este problema es generalizado cerca de los centros petroleros (costa norte y selva), en las zonas de la industria de harina y aceite de pescado (Pisco – Paracas, Chimbote, Parachique, Paíta), en las zonas de concentración de industrias mineras (Oroya, Ilo), y en zonas de industrias diversas (curtiembres, textilerías, etc.).

791 CARO CORIA, Carlos; "El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho penal económico", en: *Materiales de Enseñanza, Maestría en Derecho penal, Derecho penal económico*, Ciclo 2004-II, Pontificia Universidad Católica del Perú.

792 En su afán omnicomprensivo el tipo penal establece: "*El que infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente*". Claro está, que hay una aparente limitación, pues solamente tendrán relevancia penal aquellas normas jurídicas que tenga como finalidad específica "*la protección del medio ambiente*". Sin embargo, no precisa a qué clase de normas jurídicas se está remitiendo. Pueden tener de rango constitucional, legal. En este último, se vulnerará el Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, especialmente los artículos I, II, IV, VII, VIII, IX, X, XI y XII de su Título Preliminar y de sus artículos 1, incisos 5) y 8), 3, 4, 5, 6, 7, 10, 12, 36, 37, 38, 39, 49, 50, 51, 53, 55, 88, 96, 97, 114, 117, y 118. Normas que a tenor de lo puntualmente establecido en el artículo X de su Título Preliminar son de "...orden público". Asimismo, se vulnerarían los Tratados ratificados por el Perú, esta interpretación es válida como medio para evitar lagunas de punibilidad por existir escasez de normas administrativas; Leyes; Decretos Legislativos; Decretos Leyes; Ordenanzas Municipales; Normas Regionales; y una pléyada de Reglamentos que se complementa, que suplen y, en no poca medida, pueden contradecirse, como son los Decretos Supremos.

793 HEINE, Günter; "*Accesoriad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente*", en: ADPCP, 1993, p. 292 (Las cursivas son del texto). MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1996, p. 504, señala que "La reglamentación administrativa es pues, decisiva para la delimitación del supuesto de hecho típico, hasta el punto que si la conducta no está prohibida y prevista por dicha reglamentación o se produce dentro de límites autorizados por la misma, no tendrá aplicación..."

Derecho administrativo", que en materia ambiental es una técnica completamente irrenunciable⁷⁹⁴, aunque también existen autores quienes se muestran críticos ante tal técnica de la accesoriedad⁷⁹⁵. Por otro lado, la accesoriedad se destaca, como modelo técnico-legislativo, porque aunque exista un verdadero peligro o lesión efectiva a los objetos ambientales, resultará irrelevante penalmente si no se infringen las normas jurídicas de protección del ambiente. En otras palabras, el principio de accesoriedad administrativa responde a una nueva tendencia en materia jurídico-penal que ha de denominarse la "administrativización" del Derecho penal⁷⁹⁶. Además, la pérdida de los contornos precisos de la norma penal y la proliferación de elementos normativos respecto al ámbito administrativo se debe a la inevitable "modernización" de la ley penal⁷⁹⁷.

La accesoriedad administrativa, como dice Schünemann representa el punto de Arquímedes del Derecho penal del medio ambiente y de amplios ámbitos del Derecho penal económico en su conjunto⁷⁹⁸. Por tal motivo, para apaciguar los poderosos escollos que amenaza la accesoriedad, esta debe sujetarse a tres reglas básicas. En primer lugar, debe primar el principio de *unidad* del ordenamiento jurídico, en el sentido de que no puede haber una contradicción entre la prohibición penal y la permisión en sede administrativa. La accesoriedad debe producir una valoración

- 794 En este sentido, véase: ESER, Albin; "Derecho ecológico", en: Revista de Derecho Público, vol.II y IV, Madrid, 1985, p. 643. HEINE, Günter: "Derecho penal del ambiente. Especial referencia al Derecho penal alemán" Cit. p. 57. MOECKEL GIL, Emilio; "Perspectivas del delito ecológico en el Código penal de 1995. Su prueba en el proceso", en: CPC, N 65, 1998, p. 386. RODAS MONSALVE, 1994, p. 224 cuando afirma que "ve en aquella una estructura técnica riesgosa, pero necesaria dada la índole compleja de determinadas materias que hace inevitable una cierta flexibilización de los presupuestos típicos, la que debe, sin embargo, someterse a restricciones para asegurar que la definición de la conducta prohibida quede en manos del legislador penal en sentido estricto". DE LA MATA BARRANCO, Norberto; *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996, pp. 31 y 61. Asimismo, HEINE; "Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente", cit. p. 293. (las cursivas son del texto). Este autor admite que "...para el Derecho penal las consideraciones del ordenamiento jurídico-administrativo sobre daños al medio ambiente son, en gran medida, imprescindibles".
- 795 Véase: SCHÜMANN, Bernd; "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", traducción de Manuel Cancio Meliá, en: RPCP, N 5, Lima, 1995, pp. 248 y 249. En nuestra doctrina: REYNA ALFARO, Luis Miguel; "La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites" disponible en: www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Reyna1.
- 796 Este fenómeno de la administrativización del Derecho penal es criticado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl /ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte General*, 2000, Buenos Aires, p. 11, ya que banaliza el contenido de la legislación legal, destruye el concepto limitativo del bien jurídico, profundiza la ficción de conocimiento de la ley, pone en crisis la concepción del dolo, cae en responsabilidad objetiva y, en general, privilegia al Estado con el patrimonio de los habitantes".
- 797 GARCÍA ARÁN, Mercedes; "Algunas características generales del Código Penal español de 1995: ¿Hacia la superación del Derecho penal de la codificación?", en *Gaceta Jurídica*, T. 49, Lima, 1997, p. 56.
- 798 SCHÜNEMANN, Bernd; "¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?", traducción de Teresa Rodríguez Montañés, en: Jornadas sobre "Reforma del Derecho penal en Alemania", Madrid, 1991, p. 45.

unitaria del Derecho administrativo ambiental y del Derecho penal ambiental, así en frases como “contaminar mediante vertido residuales” tiene que constituir una seguridad jurídica mediante una interpretación unitaria. Como correlato de esto, en segundo lugar, teniendo en consideración el principio de *subsidiariedad* en el ámbito punitivo, el Derecho penal no puede penalizar aquellos comportamientos que las normas del Derecho administrativo autoriza. En otras palabras, en virtud del principio de intervención mínima, el Derecho penal reglamenta la actuación accesorio y subsidiaria respecto del Derecho administrativo más en una materia como esta –la ambiental– tan sujeta a una compleja protección de este ordenamiento, lo que supone la previa infracción de normas administrativas antes de dar paso a la sanción penal que, por otra parte, supone atentados ambientales de cierta gravedad. En tercer lugar, resulta evidente que las normas penales (como en el caso del delito de contaminación ambiental) no pueden determinar cuándo comienza exactamente el límite punible contaminante, con lo cual sí, las normas administrativas, a través de los valores-límite, servirían de auxilio.

Concretamente la accesoriedad administrativa consiste en la intervención de los puntos de vista del Estado y su administración en la determinación de los criterios de control, ordenación, riesgo y valor en el aprovechamiento del ambiente en general. Por ejemplo, el aire es un bien común pero limitado y su utilización y disfrute deberá supeditarse a los superiores intereses de la comunidad frente a los intereses individuales o de un determinado grupo, motivados por la explotación económica de la energía o industria. Por eso, allí donde el particular no puede, objetiva y responsablemente, determinar la ponderación de intereses contrapuestos (riesgo y provecho) y con ello adecuar su comportamiento a dicho cuidado, es donde interviene el Estado.

Dicho de otro modo, la accesoriedad administrativa no es otra cosa que la injerencia del Poder Ejecutivo –a través de reglamentos sectoriales que constituye una delegación legislativa– en las facultades legisferantes del Poder Legislativo. Esta situación de accesoriedad respecto del Derecho administrativo de los tipos penales ambientales se debe fundamentalmente a dos cuestiones: en primer lugar, porque en un ámbito de situaciones conflictivas entre protección del ambiente y desarrollo económico, es el Derecho administrativo, quien debe fijar el equilibrio de ambos. En segundo lugar, si se deja al criterio de la administración pública esta cumplirá una función más especializada, además que sus instrumentos jurídicos son menos “toscos” que los que posee el Derecho penal, entonces, aquel habrá de intervenir para reforzar la ejecución de la decisión administrativa⁷⁹⁹. A esta argumentación se agrega el hecho de que el delito ambiental viene a ser la confirmación del fracaso

799 Crítico, por ejemplo: HERZOG, Félix; “*Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro)*”, traducción de Larrauri Pijoan y Pérez Álvarez, en ADPCP, 1993, p. 320, “La accesoriedad de la Administración en el derecho penal del medioambiente puede ser interpretada como un sinónimo de tal desintegración: el derecho penal interviene, con gran anterioridad a la lesión del bien jurídico, bajo la presión de la gran importancia política de la ecología. Allí el derecho penal opera, de nuevo, bajo presión económica, de la infraestructura, presión política del mercado laboral y otras presiones propias de intereses contradictorios”.

de los medios de control extra-penales, por lo que el sistema penal poco o nada puede hacer dentro del proceso de socialización del individuo debido justamente a su carácter secundario del Derecho penal.

Parece evidente que la razón de ser de la accesoriedad administrativa en el Derecho penal ambiental, radica en que solo este debe servir de refuerzo a la regulación administrativa pues es a ella a la que fundamentalmente se reenvía⁸⁰⁰. Por tal motivo, siguiendo a Rodríguez Ramos, decimos que la norma penal protectora del ambiente no es un instrumento principal ni primario, es decir, no "... es principal el papel de la norma penal, porque solo puede auxiliar a la normativa y a la autoridad administrativa y, en el mismo sentido, no es primaria, sino secundaria en cuanto que cronológica y ontológicamente ha de existir antes o al mismo tiempo la normativa auxiliada que la auxiliante"⁸⁰¹.

Ahora bien, la peligrosidad del comportamiento contaminante debe medirse mediante criterios normativos de carácter penal, esto es que "... será necesario tomar en consideración la prescripción administrativa, pero desde una perspectiva penal, es decir, que la mera infracción formal no es lo que cuenta, sino la relevancia de puesta para la realización de un delito de peligro o de lesión para la estabilidad del ecosistema"⁸⁰².

El problema de la accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo no puede solucionarse elaborando enunciados categóricos convencionales como "no matarás", "no hurtarás" o en nuestro caso "no contaminarás". Esto es, debe reelaborarse los enunciados imperativos de la norma primaria que subyace a la ley penal traduciéndose ahora, no en una *prohibición*, sino en términos de *concesión*, es decir, "contaminarás hasta cierto límite". Lo determinante será ponerse de acuerdo en la delimitación normativa entre consumo y conservación, dejando de lado la respuesta punitiva sobre aquellos actos permitidos o socialmente no lesivos. Tal problemática, como dice Schünemann⁸⁰³, se asemeja a la negocia-

800 POLAINO NAVARRETE, Miguel; "La criminalidad ecológica en la legislación penal española", en Libro Homenaje al Prof. Del Rosal, Madrid, 1993, p. 871. CANTERO BANDRES, Rocío; "El delito ecológico: análisis del actual tipo penal", en: Terradillos Basoco, Juan (Coor.), El delito ecológico, Madrid, pp. 62 y ss.

801 RODRÍGUEZ RAMOS, Luis; "Alternativas de la protección penal del medio ambiente" en CPC, N 19, p. 145. Apunta, BACIGALUPO, Enrique; *Estudios de la parte especial del Derecho penal*, Madrid, 1994, p. 220, que "Es muy frecuente que el derecho penal opere en este ámbito con un estricto carácter secundario, es decir, penalizando el incumplimiento de normas de conducta que corresponden a un ámbito que le es ajeno".

802 CARO CORIA, Dino Carlos; *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Lima, 1999, p. 577. Este autor esquematiza su pensamiento en este tema (pp. 297 y 298) pues afirma que se puede construir un modelo penal de mínima intervención y siguiendo su orientación por la antijuricidad material y un disvalor de resultado en el injusto, conduce: 1) excluir una protección absoluta del ambiente. 2) Erigir la tutela en función de límites de tolerabilidad técnicamente definidos, de modo que se permita ciertos niveles de degradación, por encima de los cuales opera la sanción penal tras infringirse el "riesgo permitido". 3) Aceptar como necesaria la técnica de las leyes penales en blanco, de forma tal que el tipo incorpore en la descripción dichos límites de tolerancia.

803 SCHÜNEMANN, Bernd, "Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N 9-A, Buenos Aires, 1999, p. 633.

ción de un contrato colectivo. Existe una situación extraña porque las partes de la negociación (la generación futura) no están representadas y la segunda parte (los contempladores del ambiente) solo cuenta con una representación muy reducida, de modo tal que la parte negociadora dominante (los consumidores del ambiente) es la que decide lo que estaría dispuesta a conceder a las otras partes si estas estuvieran representadas en su totalidad.

Se reconoce que la actuación penal en materia ambiental no puede llevarse a cabo de espaldas a lo actuado en otros sectores del ordenamiento jurídico. En efecto, la propia Exposición de Motivos del Código Penal peruano reconoce que la protección del ambiente "... es un elemento fundamental de la existencia y supervivencia del mundo. Los controles sociales extrapenales y una adecuada legislación administrativa al respecto, deberán operar junto al Código Penal". Por eso, el principio de estricta legalidad sufre en la materia ambiental una fuerte erosión a causa de la irrupción de una cantidad de normas provenientes de fuentes secundarias. De un lado, es el mismo principio del "equilibrio" entre el bien ambiental y otros innumerables intereses sociales, económicos y productivos en conflicto⁸⁰⁴.

Considero necesario poner de relieve que en este ámbito y ante la verificación de un hecho lesivo en contra del ambiente natural, generalmente reinará una duplicidad sancionadora: la del Derecho penal y la del Derecho administrativo sancionador. Acá debe tenerse en cuenta lo establecido por el art. 230. 4 de la "Ley de Procedimiento Administrativo General" (Ley N.º 27444), que describe el principio de tipicidad administrativa, prohibición de la analogía o interpretación extensiva en materia administrativo-sancionadora. En todo caso, deberá establecerse una delimitación razonable de las competencias regulativas con certeza y seguridad jurídica. Será preciso también acatar los principios de orden constitucional como el de *ne bis in idem*⁸⁰⁵ en su articulación procesal y material. Este principio, como sabemos, impide que un sujeto sea sancionado dos veces sobre la misma infracción cuando exista identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.

2.2. Los grados de la accesoriedad administrativa

Las fuentes de riesgo exigen pues la "apertura" del Derecho penal a las reglas extra-penales que gobiernan cada sector de actividad. Esto supone ya un serio obstáculo para la pretensión de configurar un modelo jurídico-penal *autónomo o puro* en materia ambiental. Sin embargo, como se ha dicho, tenemos que seguir encaminados inevitablemente en la "accesoriedad administrativa" como injerencia del Poder Ejecutivo, y esta, como se sabe, está sujeta a un mayor o menor grado de subordinación con respecto a la protección jurídico-penal. Es decir, tendrá que sentarse una posición sobre el grado de dependencia. ¿Acaso será suficiente la

CAP. XXIII

804 PALAZZO, Francesco; "Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia", en *Revista Penal*, p. 70.

805 Así, DEL CASTILLO FALCÓN CARO, María; "El delito ecológico en la jurisprudencia criminal española" en: CPC N.º 59, 1996, p. 516. TERRADILLOS BASOCO, Juan; "El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa", en: Terradillos Basoco, Juan (Coor), *Delito ecológico*, Madrid, 1992, pp. 87 y ss. RODRÍGUEZ RAMOS; "Alternativas de la protección penal del medio ambiente", cit. p. 146.

violación de las normas administrativas para aplicar los tipos penales correspondientes?, o ¿la aplicación del tipo penal tendrá que realizarse sin tener en cuenta la *regulación – y vulneración– administrativa*? En el Derecho comparado se admiten las siguientes dependencias:

2.2.1. Cuando la intervención jurídico-penal es absolutamente dependiente del Derecho administrativo

Es el grado más dependiente de la accesoriedad extra-penal y se presenta, en primer lugar, para cautelar y garantizar el cumplimiento y la ejecución de las decisiones de orden administrativo. Su finalidad está en el reforzamiento de las facultades de control y supervigilancia de las autoridades. Se presenta cuando la norma penal de conducta por sí sola prescribe la observancia de determinadas decisiones de la autoridad administrativa. Por consiguiente, el Derecho penal termina por tutelar aspectos meramente formales de la legislación administrativa o bien simplemente *funciones administrativas de prevención o control* en el sector ambiental, y desconoce el principio de ofensividad material de los bienes jurídicos (art. IV del Título Preliminar del Código penal), y la consiguiente sustitución del *Derecho penal de los valores (y de los desvalores) por un Derecho penal de las funciones*⁸⁰⁶. Sin embargo, el factor preocupante de este modelo reside en la confianza que se tiene respecto de quienes tienen la potestad de sancionar y prevenir los atentados al ecosistema natural, ya que se deja al libre albedrío determinados actos tanto de fiscalización (expedición de licencias, diligencia de inspecciones, etc.) como discrecionales en función a la imposición de sanciones penales⁸⁰⁷.

2.2.2. Cuando la intervención jurídico-penal es relativamente dependiente de la regulación administrativa

Para este modelo no será suficiente la mera desobediencia o contravención administrativa, sino que hace falta, en función de las consecuencias jurídicas, las posibles repercusiones negativas que puedan acarrear en la salud de las personas como en el mismo ámbito del equilibrio ecológico. La regulación de los delitos ambientales del Código Penal peruano se inscribe en este marco. En materia de la contaminación del aire y ruido excesivo, dice Tiedemann⁸⁰⁸, son únicamente punibles en el Derecho alemán vigente a condición de que el autor infrinja gravemente las reglamentaciones aprobadas por las autoridades competentes para la protección del medio ambiente y con el requisito adicional de que esos actos cambien la composición natural del aire de manera que se vean amenazados la salud humana, los animales, las plantas o las cosas de considerable valor. Por este motivo, se busca

CAP. XXIII

806 MORALES PRATS, Fermín; "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro", en: Estudios Penales en memoria del Prof. Dr. José Ramón Casabó Ruiz, vol. II, Valencia, 1997, p. 477.

807 En este mismo sentido: RODAS MONSALVE, 1994, p. 205.

808 TIEDEMANN, Klaus; "El Derecho penal alemán del ambiente: cuestiones dogmáticas novedosas", traducción de José Luis De la Cuesta, en Mazuelos Coello, Julio (comp.) Derecho penal económico y de la empresa, 1996, Lima, p. 262.

que la mayoría de infracciones ambientales se legislen a partir del Código penal, para obtener una mayor conciencia y prevención en la población.

Ahora, en doctrina se habla de una dependencia relativa respecto al *Derecho administrativo o al acto administrativo*⁸⁰⁹; en la primera, nos hallamos ante un caso de ley penal en blanco, ya que la normativa administrativa es un elemento del tipo objetivo del injusto, por lo que la materia prohibitiva está en la norma penal. En la segunda, en cambio, es el grado más débil de la accesoriedad relativa, por lo que las relaciones penal-administrativas se producen mediante la referencia a las disposiciones de la autoridad administrativa⁸¹⁰. En este caso, por ejemplo, sería el art. 307 del Código Penal peruano –manipulación de desechos– cuando señala como sede del delito “lugares no autorizados”.

2.2.3. Cuando la intervención jurídico-penal es absolutamente independiente de la administración

En esta hipótesis se quiebra la determinación del modelo equilibrado entre el límite institucional de la gestión administrativa y el necesario respeto que debe guardar el Derecho penal para delimitar la protección del ecosistema natural. Según esta apreciación, se produce un grado de indiferencia estructural de la intervención punitiva hacia la propia legislación administrativa, que como hemos dicho, es consustancial a la protección del ambiente natural, cuando se trata de situaciones irregulares que no pueden ser amparadas por ningún sector del ordenamiento jurídico. Se ha destacado además, que los niveles de tolerancia están sujetos a diferentes criterios y evaluación de riesgos por parte de la administración pública. Por ejemplo, las discusiones sobre los estándares denominados valores-límite, no evitan riesgos mortales latentes para la población, son, en definitiva, más que decisiones técnicamente disfrazadas sobre riesgos producidos socialmente adecuados y todavía tolerados⁸¹¹.

2.2.4. Toma de postura

Resulta claro que el legislador penal no debe crear modelos autónomos o puros de intervención punitiva en materia ambiental, de espaldas al entramado institucional y normativo preexistente. Por otro lado, cada una de las tres formas de la accesoriedad administrativa plantea problemas dogmáticos específicos y por ello no deberían ser confundidos. Especialmente, es de considerable relevancia la cuestión de si la accesoriedad administrativa se vuelve un tema a nivel del tipo o de la justificación. Ahora bien, asumir un modelo de excesiva dependencia con respecto a los presupuestos extra-penales supone indefectiblemente problemas de

809 Así, RODAS MONSALVE, 1994, p. 206.

810 Una sujeción irrestricta a la accesoriedad administrativa abarcaría aquella según la cual en Derecho penal han de respetarse incluso aquellas autorizaciones de emisiones contaminantes realizadas por la autoridad administrativa que sean antijurídicas. Es decir, un acto administrativo antijurídico tiene validez hasta su anulación por los tribunales contencioso-administrativos, de modo que habría de ser respetado también en el ámbito del Derecho penal.

811 HEINE; “*Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente*”, cit. p. 298.

solapamiento entre los ilícitos penales y los ilícitos administrativos. Por el contrario, optar por un modelo de intervención penal excesivamente autónomo se produce una ignorancia de la propia lógica interna del Derecho penal con respecto a cada modelo de actividad que la administración pública está llamada primariamente a controlar y vigilar. Por ello, considero que ante los diferentes grados de accesoriedad debe ampararse fórmulas de equilibrio en el modelo de intervención penal. Así, pues, asumo una *dependencia relativa* de las normas administrativas, o mejor dicho, del Derecho administrativo con relación a la regulación penal ambiental. De tal manera que la infracción a las normas administrativas conllevará a un riesgo jurídicamente desaprobado y nada más, restando todavía la determinación de los posibles resultados “típicos” que ella ocasione. Resulta evidente que la accesoriedad debe ser en función estrictamente a las normas del Derecho administrativo y no a actos⁸¹².

El Juez si bien aplicará el tipo penal una vez verificado la afectación normativa a cualquiera de los objetos del bien jurídico-penal estabilidad del ecosistema, también es cierto que tendrá que comprobar –previo informe del sector correspondiente– la infracción de las normas de protección del ambiente. En resumen, la función del Derecho administrativo, en el marco de los delitos ambientales, es la de alimentar el contenido de la conducta típica –administrativamente hablando–, pero sin fundamentar una imputación penal, esto es, advertirá si una conducta estará dentro del marco de lo lícito (será un riesgo permitido o socialmente adecuado) y si por el contrario, existe un rebazamiento de dichos estándares reglamentarios; situación que da como resultado que faltará algún grado –ya no de dependencia administrativa– sino de ofensividad en los objetos que representan al bien jurídico-penal. Por ello, la accesoriedad administrativa fundamental del Derecho penal ambiental debe ser *mantenida*. Sólo puede preguntarse seriamente qué tan necesarias o apropiadas son las modificaciones de esta accesoriedad⁸¹³.

En todo caso, cualquiera sea el elegido en los grados de accesoriedad administrativa para la coordinación y la defensa de los valores ambientales, estas se verán reflejadas positiva o negativamente en la eficacia de los sistemas de integración normativa. Esto es, en la técnica del reenvío (leyes penales en blanco), una suerte de causa-efecto respectivamente. Además, tiene que haber una diferenciación entre las prohibiciones que impone el Derecho administrativo ambiental y las que impone el Derecho penal ambiental, aunque actualmente se admiten diferentes aspectos a fin de integrarlas unitariamente⁸¹⁴. El legislador penal debe estar atento a las

812 En este sentido, la crítica de SCHÜNEMANN, “Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente”, cit. p. 636 en relación a la accesoriedad respecto del Derecho administrativo no cubre a la llamada accesoriedad del *acto* administrativo porque “... de este modo se estaría sustrayendo la acción misma del Poder Ejecutivo a todo control por parte de la justicia criminal, con lo cual se le otorgaría al Poder Ejecutivo la última decisión sobre la conservación de las bases de subsistencia de la humanidad”.

813 TIEDEMANN, Klaus; “Derecho penal ambiental alemán en su contexto europeo y mundial” traducción de Manuel Abanto Vásquez, en Derecho penal y nuevas formas de criminalidad, Lima, 2000, p. 228.

814 En doctrina se ha clasificado la integración de las prohibiciones administrativas-penales en dos:

- Se habla de una llamada prohibición represiva con reserva de liberación. Que ve en la conducta como perjudicial en lo fundamental, sin embargo, se prevé la facultad de conce-

reglas de funcionamiento extra-penales con el fin de establecer técnicas de tutela que permitan una coordinación del Derecho penal en cada sector, preservando el carácter de *ultima ratio* de la intervención penal. Finalmente, todo esto debe estar globalmente diseñado mediante una política adecuada del Estado⁸¹⁵, a través de una regulación de orden técnico, amplio y completo. Tal diseño servirá no solamente para configurar los vacíos de los tipos penales en bienes jurídicos novísimos, sino también para el eficaz desarrollo con tendencia conservadora y restauradora.

2. 3. La ley penal en blanco

La asignación de las normas incriminadoras en materia ambiental por parte del legislador peruano se muestran con más fuerza por la proliferación, en todas las descripciones típicas, de una técnica discutida pero al mismo tiempo necesaria, llamada *leyes penales en blanco*⁸¹⁶ (*"Blankettstrafgesetze"*), cuya elaboración correspondió a Karl Binding, quien acudió a esta técnica legislativa para explicar ciertos casos de delegación y autorización de la autoridad federal a favor de la estatal de los Lander. Más adelante esta técnica fue desarrollada por Mezger quien agrega otros dos elementos: cuando el complemento de la ley penal en blanco se halla contenido en la misma ley y cuando se halla contenido en otra ley, pero que emana de idéntica instancia legislativa.

der una *dispensa* bajo determinadas condiciones. Un caso en el Perú sería, por ejemplo, la Ley 26631 (art. 2) mediante los Estudios de Impacto Ambiental y Programas de Adecuación y Manejo Ambiental. Es más, el Derecho penal puede vincularse, sin rupturas, a la valoración legislativa del Derecho administrativo y prohibir igualmente la conducta correspondiente. Solamente debe tomar en cuenta la posibilidad de dispensa del Derecho administrativo. Esta dispensa, para algunos debe ser tratada como causa de justificación.

- Por otro lado, se habla también de la llamada **prohibición preventiva con reserva de permisión**. En este caso, puede tratarse de una conducta que por un lado, sea adecuada socialmente según valoración del Derecho administrativo, y por otro lado, esté vinculada con peligros considerables. En este caso, la conducta es prohibida por el Derecho administrativo solamente con la finalidad de *controlar* peligros. Por lo que se pide en este nivel de prohibición, una concordancia entre la valoración administrativa y la penal.

815 Vid. DE VEGA RUIZ, José Augusto; *El delito ecológico*, Madrid, 1994, p. 31.

816 Por ejemplo, todos los artículos que comprende el rubro de "Delitos contra la Ecología" están diseñados bajo la técnica de leyes penales en blanco:

Artículo 304º "Infrigiendo las normas sobre protección del medio ambiente(...) por encima de los límites establecidos".

Artículo 306 "sin observar las exigencias de las leyes y reglamentos sobre protección del medio ambiente".

Artículo 307 "no autorizados o sin cumplir con las normas sanitarias y de protección del medio ambiente"—párrafo primero—. "cuando el agente contraviene leyes, reglamentos o disposiciones establecidos"—último párrafo.

Artículo 308 "...que están legalmente protegidas...".

Artículo 309 "...que son prohibidas o vedadas o utiliza procedimiento de pesca o caza prohibidas".

Artículo 310 "... que están legalmente protegidas".

Artículo 311 "... tierras destinadas por autoridad competente...".

Artículo 312 "... no conforme con los planes o usos previstos por los dispositivos legales o el profesional que informa favorablemente, a sabiendas de su ilegalidad".

Artículo 313 "contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente ...".

En el uso de la ley penal en blanco se distingue entre “*norma sancionadora*” que es la remitente y “*norma completante*” que es a la cual se dirige la remisión. La remisión puede ser estática cuando se refiere expresamente a la fuente que complete el tipo penal o dinámica cuando se remita en general a cualquier otra norma, ya sea vigente o futura, en el tipo penal *sub examine* se ha optado por esta última por la complejidad de la materia y la necesidad de una regulación previa por el Derecho administrativo. La ley penal en blanco supone de hecho una delegación de la potestad legislativa en materia ambiental⁸¹⁷. Es aquel tipo penal en el que está descrita solo la sanción jurídico-penal aplicable y confiando para la determinación total del injusto a fuentes jurídicas extra-penales a la cual reenvía expresa o tácitamente, pero nunca definir las condiciones prohibitivas del injusto mismo. No menos preocupante resulta añadir que la *ratio* de esta técnica no es tanto de carácter sustantivo, sino sencillamente que responde a criterios técnicos de economía legislativa.

Las leyes penales en blanco constituyen un caso especial de normas penales incompletas, pues requieren la determinación del supuesto de hecho⁸¹⁸. Toda ley en blanco es, sin duda, una ley “incompleta”, pero no toda ley incompleta es una ley en blanco⁸¹⁹. La utilización de esta técnica tiene ser excepcional desde que la mayoría de normas, en principio, son completas en el sentido de que determinan ellas mismas el presupuesto de hecho y las consecuencias jurídicas derivadas del delito. En el momento actual se incluyen dos supuestos de leyes penales en blanco: aquellos en que el supuesto de hecho se complementa mediante una ley de igual rango; y, los que deben ser completados acudiendo a una disposición de rango inferior. Nuestra normatividad penal en materia ambiental utiliza la cuestionable técnica del *reenvío dinámico*, a contrario de las denominadas *remisiones estáticas* que son admitidas constitucionalmente, por su perennidad y certeza en la fijación del contenido de conducta prohibida a través de una ley formal a una determinada norma extra-penal. Así las cosas, el reenvío dinámico consiste en aquellas leyes que se remiten a una serie de normas indeterminadas presentes y futuras, acogiendo, sin más, el contenido que la norma extra-penal tenga en cada momento⁸²⁰.

817 Así, BLANCO LOZANO, Carlos; “Acerca de algunas cuestiones básicas del Derecho penal ambiental en el nuevo Código Penal de 1995”, en CPC, 60, Madrid, p. 712.

818 Aunque puede sostenerse, con razón, que en realidad todas las normas penales son incompletas pues sin excepción requieren ser integradas por otros en los que se encuentran conceptos, interpretaciones o normas integradoras. Por ejemplo, el homicidio simple (art. 106 CP) requiere ser integrado, necesariamente, por el art. 12 del mismo Código, en el que se señala que se trata de un delito doloso. Evidentemente a partir de la teoría de los elementos negativos del tipo, debería también buscarse la integración desde la consideración de las causas de justificación.

819 GARCÍA PABLOS, Antonio; *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 1995, p. 174. Asimismo este autor (p. 175) afirma que para perfilar mejor el concepto de las leyes penales en blanco, se han acudido a tres vías: la distinción entre “precepto” o “supuesto” de hecho y “sanción”, entre “norma sancionadora” y “norma complementaria” o “complementaria”, o bien, se ha resaltado la importancia estructural de la remisión a una instancia distinta que la ley en blanco supone.

820 CARO CORIA; *Derecho penal del ambiente*, cit. p. 378. Empero, sostiene este autor que la técnica del reenvío dinámico se aleja del mandato de certeza y que además determina la ineficacia de las incriminaciones, pues a los particulares les será relativamente fácil alegar con éxito la existencia de un error de prohibición ante la incertidumbre de las normas que comple-

Ahora bien, la función de la técnica del reenvío tiene que reflejar un grado de integración con todo el ordenamiento jurídico en la medida en que las pretensiones penales y administrativas puedan ensamblarse en una ciencia jurídica penal-administrativa tutelar del ambiente. Dicho en otros términos, una vez integrado el tipo penal, el precepto administrativo pasa a ser, también, norma penal. Con lo cual quedará sometido la norma de complemento a los mismos principios de interpretación, como son la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos y la retroactividad de disposiciones favorables, respetando, asimismo, el principio de jerarquía normativa propio del sistema de fuentes. Así, por ejemplo, no puede considerarse beneficioso integrar en el tipo penal ciertas disposiciones administrativas que amplían el límite permitido de emisiones de ciertos gases porque no puede considerarse como retroactivas a favor del reo.

No obstante, resulta discutible y polémica la técnica de la ley penal en blanco porque, entre otras razones, "... excluye las posibilidades motivadoras de la norma penal, genera problemas en la relación Derecho penal-Derecho administrativo y parece llevar a pensar que, más que castigar la lesión del medio ambiente, responde a la desobediencia de una decisión administrativa"⁸²¹, pues produce un secular enfrentamiento con los principios garantistas propios del ordenamiento sustantivo y procesal penal de un Estado de Derecho, como lo es el principio de legalidad en su expresión *sine crime sine lege previa*⁸²². Sin embargo, el Tribunal Constitucional español, en un fallo pronunciado en las SS 127/1990, 5 jul. y 62/1994, recogiendo la estructura típica del antiguo 347 *bis*, admite la constitucionalidad de la ley penal en blanco, siempre que exista un reenvío normativo expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley además de señalar la pena comprenda el núcleo esencial de la prohibición y que se satisfaga la exigencia de certeza, debiéndose dar la suficiente concreción para que la conducta delictiva quede adecuadamente precisa⁸²³.

Precisando nuestra posición, sostenemos que la remisión normativa de la norma penal en blanco ofrece las ventajas como la de mayor flexibilidad y agilidad

mentan el tipo penal en blanco, lo que redundaría en la exclusión, atenuación de culpabilidad y, por ende, de la pena. (p. 379). Por su parte, CURY, Enrique; La ley penal en blanco, Bogotá, 1988, p. 99, opina que son precisamente los reenvíos dinámicos los que, en ciertas circunstancias, solucionan los problemas técnicos que aconsejan dictar una ley penal en blanco y la legitiman. Los estáticos, en cambio, solo son aceptables en casos, muy especiales, si es que alguno".

821 Vid. en este sentido: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; "El medio ambiente como bien jurídico tutelado", en Terradillos Basoco, Juan (coord.), Delito ecológico, Madrid, 1992, p. 49.

822 TERRADILLOS BASOCO; "El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa" cit. p. g. 91 manifiesta que el inevitable reenvío a normas de rango inferior no tiene por qué suponer merma del principio de legalidad, ya que en las materias en que es esencial una actuación preventiva de los poderes públicos a través de una compleja normativa administrativa, la configuración de los ilícitos penales como tipos "en blanco" es la más adecuada para conseguir una mejor definición de lo prohibido, cuyos contornos quedan precisados por aquélla. (...) Lo decisivo es pues, que el reenvío efectuado por la ley en blanco respete el principio de legalidad, tanto en su faceta formal —relativa al rango necesario de las normas sancionadoras— como en su faceta material —predeterminación normativa de conductas y sanciones—.

823 SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, (Coordinación editorial); *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1999, p. 1482.

en orden a la adaptación del Derecho penal a los cambios de la realidad social en parcelas especialmente complejas y tecnificadas y, a la vez, una mayor estabilidad y continuidad para la norma penal⁸²⁴. En consecuencia, la ley penal en blanco como técnica irrenunciable de tipificación penal en los diferentes tipos penales ambientales no supone un descrédito ni inseguridad jurídica, sino todo lo contrario. Prescindir de la remisión obligaría a la utilización de cláusulas generales imprecisos⁸²⁵. No utilizar la fórmula de la ley penal en blanco implicaría hacer nacer una ley con corta vida: el elemento objetivo conllevaría el riesgo de perder vigencia si la técnica o el avance científico modifica sus parámetros y ahí sí podría plantearse serios problemas de orden constitucional, más grave que lo que se puede atribuir a esta forma de remisión.

Ahora bien, el problema no está tanto en la seguridad jurídica que debe proporcionar el principio de legalidad a través de la ley penal en blanco, pues igualmente una remisión a normas de rango inferior (reglamentos) también seguiría estando claro el margen de lo penalmente prohibido, para ello bastaría con acudir a ese norma extrapenal de carácter general. Empero, el problema de la ley penal en blanco, está en la otra cara del principio de legalidad: el de *legitimidad*, o lo que es lo mismo, *la reserva de ley en materia penal*. La garantía de legitimidad no quedaría colmada si el legislador penal hiciera dejación de sus funciones —olvidando que ostenta el monopolio de criminalización— y cediera indebidamente al poder ejecutivo (encargado de dictar reglamentos) esta potestad punitiva. La autoridad administrativa está impedida legal y constitucionalmente de crear sanciones “paralelas” de carácter penal por el principio de reserva de la ley punitiva, por lo que el tipo penal a complementar debe describir la esencia el injusto prohibido. He aquí la clave de la cuestión.

En suma, la ley penal en blanco es la única posibilidad de conseguir certeza y seguridad, teniendo como objetivo: haciéndola lo más preciso posible en la configuración típica del supuesto de hecho y hacia dónde va dirigida la remisión. La disposición extrapenal solo tiene por función señalar condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos claramente complementarios, pero nunca debe entrar a definir lo prohibido mismo⁸²⁶. El monopolio legal sobre los elementos esenciales de

824 BLANCO LOZANO; “*Acerca de algunas cuestiones básicas del Derecho penal ambiental en el nuevo Código penal de 1995*”, cit. p. 712. Similar HEINE, Günter; “*Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente*”, cit. 300.

825 DE LA MATA BARRANCO, 1996, pp. 70 y ss. Similar: GARCÍA RIVAS, Nicolás; “Contribución al análisis de los delitos de peligro contra el medio ambiente”, en Collantes Gonzales, Jorge Luis (coord.) *Tratado de Derecho penal. Desafíos del Derecho penal contemporáneo*, Trujillo, 2004, p. 506 y ss. MUÑOZ CONDE, Francisco; “Principios inspiradores del nuevo Código penal español”, en Gaceta Jurídica, tomo 49, Lima, 1997, pp. 10 y 11.

826 Véase en este sentido: BRAMONT-ARIAS TORRES; “Los delitos ecológicos y sus problemas”, cit. p. 207. BRAMONT ARIAS, Luis; “El principio de legalidad de la represión y la nueva Constitución Política del Perú”, en: La nueva Constitución y Derecho penal, Lima, 1980, p. 34. Por otro lado, el Tribunal Constitucional español, en un fallo pronunciado en las SS 127/1990, 5 jul., y 62/1994, recogiendo la estructura típica del antiguo 347 bis, admite la constitucionalidad de la ley penal en blanco, siempre que exista un reenvío normativo expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley además de señalar la pena comprenda el núcleo esencial de la prohibición y que se satisfaga la exigencia de certeza,

la materia de prohibición, no se reduce, sin embargo, a la mera descripción formal de la conducta: es necesaria la determinación en la ley penal del “valor a proteger”. De acuerdo con ello debe considerarse violación del principio de legalidad la remisión que impida conocer los valores a los que han de referirse las formalidades reglamentarias a considerar en cada situación⁸²⁷.

Las prescripciones técnicas y normativas reguladoras de la actividad económica, en principio, se presume su conocimiento, o en todo caso, el agente debía saberlo. En ese sentido, los empresarios tendrían que saber cuáles eran y son los límites máximos permitidos por la regulación vigente en orden a los índices de contaminación ambiental, y si no obstante, durante todo el tiempo que estuvo al frente de la dirección omitió tomar las medidas precautelatorias, existirá una conducta que linda con lo penal. Además, una de las características del daño por contaminación es que son daños calculados, que son sometidos a un mayor control. Cuando un industrial se dispone a instalar una fábrica, y sabe que su actividad puede arrojar efluvios contaminantes a la atmósfera o a un río adyacente, y para prevenir realiza un estudio integral de su proyecto, y si después la fábrica contamina, dicho industrial no puede decir luego que fue una novedad, que no pudo evitarlo, porque el riesgo producido ya había sido calculado, proyectado.

Ahora bien, la normatividad puede generar cierta ignorancia en el agente contaminante, y este tipo de error recae dentro de estructuras típicas configuradas en base a técnicas de normas penales en blanco. La doctrina ha establecido en estos casos una solución favorable desde el punto de vista del autor, en el sentido de argumentar un error de tipo, ya que como se sabe, si el error es invencible será atípica por exclusión del dolo, por afectación del aspecto cognoscitivo del dolo, y el error será vencible pero a título culposo siempre y cuando existiera el tipo penal correspondiente, ya que el error de prohibición siempre es punible⁸²⁸. La ley penal en blanco afecta la faceta “externa” de la ley y como tal sus implicaciones tiene que ver obviamente con el principio de legalidad⁸²⁹, además con el principio de determinación de la conducta prohibitiva, y el principio de la retroactividad.

Por consiguiente, la existencia de una multiplicidad de normas extrapenales en materia ambiental, es muy difícil, y materialmente imposible que los ciudadanos

debiéndose dar la suficiente concreción para que la conducta delictiva quede adecuadamente precisa.

827 TERRADILLOS BASOCO, Juan M. “Técnicas de articulación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo frente a la delincuencia económica”, ponencia presentada al III Congreso Internacional de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la PUCP-Universidad de Salamanca, 1998.

828 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, 1997, p. 131. Similar BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Lima, 1996, p. 517. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos; *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia, 1998, p. 183.

829 En sentido contrario, por ejemplo, REYNA ALFARO, Luis Miguel; *Derecho penal económico. Parte general y Parte especial*, Lima, 2002, p. 87, para quien las normas penales en blanco no afectan, en especial, el principio de legalidad, salvo aquellos casos en que la norma extrapenal, integrante de la norma punitiva, describa la prohibición de manera difusa, afectando la certeza de la ley. El mismo autor: “La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites” disponible en: <www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Reyna1>.

circunscritos a particulares ámbitos riesgosos catalogados como transgresores en potencia (y hasta los operadores jurídicos) conozcan con precisión tal o cual norma prohibitiva, lo que quiebra inevitablemente el aspecto de motivación penal implícito en el mensaje de ley. Todo porque la construcción de delitos en estos tiempos se realiza a través de la protección de bienes jurídicos colectivos como el orden económico, el medio ambiente, la política tributaria y fiscal, etc., cuya inmutabilidad está subordinada a circunstancias cambiantes. Ahora, esta situación trasciende a las exigencias dogmáticas de la cognoscibilidad del hecho punible, ya que generaría por un lado, un error según si se afecta a un elemento objetivo del tipo (error de tipo) o sobre la existencia misma de norma o causa de justificación ficticia (error de prohibición)⁸³⁰.

830 Como es sabido, el error de prohibición afecta el conocimiento del injusto o del carácter anti-jurídico de la conducta, que junto a la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y a la exigibilidad de otra conducta de acuerdo a Derecho, es una de las condiciones para establecer el reproche jurídico-penal (culpabilidad) en el agente. Tiene que ser consciente el carácter desaprobatario de la conducta previamente declarada típica, en otras palabras, debe conocerse la antijuricidad, o por lo menos haber tenido la posibilidad de conocerla, caracterizado sobre la base de una "valoración paralela a la esfera del profano", que es la posibilidad de cognoscibilidad análoga al efectivamente requerido respecto a los elementos normativos del tipo. Dicho conocimiento no debe ser rígido, sino más bien flexible, en el sentido que no se requiere que el autor conozca el marco penal a la perfección (mínimo o máximo), o la clase de penalidad que conmina el ilícito penal (si es pena privativa de libertad o multa, por ejemplo). Observamos dos cuestiones a tener en cuenta: la primera, que la aptitud interna de la cognoscibilidad del injusto está en función de la perpetuidad o vigencia de las normas penales en la orbita legislativa de un país. Así, por ejemplo, algunos delitos nucleares como homicidio, lesiones, robo, violación sexual, etc., que están arraigados en la mente de los destinatarios a través de la norma primaria, que pensar por en un error de prohibición, –vencible o invencible–, resultaría un absurdo o una "burla penalística". En cambio, en delitos no convencionales (delitos económicos o ambientales) se muestra una carencia en la captación motivacional del injusto por parte de sus destinatarios, debido a la poca difusión y alcance de la prohibición normativa que abstractamente describe a través de la norma el codificador nacional, donde resultará racional alegar una causa de inculpabilidad. En la segunda, el conocimiento puede quedar excluido por situaciones que se encuentran fuera del espacio geográfico de un país (extranjeros), que les cuesta o ignoran la ilicitud de sus comportamientos. En esta temática específica, ABANTO VÁSQUEZ, 1997, p. 131 apunta que en el Derecho penal económico debido "...al "problema intelectual de la averiguación" de estas normas extrapenales que regularmente surgen en este ámbito, no debería tratarse de un error de prohibición, sino, en algunos casos un error de tipo (más favorable al autor). Considerar aquí un error de prohibición vencible resultaría desproporcionado, implicaría una violación al principio de mínima intervención y constituiría un abuso del jus puniendi". Similar opinión tiene MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1998, p. 183, cuando sostiene que "...no se pretende incidir ya en el aspecto de la vencibilidad o invencibilidad del error, sino que lo que se persigue es reducir la órbita de aplicación del error de prohibición a favor de la del error de tipo. En otras palabras (...) al igual que el error que versa sobre la normativa extrapenal en las leyes penales en blanco, debe ser caracterizado como un error sobre el tipo, y no como un error sobre la prohibición". Por su parte, CARO CORIA, 1999, p. 379 afirma en este punto que "...a los particulares les será relativamente fácil alegar con éxito la existencia de error de prohibición ante la incertidumbre sobre las normas que complementan el tipo penal en blanco, lo que redundará en la exclusión o en la atenuación de la culpabilidad y por ende de la pena".

2.3.1. Los límites de tolerabilidad

La actividad contaminante de las personas puede tener origen doméstico, por ejemplo, sacando de las viviendas residuos sólidos que constituyen un basural, irrelevantes desde que el injusto penal tiene un *plus* en la valoración de la conducta típica. En cambio, aquellas otras causas que son producidas por la actividad industrial en sus diversas formas, y que comprenden a los residuos industriales⁸³¹, sí interesa al Derecho penal, en la medida que representa una actitud lesiva a los bienes jurídicos protegidos. Así, por ejemplo, una gran cantidad de gases, humos, partículas radiactivas, entre otras.

En otros términos, no se trata de una exclusiva protección de bienes jurídicos, sino fundamentalmente de lo que se trata, es de efectuar lo que en Derecho se ha llamado una *ponderación de intereses contrapuestos*, pues si tomamos como ejemplo al ambiente natural, es fácil observar que no se trata aquí de arbitrar una ponderación exclusiva, sino de encontrar un punto de equilibrio entre los fines de la economía y sus leyes, la ayuda de medios técnicos y el cuidado del ambiente. Otro campo donde se manifiesta es la protección de la salud pública o el interés en la preservación de la pureza del agua, aire y los intereses económicos derivados del proceso industrial.

En ese conflicto, la necesidad de desarrollo económico impide la protección con carácter exclusivo y absoluto de los recursos naturales. En todo caso, la función del Derecho es la de encontrar los criterios que permitan el equilibrio para crear una normativa que fije los límites y que ellos sean respetados de manera que su violación contenga las sanciones, tanto civiles como penales⁸³². Ello es señal inequívoca que, hasta ahora, el concepto de bien jurídico está reducido exclusivamente a fines dogmáticos, que ha sido incapaz de cumplir una función crítica o político-criminal legitimando, más aún si los bienes jurídicos colectivos cae en una abstracción conceptual que necesita de criterios limitadores del Derecho penal mínimo⁸³³.

831 Como es sabido, todos somos de alguna manera agentes contaminantes, sin embargo la actividad industrial resulta ser la principal fuente de contaminación. Al respecto, la propia Exposición de Motivos del Código Penal en su numeral 11 prescribe: "Toda actividad humana por sí misma es contaminante máxime si es industrial. Por ello, a fin de establecer un criterio que compatibilice la explotación industrial con la protección del medio ambiente, el Código Penal precisa que el acto contaminante, debe sobrepasar los límites establecidos".

832 DONNA, Edgardo Alberto; *"Delito y medio ambiente"*, en: Mosset Iturraspe / Hutchinson / Donna, Daño ambiental, T. II, Buenos Aires, Santa Fe, 1999, p. 321.

833 Así, PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; *"Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos"*, en: Derecho penal y criminología, Universidad Externado de Colombia, vol. XIII, N.º 43, 1991, pp. 30 y 31 ha establecido criterios de concreción material del bien jurídico penal sobre la base del Derecho penal mínimo, pues la cuestión como dice él debe resolverse admitiendo insuficiencia de aquellos planteamientos que buscan alcanzar la solución a través de un concepto previo, e intentar esa selección mediante un *procedimiento de carácter negativo* (Derecho penal mínimo) más específicamente a través de un método progresivo de minimización, por el que se establezca qué bienes jurídicos no merecen protección penal, y en el que la solución radique, por consiguiente, no tanto de determinar cuáles son los intereses trascendentales para el Derecho penal, sino aquellos que en ningún caso merecen defensa".

El llamado equilibrio es conocido en el delito de contaminación ambiental como los valores-límite o límites de permisibilidad. Caro Coria entiende "...por valores límites a un conjunto de criterios técnicos-cuantitativos cuyos límites no deben ser rebasados por el titular de una licencia o permiso administrativo que lo autorice a verter en el marco de una actividad económica"⁸³⁴. Foy Valencia anota que los valores límites son "tablas generales para cerrar el tipo. La crítica: la utilización de estos criterios solo tiene sentido en estructuras típicas de peligro abstracto, es decir, que con la sola realización de la conducta se consuma el delito: sería con el hecho de superar los límites establecidos. En tanto que el art. 304 prevé fórmula de peligro concreto (puedan causar perjuicio) y de lesión (causen perjuicio). Hay dificultad en su probanza"⁸³⁵.

Así, de la Cuesta Aguado⁸³⁶ entiende que la infracción de los valores límites de referencia puede servir para cumplir el requisito típico de la infracción, pero no tiene por qué conllevar automáticamente un juicio afirmativo de idoneidad, por lo que deberá de ser fundamentado con otros medios en Derecho. Los valores-límite, en tal sentido, hacen referencia a la tensión ineludible entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, pues aquel no puede prohibir toda emisión que ponga en riesgo el entorno natural, pues la mayoría de dichas amenazas se origina en actividades productivas económicas, que están generalmente adecuadas, estimuladas por los planes de desarrollo nacional, en buen romance quien contamina por debajo de los límites establecidos ejecuta un acto atípico objetivamente y no al amparo de una causa de justificación. Por su parte, Silva Sánchez sostiene que "lo protegido es sencillamente el contexto, con lo que se asienta progresivamente la tendencia a provocar la intervención del Derecho penal tan pronto como se afecta un cierto ecosistema en términos que superen los estándares administrativos establecidos"⁸³⁷.

El Derecho penal administrativo interviene en el Derecho penal del ambiente allí donde la administración dicta valores-límite. La conducta contaminante necesita la cobertura legislativa que le brinda la normativa extra-penal. En ese sentido, —siguiendo a Morales Prats— los postulados esenciales del desvalor de acción, deberá procederse a una *selección cualitativa* de aquellos elementos de la normativa extra-penal que merezcan complementar el tipo penal, porque aportan cualitativamente datos o caracteres a la determinación de la *peligrosidad objetiva del acto contaminante*⁸³⁸. Verbigracia, la contaminación de los mares, que actualmente vienen convirtiéndose en un depósito universal de toda clase de desperdicios y en inmensos vertederos de basura. La determinación de su implementación de

834 CARO CORIA, 1995, p. 292.

835 FOY VALENCIA, Pierre; "Anotaciones sobre los mecanismos jurídicos para la protección ambiental y el acceso a la justicia ambiental", en Cuadernos jurisprudenciales, Derecho ambiental, (Mayo), Lima, 1993, pp. 11 y 12.

836 DE LA CUESTA AGUADO, Paz M; *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1995, pp. 184 y 185.

837 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *La expansión de Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, p. 100.

838 MÁRALES PRATS, "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro", cit. p. 483.

los distintos agentes contaminantes y una cuidadosa evaluación de la calidad del recurso ambiental.

La cuestión de si el Derecho penal ambiental debería vincularse con más fuerza a valores-límite fijados por el Derecho administrativo tiene un aspecto político-constitucional de una “abdicación del legislador penal”⁸³⁹. En la medida que la estructura de los valores-límite es abarcada también por la ley penal en blanco, y por ende, por los elementos normativos del tipo. En este punto, los valores-límite no pueden establecer “normas de gabinete” que son en muchas ocasiones alejadas de la realidad social. Por ejemplo, a un colectivo no se le puede aplicar una sanción penal por el solo hecho de que el vehículo que conduce produce gases tóxicos. Máxime cuando ni siquiera se sabe exactamente cuál es la legislación que prevé el grado de toxicidad de esos gases que está dispuesto el ambiente a tolerar. Entiendo, además, que no se puede aplicar la sanción prevista en el tipo del injusto del art. 304 del Código Penal si es que la norma extrapenal –que está llamada a reglamentar los límites máximos permitidos de contaminación–, no la establece de manera expresa.

En el Perú, mediante la creación del Consejo Nacional Ambiental (CONAM) se posibilita para que este coordine intersectorialmente para la definición de los límites de permisibilidad (art. 4, c, de la Ley 26410). Aun así, una de las grandes deficiencias en cuanto a su aplicabilidad del tipo del injusto del art. 304 se debe al casi absoluto silencio que reina con relación a los límites de tolerabilidad legalmente definidos en muchos sectores de la actividad industrial⁸⁴⁰. No obstante, que existe en nuestro país un Reglamento Nacional (Decreto Supremo N 044-98-PCM) para la Aprobación de Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP). Asimismo, existe un Reglamento de Estándares Nacionales de calidad ambiental del aire (Decreto Supremo N.º 074-2001-PCM –22 junio 2001) y el Decreto Supremo N.º 069-2003-PCM (15 de julio de 2003) que establecen valor anual de concertación de plomo. Actualmente, en el Perú pueden mencionarse la siguiente normatividad en cuanto a valores-límites se refiere:

- La Resolución Ministerial N.º 011-96-EM (13 de enero de 1996) que aprueba los “niveles máximos permisibles para efluentes líquidos para las actividades minero-metalúrgicos”.
- La Resolución Directoral N.º 008-97-EM (17 de marzo de 1997), que aprueba los “niveles máximos permisibles para efluentes líquidos producto de actividades de generación, transmisión y distribución en energía eléctrica”.
- La Resolución Ministerial N.º 478-94-PE (16 de diciembre de 1994) que reglamenta los “límites de permisibilidad para la eliminación de desechos al ambiente marino por la actividad pesquera de consumo humano indirecto”.

839 Así, TIEDEMANN, “Derecho penal ambiental alemán en su contexto europeo y mundial”, cit. p. 227.

840 BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO, 1996, p. 515. CARO CORIA, 1999, p. 100.

- Decreto Supremo N.º 047-2001-MTC (30 de octubre de 2001) aprueba "límites máximos permisibles de emisiones contaminantes para vehículos automotores que circulan en la red vial".
- Decreto Supremo N.º 003-2002-PRODUCE (04 de octubre de 2002) que aprueba "límites máximos permisibles y valores referenciales para la actividades industriales de cemento, cerveza, certidumbre, papel".
- Decreto Supremo N.º 038-2003-MTC (06 de julio de 2003) que establece "límites máximos permisibles de radiaciones no ionizantes en telecomunicaciones".

Por otro lado, ante estos inconveniente de vacío legislativo, se ha propuesto completar la descripción del tipo penal, mediante informes periciales pero la experiencia en procesos medioambientales demuestra que esta es sumamente costoso, difícil de controlar jurídicamente y bastante manipulable por falta de acuerdo científico en muchos casos. Otras opciones ha sido recurrir a los límites de permisibilidad que establece la Organización Mundial de la Salud. Sin embargo, lo que resulta más práctico actualmente es el hecho de recurrir al Derecho administrativo para establecer el marco límite de emisión permisible de residuos y sustancias contaminantes, con el objetivo de hacerlos tolerables de acuerdo a los criterios del riesgo permitido y así no alterar el equilibrio ecológico. En este sentido, el riesgo permitido —cualquiera que sea su forma— cumple el papel de excluir la punibilidad⁸⁴¹.

La "accesoriedad administrativa" —donde están inmersos los valores-límites— en el Derecho penal del ambiente cumple, entre otras funciones, la de concurrir en la delimitación del riesgo permitido⁸⁴². Este criterio indica que no toda puesta en peligro ha de ser necesariamente prohibida penalmente, sino solo cuando se supera la medida de lo tolerable, es decir que no excedan un determinado índice de peligrosidad, lo esencial es no desequilibrar el nivel de lo permitido pues será allí donde tendrá su prohibición jurídico-penal, por que ello desembocaría en un

841 MAIWALD, Manfred; *De la capacidad de rendimiento del concepto de "riesgo permitido" para la sistemática del Derecho penal*, traducción de Marcelo Sancinetti, Universidad Externado de Colombia. 1996. p. 11. El mismo autor agrega que "Hoy como ayer, a la idea de un riesgo permito se le vinculan numerosas cuestiones dudosas. En su mayoría, ellas giran en torno al problema de si existe, en definitiva, el riesgo permito, como *figura jurídica autónoma*. Esta cuestión se discute en diferentes lugares de la estructura del delito, buscando aclarar, por ejemplo, si el riesgo permito puede fundamentar la impunidad del autor como máxima restrictiva del tipo, como especial causa de justificación o también como causa de exclusión de la culpabilidad".

A mi juicio, los riesgos que denominan "permitido" pueden manifestar de dos formas: porque existen conductas que producen daños *insignificantes*, que no afectan al interés social (el peluquero que rasga la cara de su cliente con la navaja), o porque existen actividades que provocan consecuencias mentadas por las prohibiciones y mandatos legales, pero será decisivo en este caso, el valor que se concede a la actividad misma y a la forma en que se ejecuta y que aparece ante los ojos de los demás como normal.

842 CARO CORIA, 1999, p. 576. El mismo: "La estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal y su protección mediante la técnica de los delitos de peligro", en: Themis, 39, Lima, 1999, p. 468. El mismo: "El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho penal económico", en Materiales de Enseñanza, Maestría en Derecho penal, Derecho penal económico, Ciclo 2004-II, Pontificia Universidad Católica del Perú.

resultado típico. La infracción extra-penal no es condición *suficiente* para la imputación penal del hecho, pero sí es una condición *necesaria* para que tal imputación sea viable, porque en caso contrario la conducta del autor quedaría amparada bajo la cobertura del riesgo permitido⁸⁴³. Con razón, Silva Sánchez apunta que "... la utilización de la técnica de la "ley penal en blanco" en el delito contra el medio ambiente tiene, como consecuencia directa, que la Administración dispone de la capacidad de establecer *espacios de riesgo permitido* en materia de Derecho Penal medio-ambiental: de configurar determinados peligros como "no jurídico-penalmente relevantes", en términos que el juez o tribunal no puede discutir"⁸⁴⁴.

Con todo lo dicho hasta acá, el tipo penal de contaminación preceptúa entonces una doble remisión: a la infracción de las normas de protección del medio ambiente y a la violación de los valores límites. Esto es, que si se sobrepasa los límites establecidos administrativamente ya se están infringiendo las normas de protección del medio ambiente. Existe una dualidad de infracción administrativa. Sin embargo, si se violan solo las normas de protección sin sobrepasar los límites de tolerabilidad el tipo objetivo quedará incompleto, por más que se haya causado perjuicios al ambiente. La infracción administrativa cumple, entonces, una mera *función indiciaria* sobre la superación del riesgo penalmente permitido. Por esa vía —dice Caro Cora— no se vincula absolutamente la tipicidad penal a normas administrativas que no siempre resultan tan irreprochables en sus objetivos y en su contenido como en un principio se podría suponer. En todo caso, la infracción administrativa puede operar como "indicio de peligrosidad", de modo que el juez deberá constatar caso por caso y conforme a las exigencias del concreto tipo penal la presencia de una posibilidad de afectación al bien jurídico"⁸⁴⁵.

Se ha sostenido con cierto rigor en la doctrina, la idea de que la incorporación de los límites de permisibilidad, en cualquiera de los sectores industriales del país, está en conexión imperiosa con la técnica normativa de delitos de peligro abstracto *estricto sensu*. En otras palabras, para catalogar penalmente a una conducta contaminante como "peligrosa" *ex ante* en forma abstracto-general, tiene que haber "superado" el límite máximo reglamentado administrativamente, por constituir este requisito un criterio técnico de medición cuantitativa del riesgo que posee la fuente contaminante.

Esta propuesta, sin embargo, no ha sido ni siquiera advertida por nuestro codificador penal de 1991, pues si bien ha construido el tipo básico del delito contaminación a través de los valores-límites —se entendería como el *desvalor* de la acción—, lo ha realizado diseñando en su descripción típica separadamente un *desvalor* del resultado (delito alternativo de peligro concreto o de resultado lesivo), lo cual hace incomprensible dicha decisión legisferante, ya que el criterio de

CAP. XXIII

843 Véase, este sentido: GARCÍA RIVAS; "Contribución al análisis de los delitos de peligro contra el medio ambiente", cit. p. 508.

844 SILVA SÁNCHEZ; "Política criminal y técnica legislativa en materia contra el medio ambiente" cit. pp. 127 y 128.

845 CARO CORIA; "El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho penal económico", en Materiales de Enseñanza, Maestría en Derecho penal, Derecho penal económico, Ciclo 2004-II, Pontificia Universidad Católica del Perú.

medición del resultado típico estará comprendida fundamentalmente por que los objetos jurídicos con función representativa (según el tipo: “*flora, fauna y recursos hidrobiológicos*”) pertenecientes al bien jurídico colectivo y autónomo: estabilidad del ecosistema, ingrese al radio de acción peligrosa de manera inminente o de manera lesiva, y no porque, si se llegó a superar ciertos niveles técnicos descritos en normas legales extra-penalmente⁸⁴⁶. Habría que abandonar este supuesto, ya que llevaría a un alto grado de confusión, o de identidad entre el ilícito penal y el administrativo, puede redundar en una menor eficacia⁸⁴⁷.

En síntesis, la no superación de los valores-límites y, en otros casos, simplemente por que no existen –pero que es evidente y ampliamente contaminante–, la conducta será considerada como atípica objetivamente, y prosperará un medio de defensa técnica como la excepción de naturaleza acción, pero sí se deja subsistente la posibilidad de configurar una infracción administrativa⁸⁴⁸. Esto es en consonancia con el principio de *última ratio*, pues se entiende que la infracción penal debe ser más grave que la administrativa, y que el límite máximo de riesgo penalmente permitido debe ser mayor que el previsto para el ilícito administrativo. El riesgo penalmente permitido –que debe determinarse en función a los bienes jurídico-penales– no puede equipararse con el riesgo que se permite en sede administrativa, pues en tal caso desaparecería la frontera penal-administrativa y vulneraría el principio de *última ratio*.

Según la redacción del precepto se señala un marco general de los límites establecidos y es en dicha actividad donde tiene que implementarse una evaluación cuidadosa de los niveles o estándares de emisión, atendiendo al medio receptor. Por otro lado, en el Derecho privado, específicamente en el Derecho reales, se ha

846 En este sentido, el Exp. N.º 632-98 se estipula lo siguiente: “Si bien mediante acto de constatación se ha comprobado que el procesado es responsable de la emisión de sonidos por encima de los parámetros permitidos y previstos por la ordenanza municipal; sin embargo tales hechos no encuadran dentro de los elementos objetivos del tipo penal 304 del Código Penal, pues no se ha acreditado o demostrado que con dichos sonidos se haya perjudicado la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, no pudiendo equipararse analógicamente los mismos con acciones de relevancia penal penados en el artículo de referencia”, extraída de ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal*, Lima, p. 826.

847 CARO CORIA, 1999, p. 581.

848 Quedaría por cerrarse la discusión que suscita la idea de que hasta no verse superado los valores-límite existía una especie de “permiso para contaminar” amparado por el Derecho administrativo. Para el análisis, por ejemplo en “Constatini” (Argentina) se investigó la contaminación del curso del río Reconquista por el aporte de afluentes líquidos derivados de la actividad industrial de importantes empresas dedicadas a la actividad frigorífica y a la química. Las empresas argumentaron que estaban permanentemente fiscalizadas por la autoridad de control, muchas de ellas tenían plantas de tratamiento de líquidos aprobados y controladas y negaron arrojar líquidos fuera de los parámetros. La C. Fed. de San Martín dijo (consid. 13): “Aun cuando en el plexo de normas administrativas se contemple la posibilidad del vertido de tales desechos, con un régimen de sanciones propios de su naturaleza, ello no implica una autorización o disculpa de quien por dicha vía cometa un delito previsto en la ley penal (...)” (Véase, sobre las implicancias de las autorizaciones del Derecho administrativo-ambiental y sus efectos en materia penal y civil: FREELAND, Alejandro; “¿Permiso para contaminar; permiso para matar? Las autorizaciones administrativas y el delito ambiental”, en Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N 12, 2001, pp. 260 y 261).

establecido un punto cercano a los límites permisibles, es decir, sobre el ámbito y límites de la propiedad a fin de poder llevar a cabo la convivencia en armonía con la vecindad. Esta se encuentra regulada en el art. 961 del Código Civil peruano⁸⁴⁹.

3. Aplicación de los delitos de peligro (concreto) a los objetos representantes del bien jurídico “estabilidad del ecosistema”

3.1. La técnica de protección en el resultado típico para bienes jurídicos colectivos

Una de las causas de la expansión del Derecho penal –siguiendo a Silva Sánchez– se debe a que la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo “delito de lesión de bienes individuales” al modelo “*delito de peligro de bienes supraindividuales*”⁸⁵⁰. En otras palabras, las tendencias de la moderna política criminal se caracteriza por dos formas: la creación de delitos de peligro abstracto (como el fraude de subvenciones) y el bien jurídico normalmente objeto de protección es un bien jurídico universal vagamente configurado (como la salud pública en el Derecho penal de estupefacientes)⁸⁵¹.

Considero, en principio, que la técnica del delito de peligro en general es loable, ante la necesidad imperiosa de cautelar bienes jurídicos macrosociales o colectivos⁸⁵², pues el peligro no constituye un estado subjetivo creado en la ciudadanía por la política y los medios de comunicación, sino la consecuencia lógica en una sociedad con contactos sociales complejos y con mayores grados de desarrollo tecnológico⁸⁵³, y no simplemente una invención del legislador para solucionar

849 El artículo 961° del Código Civil establece: “El propietario, en ejercicio de su derecho y especialmente en su trabajo de explotación industrial, debe abstenerse de perjudicar las propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes. Están prohibidos los humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias”. (el subrayado es nuestro). Brevemente diremos que en el primer párrafo señala claramente que una industria, no obstante su interés para la economía nacional, debe desenvolverse guardando del debido respeto a la propiedad vecina, sin perjuicio, obviamente de lo preceptuado en el CMARN y complementado con las normas del Código penal. El segundo párrafo tiene como inconveniente el no definir la naturaleza de las emisiones, ya que aquí debemos considerar las de cantidad (emanaciones, etc.) su calidad (el lugar donde provengan), y la condición del lugar (su naturaleza geofísica pueda dar lugar a la multiplicación, lo que no se daría en otro lugar). En otras palabras, la norma ha dejado al libre albedrío del juez la “*tolerancia normal*” entre los vecinos.

850 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; *La expansión del Derecho penal...*, p. 98.

851 HASSEMER, “Perspectivas del Derecho penal futuro”, cit., p. 37.

852 Basta rememorar el XIII Congreso Internacional de Derecho penal sobre: “El concepto y los principios fundamentales del Derecho penal Económico y de la Empresa” celebrado en El Cairo (1984), donde se reconoce la legitimidad de la creación de delitos de peligro abstracto en el Derecho Penal Económico.

853 GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho penal económico. Parte general*, Lima, 2003, p. 440. Este autor precisa una fundamentación en base funcionalista, (p. 441) en el sentido que “...la peligrosidad de una acción consiste en la defraudación de una expectativa penalmente protegida sobre la vigencia de condiciones sociales esenciales o, lo que es lo mismo, en la infracción de las competencias de organización atribuidas al ciudadano”.

simbólicamente, y no de manera efectiva, los problemas de la criminalidad. Una protección penal que se base exclusivamente en la lesión efectiva de los bienes jurídicos clásicos no sirve en nada para captar o lo hace demasiado tarde a las nuevas fuentes de peligro, más todavía cuando la relación causa-efecto entre los perjuicios al ambiente y los resultados lesivos como la salud personal, vida de las personas, no están suficientemente investigadas. El tipo de peligro no hace otra cosa que recoger una regla de experiencia: se penalizan ciertas conductas que provocan resultados de riesgo, porque precisamente en estos casos, se ha demostrado que el peligro es frecuente.

a. Premisas a tener en cuenta para la elaboración de la técnica legislativa en el resultado típico

En el caso de los delitos ambientales, como se ha dicho, se ha utilizado la técnica de las leyes penales en blanco para complementar la conducta típica en todos los delitos del Título XIII del CP; así como los delitos de peligro para estructurar el resultado típico. La pregunta sería: ¿la determinación del “peligro” existente para el bien jurídico-penal “estabilidad del ecosistema” descrito en los diferentes tipos penales (concreto y abstracto) se realizará a través de las remisiones extra-penales contenidas en preceptos administrativos? La respuesta pasa por establecer previamente dos ámbitos:

- a) Será irrelevante la comprobación solamente de la conducta típica para efectos de llevar a cabo un correcto juicio de tipicidad; puesto que en relación al injusto penal, asumo una posición **dualista**, la misma que permite fundamentar una responsabilidad penal tanto en el *disvalor* del comportamiento del sujeto, como en el *disvalor* del resultado expresado en la puesta en peligro concreto o la lesión del bien jurídico-penal. Ahora bien, siempre la aplicación de la norma penal, a diferencia de la norma administrativa, tendrá un “plus” de materialidad ofensiva que lo vuelve merecedor de una pena criminal. El asumir una posición dualista del injusto, me permite a su vez suscribir a favor del respeto absoluto por el principio de lesividad al momento de la determinación judicial de la pena.
- b) Estas consideraciones tienen implicancias en el tema de las coordinaciones y delimitaciones existentes entre las normas protectoras del ambiente llevados a cabo por el Derecho penal y el Derecho administrativo.

b. El respeto irrestricto al principio de lesividad y su enfrentamiento a los delitos de peligro (abstracto)

El principio de lesividad, nacido de las entrañas del Derecho penal de corte liberal, llamado indistintamente principio de ofensividad, o simplemente *nullum crimen sine iniuria*, constituye un verdadero límite a la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez, contrario del principio de exclusiva protección de bienes

CAP. XXI

jurídicos penales que aparece como un límite “relativo” frente al legislador⁸⁵⁴. El principio se encuentra regulada, como norma rectora, en el artículo IV del Título Preliminar del CP en los siguientes términos: “*La pena, necesariamente, precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*”. Criterio que ha asumido la jurisprudencia peruana⁸⁵⁵. Habrá que destacar, en principio, que el citado enunciado proyecta una imagen implícita del principio de legalidad⁸⁵⁶ en la medida que la probable consecuencia jurídica derivada del delito a imponerse a su autor sea única y exclusivamente en aquellos bienes o intereses jurídicos estatuidos por la norma penal (“...*tutelados por ley*”) codificada o complementaria.

Ahora bien, al prescribir el citado art. IV el vocablo “*necesariamente*”, lo que hace el legislador es condicionar la labor del juzgador, diciéndole que se impondrá sanción penal, siempre y cuando se presente las tres, usualmente alternativas, que se prevé en función al mayor grado de contenido ofensivo. La primera técnica, se precisará de un resultado lesivo (“...*la lesión*”) al objeto de protección y si ello no es conveniente político-criminalmente, podrá, entonces, articularse otra estrategia de actuación punitiva que garantice racionalmente el principio de ofensividad. Técnica de protección que estará un tanto más alejado o distanciado del objeto de tutela penal, que ha venido denominándose delitos de peligro (“...*puesta en peligro*...”). En una acepción amplia se puede definir el peligro para el Derecho penal como todo aquello que genera una situación propicia para la lesión del bien tutelado, o provoca perturbación, amenaza, alarma, inseguridad en la libre disponibilidad de dicho bienes, pero realizable, inminente, concreto, actual⁸⁵⁷.

854 Así, AGUADO CORREA, Ob. cit. p. 201. SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 291. Afirma este autor que el principio de lesividad o ofensividad, cabría estimar parte integrante del principio de protección fragmentaria. En tanto que ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, 2000, p. 461, expresan que el principio de lesividad en los siguientes términos: “...la construcción de la tipicidad objetiva no debe perseguir solo la función de establecer el pragma típico sino también la de excluir su tipicidad cuando no media conflictividad, como requisito o barrera infranqueable a la irracionalidad del poder punitivo, ya que de no existir la conflictividad como carácter del pragma típico no sería tolerable ningún ejercicio del poder punitivo”.

Habrá que mencionar que en el Código Penal argentino no se encuentra taxativamente incorporado el principio de lesividad, sino que este se infiere del art. 19 de la Constitución Nacional, en el sentido que al establecer que son propias de la autoridad de los magistrados aquellas acciones de los hombres que impliquen de algún modo el orden y la moral pública o *perjudiquen a terceros*, no solo está reconociendo el principio de reserva, sino también un límite infranqueable para el poder punitivo traducido en el principio de ofensividad para ejercer dicho poder.

855 En el Exp. N.º 5269-97 de fecha 17/11/2002, señala lo siguiente: “que, el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Penal establece el principio de lesividad, en virtud del cual en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal, allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en el aspecto objetivo, que por tanto, al no encontrarse identificado trae como consecuencia la atipicidad de la conducta delictiva”. (Vid. ROJAS VARGAS, Fidel; Jurisprudencia penal, Tomo I, Lima, 2002, p. 81).

856 En este sentido: PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte general*, Lima, 1994, p. 65. “El principio de ofensividad no se despliega en forma arbitraria, su acondicionamiento está limitado con el principio de legalidad. El principio de legalidad debe probarse concretamente y consecutivamente exigirse la lesión del bien jurídico”.

857 ROJAS VARGAS, Fidel; *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Lima, 1997, p. 245.

Aquí, empero, se presenta dos clásicas divisiones: el de peligro concreto –la segunda técnica– y el de peligro abstracto⁸⁵⁸ –que sería la última y tercera técnica–. La posición del Derecho penal integrado por los delitos de peligro, se enfrenta con el sector del Derecho penal clásico que protege intereses individuales bajo la protección de delitos de resultado lesivo, lo que a su vez implica, una pugna entre las posiciones que sostienen la ampliación punitiva del Estado y la otra postura que propaga la reducción, a toda costa, de la legislación penal a través de varios principios fundamentales (*última ratio*, fragmentariedad, insignificancia, etc.). Quedarían en consecuencia dos opciones: o corresponde abandonar el principio de mínima intervención en función a las actuales exigencias de la sociedad moderna, en especial, la sociedad de riesgo; o en su defecto, abandonar la nueva corriente de protección a bienes jurídico colectivos, dado que se plantea que la sociedad en su conjunto merece tanta o mayor protección jurídico-penal que los individuos.

En resumen, un comportamiento penalmente relevante no solo se prohíbe por ser “lesivo”, sino también por ser “peligroso”. No es que el principio de lesividad funcione a través de un sistema de aplicación subsidiaria en el resultado típico: de lesión con respecto -o en su defecto- al peligro, que es un tema propio del concurso aparente de leyes penales (que en el sistema jurídico-penal peruano, por cierto, no tiene una sola norma que legisle sobre esta problemática); sino que está en referencia a determinadas técnicas de protección utilizadas en cada tipo de injusto de manera autónoma, de manera que es un problema de política legislativa, pudiendo coexistir sistemáticamente en un mismo Título o Capítulo ambas técnicas de tutela penal, ello dependiendo de la naturaleza del bien jurídico.

Tradicionalmente se distingue en Derecho penal, como hemos señalado, una dualidad de intereses, así bienes jurídicos de titularidad individual y bienes jurídicos de titularidad supraindividual⁸⁵⁹. Si es personal, se preferirá la técnica de “lesión” y si es colectivo se preferirá, en la mayoría de veces, el de “peligro” advirtiéndose matizaciones, como hemos visto, dentro de este concepto. Cabe aquí la siguiente interrogante: ¿porqué los delitos de peligro ponen en cuestión los fundamentos del

858 HIRSCH, Hans Joachim; “El Derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad”, traducción de M. Carmen Alastvey Dobón, en: Derecho penal, Obras completas, T. II, Buenos Aires, p. 71. Este autor afirma que “...también yo tengo dudas de fundamento sobre si los *auténticos* tipos de riesgo abstracto, esto es, acciones que no implican en *concreto* absolutamente ningún riesgo”. (Cursivas del autor). La jurisprudencia penal peruana se ha encargado de desterrar, jurisdiccionalmente hablando, los delitos de peligro abstracto, así se puede ver en el Exp. N.º 98-080-04-0401 -JXP Camaná, que dice lo siguiente: “La excepción de naturaleza de acción se dirige a cuestionar la incorrecta identificación hecha de la conducta atribuida al agente con aquella descrita en la ley penal. La afirmación de la conducta descrita en el tipo penal no se ha realizado, no puede servir de fundamento a la excepción, sino más bien es un argumento de inocencia que debe ser evaluado por el juez oportunamente (debiéndose, de ser el caso, sobreseer la causa o absolver al inculcado en la sentencia). Los tipos de peligro abstracto han sido proscritos de nuestro ordenamiento penal, en función del principio de lesividad, consagrado en el art. IV del Título Preliminar del código penal”. Exp. N.º 98-080-04-0401 -JXP Camaná, en; De Jud, 267, (Tomado de: VILLAVICENCIO T., Felipe; *Código penal comentado*, Lima, 2001, p. 34).

859 Así, MATA Y MARTÍN, Ricardo; *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997, p. 11.

Derecho penal en su conjunto? Esta podría ser la primera pregunta a contestarnos. En verdad, con la admisión de la teoría de la imputación objetiva el Derecho penal solo debe imputar la creación de riesgos reprobados, en ese sentido, los delitos de peligro no debieran verse como un cuerpo extraño al sistema. Lo extraño es que se suponga que los delitos de lesión tienen una credencial de legitimación más certera que sus parientes de peligro⁸⁶⁰.

En el caso específico del ecosistema natural, perteneciente a la categoría de bienes colectivos, aquel como concepto es sumamente amplio en superficie y vago en contenido, más aún lo será, si queremos sustraer la verdadera dimensión de aquel concepto y llevarlo hacia el Derecho penal para su adecuada protección. Así las cosas, dentro de esa nebulosa y hasta ficticia imagen que reza la Constitución Política del Perú según el cual todos tenemos Derecho a un “*ambiente sano*” y “*ecológicamente equilibrado*”, expresando un enunciado puramente ideal.

En todo caso, deberíamos encontrar una ápice de entidad o sustancia corpórea que haga materialmente identificable y legítima lo jurídico-penalmente tutelado. Dicho substrato, según entiende la doctrina, puede ser de naturaleza material o inmaterial, en la primera situamos por ejemplo a la vida, salud o el patrimonio de una persona, entiéndase a cada uno de la masa biológica en cualquiera de las extremidades. En la segunda, ubicamos objetos con fuerte carga abstracta pero digno de tutela, así por ejemplo el honor o la intimidad de la persona, o aquellas ofensas al pudor público, pero estos últimos, como realidad empírica, no constituye todavía un “bien”: solo se puede considerar un bien si se le añade la consideración valorativa, entendida como bien valioso porque tiene un cualidad necesaria para la vida individual o social⁸⁶¹.

En el caso específico del objeto material “suelo”, definido gramaticalmente como aquella capa superior de la corteza terrestre capaz de sostener la vida biótica o abiótica. Es su ámbito situacional descrito en el tipo penal que protege la ordenación del territorio, pero que todavía no encierra dentro de la categoría de “bien” jurídico-penal, ya que constituirá apenas un dato empírico o realidad material⁸⁶², sin ninguna conceptualización axiológica, pues tendrá que atender a un *valor funcional*⁸⁶³ o no neutral, cual es el de servir de condición indispensable para la estabilidad del ecosistema y con ello a la supervivencia social, dentro de una perspectiva dinámica. Por eso se dice que la teoría del bien jurídico tiene su origen en la base social y es el producto de los procesos interactivos que tienen lugar en su seno. Siendo función del Derecho reconocerlos como tales, modificando su condición

CAP. XXIII

860 SANCINETTI, Marcelo A.; “Tipos de peligro en las figuras penales”, en *RPCP* N.º 12, Lima, 2002, p. 458.

861 Vid., LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; *Curso de Derecho penal, Parte general*, I, Madrid, 1996, p. 328.

862 Así, MIR PUIG, Santiago; *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 135.

863 Así, SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 271 apunta que “La idea clave es, pues, que solo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tiene lugar en la vida social); determinados objetos se conviertan en bienes jurídicos, por tanto, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad”.

de "interés vital" para convertirlo en "bien jurídico", que se proyecta hacia la colectividad.⁸⁶⁴ Así, que un determinado espacio territorial sea indispensable para los recursos hidrobiológicos de la zona selvática y a la vez sirva de gran "pulmón" a la ciudad aledaña. Sólo de este modo el tipo legal en cualquiera de sus expresiones, puede cumplir con su tarea garantista.

c. ¿Es conveniente la incorporación de la técnica de "peligro abstracto" en la infracción penal de contaminación ambiental en el Derecho peruano?

Se ha dicho que el peligro es necesariamente el estadio anterior al resultado lesivo y esta en muchos ocasiones presentan obstáculos en el proceso probatorio, con mayor razón lo será en la efectiva puesta en peligro cuando de bienes jurídicos colectivos se trate. Esto se debe por la siguiente razón: que la demostración de la existencia de peligro es inversa al que ha de seguirse cuando se trata de la constatación de un daño, así en este, el resultado lesivo externo evidente por los sentidos constatable en el bien jurídico, será el punto de partida de la investigación; en cambio, en los delitos de peligro será la constatación de la realización de acción peligrosa para ver si dio lugar a que el peligro intrínseco en ella se materializara⁸⁶⁵.

La criminalización del campo previo del bien jurídico a que recurre con frecuencia el legislador es cuando necesita mostrar capacidad de reacción y, cuando se trate de bienes jurídicos colectivos. Por eso el recurso técnico se produce mediante la tipificación de los delitos de *peligro abstracto*⁸⁶⁶ que se caracteriza, precisamente, por la circunstancia de que la causación del resultado y la puesta en peligro no aparecen como características del tipo⁸⁶⁷. El alejamiento del modelo de lesión o de peligro concreto de bienes jurídicos y el giro inexorable a determinados peligros presuntos o abstractos serían considerados como respuesta política a los problemas de la sociedad de riesgos. Los "nuevos" peligros de grandes dimensiones son inherentes al funcionamiento del sistema social, son riesgos de carácter sistémico a los que estaríamos expuestos de modo semejante a como lo estamos

864 REYNA ALFARO, Luis Miguel; *Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal*, Lima, 2002, p. 213.

865 DE LA CUESTA AGUADO, Paz M; *La prueba en el delito ecológico*, Madrid, 1995, pp. 10 y 11.

866 GRACIA MARTÍN, Luis; *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003, p. 135 y ss. En contra, CARO CORIA, *Derecho penal del ambiente*, cit. p. 485 y ss. Este autor afirma que esta técnica viola el principio de lesividad. También en la p. 517 considera que "el alegato a favor de los tipos de abstracta peligrosidad en este sector solo puede obedecer a una equívoca configuración del injusto, o sea sobre la base de los bienes jurídicos individuales y no en función de la autónoma consideración de los bienes jurídicos colectivos..."

867 KAUFMANN, Armin; "Tipicidad y causación en el procedimiento Cotergan", traducción de Conrado A. Finzi; en: *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 2, Buenos Aires, 1973, p. 33. BARBERO SANTOS, Marino; "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en *ADPCP*, 1973, p. 489 sostiene que los delitos de peligro abstracto, su cuestionamiento no se deriva de la inclusión del peligro entre los elementos del tipo, sino del significado de este, cuyo análisis es imprescindible para la comprensión del delito de que se trate. Las acciones u omisiones que se describen en la figura, concretadas a veces en un resultado, son típicamente adecuadas para crear una situación peligrosa. MATA Y MARTÍN, 1997, p. 53.

ante catástrofes o cataclismos naturales⁸⁶⁸. En este sentido, el Anteproyecto del Código Penal peruano, Parte General (2004), en la cual se muestra claramente una serie de modificaciones, una de ellas es en relación al principio de lesividad, expresado en el art. IV del Título Preliminar, que adecuando a la moderna sociedad del riesgo, permite excepcionalmente la sanción de comportamientos idóneos para producir un estado de peligro siempre y cuando se trate de bienes colectivos o institucionales (delitos de peligro abstracto)⁸⁶⁹.

Pues bien, nos hallamos ante peligros abstractos, según Kindhäuser, "... cuando se ven afectadas condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute despreocupado de los bienes. El peligro es abstracto, ya que no se trate de la desprotección actual del bien, sino del menoscabo de patrones de seguridad tipificados cuya eficiencia es medida esencial del aprovechamiento racional de los bienes. La genuina lesividad del peligro abstracto reside en que un bien sobre el que no puede disponerse de forma despreocupada no es racionalmente aprovechable en su totalidad"⁸⁷⁰.

En los delitos de peligro abstracto hay un juicio de peligrosidad *ex ante* sobre la peligrosidad de la conducta, esto es, se produce una presunción, por eso también se conoce como delitos de peligro presunto, remoto para el bien jurídico. La peligrosidad está implícita en la misma acción típica (*id quod plerumque accidit*), de tal manera que bastará comprobar que la conducta es idónea de forma genérica para afectar los bienes jurídicos, sin necesidad de acreditar, en el caso concreto, que esta idoneidad general se haya efectivizado en un peligro concreto, lo que conduce a que el juzgador realice una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad. Es decir, que no admite o requiere prueba de dicha peligrosidad, con lo que conllevaría a la trasgresión del principio constitucional de la presunción de inocencia. Esta clase de peligro también conlleva a incompatibilidades con los principios imperantes en el Derecho penal como son: la existencia y probanza del dolo, pues se ha indicado que la tipicidad subjetiva está conformado por el llamado *dolo in re ipsa* que significa, que el dolo se agota simplemente en la conciencia y voluntad de la propia actividad y en un resultado peligroso. La posibilidad de comisión culposa, formas imperfectas de realización, entre otros.

868 El legislador peruano ha tipificado delitos de peligro abstracto en las infracciones ambientales. Así, en el art. 307 CP –primer párrafo– se sanciona al "...que deposita, comercializada o vierte desechos industriales o domésticos en lugares no autorizados o sin cumplir con las normas sanitarias y de protección del medio ambiente...". En este caso se reprime con carácter general los depósitos o vertidos sabiendo que unos ocasionarán peligro verdadero para el ambiente mientras que otros serán inocuos o irrelevantes. Este castigo generalizado no depende, por tanto, de que el vertido cause una situación de peligro para el ambiente: con o sin esta situación el hecho es igualmente punible.

869 "Artículo IV. La pena precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. Sólo en casos excepcionales, por razones de estricta necesidad para la protección de un bien jurídico colectivo institucional, se sancionaran comportamientos idóneos para producir un estado de peligro para el referido bien jurídico".

870 KINDHÄUSER, Urs Konrad; "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico", traducción de Fernando Molina Fernández, en: Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor al Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1992, p. 449.

Los delitos de peligro abstracto, si bien presentan ciertas ventajas en el ámbito procesal, específicamente con el *thema probandi*, no así se presenta las ventajas en la sistemática jurídico-penal. Así, al estar ausente el resultado lesivo no garantiza un contenido real de ofensividad, lo cual se estaría protegiendo meras conductas formalmente típicas (tutela de funciones –administrativas– y no de bienes –jurídicos–), que conllevaría a una cuestionable “bagetalización” del Derecho penal⁸⁷¹. Los delitos de peligro abstracto, en la relación de causalidad como condición necesaria en los tipos penales, se ve seriamente mermada, ya que en el ámbito de los “vertidos” en el delito de contaminación ambiental, si bien provienen de entidades colectivas, no se podrá determinar exactamente al causante directo de dichas emisiones.

Por ejemplo, en el caso de residuos gaseosos, resultará imposible la vinculación causal por cuanto el resultado típico puede deberse a la acumulación, sumación o unión sinérgica de diferentes elementos y, en algunas oportunidades puede ser determinante la influencia de elementos ambientales diferentes a la acción en sí (carácter estocástico), que el o los agraviados, conjuntamente con el órgano persecutor del delito (Ministerio Público), que es en última instancia quien tiene la carga de la prueba, y el órgano decisor (órgano jurisdiccional) le corresponde probar el vínculo causal.

Además, el legislador al introducir los “valores-límite” en la descripción típica (art. 304), se crea una irracionalidad, ya que si se llegara a comprobar que se superó los estándares establecidos y no se comprobó ninguna afectación en el exterior, sería atípico objetivamente. Por el contrario, si no se superó los límites establecidos, como generalmente ocurre, pero se causó o se está causando un riesgo concreto, también conllevaría a la impunidad porque cualquiera que sea el *grado de verosimilitud de la imputación, hasta que no haya sentencia judicial firme*, el o los imputados estarán amparados por la presunción de inocencia y el aforismo del *in dubio pro reo*.

Se evidencia una vez más la falta de coordinación que existe entre los órganos administrativos competentes y los legisladores para redactar los tipos penales, ya que para el Derecho administrativo, de acuerdo con criterios técnico-estadísticos

871 Defender la postura de la incorporación del peligro abstracto en el delito de contaminación sería defender, en otros términos, la equiparación entre la peligrosidad abstracta y los valores-límite. Es decir, se penalizaría la simple violación de leyes administrativas de protección del medio ambiente, porque tienen estas una importancia autónoma que merece tutela penal. El objeto jurídicamente protegido, en este caso, sería el propio “orden funcional administrativo”. Podría pensarse que instrumentando la defensa del ambiente natural en el tipo básico de contaminación a través del peligro abstracto es coherente con las modernas tendencias al Derecho penal mínimo, y que parece ser –según esta postura– la única vía desde el punto de vista preventivo, al no exigírsele al funcionario judicial la comprobación del peligro real, sino tan solo la realización de una conducta que es idónea para ocasionar afectaciones al ambiente. Pero su propia “prevención” resulta ser finalmente su propia “neutralización” a los intereses del principio de ofensividad, por que adicionan una condición: que ese peligro *ex ante* de idoneidad general, tendrá que superar los valores-límite fijados en normas extrapenales, por una razón lógica: si está prohibido superarlos es por que justamente entraña peligrosidad en la conducta de acuerdo con las reglas de la experiencia. Dicha conclusión, no es sino tutelar penalmente “funciones” y no “bienes”.

poner unos límites a los procesos contaminantes, es porque no va a causar alteraciones a nuestro ecosistema natural, y si supera dichos límites se está creando un riesgo, pero esto todavía no permite para el Derecho penal tener una certeza en los posibles resultados.

d. Aplicación de los delitos de peligro (concreto) a los objetos representantes del bien jurídico estabilidad del ecosistema

d.1. Cuestión previa: sujeto pasivo de la “acción” y del “delito”

En la tipicidad objetiva, como bien es sabido, en el tema de los sujetos existe una dualidad o pareja de componentes diametralmente opuestos. Así, en un extremo, está el “sujeto activo”, quien es el que realiza la conducta punible descrita en la norma penal; en cambio, en el otro extremo, está el “sujeto pasivo”.

El concepto de sujeto pasivo engloba una serie de protecciones a través de elementos personales y supraindividuales que pueden ser: la *persona humana o el hombre*, tanto en su forma intrauterina como el delito de aborto como durante su existencia en el caso del delito de homicidio; la *persona jurídica* expuesta a ser víctima en cuanto se refiere a su patrimonio en los delitos de fraude en administración de personas jurídicas, entre otras; el *Estado* protegido de los delitos contra la administración pública, contra los poderes del Estado y el orden constitucional, entre otros; y la *colectividad* en general como pueden ser los delitos contra la seguridad pública, los incendios y estragos, entre otros. Aunque, el Estado quedaría siempre como sujeto pasivo “mediato” o “genérico”—a través de los delitos pluriofensivos—al ser el encargado de proteger los intereses personales y nacionales.

Ahora, en las cuatro manifestaciones aludidas, lo “pasivo” puede encarnar supuestos de unificación pero también de desdoblamiento normativo en el objeto jurídico; en el primero sería el caso de los delitos contra las personas: concretamente en homicidio, lesiones corporales, donde el objeto material sería el cuerpo del sujeto y en esa línea de ataque y de protección sería el mismo sujeto pasivo: vida humana independiente, en este caso no vemos mayores inconvenientes. En cambio, serios problemas de interpretación pueden encontrarse en el segundo supuesto —de desdoblamiento normativo—, particularmente en los bienes jurídicos donde se protege a la colectividad, pues no puede observarse con certeza la “individualización” en la recepción del objeto protegido por parte del agente activo. Por esta razón, y para efectos metodológico, el vocablo “sujeto pasivo” se ha dividido conceptualmente en dos elementos⁸⁷²:

CAP. XXIII

872 VILLAVICENCIO, Felipe; *Lecciones de Derecho penal*, Lima, 1990, p. 131. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho penal, Parte general*, Lima, 1994, p. 399. LUZÓN PEÑA, 1996, p. 316. ABANTO VÁSQUEZ, 1997, pp. 50. BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán; *Lecciones de Derecho penal*, Vol. 2, Madrid, 1999, p. 50 y 51. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Delitos contra el medio ambiente*, 1999, Valencia, p. 24. Este último autor considera que es posible distinguir entre la relación de la conducta con el objeto de la acción y la relación de la conducta con el objeto del bien jurídico (o el bien jurídico, sin más). Así cabe que se trate de un delito de resultado en cuanto al objeto de acción y que, en cuanto al objeto de bien jurídico (o el bien jurídico, sin más), se trate de un delito de peligro

- i. **Sujeto pasivo de la acción** es aquella donde recae la conducta típica del sujeto activo, por lo que también se le conoce como “objeto de acción”, “objeto de ataque” u “objeto material” del bien jurídico. Jescheck⁸⁷³ afirma que este puede aparecer bajo formas diversas: como unidad corpórea-anímica (integridad o vida de una persona), como valor social (derecho al prestigio del injuriado), como valor económico (patrimonio), como cosa (animal que puede cazarse), como situación real (utilidad de un objeto); y
- ii. **Sujeto pasivo del delito**, que viene a ser el titular del derecho (bien jurídico) o interés lesionado o puesto en peligro por el delito cometido. Por ejemplo, en el hurto, una cosa es la propiedad (bien jurídico) y otra es la cosa hurtada (objeto de la acción). Al Derecho penal no le interesa tanto el elemento “concreto-material”, sino el interés general o valioso que se materializa en ese “elemento”. En algunas ocasiones pueden coincidir el sujeto pasivo de la acción con el sujeto pasivo del delito, generalmente en supuestos donde se protege a la persona, pero en algunas ocasiones no lo es. En los delitos contra el patrimonio, concretamente en el delito de estafa (artículo 196 del CP), el objeto material del delito lo constituye por ejemplo, el hijo menor que recepciona directamente el engaño suficiente, que producto de ese error o ignorancia, dispone del patrimonio de su padre. En este caso, se generará un desdoblamiento en el sujeto pasivo, pues será el padre, en última instancia el titular del bien jurídico tutelado. Asimismo, en el delito de falsificación de documento público o privado (art. 427 del CP), el objeto de la acción es el documento sobre el cual falsifica o adultera el sujeto activo, pero, el bien jurídico protegido, será la “fe pública”. Este es el objeto jurídico que equivale al bien jurídico, es decir el bien objeto de la protección de la ley⁸⁷⁴.

Además, en algunos ilícitos penales, la afectación a un objeto material del delito es cuantitativamente impensable, piénsese en el art. 274 del CP que casti-

abstracto. En tal caso, el resultado físico-natural constituiría la base de la situación típica de peligro. Expresado de otro modo: sería el resultado de la acción lo que convertiría a ésta, en su caso, en peligrosa”. CARO CORIA, Carlos; “Presupuestos para la delimitación de la estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal”, en: Franciskovic Ingunza, Militza (comp.), *Derecho Ambiental*, Lima, 2002, p. 192. REYNA ALFARO, Luis Miguel; “*La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites*”, disponible en: <www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Reyna1>.

873 Citado por ESCRIVÁ GREGORI, José M.; *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pp. 40 y 41.

874 MIR PUIG, 1996, p. 199. ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2001, pp. 20 y 21. Este autor sostiene que si bien el derecho penal toma a la administración pública como objeto de tutela en su dimensión objetiva o material, es decir, como actividad funcional, sin embargo es el Estado como órgano global y la diversidad de sus instituciones (dimensión subjetiva) quien asume la titularidad de sujeto pasivo. (...) No obstante, puede hablarse, sin que existan problemas de contradicción lógica, de un *sujeto pasivo genérico*: el Estado, y un *sujeto pasivo específico* (directo): la entidad estatal afectada o el funcionario (en determinados casos delictivos cometidos por particulares).

ga, a través de la cuestionable técnica del peligro abstracto⁸⁷⁵, la conducción de vehículos motorizados bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogadicción, o en el de ito que sanciona el delito de falso testimonio. Empero, en nuestro caso, la interrogante estará en determinar la funcionalidad del ecosistema natural y bajo qué tipo de argumentos debemos hilvanar para identificar el *disvalor* del resultado acorde con el principio de lesividad. Ahora bien, reitero, que cualquier ataque al objeto material del delito, sino tiene ninguna incidencia negativa en la tutela del bien jurídico, (finalidad protectora por excelencia), carecerá de relevancia penal.

En fin, resulta fundamental la distinción entre objeto de la acción y el bien jurídico protegido, en el sentido que habrá que determinar si la lesión al objeto de la acción constituye ya el resultado típico o si solo es un elemento más de la acción típica. En el primer caso, sería preciso para consumir el tipo penal, constatar previamente la existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado (consistente en la lesión de algún elemento ambiental), mientras que en el segundo caso no necesitaríamos de tal comprobación. De lo que se trata, en definitiva, es de no elevar a la categoría de bienes jurídicos protegidos determinados objetos materiales de la acción.

d.2. Los bienes jurídicos con “función representativa” como aspecto tangible en la protección de los delitos ambientales

Siguiendo con nuestro hilo argumentativo debe establecerse aspectos tangibles para la protección de determinados elementos que formarían el bien jurídico colectivo (en este caso, la estabilidad del ecosistema). En tal sentido, una parte de la doctrina ha esbozado las siguientes posturas:

- a. Así, Bernd Schünemann denomina “*bien jurídico intermedio espiritualizado*”, a través de los cuales pueden protegerse aquellos bienes jurídicos colectivos en los que la tipificación de una lesión o concreta puesta en riesgo es difícilmente imaginable, haciéndose incierta la determinación del grado de lesividad exigible a la conducta individual con el bien colectivo⁸⁷⁶.
- b. Mata y Martín⁸⁷⁷ prefiere, en cambio, el término “*bienes jurídicos intermedios*” y se trataría de bienes jurídicos cuya titularidad no pertenece a una determinada persona, es decir, que por su propia naturaleza no

875 Véase, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; “Relevancia jurídico-penal de la conducción de vehículo en estado de ebriedad: ¿Exclusión de conducta o causa de inimputabilidad?”, en: Libro de Ponencias, XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y Criminología, UNMSM, Lima, 2004, p. 302.

876 Citado por CARO CORIA, Dino Carlos; “Sociedad de riesgos y bienes jurídicos colectivos”, en Themis N.º 37, PUCP, Lima, 1998, p. 205.

877 MATA Y MARTÍN, 1997, p. 24. Por su parte, CARO CORIA, Carlos; “Los delitos concursales en el Derecho penal peruano. Alcances de la Ley de reestructuración patrimonial y de la nueva Ley general del sistema concursal”, en RPD y JP, N 3, Lima, 2002, p. 131, rechaza tal nomenclatura “...pues la finalidad del planteamiento consiste en instaurar una tutela más eficaz de los bienes colectivos a través de sus objetos representantes, lo que no equivale a convertir a éstos últimos en bienes jurídicos intermediarios (“intermedios”) entre los colectivos y los individuales”.

puede ser atribuida en exclusiva a un titular singular. En la tradicional contraposición, a la que ya nos hemos referido, entre bienes personales o de los particulares y bienes jurídicos universales o suprapersonales, los bienes intermedios no ocupan, como podría entenderse en una primera aproximación, el espacio entre unos y otros, como un *tertium genus*, sino que –dice el autor– pertenecen a la segunda categoría.

- c. La afectación típica también puede alcanzarse a través de un menoscabo relevante en términos normativos de aquellos sectores, si se quiere físicos. Esta protección punitiva se puede realizar mediante lo que el profesor Jakobs denomina “objetos con función representativa”.

Una vez revisada esta breve exposición doctrinaria, me adhiero a la denominación “objetos con función representativa” que en nuestro caso serían las entidades funcionales de carácter natural (abióticas) como son indistintamente: el aire, el agua o los suelos, y los recursos bióticos como la flora y la fauna, que en su interacción dinámica permiten conservar el ambiente equilibrado que sería en última instancia el verdadero bien jurídico-penal protegido como “agrupado” o “colectivo”⁸⁷⁸. Ahora bien, habría que considerar, de acuerdo con la descripción del art. 305 del CP, que el patrimonio y la salud e integridad personal constituyen también manifestaciones singulares para el funcionamiento del ecosistema, y por tanto serían objetos con función representativa.

El bien representante es el que inmediatamente sale a relucir y por ende, objeto de afectación (lesionado o puesto en peligro), sin que sea preciso averiguar si realmente se produjo algún daño al bien jurídico inmediata y directamente protegido en sentido técnico. La elaboración doctrinal de estas consideraciones tienen perfecto sentido en los delitos contra el ambiente⁸⁷⁹ ya que precisamente,

878 Esta argumentación es hilvanada por CARO CORIA, por ejemplo para el análisis del bien jurídico en los delitos contra la administración pública; en: San Martín/Caro Coria/Reaño Peshiera; *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, 2002, pp. 134 y 135. Este autor afirma: “La lesión de un bien propio del Derecho penal protector de la administración pública no tiene porque acarrear la destrucción de todo el sistema administrativo y sus funciones, éstos pueden verse seriamente afectados si se comete por ejemplo una defraudación importante en la adquisición de equipos para las Fuerzas Armadas, a través de la cual se distrae del erario público varios cientos de millones de nuevos soles”(…) “Si la intervención penal opera en este ámbito a través de objetos con representación representativa, como el erario público o la imparcialidad del funcionario público, entonces la lesividad deberá buscarse en el grado de afectación de dichos objetos”. Nuevamente, CARO CORIA, “*Los delitos concursales en el Derecho penal peruano. Alcances de la Ley de reestructuración patrimonial y de la nueva Ley general del sistema concursal*”, cit. p. 137 utiliza el bien jurídico “sistema crediticio” para apuntar que: “En esa línea, si la vinculación al principio de lesividad exige en el caso del art. 209 del CP la afectación del “sistema crediticio”, ella difícilmente podrá ser producto de un único comportamiento defraudatorio, el alzamiento de bienes (inc.1) en una gran empresa no acarrea el colapso del sistema crediticio, las personas no dejarían de otorgar préstamos, los deudores de dejarán de pagar sus créditos ni se romperán todos las cadenas de pagos del país”. En contra de esta posición: KINDHÄUSER, “*Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico*”, cit. p. 446 y ss.

879 En este mismo sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1998, p. 99, pero solamente para los delitos económicos en *sentido estricto*.

la “abstracta peligrosidad” de la conducta típica para este bien mediato reside en la lesión reiterada y generaliza del bien intermedio con función representativa. A partir de lo expuesto, entonces, los objetos ambientes tangibles, con sus adjetivaciones como la “pureza” del agua, la “calidad” del aire, la “fertilidad” de la tierra, etc., pueden ser “puestos en peligro” como “lesionados”, porque a su vez afectan al “gran” bien jurídico estabilidad ecosistema.

Sentada esta posición, la afectación de bienes jurídicos llamados indistintamente universales, colectivos o difundidos, aún siendo individuales, no pueden alcanzarse mediante la destrucción total del objeto protegido. Muchos de los objetos protegidos por los tipos penales modernos se caracterizan por las grandes dimensiones que haría prácticamente inimaginable que la conducta individual y aislada de un sujeto determinado pudiera lesionarlos o ponerlos en peligro concreto. Es decir, que mediante el vertido con grados de concentración de metales pesados superiores a los permitidos por la normativa administrativa correspondiente resultarán insignificantes –como una ficción– para su comprensión como lesión o como peligro concreto.

Por eso, tiene que darse, tanto en los bienes jurídicos individuales como en los supraindividuales, no una afectación en el sentido naturalístico, sino un “menoscabo normativo de valor”⁸⁸⁰. En este punto, Díez Ripollés sostiene correctamente que “...para poder hablar de la lesión de un bien jurídico colectivo no es preciso la desaparición de esa realidad social como consecuencia de la lesión, del mismo modo que para afirmar una lesión a la vida tampoco hace falta que desaparezca la vida humana del planeta o de un determinado territorio; o lo que es igual, que el bien jurídico tenga una dimensión colectiva no quiere decir que tal bien no sea susceptible de diferenciación en elementos individualizables que constituyen concretas formas de manifestación de él”⁸⁸¹.

Asimismo, Abanto Vásquez⁸⁸² sostiene que no se trata del “peligro concreto” (o de la “lesión”) de los “bienes jurídicos”, pues no se puede exigir a estos un menoscabo en términos naturalísticos, sino una mera “afectación” en términos normativos (...). Los “objetos” del bien jurídico son aquellos intereses que “representan” a los bienes jurídicos en el campo concreto de las relaciones sociales: la vida de un individuo, sus bienes, su honor, el patrimonio de una empresa, etc. La “afectación del bien jurídico”, en el sentido de “negación de su vigencia” (y no de la norma), se produce cuando el individuo “lesiona” o “pone en peligro” los objetos.

En esta misma dirección, Acalé Sánchez apunta que “...el legislador peruano confunde el objeto material del delito, con el bien jurídico protegido. Nótese que refiere a los recursos naturales como “bienes jurídicos tutelados”, pero también como “elementos de un bien jurídico tutelado mayor como es el ambiente”. Los recursos, más que bienes jurídicos, son los objetos materiales en los que se refleja el bien

880 En este sentido: ABANTO VÁSQUEZ, 1997, p. 52.

881 DIEZ RIPOLLÉS, “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, en *Jueces para la Democracia*, 1998, Madrid, p. 18.

882 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; “Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance”, en *RPCEP* N 11, Lima, cita a pie de p. 10.

jurídico medio ambiente. De forma que cuando se contamina el agua, se construye sobre una determinada clase de suelo o se aniquilan ejemplares protegidos de flora o fauna se está afectando negativamente al bien jurídico ambientales; ello no conlleva convertir a los recursos naturales en bienes jurídicos, sino en objetivos materiales destruidos por los delitos ambientales⁸⁸³.

Retomando el hilo argumentativo, esto nos lleva a la conclusión que quien arroja esporádicamente su basura en la esquina de su casa o en la orilla de un río, constituirá solo una contravención y correlativamente una sanción administrativa de competencia municipal (aunque se puede tipificar también una falta penal, en el CP, contra las buenas costumbres, seguridad pública o tranquilidad pública), en la medida que el nivel de la conducta individual y aislado resulta inocuo pues no deteriora gravemente el equilibrio ecológico de la ciudad⁸⁸⁴.

Ahora bien, si ese mismo sujeto y toda su vecindad arrojaran diariamente desechos sólidos hasta hacerlo un enorme botadero de basura, entonces el efecto reiterado, acumulativo y descontrolado de dichas conductas hacen que el equilibrio ecológico (principalmente agua y suelo) no puedan soportarlo; lo que se habría verificado “pasar” de una contravención administrativa a ese mínimo necesario para acceder a un injusto merecedor de pena y de competencia jurisdiccional.

Como estamos en un escenario de protección jurídica de intereses colectivos, en la que detrás de todo bien colectivo, está la defensa también de bienes jurídicos individuales (concretamente en nuestro caso: la vida, salud personal y el patrimonio), esto obviamente sin desconocer la presencia autónoma que adquieren los bienes jurídicos colectivos –donde está inserto el ambiente natural– actualmente. En entonces, *de lege lata* resulta imperativo que el Derecho penal permitiera hacer ciertas fragmentaciones cualitativas para obtener puntos de apoyo, esto es, tenemos que distinguir por un lado, entre un bien jurídico “mediato” y otro, de carácter “inmediato”.

Los bienes jurídicos colectivos como el ambiente son normalmente afectados por procesos largos, en los que concurren multitud de elementos que se relacionan recíprocamente provocando consecuencias que no son la simple suma de las que provocarían cada uno de ellos. Más aún cuando las relaciones de causalidad –exigencia de perjuicio o alteraciones– se torna complicada, y la atribución subjetiva del dolo de contenido mínimo (eventual) con respecto a su autor se pierde en el horizonte de los hechos, con lo cual se produce materialmente una desprotección del bien jurídico-penal. Siguiendo a Caro Coria⁸⁸⁵, tal situación a motivado dos planteamientos, poco conciliables: la asunción de la categoría de los delitos de acumulación y el escepticismo –cuando no la renuncia– a la intervención penal

CAP. XXIII

883 ACALÉ SÁNCHEZ, María; “Actividades urbanísticas constitutivas de delitos en los Códigos penales español y peruano”, en *RPDP*, N.º 11-12, 2002, Lima, pp. 107 y 108.

884 Similar: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel; “Los delitos ecológicos y sus problemas”, en: Franciskovic Ingunza, Militz (Comp.), *Derecho Ambiental*, Lima, 2002, p. 203.

885 CARO CORIA, en: San Martín/Caro Coria/Reaño Peschiera; 2002, p. 132; el mismo, “Los delitos concursales en el Derecho penal peruano. Alcances de la Ley de reestructuración patrimonial y de la nueva Ley general del sistema concursal” en: *Revista Peruana de Doctrina Jurisprudencia Penales*, N.º 3, Lima, 2002, p. 138.

frente a estos comportamientos. La primera dirección apuesta por la instauración de tipos delictivos que describen comportamientos cuya realización múltiple se espera con certeza y no solo hipotéticamente. La segunda apunta a la revisión de los fundamentos de la intervención penal en el terreno de los bienes jurídicos colectivos y plantear como hipótesis la derivación del control hacia el Derecho administrativo sancionador o hacia un Derecho de intervención en términos del profesor Hassemer.

4. Los delitos ambientales en la legislación penal que expresan objetos con función representativa

En este último punto del capítulo, describiremos, a modo de información, algunas definiciones expuestas en determinadas legislaciones comparadas donde puede verse que aquellos objetos materiales que cumplen una función representativa con relación al bien jurídico colectivo (estabilidad del ecosistema) no solamente se pueden deducir del aporte doctrinario, sino que también tiene apoyo legislativo, así:

En Alemania:

Artículo 324. “Quien contamine el agua...”.

Artículo 324.a. “Quien produzca, permita introducir o libere sustancias en el suelo...”.

Artículo 325. “...cause alteraciones del aire apropiadas para dañar la salud de otro, animales o plantas...”.

Artículo 326. “4. De acuerdo a su especificidad, calidad o cantidad sean apropiados: a) para contaminar o alterar de otra manera perjudicial el agua, el aire o el suelo, o b) para hacer peligrar animales o plantas...”.

En España:

Artículo 325. “Produce un considerable aumento de número de elementos materiales como posibles receptores, así, junto *“a la atmósfera, suelo y aguas terrestres o marítimas”* del antiguo artículo 347 *bis*, se añade *“el subsuelo, las aguas subterráneas y espacios transfronterizos”*.”.

Artículo 332. “El que corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora...”.

Artículo 333. “El que introdujera o liberara especies de flora o fauna no autóctona de modo que perjudique el equilibrio,...”.

Artículo 335. “El que cace o pesque especies...”

Artículo 336. “El que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna...”

En la Argentina: (Ley 24.051, Residuos Peligrosos, Capítulo 9. Régimen Penal)

Artículo 55. “...el que utilizando los residuos a que refiere la presente ley, envenenare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente general”.

En el Perú:

Artículo 304. “...flora, la fauna y los recursos hidrobiológicos”.

Artículo 308. “El que caza, captura, recolecta, extrae o comercializa especies de flora o fauna...”

Artículo 309. “El que extrae especies de flora o fauna acuática...”

Artículo 310. “El que destruye, quema, daña o tala, en todo en parte, bosques u otras formaciones vegetales naturales o cautivas...”

Artículo 311. “El que utiliza tierras destinadas...”

5. La utilización del delito de peligro concreto para la protección de bienes jurídicos colectivos: la “estabilidad del ecosistema”

Se recurrirá a la técnica de delitos de peligro concreto, la misma que consisten generalmente en la falta de una lesión efectiva. La exigencia de un delito de peligro en la descripción típica básica del art. 304 (“...o puedan causar...”) significa un adelantamiento de las barreras de punibilidad, pues no comporta una destrucción, sino la creación de una situación tal que sea probable que ese resultado lesivo se produzca, lo cual guarda relación con la naturaleza del bien jurídico ambiente. En el presente caso, estamos ante un peligro concreto⁸⁸⁶ porque el peligro está

CAP. XXIII

886 Así lo entiende nuestra doctrina CARO CORIA, *La protección penal del ambiente*, cit. p. 295. El mismo: *Derecho penal del ambiente*, cit. p. 622. Para quien ahora se muestra a favor de los delitos de peligro concreto para la protección del bien jurídico ambiente (p. 473 y ss, 609 y ss.). BRAMONT ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO, 1996, p.516. REYNA ALFARO, 2002, p. 704. En la doctrina comparada, por ej. RUSCONI A. Maximiliano, “Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico”, en Maier, Julio B.J. (comp.) *Delitos no convencionales*, Buenos aires, 1994, p.177.

expresamente indicado en la ley; por tanto, dicho peligro es un elemento del tipo objetivo que podemos definirla como un estado anormal de situación riesgosa que de acuerdo con las circunstancias tendrá que ser de carácter actual e inminente con probabilidad de lesión hacia el bien jurídico protegido, donde dicha peligrosidad se realiza en base a una un presunción *juris tantum*, es decir, hay una inversión de la carga de la prueba a favor del agente, además este delito es verificable a través de un juicio de peligrosidad *ex post*.

En este sentido, el delito de peligro concreto, el juzgador, sobre la base de las circunstancias de cada caso, debe acreditar que la conducta realizada ha generado un efectivo y real peligro para el bien jurídico. Ahora bien, puede haber dos tendencias en relación con la fundamentación y diferencias en los delitos de peligro. La primera sería aquella que indica que la diferencia entre los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto no está en el grado de peligrosidad menor del peligro abstracto sobre el peligro concreto; lo que diferencia a las dos categorías es la técnica de formulación de los tipos: estaremos ante delito de peligro concreto cuando sea el propio bien jurídico el que se ponga en situación de proximidad a la lesión. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto, en lo que el concepto de peligro es idéntico, lo que cambia es el referente que ya no es el bien jurídico en sí mismo considerado sino su propia seguridad⁸⁸⁷.

Por otro lado, puede ubicarse otra tendencia que establece que en realidad, los auténticos delitos de peligro son los de peligro concreto, porque en los delitos de peligro abstracto lo peligroso sería la conducta del autor. Esto implica una diferencia de escalones. En otras palabras, dice Donna, hay que diferenciar entre conducta peligrosa y el real peligro en que se encuentra el bien jurídico. En el primer caso, es un estado, con probabilidad de lesionar al bien jurídico. En cambio; habrá conducta peligrosa cuando un acto entrañe la probabilidad concreta de lesión al objeto. Es una característica propia de la conducta. Por ende –continúa el autor– en los llamados delitos de peligro se exige una acción transitiva, esto es, causación de un peligro para un objeto. En cambio, en los de peligrosidad, no es el peligro para el objeto, sino la conducta en sí, la que es peligrosa⁸⁸⁸.

Se trata de destacar en este punto que el Derecho penal interviene generalmente cuando el daño ya se ha producido, y lo más que se puede lograr, salvo que sea irreversible como generalmente ocurre con daños al ambiente (por ej. se produce un gran derramamiento de petróleo en la orillas del mar que ocasiona una gran masa de muertes de los recursos hidrobiológicos, obviamente va a demorar a que recuperan otra vez su equilibrio perturbado), es la reparación consistente en restituir las cosas al estado anterior, obviamente a costa del autor.

En esta misma lógica, considero también loable la tipificación a través del resultado lesivo, respetando con ello el principio de levisidad, para cualquiera de los objetos que cumplen una función representativa en bienes de naturaleza colectiva, así en nuestro caso serían el agua, suelo, aire, flora y fauna que en su interacción dinámica permiten alcanzar condiciones de equilibrio (*statu quo ante*)

887 ACALÉ SÁNCHEZ, 2000, p. 199.

888 DONNA, "Delito y medio ambiente", cit., pp. 342 y 343.

en los “sistemas naturales” ubicados en un determinado sector o zona. La doctrina considera que la lesión del bien jurídico, colectivo o individual, no solo puede alcanzarse mediante la destrucción del interés sino también a través del menoscabo o deterioro del objeto de la acción⁸⁸⁹. En otras palabras, el bien jurídico-penal como objetivo finalmente protegido solamente se deteriora, mientras que el objeto material o representante se puede hasta destruir o desaparecer físico-naturalmente.

El relajamiento progresivo del principio de lesividad producido a través de la proliferación de tipos de peligro, para la protección de bienes jurídicos afectados por la delincuencia económica, responde a que dicho principio –lesividad– se configure en coherencia con el de prevención⁸⁹⁰ que goza de refrendo expreso en el artículo I del Título Preliminar del CP cuando se autoimpone, como objeto, “la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”.

Por otro lado, habrá que tener en cuenta que la Sección I del XV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal de 1994 relativa a los delitos ambientales, recomendó que el elemento material mínimo de las infracciones penales debería ser: “(a) una acción u omisión que cause un serio daño al ambiente; (b) una acción u omisión que contravenga un texto legal o reglamentario *y que cree un peligro real e inminente (concreto) para el ambiente o para los seres humanos*”.

Los bienes jurídicos colectivos y los objetos con función representativa tiene una relación de género a especie, y como tal, la afectación de estos últimos tienen a mi juicio importantes consecuencias de orden práctico: el ámbito de la imputación subjetiva, puesto que para la configuración del delito de contaminación doloso (art. 304, primer párrafo), no se necesitará que el sujeto activo conozca efectivamente el grado de lesión o peligro de su conducta hacia la “grandiosidad” bien jurídico-penal: estabilidad de *todo* el ecosistema nacional o en su defecto regional, sino que su vinculación subjetiva (dolo o culpa) ahora puede ser parcial y racional (probatoriamente hablando), en la medida que estará abocada a un “objeto representante” como por ejemplo el agua expresada en un río adyacente a una refinería minera.

Por último, ante los permanentes procesos de contaminación ambiental donde se hace más difícil la identificación del autor, asumir la defensa del bien jurídico-penal estabilidad del ecosistema a través de objetos tangibles, resulta adecuada a efectos de verificar la relación causal, puesto que la conducta típica (contaminar) tendrá derrotes directos de cara a la afectación de uno o dos, tres o más objetos representantes, más aun cuando la puesta en peligro, sino también su “lesión” efectiva al ambiente constituye una práctica *socialmente adecuada* en casos de menor entidad. En otros casos, la lesión efectiva del ambiente se mueve en un espacio de *riesgo permitido* por las exigencias de nuestro modelo de desarrollo económico⁸⁹¹.

CAP. XXIII

889 CARO CORIA, 1999, p. 521.

890 TERRADILLOS BASOCO, Juan; “Criminalidad económica y tipos de peligro”, en Texto de la conferencia en el IV Congreso Internacional de Derecho penal “El Derecho penal ante las nuevas formas de criminalidad”, organizado por la PUCP y el área de Derecho penal de la Universidad de Cádiz, Lima, 25-agos-1999.

891 SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, cit, pp. 19 y 20.

En este ámbito de delitos de peligro, considero necesario traer a colación lo que la doctrina denomina “delitos de idoneidad”, “delitos hipotéticos”⁸⁹² o “delitos abstracto-concreto”, que sería una categoría intermedia entre ambos tipos de peligro, y su posible utilización en el delito de contaminación ambiental⁸⁹³, se podría argumentar según la literalidad: “puedan causar perjuicio o alteraciones ...”.

6. Sobre el resultado típico

El tipo penal exige además lo siguiente: “...que cause o pueda causar perjuicios, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental...”. El principio se encuentra regulada, como norma rectora, en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal en los siguientes términos: “*La pena, necesariamente, precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*”. Criterio que ha asumido la jurisprudencia penal peruana⁸⁹⁴.

En cuanto al resultado típico cabría hacer las siguientes precisiones: en primer lugar, se conserva a mi entender la misma estructura típica en cuanto a la lesividad de la agresión al ambiente y sus componentes, pues antes de la reforma legal se señalaba exactamente lo mismo; esto es en la versión original del artículo 304 se señalaba con la frase: “...que *causen*” o “*puedan causar*” *perjuicios o alteraciones en la flora, fauna o recursos hidrobiológicos...*”; ahora a través de la reforma de la Ley N.º 29263 se señala textualmente: “...que *cause o pueda causar* *perjuicios, alteración o daño grave al ambiente...*”. En consecuencia, se sigue hablando tanto

892 TORIO LÓPEZ, Angel; “Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en: ADPCP, 1981, p. 846. “Lo hipotético de los delitos de peligro hipotético –según el autor– se refiere a que si bien el delito requiere una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección, el juez debe además verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para este. Ha de plantear, pues, la hipótesis de si la acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso. En los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor *real* de acción) y la posibilidad de resultado peligroso (desvalor *potencial* de resultado) como exigencias del tipo.

893 En este sentido: ABANTO VÁSQUEZ, 1997, p. 122. DE LA CUESTA AGUADO, 1995 p. 161 sostuvo que el art. 347 *bis* del CP español derogado que la expresión “puedan perjudicar” quería decir que esa conducta es “apropiada” o idónea” para perjudicar; es decir, se trata de un delito de peligro hipotético. Más adelante agrega que en los delitos de peligro hipotético o abstracto concreto, el juzgador habrá de constatar con carácter general la idoneidad lesiva de la acción, es decir, si la conducta abstractamente observada era “idónea”, “adecuada” o “apta” para la creación del peligro prohibido, pero también habrá de constatar que no se ha producido ni un resultado de peligro (porque entonces nos encontraríamos ante un peligro concreto o ante una lesión).

894 En el Exp. N.º 5269-97 de fecha 17/11/2002, señala lo siguiente: “que, el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Penal establece el principio de lesividad, en virtud del cual en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal, allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en el aspecto objetivo, que por tanto, al no encontrarse identificado trae como consecuencia la atipicidad de la conducta delictiva”. (Vid. ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal*, T. I, Lima, 2002, p. 81).

en una “nueva” como en la “antigua” versión del artículo 304 de un delito de peligro concreto (puedan causar) como de un delito de lesión (causen), con las críticas que la doctrina ha señalado aquí en el sentido que mejor debería haberse creado un tipo penal de peligro con una mejor menor y otro tipo penal de resultado obviamente con una pena mayor, ya que así como está daría entender que en uno y otro caso la pena sería la misma. La única forma de solucionarlo es la vía judicial, en función al marco penal que prevé el mismo artículo 304, pues por ejemplo si se ha verificado una lesión efectiva al ambiente y sus componentes aplicará una pena privativa de libertad de seis años como tope máximo y si existe un delito de peligro concreto se aplicará por ejemplo una pena privativa de libertad de cuatros años como tope mínimo, claro con su respectiva multa en cada una de ellas.

En segundo lugar, se adiciona algunos objetos materiales del delito, como es obviamente el mismo ambiente o sus componentes que son el agua, el suelo, el aire, la flora y la fauna; asimismo, la novedad es que se incorpora el concepto de “calidad ambiental” y la misma “salud ambiental”. Como bien dice Lamadrid Ubillús “...el legislador peruano, en un intento por acaparar todos los objetos de protección, ha consignado como bien a proteger la *salud ambiental*, consciente o no de que, con dicha consignación, estaba englobando a la *salud colectiva*, que vendría a ser tan solo un elemento integrante de la salud ambiental. Así pues, se entendería que las afectaciones a la salud colectiva pueden ser, en ocasiones, tan solo consecuencias de un *ambiente enfermo*, o gravemente afectado por las conductas humanas”⁸⁹⁵. En todo caso, lo que debería interpretarse es que son conceptos similares y que uno es consecuencia de la otra –para haya una buena salud en los objetos ambientales antes debe haber una buena calidad en nuestro alrededor– para precisamente establecer una real estabilidad en nuestro ecosistema natural. Una aclaración: tanto la salud ambiental como la calidad ambiental no estaban en la versión original del artículo 304 del Código Penal peruano, y definitivamente son conceptos que vienen desde la Ley General del Ambiente.

En tercer lugar, y como no podía ser de otra manera, será la autoridad ambiental en cada sector quien evaluará los daños ocasionados, y aquí es donde se inicia los problemas de orden de jurídico-conceptual y funcional-competencial. Desde el punto de vista jurídico-conceptual porque solo y únicamente el órgano jurisdiccional es quien debe interpretar y aplicar las normas al caso concreto dentro de un proceso penal cuando de delitos se trate. Entonces una autoridad ambiental, que es en otras palabras una autoridad administrativa, no está en condiciones de “calificar” los resultados dañosos que se ocasione; y desde el punto de vista funcional-competencial se va a originar una lamentable confluencia de facultades estatales porque tanto el Juez Penal como la Autoridad Ambiental impondrán criterios disímiles y contradictorios en un caso concreto, claro que la nueva versión del artículo 304 del Código Penal señala que los resultados dañosos al ambiente serán evaluados *según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental*, es decir, previa la evaluación de la autoridad ambiental debe haber una reglamenta-

CAP. XXIII

895 Véase: LAMADRID UBILLÚS, Alejandro; *El Derecho penal ambiental en el Perú ¿Realidad concreta o simbolismo práctico?*, Lima, 2011, p. 215.

ción que prevea tal situación dañosa. La pregunta que cae por su propio peso es cuando no haya dicha reglamentación: ¿será podrá aplicar igualmente la sanción penal prevista en la nueva versión del artículo 304 del Código penal?, ¿se podrá aplicar, ante la ausencia de reglamentación, la facultad discrecional de la Autoridad Ambiental para suplir la deficiencia?, ¿Estos temas concretos no son acaso violatorios del principio de reserva de la ley penal y del principio de legalidad de la conducta penal?

La inclusión de estos tres grandes conceptos (ambiente, calidad ambiental, salud ambiental) amplía desmesuradamente los objetos y bienes jurídicos a proteger, previstos en la norma del art. 304 del CP. Por tanto, debe asumirse la tesis de la pluriofensividad del delito de contaminación ambiental (art. 304 –tipo base– y agravantes en el art. 305) debido a que el objeto de tutela penal está constituido por específicos y valiosos intereses (ambiente, recursos naturales y salud colectiva en el tipo base, así como vida, integridad física y ejercicio de fiscalización ambiental en la modalidad agravada) reunidos y agrupados en el marco bien jurídico estabilidad ecosistémica⁸⁹⁶.

6.1. Excurso: El extremo típico del resultado en el delito de contaminación ambiental en la versión original del Código penal de 1991

En primer lugar, atendiendo a la definición gramatical del tipo base de contaminación, que reza: “...*en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos*”. Cuando alude a la “flora” y la “fauna” se está refiriendo que estos pueden ser de origen natural (bosques) *como también de tipo terrestre o acuática*. El resultado típico debe producirse a consecuencia causal de la contaminación ambiental, ya que la flora y la fauna también encuentran protección penal en los arts. 308 y 309 del mismo Código Penal peruano, pero el supuesto de hecho difiere sustancialmente pues estos tienen núcleos típicos diferentes: “cazar”, “capturar”, “recolectar”, “extraer”, “comercializar”.

Ahora bien, la expresión “y” en los objetos ambientales denota una conjunción entre los términos, que resulta contrario a la descripción de su fuente nacional directa, como lo fue el artículo 119 (art. actualmente derogado) del vigente Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales de 1990 que describía en este apartado de manera más apropiado: “...*en la flora o fauna, los recursos hidrobiológicos o en el ambiente en general*”. Ahora, en la actual configuración típica del artículo 304 CP se necesitará una triple, casi simultánea afectación sobre los objetos ambientales protegidos, para alcanzar el perfeccionamiento típico, esto sin evidenciar un aspecto catastrófico en dichos recursos, pues se confundiría con una circunstancia agravante (art. 305, inc.2 CP).

Esto reduce ostensiblemente la eficacia preventiva general de la norma penal, hasta focalizarla en una función simbólica negativa. Lo más delicado de esta cuestión, es que todos estos hechos tenga la misma valoración (“equiparación”)

896 Véase, en este sentido: LAMADRID UBILLÚS, 2011, p. 215.

punitiva: pena privativa de libertad no menor de una ni mayor de tres años o ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, tanto para el que realizó la acción peligrosa concreta como aquel que ocasionó un resultado lesivo a los objetos ambientales. Este último siempre reportará una situación adicional de gravedad en el injusto típico que un resultado peligroso, y tendrá obviamente que ser reflejado en la determinación judicial de la pena, criterios de proporcionalidad y lesividad así lo exigen.

La expresión “alteraciones” puede entenderse que hay situaciones en las cuales la introducción de algunos elementos pueden dar lugar a alteraciones positivas. Empero, de acuerdo con el principio de lesividad necesariamente tiene que ser negativa. A mi juicio, creo que era suficiente con la expresión “perjuicio”.

7. El artículo 286, primer párrafo y el artículo 304, primer párrafo, del Código Penal existe una relación concursal

En principio, debemos de precisar que cuando el tipo penal del artículo 286 se alude al que “...envenena, contamina o adultera **aguas**...”, se está aludiendo a aquellas aguas que están previamente destinadas para el consumo humano; es decir, el agua potable por ejemplo. Para esto nos puede ayudar el abrogado Código Penal peruano de 1924 que en su artículo 274 preceptuaba lo siguiente: “El que, intencionalmente, contaminare con sustancias nocivas a la salud el **agua potable** destinada al uso de las personas...”. Por eso, en el Código Penal español, en el artículo 364, inciso 1, se prevé, lo siguiente: “El que adultere con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas los alimentos, sustancias o **bebidas destinadas al comercio alimentario**...”.

En otras palabras, si se refiere a otro tipos de aguas no destinadas al consumo humano como por ejemplo un río que según las autoridades sanitarias han establecido que es apta para el consumo humano, y igual se logra contaminar por accionar humana, entonces estaremos ante una afectación de otro bien jurídico, como sería la “estabilidad del ecosistema” o delitos ambientales, y por consiguiente se dará la tipicidad del artículo 304, primer párrafo, del Código Penal⁸⁹⁷, ya que este tipo

897 Al respecto, véase el Diario de Debates del Congreso de la República, publicada en el Portal del Congreso a las 21.40 horas del miércoles 13 de mayo 2009, donde el Congresista EGUREN NEUENSCHWANDER ha dicho, en este tema lo siguiente: “...Y dentro de ello, señor presidente, para precisar algunas dudas que son resaltables por la preocupación en la materia de aguas que se ha conversado. Nos estamos refiriendo, señor Presidente, al Capítulo Tercero. Delitos contra la Salud Pública. No estamos hablando de temas ambientales. Y cuando se hace referencia a este capítulo contra la salud pública y se hace referencia a aguas, está en dos connotaciones, está en una primera como bebidas y dentro del concepto genérico de alimento. Ya la ciencia y la legislación vigente que haremos mención más adelante señala que el agua es un alimento. Entonces, no es que desaparezca el agua, sino al tratar sobre alimentos incorpora el agua, está incorporada el agua dentro del rubro de alimentos en la categoría correspondiente. De otro lado ¿Qué nos dice para no hacer mención a todas las instituciones que han participado ¿qué señala el Ministerio Público? Acá tenemos el oficio dirigido a la doctora Gladys Margot Echaíz, al respecto señala: Actualmente los artículos 286° y 288 del Código Penal se refieren también a sustancias alimenticias, aguas, preservantes, aditivos y mezclas destinadas al consumo humano. La propuesta, la que estamos discutiendo, nos parece acertada y compartimos su tipificación especial como elemento de mejor técnica

penal alude lo siguiente: “El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, **las aguas terrestres, marítimas o subterráneas...**”.

IV. EL DELITO DE ALTERACIÓN DEL AMBIENTE O PAISAJE (ART. 313)

1. Descripción típica

El delito de alteración del ambiente o paisaje se encuentra previsto y sancionado en el artículo 313 del Código Penal (Según la Reforma a través de la Ley N.º 29263), de la siguiente manera:

“Artículo 313. El que, contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente, altera el ambiente natural o el paisaje urbano o rural, o modifica la flora o fauna, mediante la construcción de obras o tala de árboles, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a noventa días-multa”.

2. Concordancia

- *Const:* Arts. 66 (Los recursos naturales son patrimonio de la Nación. Por ley se fijan las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares), 67 (El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales), 68 (El Estado promueve la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas), 69 (El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonia con una legislación adecuada).
- *C.P.:* Arts. 29 (Duración mínima y máxima de la pena), 41 a 44 (Pena de multa), 57 a 61 (Suspensión de la ejecución de la pena), 62 a 67 (Reserva del fallo condenatorio), 68 (Exención de pena), 92 y 93 (La reparación civil y lo que comprende), 105 (Aplicación de medidas en caso de participación delictuosa de personas jurídicas).
- *N.C.P.P.:* Arts. 286 (Mandato de comparecencia), 291 (Comparecencia simple).
- *Ley N.º 28611 (15-10-05) – Ley General del Ambiente.*

legislativa y para que la población tenga un claro y sencillo conocimiento de los actos que la ley señala como ilícitos penales. *Con ello debería estar claro, pero a mayor abundamiento porque alguien legítimamente podría preocuparse y decir qué paso con los ríos, que pasa con los lagos, que pasa con el mar, qué pasa con los pozos, donde también es obviamente agua. Eso lo hemos legislado, señor Presidente, y ha sido aprobado por este Congreso a través de la ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley General del Ambiente”.*

- *Ley N.º 26496 (11-07-95) – Régimen de Propiedad, Comercialización, y Sanciones por la Caza de las especies de vicuña, guanaco y sus híbridos:*

Art. I. Declárese a los camélidos sudamericanos: vicuña, guanaco y sus híbridos, como especies de fauna silvestre sujeta a protección por el Estado, el mismo que promoverá el desarrollo y el aprovechamiento racional de dichas especies.

Artículo 2. – Otórguese la propiedad de los hatos de vicuña, guanaco y sus híbridos, así como de los productos, fibra y derivados que se obtengan de animales vivos, los provenientes de la saca debidamente autorizada y los incautados, a las comunidades campesinas en cuyas tierras se hallen dichas especies. El Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo regulará el ejercicio de ese derecho.

Artículo 3. Reconózcase a las comunidades campesinas, como responsables de las actividades de conservación, manejo y aprovechamiento racional de la vicuña en el ámbito de su jurisdicción.

Artículo 4. Autorízase las actividades de acopio, transformación, comercialización de la fibra y sus derivados, a las comunidades campesinas propietarias de los hatos de vicuña, guanaco y sus híbridos, directamente o a través de convenios con terceros, sean estos nacionales o extranjeros, en estricto cumplimiento con los convenios internacionales, bajo la supervisión del Estado.

Artículo 5. La extracción y traslado de vicuñas, guanaco y sus híbridos con fines de re-poblamiento, investigación, difusión cultural, se realiza previa autorización del Sector Agricultura.

Artículo 6. El que caza, captura, sustrae o comercializa vicuñas, guanacos, sus híbridos y derivados, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

1. Cuando el hecho es cometido con el concurso de dos o más personas la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

2. Cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos, la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

CAP. XXII

3. Cuando el agente caza, captura, sustrae o comercializa más de 50 ejemplares, la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

Cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos, la pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

Si el agente es funcionario o servidor público será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, con ciento veinte a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 6 del artículo 36 del Código Penal.

Artículo 7. El que caza, captura, o sustrae vicuñas, guanacos, sus híbridos y derivados, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

1. Cuando el hecho es cometido con el concurso de dos o más personas o el agente hubiere inferido lesión grave a otro portando cualquier clase de arma o de instrumento que pudiese servir como tal, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de quince años.

2. Cuando el delito es cometido con crueldad, con empleo de materiales, artefactos explosivos o similares; o con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas contra la víctima; o por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos; o colocando a la víctima o a su familia o a la comunidad campesina propietaria en grave situación económica, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años.

3. Cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos, la pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años. En los casos de concurso con delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, la pena se aplica sin perjuicio de otra más grave que pudiera corresponder en cada caso.

Artículo 8. Al que denuncie la comisión de este delito ante la autoridad competente, se le otorgará en recompensa el 50% de la multa impuesta.

Artículo 9. Prohíbese la exportación de vicuñas, guanaco y sus híbridos, semen u otro material de reproducción, salvo aquellos con fines de investigación científica y/o cultural, previa autorización mediante resolución ministerial del Sector Agricultura.

Artículo 10. Encárguese al Ministerio de Agricultura reglamentar la presente ley, en un plazo máximo de 60 días.

Artículo 11. Deróguense y déjese sin efecto todas las disposiciones que se opongan a la presente ley.

Artículo 12. Esta ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

- *Ley N.º 26821 (26-06-97) – Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales:* Arts. 3 (Definición de recursos naturales), 11 (Zonificación ecológica y económica para el uso de los recursos naturales), 12 (Conservación de recursos naturales a través de delimitación de áreas, declaración de especies en extinción, reservas o vedas).
- *Ley N.º 26834 (04-07-97) – Ley de Áreas Naturales Protegidas:* Arts. 1 (Las áreas naturales protegidas), 2 (Objetivos de la protección de las áreas naturales), 3 (Carácter definitivo del establecimiento de las áreas naturales protegidas), 4 (Las áreas naturales protegidas son de dominio público, con excepción de las áreas de conservación privadas), 13 (El Ministerio de Agricultura puede establecer zonas reservadas), 17 (El Estado reconoce y promueve la participación privada en la gestión de las áreas naturales protegidas), 22 (Categorías del sistema nacional de áreas naturales protegidas), 27 (Autorización del aprovechamiento de recursos naturales en áreas naturales protegidas, si resulta compatible con la categoría, zonificación asignada y el plan maestro del área), 29 (Reconocimiento por parte del Estado, de la importancia de las áreas naturales protegidas, para el desarrollo de actividades de investigación científica, básica y aplicada), 31 (La administración del área protegida dará atención prioritaria a asegurar los usos tradicionales y los sistemas de vida de las comunidades nativas y campesinas ancestrales).
- *Ley N.º 26839 (16-07-97) – Ley Sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica:* Arts. 1 (Ley que norma la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes), 3 (Lo que comprende la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica), 13 (El Estado promueve el establecimiento e implementación de mecanismos de conservación de la diversidad biológica), 16 (Lo que comprenden las áreas naturales protegidas), 17 (Instituciones que integran el sistema nacional de áreas naturales protegidas por el Estado), 18 (Las áreas naturales protegidas

CAP. XXII

son de dominio público), 23 (Reconocimiento de la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica), 24, (Constituyen patrimonio cultural los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas, nativas y locales), 26" (Son de prioridad e interés nacional. Las investigaciones científicas sobre flora, fauna, ecosistemas y similares), 29 (Acceso a los recursos genéticos o sus productos derivados).

- *Ley N.º 26848 (29-07-97) – Ley Orgánica de Recursos Geotérmicos:* Arts. VII (La actividad geotérmica es de utilidad pública. El Estado promueve las inversiones en exploración y explotación geotérmicas, así como el uso racional de dichos recursos, privilegiando la conservación del ambiente), VIII inc. 6 (La energía geotérmica se refiere a la energía calorífica que se presume o pueda encontrarse bajo la superficie de la tierra en diferentes formas, diferentes de recursos hidrocarburíferos), I (Las actividades de reconocimiento tendrán necesariamente un mínimo impacto en el ambiente), 3 (La explotación de recursos geotérmicos), 24 (Casos en que caduca la concesión de los derechos geotérmicos: cuando el concesionario, luego de habersele aplicado las sanciones correspondientes, no opere sus instalaciones de acuerdo a las normas ambientales), 47 (Todo titular de un derecho geotérmico será responsable por todo perjuicio, pérdida, daño o lesión causada al Estado, personas, bienes y al ambiente como resultado de su trabajo u operaciones), 49 (Solicitud para el otorgamiento de derechos geotérmicos deberá presentarse acompañada del estudio de impacto ambiental con carácter de declaración jurada).

3. La conducta típica

Por lo tanto, estamos también ante una norma en blanco⁸⁹⁸, como todas las disposiciones en materia de protección penal del ambiente, donde un elemento fundamental del comportamiento es "contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente", es decir, viene fijado por disposiciones no penales, a las que hay que remitirse para determinar el carácter típico o no de la conducta. El *modus operandi* consiste en la construcción de obras (públicas o privadas) o la tala de árboles⁸⁹⁹. En otras palabras, la conducta típica viene dada por la construcción de obras o tala de árboles, contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente, para lo cual se requiere una remisión interpretativa que lleve a determinar con exactitud el ámbito de prohibición⁹⁰⁰.

CAP. XXIII

898 De la misma manera: CARO CORIA, Carlos; *La protección penal del ambiente*, Lima, 1995, p. 348.

899 Véase: CARO CORIA, Carlos; *La protección penal del ambiente*, Lima, 1995, p. 348.

900 Erróneamente BRAMONT-ARIAS, estima que el artículo 313 del Código Penal peruano, presenta dos modalidades: la alteración del ambiente y la modificación de la flora y fauna, circunstancias que en realidad permiten verificar el resultado lesivo. p. 617.

El objeto sobre el cual recae la conducta es el ambiente natural, el paisaje urbano o rural, o la flora o fauna, cuya armonía resulta dañada con el ilícito. La lesión del bien jurídico “el ambiente”, pero la forma en la que ello se produce puede ser:

- Directa, es decir, afectando de manera principal sobre los elementos del componente “ambiente natural” que son: el biótico (la flora y la fauna), el abiótico (el agua, el aire y el suelo), el componente ambiente artificial (paisaje urbano y rural).
- Indirecta, mediante una mala gestión de los planes de ordenamiento territorial.

Se trata de un delito de lesión pues se requiere alterar o modificar dichos objetos dañando la armonía de sus elementos. Todo esto pudo resumirse con la expresión “perjuicio ambiental”. El comportamiento presenta dos modalidades:

- **Altera el ambiente natural o el paisaje urbano o rural, contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente**

Por alterar se entiende el cambiar o transformar la esencia o forma de una cosa, en este caso el objeto material de esta modalidad del comportamiento típico es el ambiente natural o el paisaje urbano o rural. Según Peña Cabrera Freyre la alteración “...ha de consistir en una modificación sustancial de los componentes ambientales, sea degradando los suelos, cambiando la esencia natural de los bosques, impidiendo la reproducción de las especies silvestres (fauna y flora), obstaculizando la irrigación de las aguas o haciendo de las tierras campos infértiles para la siembra y cultivo”⁹⁰¹.

Debe tratarse de áreas naturales protegidas y de especies silvestres, especialmente tuteladas por el Derecho positivo, tal como se sostuvo en el marco de los delitos contenidos en el artículo 308 y ss.; v. Gr., si como efecto de una edificación ilegal por ejemplo, resultan heridos animales domésticos o caídos algunos árboles, no estamos ante la tipicidad penal in comento⁹⁰². El ambiente natural viene constituido por los elementos: agua, aire, suelo, flora, fauna, es decir los recursos naturales que sustentan el sistema y la calidad de vida, en definitiva, bajo el concepto se engloba la totalidad del bien jurídico protegido. Frente a este, se menciona también el paisaje urbano o rural, como sinónimo del conjunto que conforman los elementos del ambiente natural en unión de elementos del ambiente artificial, puestos por el hombre, y que determinan un concreto hábitat o sistema de vida, ya sea en el medio urbano (de la ciudad), o el medio rural (el campo). Esta alteración ha de producirse contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente, esto significa que no toda alteración constituirá el tipo, sino solo aquellas que vayan contra las disposiciones legales.

CAP. XXII

901 Véase: PEÑA CARERA FREYRE, Alonso; *Derecho penal. Parte especial*, T. IV, Lima, 2010, p. 246

902 Véase: PEÑA CARERA FREYRE, Alonso; *Derecho penal. Parte especial*, T. IV, Lima, 2010, p. 246

- **Modificar la flora o fauna mediante la construcción de obras o la tala de árboles que dañen la armonía de sus elementos, contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente**

El término modificar puede entenderse como sinónimo de alterar, en el sentido que supone dar un nuevo modo de existir al objeto. De esta manera, dicha acción ha de recaer sobre la flora (conjunto de plantas de una determinada zona) o fauna (conjunto de animales de una determinada zona), que se constituyen así en el objeto material de esta modalidad del comportamiento típico. No obstante, se limitan los medios por los cuales puede modificarse la flora o fauna a dos: la construcción de obras y la tala de árboles, siempre y cuando dañe “la armonía de sus elementos”, esto es, la conservación de una perfecta proporcionalidad entre los elementos de la flora y fauna.

Esta restricción a solo estos dos medios nos resulta poco acertada en la medida en que limita en exceso las posibilidades de aplicación de este tipo, circunstancias que se agudiza aún más cuando ello se hace depender del daño que cause a la armonía de los elementos de la flora y fauna de la zona, con las graves consecuencias de inseguridad jurídica que ello representa. Por último, también es requisito indispensable que ello se realice contraviniendo las disposiciones legales correspondientes, en caso contrario, los hechos serían atípicos. El ilícito constituye un delito de resultado, pues se exige que la conducta del agente altere el ambiente natural, el paisaje urbano o rural, o modifica la flora o fauna, mediante la construcción de obras o la tala de árboles que dañen la armonía de sus elementos todo ello contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente.

V. RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIO PÚBLICO POR OTORGAMIENTO ILEGAL DE DERECHOS (ARTÍCULO 314)

1. Descripción legal

La descripción típica es la siguiente:

“Artículo 314. El funcionario público que sin observar leyes, reglamentos, estándares ambientales vigentes, por haber faltado gravemente a sus obligaciones funcionales, autoriza o se pronuncia favorablemente sobre el otorgamiento, renovación o cancelación de autorización, licencia, concesión, permiso u otro derecho habilitante en favor de la obra o actividad a que se refiere el presente título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años, e inhabilitación de un año a seis años conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4.

La misma pena será para el funcionario público competente para combatir las conductas descritas en el presente Título y que, por negligencia inexcusable o por haber faltado gravemente a sus obligaciones funcionales, facilite la comisión de los delitos previstos en el presente Título”.

(Artículo modificado por el Artículo Segundo del Decreto Legislativo N.º 1102, publicado el 29 febrero 2012)

2. Comentario

Este remozado artículo podríamos denominarlo “prevaricación administrativa” en materia jurídico ambiental, en contraposición a la prevaricación fiscal y judicial en el Código Penal peruano (artículo 418), en la medida que se trata de una acción funcional (dolosa y hasta culposa) contraria a los intereses y objetivos de la Administración Pública, en las funciones de control y supervisión de aquellas personas (naturales o jurídicas) que quieran realizar una actividad económica-industrial, y que *a priori* dichas actividades serían de grandes o medianos impactos negativos en contra de la estabilidad del ecosistema natural. En otras palabras, las afectaciones al medio-ambiente no solo lo pueden cometer los empresarios a través de su actividad económica, sino también los funcionarios públicos, utilizando o aprovechándose de la Administración Pública.

El antecedente inmediato lo encontramos en la versión original del artículo 306 del Código Penal de 1991. En efecto, dicho artículo señala lo siguiente: “El funcionario público que otorga licencia de funcionamiento para cualquier actividad industrial o el que, a sabiendas, informa favorablemente para su otorgamiento sin observar las exigencias de las leyes o reglamentos sobre protección del medio ambiente...”. Se trata, en relación a otros delitos medio ambientales, de un delito especial o de infracción del deber (funcional), y lo más llamativo es que lo tiene que cometer solo un funcionario público y no por ejemplo un servidor público. Es clara la intención del legislador peruano en sancionar penalmente solo a aquellas personas investidas de la función pública con poder de decisión y discreción, sin embargo, esta técnica legislativa se ha seguido desde la versión original de 1991 del Código Penal peruano (véase el artículo 306). Como puede verse, este artículo, hoy derogado, era muy escueto en cuanto a los supuestos de hecho de regulación en comparación con la actual y vigente responsabilidad funcional en materia medio-ambiental, regulada hoy en el artículo 314 del Código penal.

En la primera parte del artículo 314 del Código Penal se incorpora la responsabilidad funcional de manera dolosa, hasta la posibilidad del dolo eventual o condicional, que es la frontera más próxima de la comisión culposa. El funcionario público para su represión penal tiene que inobservar las leyes, los reglamentos estándares vigentes, debe haber faltado de manera grave a sus obligaciones funcionales, las mismas que deben ser “llenadas” por las Leyes específicas de la materia, ya sea minera, industrial, etc.

CAP. XXII

La conducta típica, según el artículo 314 del Código penal, tiene dos acciones alternativas, las mismas que la analizamos:

- En primer lugar, se reprime la “*autorización*” que realiza el Funcionario sobre el otorgamiento, renovación o cancelación de autorización, licencia, concesión, permiso u otro derecho habilitante en favor de la obra o actividad a que se refiere el presente título, es decir, Delitos ambientales. Ahora bien, las formas que se puede presentar la autorización pueden ser de varias modalidades, desde la forma escrita (por ejemplo: memorandus, oficios, etc.) hasta la forma verbal, aunque esta forma tiene dificultades de índole probatorio, y porque es una práctica poco usual dentro de la Administración Pública, desde que predomina la escrituralidad. La competencia funcional será otro de los requisitos para su represión, ya que todos no podrán ser autores de este delito, sino solo que de acuerdo a su ámbito de dominio –según reglamento– estén en condiciones de “decidir” la controversia sobre permisos o concesiones. Se entiende que ya aquí no se trata de un funcionario técnico-opinador sino de un funcionario netamente decisor.
- En segundo lugar, se reprime la “*pronunciación*” que realiza el Funcionario de manera favorable sobre el otorgamiento, renovación o cancelación de autorización, licencia, concesión, permiso u otro derecho habilitante en favor de la obra o actividad a que se refiere el presente Título. La diferencia con la anterior modalidad es que en esta, se reprime la mera opinión del funcionario, obviamente a favor de la concesión o permiso para el funcionamiento de la actividad económica, que no necesariamente dicha opinión sea vinculante y que efectivamente ya el establecimiento funcione. En todo caso, lo que el legislador peruano ha querido desmostar que las meras opiniones que bien podrían ser actos de preparación, son elevados a la categoría de consumación. Ahora bien, puede presentar esta modalidad mediante informes legales-jurídicos, y técnicos que emitan su opinión en la parte resolutive de modo favorable para licencia, concesión, etc. Puede ser desde una Municipalidad Distrital o Provincial (por ejemplo, el área de protección ambiental) hasta los Gobiernos Regionales, claro que la represión penal estará condicionada a que el funcionario está dentro del área respectiva competente (por ejemplo: gerencia medio-ambiental).

CAP. XXIII

Como es sabido, el artículo 314 CP incorpora un segundo párrafo, el mismo que es una modalidad culposa, en concordancia con el artículo 12 del Código penal, segundo párrafo. La condiciones en el marco del sujeto activo son dos, los mismas que son expresas: primero, que la conducta tiene que realizarla un funcionario público; y segundo, que además sea un funcionario competente: (“*La misma pena será para el funcionario público competente...*”). Ahora bien, la condición en el marco de la conducta típica consiste en que a propósito de la grave negligencia del funcionario público (“*...por negligencia inexcusable o por haber faltado gravemente a sus obligaciones funcionales...*”) que normalmente está estatuido en Leyes o reglamentos internos, “facilite”, que bien podría entenderse como aprovecharse de

la inexperiencia profesional del funcionario competente para que otras personas, ligadas a una determinada área o gerencia, cometan dolosamente la comisión de delitos ambientales.

Por supuesto que en la represión del delito culposo como la que estamos analizando, se producirá también una represión por el delito doloso que cometan las terceras personas, siempre y cuando se tipifique en el rubro XIII del Código penal. Es sumamente reprobable la siguiente frase: “*La misma pena será para el funcionario público competente...*”, es decir, que se castigue con la misma pena una conducta dolosa y una culposa –infracción al principio de proporcionalidad abstracta– desde que en la conducta culposa el injusto es mucho menor que el que se reprime por una conducta dolosa.

La conducta del sujeto activo tiene que ser de manera dolosa.

VI. SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DEL ARTÍCULO 314-A Y LAS DENOMINADAS “REGLAS NORMATIVAS DE REDUNDANCIA”

1. Descripción legal

El artículo 314-A del Código Penal tiene la siguiente descripción:

Artículo 314-A. Los representantes legales de las personas jurídicas dentro de cuya actividad se cometan los delitos previstos en este Título serán responsables penalmente de acuerdo con las reglas establecidas **en los artículos 23 y 27 del este Código.**

Antes debemos señalar que el mencionado artículo responde, a mi juicio, por las denominadas “reglas normativas de redundancia” que pueden clasificarse en lo siguiente:

- **Reglas normativas de redundancia dirigida a los sistemas de imputación penal.**

Aquí podemos encontrar a aquellos que se refieren a la Parte Especial del Código Penal referidos a la autoría:

- Sobre esta última podemos encontrar precisamente el artículo 314-A CP que responde a la “Responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas”, que a su vez responde a las denominadas “reglas normativas de redundancia” y es una constante en nuestra legislación penal nacional, ya que el mensaje del legislador expresado en el artículo 314-A –a través de la reforma de la Ley N.º 29263– ya encuentra

CAP. XXIII

regulación normativa en el mismo Código penal, en el artículo 27 que prevé los supuestos de “*actuación por otra persona*”, es decir, se trata de una redundancia del Legislador.

Pero no solo encontramos en los niveles de autoría como en este caso, sino que también lo podemos encontrar para los partícipes:

- En efecto, la Parte Especial de los delitos solo está dirigida a los autores directos, en cambio, para buscar la responsabilidad penal de los autores mediatos, coautores, y para la participación criminal (inductores y la cómplice primaria y secundaria) necesitamos volcarnos hacia la Parte General. Sin embargo, a la luz del Código Penal peruano se puede percibir ya en la Parte especial determinados tipos que sancionan la conducta del partícipe, es decir, de manera autónoma, sin esperar la contribución del autor principal. Así, por ejemplo, puede citarse el art. 113⁹⁰³ CP; art. 148⁹⁰⁴ CP; art. 148-A⁹⁰⁵; art. 152⁹⁰⁶ CP; art. 244⁹⁰⁷ CP; art. 247⁹⁰⁸ CP; art. 302 CP⁹⁰⁹.
- **Reglas normativas referidas a los sistemas de consecuencias jurídico-económicas del delito.**

También es una tendencia del legislador penal de incorporar expresamente en la Parte Especial, por ejemplo, las figuras de “incautación” o el “decomiso”⁹¹⁰

903 Artículo 113 CP peruano, primer párrafo, prescribe: “El que **instiga a otro** al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro”.

904 Artículo 148 CP peruano: “El que **induce** a un menor de edad a que se fugue de la casa de sus padres o de la de su tutor o persona encargada de su custodia será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas”.

905 Artículo 148-A “El que **instiga o induce** a menores de edad a participar en pandillas perniciosas, o actúa como pandilla, líder o jefe, para cometer las infracciones previstas en el Capítulo III-A del Título III del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez (10) ni mayor de veinte (20) años”.

906 En el art. 152 CP peruano, tercer párrafo, prescribe que: “La misma pena se aplicará al que con la finalidad de *contribuir a la comisión de delito de secuestro*, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio, o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito”.

907 En el art. 244 CP peruano, último párrafo (modificado por el art. 3 de la Ley 28755 del 06-06-06) dice: “Los beneficiarios de las operaciones señaladas en el presente artículo, *que hayan participado en el delito*, será reprimidos con la misma pena que corresponde al autor”.

908 En el art. 247 CP peruano, segundo párrafo prescribe: “Los acciones, asociados, directores, gerentes y funcionarios de la institución que *cooperen en la ejecución del delito*, serán reprimidos con la misma pena señalada en el párrafo anterior y, además, con inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4”.

909 El art. 302 CP peruano, primer párrafo, prescribe: “El que *instiga o induce a persona determinada* para el consumo indebido de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y noventa a ciento ochenta días-multa”.

910 Así si revisamos por ejemplo en los delitos de corrupción de funcionarios públicos, encontramos:

- En el artículo 401-A –incorporado en la reforma legal del 10/05/1992– que señala lo siguiente: “*En todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados*”, asimismo el artículo 401-B señala también lo siguiente: “*Los bienes decomisados e incautados du-*

como efectos materiales que sirvieron para la comisión de los delitos, cuando el actual Código Penal regula ya en las “Consecuencias Accesorias” derivadas del delito, las mismas figuras de incautación y decomiso. En efecto, en el artículo 102 se señala lo siguiente: “El Juez resolverá el decomiso o pérdida de los objetos de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiese ejecutado así como los efectos, sean estos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción, salvo que exista un proceso autónomo para ello. El Juez podrá disponer en todos los casos, con carácter previo, la medida de incautación, debiendo además proceder conforme a lo previsto en otras normas especiales”.

Cuando se incorporan reglas normativas de redundancia en el Código Penal o en la legislación complementaria, no se crea una imputación “adicional” al autor y/o participe del delito. No es que el autor y/o participe tendrá que responder, ante el Fiscal o Juez, por el artículo 27 y el artículo 314-A, ya que primero: no se trata de un delito sino de una herramienta de imputación para definir los niveles de intervención delictiva; y segundo: obviamente cuando las reglas normativas de redundancia están referidas a las reglas de imputación (por autoría o por participación como hemos visto) —y no a las consecuencias jurídico económicas— se produce una infiltración subrepticia de responsabilidad objetiva proscrita de nuestro ordenamiento jurídico-penal de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Penal

En relación al artículo 305 Código Penal, incisos 1, 2 y 3 tenemos que decir: el hecho de ocultar la información debe realizarse antes o coetáneamente a la contaminación ambiental, no puede darse el ocultamiento con posterioridad a la contaminación, ya que si no sería un delito contra la Administración de Justicia —encubrimiento material—, y no un delito ecológico. En la misma línea, la agravante de aquel que obstaculiza o impide la actividad fiscalizadora de auditoría ordenada por la autoridad administrativa competente (artículo 305, inciso 2 del C.P.) también *debe ser anterior o en forma coetánea a la contaminación ambiental*, ya que precisamente la actividad fiscalizadora es para prevenir o cautelar los futuros procesos de contaminación ambiental que se puedan producir, ya que si se sigue produciendo el acto obstatulizador, y como consecuencia de ello, se sigue produciendo

rante la investigación policial y proceso judicial, serán puestos a disposición del Ministerio de Justicia (...) Los bienes decomisados o incautados definitivamente serán adjudicados al Estado y afectados en uso a los mencionados organismos públicos (...).

- De la misma manera podemos citar la Ley de Delitos Aduaneros (Ley N.º 28008) que en su artículo 23º, segundo párrafo, se señala: “Una vez consentida o ejecutoriada la sentencia condenatoria y resuelto el decomiso de las mercancías y de los instrumentos con los que se hubiera ejecutado el delito, previa notificación de la misma, se adjudicarán las mercancías o instrumentos a las entidades del Estado, los gobiernos regionales, municipales y a las instituciones asistenciales, educacionales, religiosas y otras sin fines de lucro oficialmente reconocidas.
- En esta misma línea citaremos el artículo 314º-C del Código Penal, segundo párrafo —en la reforma legal suscitada el 02/10/2008— preceptúa ahora lo siguiente: “En los delitos previstos en este Título, el Juez procederá a la incautación previa de los especímenes presuntamente utilizados para la comisión del presunto ilícito (...) En caso de emitirse sentencia condenatoria, los especímenes ilícitos podrán ser entregados a una institución adecuada, según recomendación de la autoridad competente, y en caso de no corresponder, serán destruidos”.

CAP. XXII

la contaminación por parte de la empresa, la actividad fiscalizadora carecería de objeto, ya que formaría parte del agotamiento del delito.

Por último, se castiga también como circunstancia agravante la “actuación clandestina en el ejercicio de su actividad” (artículo 305, inciso 3 CP). De la misma forma, la clandestinidad debe ser antes del proceso de contaminación ambiental, ya que lo que se reprime aquí —con mayor intensidad— es que se le haya ocultado al Estado —a través de sus órganos de control administrativo— que una empresa no ha cumplido desde el inicio de su actividad (por ejemplo, todavía la Autoridad no ha emitido una aprobación administrativa de sus instalaciones), o durante su actividad (por ejemplo caduca su licencia administrativa de funcionamiento y la empresa no la renueva).

Entre el artículo 286 y el artículo 304 CP se presenta un concurso ideal de delitos (artículo 48 del CP) en la medida en que existe unidad de acción y pluralidad de tipos penales de carácter homogéneos, situación que la Fiscalía Provincial de Prevención y Ambiente no ha tenido en cuenta en su Dictamen Fiscal de fecha 25.10.10, produciendo una omisión en su motivación. Aclaremos que solo existirá concurso ideal de delitos siempre y cuando se demuestre que las aguas de un río han estado aptas para el consumo humano, ya que si no se demostrara tal circunstancia, entonces estaríamos ante un concurso aparente de normas entre los tipos penales que debe solucionarse mediante los principios de exclusión de la apariencia concursal (llámese especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad).

El artículo 314-A referido a la “Responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas” responde a las “reglas normativas de redundancia”, ya que encuentra regulación normativa en el mismo Código penal, en el artículo 27 que prevé los supuestos de “actuación por otra persona”. Ahora bien, no es que el autor y/o partícipe tendrá que responder, ante el Fiscal o Juez, por el artículo 27 y el artículo 314-A, ya que primero: no se trata de un delito sino de una herramienta de imputación de autoría; y segundo: obviamente cuando las reglas normativas de redundancia están referidas a las reglas de imputación (por autoría o por participación como hemos visto) se produce una infiltración subrepticia de responsabilidad objetiva, o por el mero resultado del delito, situación que como sabemos está proscrita de nuestro ordenamiento jurídico-penal de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Penal.

VII. LAS MEDIDAS DE EXCLUSIÓN O REDUCCIÓN DE PENAS

CAP. XXIII

1. Descripción legal

Las medidas de exclusión o reducción de penas están contenidas en el artículo 314-D del Código Penal de la siguiente manera:

“Artículo 314-D.— Exclusión o reducción de penas

El que, encontrándose en una investigación fiscal o en el desarrollo de un proceso penal, proporcione información

veraz, oportuna y significativa sobre la realización de un delito ambiental, podrá ser beneficiado en la sentencia con reducción de pena, tratándose de autores, y con exclusión de la misma para los partícipes, siempre y cuando la información proporcionada haga posible alguna de las siguientes situaciones:

1. Evitar la comisión del delito ambiental en el que interviene.
2. Promover el esclarecimiento del delito ambiental en el que intervino.
3. La captura del autor o autores del delito ambiental, así como de los partícipes.
4. La desarticulación de organizaciones criminales vinculadas a la minería ilegal.

El beneficio establecido en el presente artículo deberá ser concedido por los Jueces con criterio de objetividad y previa opinión del Ministerio Público”.

(Artículo modificado por el artículo segundo del Decreto Legislativo N.º 1102, publicado el 29 de febrero de 2012)

2. Comentarios

La Ley N.º 29263 ha traído importantes novedades en el tema de la determinación judicial de la pena y la imposición de necesidades político-criminales para no acceder a la sanción penal; en ese sentido vale la pena mencionar la llamada “exclusión de pena” y la “reducción de pena” que son como una especie de “colaboración eficaz” en el ámbito de la criminalidad organiza ambiental, pues tiene aspectos premiales en función de ciertas condiciones que debe cumplir el procesado, y a criterio del legislador patrio, según el artículo 314-D del Código penal, la aplicación de una y otra dependerá del título de imputación que se le haya asignado a cada sujeto durante la tramitación del proceso penal. Así, dicho artículo señala que: “El que, encontrándose en una investigación fiscal a cargo del Ministerio Público o en el desarrollo de un proceso penal, proporcione información veraz, oportuna y significativa sobre la realización de un delito ambiental, podrá ser beneficiado en la sentencia con reducción de pena, tratándose de autores, y exclusión de la misma para los partícipes...”.

En otras palabras, tiene que cumplirse con las siguientes condiciones que a continuación describiremos: el procesado tiene que encontrarse en curso en una investigación preliminar o preparatoria a cargo del Fiscal, o también dentro de un proceso judicial, hasta antes de la sentencia final; y que durante ese tiempo el procesado tenga que dar informaciones que cumplan con las tres finalidades que ha

CAP. XXII

estipulado la norma: veraz, oportuna y significativa, es decir, que esta información debe ser necesariamente corroborada por el Fiscal o por el Juez. Y aún cuando dicha información cumpla con las tres finalidades, puede pasar que el Fiscal o el Juez decida no otorgarle dicho beneficio de exclusión o de reducción de la pena desde que dichas medidas de carácter premiales se trata de una facultad discrecional más no de una obligación legal.

Por último y como ya lo hemos anticipado, lo más llamativo es que la “reducción” y la “exclusión” dependerá del título de imputación que se le haya asignado a cada imputado/denunciado, pues si tiene la calidad de autor durante el proceso penal solo se hará acreedor a una reducción de pena en la sentencia, claro está “dentro” de los parámetros legales que impone cada tipo penal, la norma penal (artículo 314-C) no señala por debajo del marco penal; en cambio, para los que son partícipes –primario o secundario– el “premio” si se quiere es mucho mayor, ya que aquí es la “exclusión” de la pena, momencultura nueva en nuestro lenguaje jurídico-penal y procesal penal.

En consecuencia, debemos entender que, por ejemplo, la exclusión tiene que esperarse hasta la emisión de la sentencia final de primera instancia y que tiene que ser desde luego condenatoria, y luego en el mismo cuerpo de la sentencia, en la parte considerativa de la misma tendrá que decirse que al imputado/procesado, que es partícipe, se le excluye definitivamente primero del proceso penal y por ende de la respectiva sanción penal. En todo caso, si revisamos el Código Penal no encontramos un catálogo de medidas alternativas a las penas cortas de penas privativas de libertad una que se llame “exclusión” de pena, lo que existe es la “exención” de pena que no tiene nada que ver con lo que estamos comentando. A mi entender, la “exclusión” del partícipe en el delito ambiental no debe asimilarse a la figura de la “absolución” del partícipe, ya que esta tiene que ver con un razonamiento de fondo del proceso, no hay pruebas incriminadoras para condenarlo, en la exclusión de pena solo existe un mero “permiso” o “beneficio” por parte del Estado, que como tal el Estado puede o no otorgarlo.

Digo que la sentencia al final del proceso penal debe ser condenatoria porque para que exista partícipe –primario o secundario– necesariamente debe de haber autores principales –con o sin beneficio del artículo 314-D–, por el principio de accesoriedad que reina la intervención de los partícipes en el delito. Además, debe quedar claro que normalmente la aplicación del artículo 314-D debe darse en el ámbito judicial, ya que en investigaciones preliminares fiscales todavía no puede definirse quién es “autor” y quién es “partícipe”. En todo caso, será una tarea compartida entre el Juez Penal, el Fiscal Penal y también de la defensa técnica que desde el autoapertorio de instrucción o la Disposición Fiscal de Continuación y Formalización de la Investigación Preparatoria se señale expresamente los grados de intervención delictiva de cada persona involucrada en un delito ambiental, para la respectiva aplicación de los beneficios de “premios” que prevé el artículo 314-C del Código penal.

VIII. RECAPITULACIÓN

Del análisis dogmático inferimos que la conducta incriminada en el tipo objetivo básico del art. 304 del CP plantea una serie de problemas técnicos que impiden que esta tipología delictiva satisfaga por completo todas las necesidades político-criminales que la inspiraron. Porque no basta con quebrantar una prohibición legal extra-penal en materia ambiental, sino que además se exige superar los límites permitidos que serán determinados por el Derecho administrativo del sector competente de donde proviene la contaminación, que conlleva inevitabilidad del uso de la ley penal en blanco. En este punto, creo razonable su utilización porque el tipo penal no puede albergar la gran profusidad de normas jurídico-administrativas vigentes, lo contrario sería utilizar una tipificación sumamente detallada y casuística. Asimismo, la descripción legal precisa de un resultado lesivo o puesta en peligro concreto de los objetos ambientales protegidos, por lo que es necesaria en ambos casos, la probanza de la relación de la causalidad.

Siguiendo en el delito de contaminación debe destacarse algo relevante en torno a la modificación del proyecto de ley. El texto del art. 304 señala: “El que, infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos, y que causen...”. Aquí debemos mencionar dos cosas puntuales: en primer lugar, en el Perú, el delito de contaminación ambiental está legislado bajo la técnica legislativa de los “valores límites” o llamados también las “normas máximas de permisibilidad”; y en segundo lugar, el término “...y que causen o pueden causar...”. Este factor de conexión contenida en la descripción legal proporciona un grave y exigente condicionamiento en procura de la consumación inmediata del tipo penal en cuestión. Me explico: si ya existe un límite de permisibilidad sobre los actos contaminantes, ¿por qué exigir, entonces, un condicionamiento en el resultado típico: que cause o pueda causar alteraciones en el ecosistema natural? El Proyecto de Ley ha suprimido dicho factor de conexión y exige para efectos del perfeccionamiento típico, solo que el sujeto activo infraccione las normas sobre protección del medio ambiente –supuesto de hecho–, con lo cual el delito de contaminación quedaría bajo una estructura típica de delito de peligro regulado reglamentariamente por una norma de permisibilidad extrapenal en la contaminación ambiental.

Los términos de “causen” o “puedan causar” –obviados en el tipo básico según el Proyecto de Ley– que eran en realidad la cuota de inyección sobre antijuricidad material de la conducta, hubiera sido pertinente incorporados como circunstancias agravantes en forma expresa en el artículo 305 del Código Penal.

Empero, no observamos una modificación en torno al sistema de remisión del artículo 304 CP. Si hay algo sobre lo cual ha sido duramente criticado el citado artículo es precisamente su falta de precisión en el sistema de remisión o de reenvío hacia las normas administrativas. El tipo penal originario señala “El que, infringiendo las *normas* sobre protección del medio ambiente...”, con lo que daría pie a una interpretación excesivamente amplia, pues, el concepto de norma (extrapenal) resulta ser desde una ley hasta un simple reglamento, con el principio

CAP. XXI

de reserva de la ley resulta seriamente afectado. Mejor sería conveniente que se incorporé una frase como “El que, infringiendo la *ley* de la materia...”, como existe en otros lados de la Parte Especial del Código Penal.

Por otro lado, la modificatoria introducida al artículo 305 CP sobre el agente que actuó sin haber obtenido la autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, definitivamente llena una laguna de punibilidad. Sin embargo, habrá que analizar más detenidamente si resulta similar en términos de mensuración de pena fijada legalmente, el hecho que el agente actúe sin haber obtenido la autorización/ aprobación administrativa de sus instalaciones/haber incumplido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior; y el hecho de, por ejemplo, causar graves afectaciones a los recursos naturales que constituyan la base de la actividad económica.

En otras palabras: ¿resultará lo mismo para el marco penal fijado legalmente en el art. 304 que una empresa funcione en forma clandestina o que los directivos –a través de su empresa– causen una “grave” afectación a los recursos naturales? Evidentemente la respuesta debe ser contestada en forma negativa. Nos explicamos: en uno, existe un mayor *disvalor* de la acción –por ejemplo tanto en la actuación sin obtener la autorización administrativa como en el incumplimiento de las órdenes de la autoridad administrativa–; y en el otro, existe un mayor *disvalor* del resultado típico –por ejemplo que los actos contaminantes afecten los recursos naturales–. En tal sentido, lo más conveniente, en este tema, hubiera sido que las circunstancias agravantes por mayor *disvalor* de la acción tengan una penalidad legal distinta –y obviamente menor– a aquellas circunstancias agravatorias que conllevan un mayor *disvalor* del resultado. Esta propuesta está en función a los marcos legales de pena y resulta más acorde con los principios de proporcionalidad y lesividad que la misma Exposición de Motivos del Proyecto de Ley expresa.

Con respecto al artículo 310 que incorpora el siguiente párrafo: “La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años y multa de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa si el delito afecta o pone en riesgo la subsistencia de Pueblos Originarios en situación de aislamiento voluntario y de contacto inicial”. Sobre esta propuesta de incorporación legal habrá que decir lo siguiente: a nuestro juicio, se comete un error conceptual en función al grado de afectación del objeto de protección penal. Así, en la misma descripción legal se incorpora a la vez dos técnicas legislativas como el delito de resultado lesivo (“...*si el delito afecta...*”) y el delito de peligro concreto (“...*o pone en riesgo...*”), cuando lo conveniente hubiera sido respetar el grado de afectación hacia el bien jurídico-penal, de acuerdo con los principios de proporcionalidad y lesividad material, conteniendo el delito de lesión en un párrafo aparte que la del delito de peligro concreto.

Con respecto a la propuesta de modificación del artículo 311 en relación a la adición del párrafo: “...*o mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación como internet y otros análogos...*” nos parece acertada ya que el tipo penal en cuestión destaca en cuanto a los medios típicos una cláusula de interpretación cerrada: a) anuncios en el propio terreno o b) cualquier medio de comunicación

social. Sin embargo, la propuesta legislativa resulta útil en la medida que incorpora como medios típicos el uso de tecnologías de la información y la Internet, y además incorpora una interpretación analógica, al decir "...y otros análogos".

Como nuestro ordenamiento jurídico-penal protege el bien jurídico "medio ambiente", o mejor dicho "estabilidad del ecosistema", definido como la suma de bases naturales de la vida humana, dentro del cual encuentran protección las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, impidiendo que el sistema ecológico sufra alteraciones perjudiciales, siendo un bien jurídico de naturaleza universal. En esta misma línea, la represión penal también debe ser en forma "universal", abarcando un mensaje de prevención general de la pena.

Nuestro ordenamiento penal sanciona a los que cometen delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, siendo el bien jurídico tutelado el medio ambiente, el cual se ha definido como la suma de bases naturales de la vida humana, dentro del cual encuentran protección las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como la fauna y la flora, y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, impidiendo que el sistema ecológico sufra alteraciones perjudiciales. Siendo un bien jurídico de naturaleza universal. A través del presente razonamiento se desprende que los proyectistas de la presente ley muestran una clara adhesión a un criterio natural del medio ambiente, específicamente una postura doctrinaria –y hasta legal como en el Código español– de "estabilidad del ecosistema".

Las modificaciones más relevantes en torno al delito de contaminación ambiental son los siguientes:

- Se ha cambiado el término "verter" por una frase mucha más acertada "provocar emisiones, vertidos, radiaciones, ruidos, inyecciones o depósitos". Esto era un "reclamo" desde hace mucho por parte de la doctrina penal, pues el término "verter" limitaba en demasía el tipo penal.
- Se ha agregado, o mejor dicho, especificado, los elementos receptores de la contaminación ambiental (atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, etc.).
- Por último, se ha aumentado la pena tanto para el tipo básico doloso como para el delito culposo.

En cuanto a la tipicidad subjetiva dolosa del injusto penal de contaminación está caracterizada no por una intención directa, sino por la presencia de una carga subjetiva mínima. Lo que hace pensar en un dolo eventual, pues la supuesta dirección coincide a penas con la descripción objetiva del tipo penal (para la existencia de la congruencia típica) por la forma de aceptar conscientemente los riesgos que los vertidos generan al ambiente. En cuanto a la modalidad culposa (art. 304 –párrafo segundo–), en el aspecto objetivo el resultado (lesión o peligro concreto) será determinante para su configuración típica. Asimismo, en el aspecto subjetivo culposo, la *previsibilidad* será central, donde puede dar cabida a la presencia de la culpa consciente que será la más frecuente por la captación en la mente del sujeto de los resultados lesivos o peligros al ambiente, pero confía en la no producción de la misma, criterio que lo diferenciará del dolo eventual.

EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA

I. ANOTACIONES PREVIAS

La presente contribución intentará responder a la siguiente interrogante: “Si Juan mata a Pedro, ¿cuántas veces podrá procesarse a Juan por delito de Homicidio? Sin duda, una vez. Si Juan comete delito de Estafa en agravio de Pedro, ¿cuántas veces podrá ser procesado Juan por delito de Estafa? Igualmente, solo una vez. Y atendiendo al tema que nos ocupa, si una persona es presunto miembro integrante de la asociación criminal ¿cuántas veces podrá ser procesado por la presunta comisión del delito de asociación ilícita para delinquir? Es obvio que, *al igual que en los ejemplos anteriores, solo podrá ser procesado una sola vez*. Es decir, el delito de asociación ilícita para delinquir (artículo 317 Código Penal⁹¹¹) se trata de uno solo, y de varios delitos o varias “asociaciones”.

Así, la consecuencia inevitable será la siguiente: si ya existe un pronunciamiento judicial definitivo respecto del delito de asociación ilícita para delinquir —en otro proceso judicial—, ya no podrá seguirse investigando a la misma persona en procesos penales *posteriores* por el mismo delito, pues dicho juzgamiento múltiple implicaría violentar el principio de la cosa juzgada o el denominado “Ne bis in Idem” en su vertiente material. Esta garantía lo que hace es limitar el poder de persecución y juzgamiento, prohibiéndose al juzgador y demás poderes estatales la múltiple persecución penal y que, consecuentemente, exista la posibilidad de un plural juzgamiento simultáneo o sucesivo contra una persona por un mismo hecho.

911 El delito de asociación ilícita para delinquir se encuentra tipificado por el art. 317° del Código Penal, dentro del Título correspondiente a los Delitos Contra la Tranquilidad Pública, del modo siguiente: “El que forma parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el solo hecho, de ser miembro de la agrupación, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Cuando la agrupación esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de ocho años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme el artículo 36, incisos 1,2 y 4”.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y EL CONCEPTO DE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

“Artículo 317. - Asociación ilícita

El que constituya, promueva o integre una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36, imponiéndose además, de ser el caso, las consecuencias accesorias previstas en los incisos 2 y 4 del artículo 105, debiéndose dictar las medidas cautelares que correspondan, en los siguientes casos:

- a) Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 106, 108, 116, 152, 153, 162, 183-A, 186, 188, 189, 195, 200, 202, 204, 207-B, 207-C, 222, 252, 253, 254, 279, 279-A, 279-B, 279-C, 279-D, 294-A, 294-B, 307-A, 307-B, 307-C, 307-D, 307-E, 310-A, 310-B, 310-C, 317-A, 319, 320, 321, 324, 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400, 401, 427 primer párrafo y en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros actos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado y en la Ley 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, y sus respectivas normas modificatorias.
- b) Cuando el integrante fuera el líder, jefe o dirigente de la organización.
- c) Cuando el agente es quien financia la organización”.

CAP. XXIV

A partir de la ubicación sistemática del delito de asociación ilícita para delinquir dentro de nuestro ordenamiento jurídico y atendiendo a la dañosidad social del comportamiento incriminado, se concluye que el bien jurídico tutelado viene a ser la tranquilidad pública. En una perspectiva crítica, Zúñiga Rodríguez considera que “...en los delitos de asociación para delinquir, participación en asociación criminal o también llamados simplemente de asociaciones ilícitas, no estamos frente a ilícitos

contra el orden público, la tranquilidad pública o cualquier bien jurídico colectivo o difuso que se pretenda instituir, sino ante un delito destinado a reprimir comportamientos criminógenos, de peligro para otros bienes jurídicos”⁹¹².

El legislador ha criminalizado la pertenencia a una asociación criminal a partir de un tipo de peligro abstracto. La técnica del peligro abstracto para tipificar el delito de asociación ilícita para delinquir, habida cuenta que la tranquilidad y paz pública se erigen como interés cuya tutela exige el adelantamiento de la barrera de punibilidad, al respecto la doctrina mas aceptada ha puesto de relieve que la *vinculación del derecho penal a la protección de bienes jurídicos no exige que solo haya punibilidad en caso de lesión, sino que es suficiente una puesta en peligro*.

Por su parte, la Ejecutoria suprema de fecha 12 de diciembre de 2007 (Recurso de Nulidad N.º 1296-2007) expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, señala en el considerando cuarto, lo siguiente: “...el delito de asociación ilícita para delinquir, cabe indicar que para la configuración de este ilícito se requieren los siguientes elementos: a) agrupación: este delito es necesariamente plurisubjetivo o pluripersonal –delito de convergencia– cuya conducta típica consiste en formar parte de una agrupación criminal –delito de comisión permanente o de tracto sucesivo–, esta agrupación debe conformarse por el acuerdo de dos o más personas para dedicarse a determinada actividad ilícita, y debe destacarse también como elemento típico la permanencia, esto es, la existencia de un vínculo estable y duradero de varios sujetos, orientados a la ejecución de un programa criminal de carácter indeterminado; b) la agrupación debe tener por finalidad la comisión de delitos: se trata de asociaciones que tengan por objeto cometer delitos o, que después de constituidas promueven la comisión de delitos –inclusive no es necesario que los actos delictivos se hayan perpetrado–; c) Pertenencia: en la organización jerárquica de la asociación primero se encuentran los fundadores y directores, que son quienes tienen funciones directivas, y luego están quienes pertenecen a la asociación (integrantes). Todos ellos forman parte de la asociación criminal –los intranets–; y, d) el tipo subjetivo: se requiere necesariamente el dolo, es decir, que el sujeto debe saber que forma parte de una asociación que tiene por finalidad la comisión de delitos”.

III. EXCURSO: EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE (ART. 317-A, C.P.) A TRAVÉS DE LA LEY N.º 29856

A través de la Ley N.º 29856 de fecha 03 de mayo 2012 se incorpora el llamado delito de marcaje o reglaje, bajo los siguientes términos: “El que para cometer o facilitar la comisión de los delitos cometidos tipificados en los artículos 106, 107, 108, 121, 124-A, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del Código Penal, realiza actos de acoplo de información; o realiza actos de vigilancia o seguimiento de personas; o tiene en su poder armas,

CAP. XXIV

912 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “Comentarios al artículo 317 del Código Penal: la criminalización de las asociaciones ilícitas a la luz del Derecho comparado”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 12/2002, p. 293.

vehículos, teléfonos u otros instrumentos para facilitar la comisión del delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Constituye circunstancia agravante si el sujeto activo es funcionario o servidor público o mantiene o hubiese mantenido vínculo laboral con el sujeto pasivo o mantiene o hubiese mantenido con este último vínculo que lo impulse a depositar en él su confianza o utilice para su realización a un menor de edad. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años”.

A mi entender político-criminalmente hablando resulta loable la incorporación de este nuevo delito de reglaje o marcaje, sin embargo, lo que resulta criticable es que se haya realizado en el rubro correspondiente al delito de Asociación Ilícita, por ello nos hacemos la siguiente pregunta: ¿Necesariamente en el delito de marcaje o reglaje los sujetos activos tienen que estar “asociados” para cometer o facilitar los delitos?; ¿El delito de marcaje es una sub-especie del delito de asociación ilícita? A mi entender la respuesta es negativa en ambas interrogantes. Ambos delitos (el de asociación ilícita y el de marcaje) solo compartirían el mismo bien jurídico tutelado: tranquilidad, donde el agraviado no sería ni Pedro ni Juan, sino el Estado peruano. En otras palabras, el legislador patrio, al incorporarlo en el artículo 317-A solo quiso compartir el objeto de protección mas no los alcances de la conducta típica del delito de asociación.

IV. EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

La conducta de autoría que se sanciona es el simple hecho de “formar parte de una agrupación de dos o más personas destinadas a cometer delitos”; lo cierto es que se sanciona la existencia de un grupo de personas que tienen como objetivo cometer delitos. Una consecuencia de esto es, que cuando se sanciona a dos o más personas que pertenecen todas ellas a la misma agrupación delictiva, no se sanciona como autores independientes o autónomos, sino como coautores, pues todos ellos realizan conjuntamente la conducta de coautoría que prohíbe el art. 317, el cual es dar vida a una agrupación para delinquir, otro corolario es que para efectos de castigar como coautores de un delito de agrupación delictiva no interesa si es el jefe de la agrupación o si simplemente cumplen órdenes, ya que todos contribuyen por igual a su existencia. El grado de participación que cada cual haya tenido en la ejecución del delito para el cual se creó la agrupación es también irrelevante para afirmar la autoría por este delito.

Respecto a la necesidad de una voluntad explícita o implícita de formar parte de la asociación, la Corte Suprema, en el R. N. N.º 1157-99-Cono Norte-Lima, en cuanto a los requerimientos para la configuración de la asociación ilícita estableció: “Que para la configuración de la asociación ilícita se requiere la existencia de la agrupación, que debe formarse mediante el acuerdo o pacto de dos o más personas, en orden al objetivo determinado por la ley: cometer delitos, destacándose que dicho acuerdo puede ser explícito o implícito; en el primer caso está constituido por la clara expresión de voluntad en tal sentido, mientras que en el segundo, por medio de actividades unívocamente demostrativas de la existencia de la asociación, como

por ejemplo el gran número de delitos realizados por las mismas personas, con los mismos medios o división de tareas delictivas a través de distintas actuaciones⁹¹³.

V. PRESUPUESTOS PARA ADMITIR QUE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL SE TRATA DE “UNA SOLA” ORGANIZACIÓN Y NO DE VARIAS ORGANIZACIONES

La presente investigación tiene como punto central contestar la siguiente interrogante: ¿de qué depende que se asuma la existencia de una sola gran organización criminal? A nuestro juicio, dependerá de la verificación de los siguientes puntos que a continuación pasaremos a desarrollar:

1. La asociación ilícita para delinquir se consume con la “sola permanencia en la agrupación” y no con la comisión de los delitos finalísticos. La llamada “autonomía” del delito de asociación ilícita para delinquir

El comportamiento típico descrito por el tipo penal materia de análisis exige que los actos materiales dependen de determinadas condiciones, tales como: la especial finalidad de asociación de cometer delitos, necesidad de una voluntad explícita o implícita de formar parte de la asociación, exigencia de una estructura jerárquica y división funcional de roles, y el carácter permanente de la asociación.

Ahora, el delito de asociación ilícita, tal como está redactado en el Código Penal peruano, se consume o se perfecciona desde que el sujeto activo “ingresa” a la organización criminal, y no cuando dicho sujeto comete los ilícitos penales para los cuales la asociación está destinada. A nuestro juicio, ahí radica el grave problema de que coexistan actualmente en el fuero judicial tantos procesos penales por delitos de Asociación Ilícita. Así, cada expediente tramitado en el sub-sistema anticorrupción peruano por delitos (por ejemplo) de peculados, cohechos, malversación de fondos, también tienen cada uno –por conexión concursal– al delito de asociación ilícita para delinquir, y esto da a entender –también erróneamente– que el delito de asociación ilícita recién se consume cuando se comete el delito posterior a que estaba destinada la asociación criminal. En esta última apreciación sí resultaría lógico pensar en varias asociaciones ilícitas porque ellas estarían condicionadas a la existencia de la comisión del delito finalístico, supuesto que sin embargo no se condice con la visión autónoma del delito de asociación ilícita que actualmente se sostiene en la ciencia penal.

Tenemos que la ley penal peruana reprime (desde la óptica del delito consumado) a quien es autor del Delito de Asociación Ilícita para Delinquir, es decir, a **quien es parte** de una agrupación criminal, y por el **solo hecho de ser** parte de la misma. Podemos en consecuencia, respecto a este primer punto, arribar a dos conclusiones:

913 CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y Víctor VALLADOLID ZETA. *Jurisprudencia Penal*. Lima, Jurista Editores 2002, p. 236.

- a) el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma con el solo hecho de pertenecer a la agrupación.
- b) la consumación del delito de asociación ilícita no requiere vinculación alguna de los miembros de la asociación con la realización y ni siquiera con un principio de ejecución de un delito que la empresa criminal se hubiere propuesto cometer, es decir, no espera para efectos de la consumación a que se ejecuten los delitos a los que está destinada la asociación.

En ese sentido, Cornejo señala que: "...la fórmula típica según la cual se aplica una pena a aquél que integra la sociedad criminal, por el solo hecho de ser miembro de la asociación, dice la ley, brinda una idea cabal de que para la configuración del injusto no es menester que tenga principio de ejecución ninguno de los delitos que los miembros se proponen cometer. Ello cuanto una cosa es pertenecer a la asociación ilícita, y otra ejecutar los delitos que sus miembros se propusieron cometer..."⁹¹⁴. Así también lo ha expresado Castillo Alva cuando expresa lo siguiente: "La consumación del delito para cada miembro de la asociación —de la mano del principio del hecho propio y de la personalidad de las penas— requiere tomar en cuenta el momento de la efectiva afiliación y el hecho de formar parte de una organización criminal, sin reparar en la asociación como ente y estructura, en su fecha de constitución o cuando comienza sus actividades o ejecuta un plan criminal"⁹¹⁵. Agrega este autor que: "La consumación del delito queda plenamente justificada cuando se forma parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos; ello de modo independiente a si existe o no alguna fase de realización del programa criminal o se cometen los delitos a los que la organización tiende"⁹¹⁶.

Asimismo, Reaño Peschiera afirma que: "En nuestro ordenamiento, el delito de asociación para delinquir, tipificado en el art. 317 del CP, se consuma con la mera pertenencia a una agrupación de 2 o más personas destinadas a cometer delitos, sin importar la materialización de los ilícitos penales proyectados, pues lo que se sanciona es el peligro que significa para la tranquilidad pública..."⁹¹⁷. En consecuencia en nuestro ordenamiento jurídico, el delito de Asociación ilícita se consuma con la mera pertenencia a una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos, sin importar la materialización de los ilícitos penales proyectados, pues lo que se sanciona es el peligro que significa para la tranquilidad pública la existencia de una agrupación criminal, entendida como aparato con cierta organización y división funcional de roles, en cuya estructura sus integrantes tienen una participación decisiva o simplemente ejecutiva.

914 CORNEJO, Abel; "Asociación Ilícita y Delitos contra el Orden Público", Buenos Aires, 2001, p. 75.

915 CASTILLO ALVA, José Luis; *Asociación para delinquir*, Lima, 2005, p. 138.

916 CASTILLO ALVA, 2005, p. 140.

917 REAÑO PESCHIERA, José Leandro; "Autoría y participación en delito especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de Asociación Ilícita", en San Martín / Caro Coria / Reaño Peschiera, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimientos ilícitos y asociación para delinquir*, Lima, 2002, p. 289.

Este es el mismo razonamiento que ha seguido el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de la República (Acuerdo Plenario N.º 4-2006/CJ-116) de fecha 13.Oct.06, el cual tiene dicho lo siguiente: "Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan –no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar–, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hechos diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó. En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelinquencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar".

El invocado acuerdo plenario agrega a su vez, en relación al momento consumativo, lo siguiente: "En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo". Por su parte, tenemos que destacar la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de fecha 03.Ago.05, en el Exp. N.º 25-2003– AV seguido contra César Enrique Saucedo Sánchez por la comisión de los delitos de colusión y asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado, en el numeral 42 se tiene dicho lo siguiente: El otro delito acusado es el de asociación ilícita para delinquir, previsto y sancionado por el artículo 317 del Código Penal. Se trata (a) de un delito autónomo y de peligro abstracto, (b) que se consuma con la mera pertenencia a una asociación ilícita –ilicitud que se deriva de sus propios fines– de dos o más personas destinada a cometer delitos –siendo indiferente a este respecto la forma en que esas personas lleguen a ponerse de acuerdo y que una lleve la iniciativa y otras se adhieran simplemente a ella–...".

Creemos que también resultan ilustrativas las referencias que realiza la Sentencia de fecha 15.Dic.03 expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Exp. N.º 08-2001-SPE/CSJL, en el caso "José Guillermo Villanueva Ruesta", en el punto IV.5.3 cuando expresa lo siguiente: "Al elaborar el tipo penal de Asociación Ilícita, contenido en el artículo trescientos diecisiete del Código Penal, el legislador sanciona la pertenencia a un grupo con el ánimo o la intención de cometer delitos, como figura autónoma y preexistente a la comisión de otros ilícitos si es que estos llegaran a materializarse...". De otra opinión es la vertida por Zúñiga Rodríguez quien considera que: "... en los delitos de asociación para delinquir, participación en asociación criminal o también llamados simplemente de asociaciones ilícitas, no estamos frente a ilícitos contra el orden público, la tranquilidad pública o cualquier bien jurídico colectivo o difuso que se pretenda instituir, sino ante un delito destinado a reprimir comportamientos criminógenos, de

peligro para otros bienes jurídicos”⁹¹⁸. Conforme a esta opinión podría considerarse que este ilícito penal carece de una lesividad propia o autónoma, protegiendo en estricto los bienes jurídicos tutelados por los otros tipos penales de la parte especial violados por la agrupación ilícita.

Habría que diferenciar por un lado, entonces, **la pertenencia a una organización criminal**, y por el otro, **el delito finalístico cometido**. La doctrina penal considera correctamente ambos aspectos por separado en cuanto a su análisis y estudio, pues lo cierto es que se trata de concursos “efectivos” de delitos y no de meros concursos “aparentes” de delitos. Así, la relación que media entre la pertenencia a la organización criminal y el delito cometido da lugar a un **concurso real de delitos**, y no a un concurso ideal, dado que se trata de dos hechos distintos y que tienen una notoria diferencia en el contexto especial y temporal, salvo el caso en el que junto al comienzo de formar parte de la asociación el sujeto comete un delito que se encuentra dentro del programa de la estructura de poder⁹¹⁹.

Sin duda, si se pretendiera hablar de varios delitos de Asociación Ilícita para Delinquir, con sus respectivos delitos finalísticos, tendría que hablarse, previamente, de varias redes de organización criminal. Es decir, tendría que haberse disuelto una asociación criminal totalmente —ya que no se admite una disolución parcial— para afirmar la existencia de otra asociación criminal, cosa que no se ha dado en la justicia peruana, ya que siempre se ha hablado de una sola red criminal “Fujimori-Montesinos” sin intermitencias o disoluciones totales de dicha asociación criminal durante el periodo 1992 hasta el 2000. En consecuencia, si la consumación del delito en cuestión radica en “*El que forma parte de una organización*” y no cuando se cometa los delitos finalísticos, tiene necesariamente que hablarse de una sola “organización”.

En resumen: la *consumación* del delito de Asociación Ilícita para Delinquir es lo que permitirá distinguir una “*unidad*” de organización criminal o una “*sucesión*” de organizaciones criminales. Es decir, si asumimos posición en el sentido que la consumación del delito en comento se verifica, según tiene dicho unánimemente la doctrina penal, *con la sola pertenencia o ingreso a la organización criminal* y no cuando se ejecuta o ejecutan los delitos a los que estaba destinada la organización criminal, esto permitirá focalizar la terminación inexorable del *iter criminis* externo del delito de Asociación Ilícita para Delinquir en un momento anterior a la ejecución de los delitos finalísticos (peculados, cohechos, malversación de fondos, etc.)

2. El delito de asociación ilícita para delinquir tiene carácter permanente

CAP. XXIV

El integrar o formar parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos. El examen dogmático jurídico del tipo penal permite establecer que la unión de dos o más personas para que pueda configurar asociación ilícita

918 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; “Comentarios al artículo 317 del Código Penal: la criminalización de las asociaciones ilícitas a la luz del Derecho comparado”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 12/2002, p. 293.

919 Véase, en este sentido: CASTILLO ALVA, 2005, p. 156.

debe presentar las siguientes características: A) Organización⁹²⁰; B) Permanencia.⁹²¹; C) Objeto criminal⁹²².

2.1. Organización

El delito de Asociación Ilícita se trata de un delito colectivo o de pluralidad de personas, el número de integrantes reviste particular interés debido a que el propósito asociativo que versa en cometer delitos se nutre del número de integrantes de la asociación para lograr una mayor eficacia delictiva⁹²³. Este delito exige como elemento constitutivo la existencia de un grupo con cierto número de integrantes como mínimo, entre los cuales debe existir la suficiente cohesión para que puedan reconocerse entre sí como tales y con el compromiso recíproco de aceptar la voluntad del grupo, de modo relativamente correspondiente a la *affectio societatis* de una sociedad de hecho.

Abel Cornejo⁹²⁴ citando a Antonio García Pablos de Molina, señala que “dogmáticamente, cabe distinguir entre un concepto amplio y un concepto restrictivo de Asociación...en el primer sentido –afirma el estudioso español– “asociación sería sinónimo de *asociación de hecho*, de *acuerdo genérico* para delinquir, en el segundo habría que añadir ciertos requisitos; estabilidad, permanencia, organización, número mínimo de miembros, etc., aproximándose este concepto – a su entender– a la acepción civilista”.

La agrupación debe formarse mediante acuerdo o pacto de dos o más personas, de suerte que nos encontramos ante un tipo de participación necesaria, y más concretamente ante un delito de convergencia. Existe participación necesaria cuando un tipo se halla configurado de manera que para su realización se necesita conceptualmente de la intervención de más de una persona⁹²⁵.

920 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio; *La Organización Criminal Tratamiento Penal y Procesal*, Madrid, 2000, p. 9 afirma que la organización criminal tiene una serie de elementos, entre los que se destacan los siguientes: a) La existencia de un centro de poder; b) Actuación en distintos niveles jerárquicos que conlleva a que los órganos de ejecución no conozcan los planes de forma global, limitando el conocimiento a la parte de la acción a ejecutar; c) Aplicación de logística y tecnología, actuación “profesional” de los componentes; d) Intercambiabilidad de los miembros que actúan en los niveles inferiores; e) Sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder, con pérdida de moral individual y férrea disciplina, etc.

921 T.S. VIVES ANTÓN Y J.C. CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1999, p. 818 se refieren a la permanencia como cierta duración temporal, esto es, que la asociación ilícita implica una organización que se distingue de sus integrantes de forma individual y que se prolonga o proyecta en un tiempo determinado.

922 TAMARIT SUMALLA, José María; *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Obra colectiva, Pamplona, 1999, p. 1487 expresa que la asociación ilícita debe tener por objeto la comisión de algún delito, esto es se constituye con la finalidad de realizar actividad criminal.

923 ABEL CORNEJO: Ob. Cit. p. 52.

924 ABEL CORNEJO, *El delito de asociación ilícita y delitos contra el orden público*. p. 50.

925 REAÑO PESCHEIRA, José Leandro; “Los delitos de corrupción de funcionarios; una visión crítica a partir del caso Montesinos. Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias; ¿comprador de humo, víctima o partícipe?”, en: *Ius et Veritas*. N.º 23/2002, pp. 283 y ss.

También se utiliza el término asociación que es sinónimo de acuerdo de voluntades, decisión común o simplemente asociación de hecho. El concepto de asociación se toma en un sentido material y no estrictamente privado, de tal manera que abarca a los grupos que poseen regularidad y permanencia independientemente de si poseen el carácter público, privado o secreto. Aquí no se trata de la participación (instigación o complicidad) en un delito determinado, sino de la intervención en una asociación destinada a realizar delitos, al margen de que si se ejecutan o no los hechos planeados, mas no de criterios jurídico-penales, que parten de las necesidades y fines del derecho penal, y el bien jurídico protegido, de las exigencias de tutela y la descripción típica de la conducta contenida en la formulación legal.

A este respecto, precisamos que la asociación ilícita en tanto organización tiene una serie de elementos entre los que destacan: a) existencia de un centro de poder; b) actuación distribuida en distintos niveles jerárquicos; c) aplicación de logística y tecnología en la actuación de la agrupación criminal; d) intercambiabilidad de los miembros que actúan en los niveles inferiores, etc.⁹²⁶. De esta manera, la organización en la asociación ilícita supone en su acepción jurídica una determinación clara y definida de los objetivos criminales a alcanzar y una adecuada selección de los medios y procedimientos; para lo cual se dispone de una elemental distribución de funciones – ya que no todos los miembros de la asociación van a cumplir las mismas tareas – y de un necesario principio jerárquico tanto en el mando, la toma de decisiones y en la ejecución de las mismas.

La condición de una estructura jerárquica y división funcional de roles es también necesaria para estar frente a una agrupación ilícita propiamente dicha. Debe comprobarse la existencia de una estructura jerárquica y de una división funcional de roles al interior de la misma; una distribución de roles dentro de una organización jerarquizada. Esto significa, conforme señala Choclán Montalvo, que: "...Las órdenes se dan de arriba hacia abajo, y a menudo la orden del superior solo se va concretando a medida que su transmisión avanza hacia los niveles inferiores de la organización, por lo que la orden original no necesita de una precisión absoluta en cuanto a los objetivos a alcanzar, con tal que quede clara la voluntad del jefe..."⁹²⁷.

La conducta típica conforme al artículo 317 del Código Peruano, en el delito de asociación ilícita para delinquir consiste en formar parte de una agrupación de dos o más personas destinadas a cometer delitos (existencia de una agrupación) que debe formarse mediante el acuerdo o pacto de dos o más personas, en orden al objetivo determinado por la ley; cometer delitos, descartándose que dicho acuerdo puede ser explícito o implícito; en el primero está constituido por la clara expresión de voluntad en tal sentido, mientras que el segundo, por medio de actividades unívocamente demostrativas de la existencia de la asociación. La jurisprudencia

926 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio; *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Madrid, 2000, p. 9.

927 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio; "Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación", en Varios Autores. *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Madrid, CGPJ 2001, p. 245.

peruana ha dicho que “El acuerdo o pacto de dos o más personas para cometer delitos, puede ser explícito o implícito; en el primer caso está constituido por la clara expresión de voluntad, en tal sentido, mientras que el segundo por medio de actividades unívocamente demostrativa de la existencia de la asociación, como por ejemplo, el gran número de delitos realizados por las mismas personas con los mismos medios o división de tarea delictiva a través de diversas actuaciones” (Sala Penal, R.N. 492-99-Cono Norte, Lima 5/4/99).

Con respecto al número de participantes en la asociación para delinquir, nuestro legislador ha convenido en exigir la concurrencia de dos personas como mínimo. El acuerdo destinado a cometer delitos puede ser explícito o implícito. En el segundo caso se deduce las actividades unívocamente demostrativas de la existencia de la asociación. El carácter explícito o implícito del acuerdo incriminado debe deducirse de actos de adhesión, sin interesar que los delitos se hayan materializado o no. El formar parte de una agrupación criminal constituye un delito de comisión permanente o de tracto sucesivo, por lo que no se castiga la participación específica en un delito, sino la participación en una asociación destinada a cometerlos con independencia de la ejecución o inejecución de los hechos planeados o propuestos.

Respecto a la necesidad de una voluntad explícita o implícita de formar parte de la asociación, la Corte Suprema, en el R. N. N.° 1157-99-Cono Norte-Lima, en cuanto a los requerimientos para la configuración de la asociación ilícita, estableció: “Que para la configuración de la asociación ilícita se requiere la existencia de la agrupación, que debe formarse mediante el acuerdo o pacto de dos o más personas, en orden al objetivo determinado por la ley: cometer delitos, destacándose que dicho acuerdo puede ser explícito o implícito; en el primer caso está constituido por la clara expresión de voluntad en tal sentido, mientras que en el segundo, por medio de actividades unívocamente demostrativas de la existencia de la asociación, como por ejemplo el gran número de delitos realizados por las mismas personas, con los mismos medios o división de tareas delictivas a través de distintas actuaciones”⁹²⁸.

Por su parte la ejecutoria suprema de fecha 18 de octubre de 2006 (Recurso de Nulidad N.° 4713-2006) expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, señala en el considerando quinto, lo siguiente: “Que, respecto a la absolución de los acusados por el delito de asociación ilícita para delinquir, en agravio del Estado; es de menester precisar, conforme menciona el Fiscal Supremo, para que configure el mencionado delito, debe concurrir los siguientes elementos: la organización de una mínima estructura que requiere la cohesión del grupo en orden a la consecución de los fines delictivos comunes; la permanencia, esto es, que la calidad de integrante de una asociación criminal requiere la existencia de un vínculo estable y duradero de varios sujetos, orientados en la ejecución de un programa criminal, es lo que diferencia de la convergencia transitoria propia de la participación; y la concertación que es el elemento tendencial, finalista o teológico expresado en el propósito colectivo de cometer de cometer delitos; en ese sentido, en el caso sub examine, se advierte que no se ha demostrado la permanencia,

CAP. XXIV

928 CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner, Víctor VALLADOLID ZETA. *Jurisprudencia Penal*. Lima, Jurista Editores 2002, p. 236.

sino por el contrario, que la actuación en conjunto de los procesados es ocasional; tampoco se demostró que exista concertación para cometer delito, siendo en consecuencia su actuar de los encausados atípica respecto de este delito; por lo que en este extremo se encuentra arreglada a ley el pronunciamiento del Colegiado Superior”.

Como fundamento de esta propuesta se puso de relieve que la Convención de Palermo señala en el art. 2.a el concepto de “grupo delictivo organizado” entendiéndolo como un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el fin de cometer uno o más delitos graves –que conforme al art. 2.b son lo que se sancionan con pena privativa de libertad de al menos 4 años– o delitos tipificados en la Convención –asociación ilícita, blanqueo de capitales, corrupción y obstrucción a la justicia–, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Partiendo de esta noción, el art. 5 de la Convención prevé la más amplia criminalización de todas las formas de participación en un grupo delictivo organizado. Pero en la medida que la Convención no obliga a implementar literalmente sus tipificaciones sino en concordancia con la propia tradición jurídica, el Anteproyecto tomó como fuentes otras normas de nuestro entorno jurídico cultural, en particular, el art. 210 del CP argentino, el § 129 del CP alemán y el art. 515 bis del CP español.

La tipificación del Anteproyecto superaba además los principales problemas advertidos por la doctrina nacional a raíz de la experiencia jurisprudencial de los últimos años, y sus propuestas *de lege ferenda*⁹²⁹. Así, el tipo básico del párrafo 1 del art. 317 del Anteproyecto extendía la punición, como en el modelo alemán, a los actos de fundación de una organización criminal, diferenciándose la tipificación de la pertenencia o participación en dicha organización como miembro. También se diferenciaba el objeto o fin delictivo de la organización, de los casos en que la actividad de la organización deviene en delictiva, tipificándose ambos supuestos. Desaparecía el sistema de cualificación por la clase de delito del anterior párrafo 2 del art. 317 y se sustituía por un régimen más objetivo y general, se agravaba la pena cuando la organización se destinara a cometer delitos graves cuya pena supere los quince años de pena privativa de libertad. Y acorde con el principio de proporcionalidad se agravaba la pena para los cabecillas, jefes, líderes o directores de la organización, pero también se preveía una atenuación relevante cuando la contribución del agente fuere secundaria.

Finalmente, tratándose de organizaciones con fines en si mismo ilícitos, se consagraba como obligatoria la consecuencia accesoria de disolución y la protección cautelar de dicho fin. Pero salvo este último planteamiento relativo a la consecuencia accesoria y su tutela cautelar que adopta el nuevo art. 317 pf. 2 *in fine*, estas propuestas no han sido consideradas en la nueva redacción del art. 317 cuya reforma se limita a establecer como nuevas agravantes la asociación para cometer, como en el tipo de apología, los delitos de secuestro (art. 152), trata de personas (arts. 153 y 153-A), extorsión (art. 200), de peligro común (arts.

929 Vid. en especial CASTILLO ALVA, José Luis; *Asociación para delinquir*, Lima, 2005, pp. 169-177.

273 a 279-D), tráfico de drogas (arts. 296 al 298), disturbios (art. 315), asociación ilícita (art. 317)⁹³⁰, tráfico de órganos o tejidos (art. 318-A), genocidio (art. 319⁹³¹), atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria (arts. 325 al 333), rebelión, sedición y motín (arts. 346 al 350), y el delito de lavado de activos de la Ley N.º 27765, previéndose en todo caso una pena agravada de 8 a 15 años de privación de libertad, sanción menor a la del texto anterior en que la pena máxima podía extenderse hasta 35 años.

Debemos partir manifestando que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una definición de “criminalidad organizada” a partir de la cual sea posible delimitar el ámbito de aplicación del mencionado precepto penal. La ley N.º 27378 (ley que establece beneficios por Colaboración Eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada) como la Ley N.º 27379 (Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares) hacen referencia a la expresión “organización criminal” pero no la definen; ahora resulta interesante la propuesta de definición contenida en el proyecto de Resoluciones del Coloquio Preparatorio sobre “los sistemas penales frente a la criminalidad organizada” (Nápoles 1997) la misma que señala que “existirá criminalidad organizada cuando al menos tres personas, con intención de cometer de forma continuada infracciones graves, se involucren en una estructura estable y con capacidad de cometer esas infracciones”.

Herrero Herrero⁹³², en un plano funcional señala que: “la delincuencia organizada es la que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestida de las siguientes características; carácter estructurado, permanente, autorrenovable, jerarquizado, destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, valedores de la disciplina y de toda clase de medios frente a tercero con el fin de alcanzar sus objetivos”.

Choclan Montalvo⁹³³ hace una distinción entre criminalidad organizada en sentido amplio y en sentido estricto. La primera acepción está referida a la denominada criminalidad en la empresa y abarca todos aquellos comportamientos que se desarrollan en el marco de la actividad empresarial, cuyo tratamiento es reservado al derecho penal económico y empresarial. En sentido estricto, se alude a la criminalidad *como* empresa, esto es, al delito como objeto y finalidad. Así a juicio del citado autor, para hablar de organización criminal en sentido jurídico-penal deben concurrir las siguientes condiciones; 1) la existencia de un centro de poder, donde se toman las decisiones, lo que presenta específicos problemas a la teoría de la autoría, en atención a la distancia espacio-temporal entre toma de decisión y ejecución material del delito; 2) actuación a distintos niveles jerárquicos, de modo tal que los órganos ejecutivos, en su individualidad, desconocen el plan global, conociendo solo la parte del plan asumido; 3) aplicación de tecnología y

CAP. XXIV

930 Con ello se arriba a la absurda situación en la que se sanciona de modo agravado en el art. 317 pf. 2º la asociación para cometer el delito de asociación ilícita del propio art. 317.

931 Incorporado mediante la Fe de Errata del D. Leg. N.º 982.

932 REAÑO PESCHEIRA, José Leandro; *Delitos de tráfico de influencias, Enriquecimiento Ilícito y asociación para delinquir*, Lima, 2002, p. 281.

933 REAÑO PESCHEIRA, 2002, p. 282.

logística, actuando sus componentes con estricta profesionalidad; 4) fungibilidad o intercambialidad de los miembros de la empresa criminal que actúan en los niveles inferiores; 5) sometimiento a las decisiones que emanen del centro del poder, con pérdida de moral individual y férrea disciplina; 6) movilidad internacional; 7) apariencia de legalidad y presencia en los mercados como medio de transformación de los ilícitos beneficiosos.

2.2. Objeto criminal

Como lo dice expresamente la descripción típica del numeral 317 del Código Penal, el objeto de la asociación criminal es la comisión de delitos. A este respecto, Rubio ha precisado que: "Es necesario demostrar en cada caso que la asociación de que se trata está destinada a cometer delitos, es decir que posee el propósito de delinquir, que a su vez será adoptado por todos y cada uno de los integrantes"⁹³⁴. Así, por más que una conducta sea muy reprobable por la sociedad por constituir alteraciones a la moral o las buenas costumbres de la misma, si estas no son constitutivas de delitos, si no se encuentran tipificadas expresamente en el Código Penal, no pueden, por ninguna circunstancia, constituirse en el objeto criminal del delito de Asociación Ilícita para delinquir, como acertadamente lo señala Mikkelsen-Loth cuando precisa: "El objeto de la asociación es cometer delitos debidamente tipificados y no infracciones o conductas inmorales. Las infracciones, las malas costumbres reprobadas por la sociedad por inmorales que fueren, no constituyen conductas amenazadas con el tipo de asociación ilícita. Deben ser conductas perfectamente tipificadas, las que la Asociación se proponga cometer"⁹³⁵.

Respecto a la especial finalidad de la asociación de cometer delitos la Corte Suprema, concretamente en los expedientes R. N. N.º 492-99-Cono Norte, de 5 de abril de 1999, y R. N. N.º 3484-2000-Lima, del 22 de noviembre de 2000, ha establecido que: "...en lo atinente al delito de asociación ilícita, se debe señalar que conforme a la redacción del artículo trescientos diecisiete del Código Penal, la conducta consiste en formar parte de una agrupación de dos o más personas, que debe formarse mediante acuerdo o pacto de dos o más personas, en orden al objetivo determinado por ley: cometer delitos..."⁹³⁶.

La doctrina es pacífica al entender que la asociación ilícita para delinquir no solo implica un acuerdo genérico de voluntades, sino que requiere comprobar una situación de **estabilidad y permanencia** en la organización criminal, tanto en su estructura jerárquica como en la distribución de funciones. Así, asociarse significa unirse voluntaria y permanentemente para conseguir con la actuación colectiva un fin común, en este caso, un fin ilícito. La permanencia de la organización criminal hace referencia al carácter estable de la estructura de la asociación ilícita, la cual subsiste a pesar de cometerse o no los delitos a los cuales tendía la agrupación

CAP. XXIV

934 ZULMA Lidia Rubio, *El delito de asociación ilícita*, La Plata, 1981, p. 17.

935 MIKKELSEN-LÖTH, Jorge; *Asociación Ilícita*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 54.

936 SAN MARTÍN CASTRO, César, Dino Carlos CARO CORIA, Leandro REAÑO PESCHIERA; *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Lima, 2002, p. 293.

criminal; esto es, la permanencia alude al grado de adhesión y pertenencia de los miembros con la empresa criminal.

El delito de asociación ilícita requiere por lo tanto de una vocación de permanencia; dicha vocación de permanencia no se presenta en la participación delictiva, en la cual opera la comisión de un delito aislado; la organización por tanto requiere de cohesión del grupo en orden a la consecución de los fines delictivos comunes; de una estructura orgánica donde se distribuya los roles a cada uno de los miembros enfocados en un proyecto criminal de permanencia que debe ser estable y duradero, de varios sujetos orientados a la ejecución de un programa criminal, y de la concertación que es el elemento tendencial, finalista o teleológico expresado en el propósito delictivo de cometer delitos.

El requisito de permanencia es también exigido por la jurisprudencia. Así, la Sala Penal de la Corte Suprema, en el citado R. N. N.º 782-98-Arequipa, estableció que: “El delito de Asociación Ilícita se acredita cuando dos o más personas de manera organizada y permanente se agrupan en base...”. El carácter permanente del delito de Asociación Ilícita para Delinquir es lo que permite sostener que se trata de un solo hecho criminal, es decir, si no terminamos de entender que el delito en cuestión tiene una permanencia delictiva, entonces sí concluiríamos – erróneamente – que se trata de un delito instantáneo, y como tal la consumación se da varias veces. En suma, la permanencia es el otro “**concepto clave**” de la Asociación Ilícita para Delinquir que permite entender que la organización criminal se mantuvo en el tiempo, en un solo momento histórico.

En ese orden de ideas, el elemento más importante es la probanza de permanencia del imputado en la organización, elemento diferenciador respecto a otras formas de participación y concurrencia de voluntades en la realización de un delito. Sobre este punto, Fontán Balestra afirma: “nuestros autores y la jurisprudencia han requerido en la asociación cierta permanencia, que es algo más que la concurrencia de voluntades transitoria, que caracteriza a la participación”⁹³⁷ Mikkelsen-loth, profesor de derecho penal de la Universidad de Santiago del Estero, refiriéndose al delito bajo comentario, afirma que: “.....el delito se consuma con el solo hecho de formar parte de la asociación, y esa consumación se prolonga hasta que la asociación concluya, sea por disolución, sea por arresto de los asociados o de alguno de ellos que reduzca el número a menos de tres...”⁹³⁸. En el mismo sentido, Reaño Peschiera apunta que: “la conducta típica consiste en formar parte de la agrupación criminal, constituyendo por tanto un delito de comisión permanente o de tracto sucesivo. De la exigencia de este elemento típico, puede concluirse que no se castiga la participación específica en un delito, sino la participación en una asociación destinada a cometerlos con independencia de la ejecución o inejecución de los hechos planeados o propuestos”⁹³⁹.

CAP. XXIV

937 FONTÁN PALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho penal, T. VI, Parte especial*, Buenos Aires, 1969, p. 405.

938 MIKKELSEN-LOTH, Jorge Federico; *Asociación Ilícita*, Buenos Aires, 2001, p. 49.

939 REAÑO PESCHIERA, “Autoría y participación en delito especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de Asociación Ilícita”, cit., p. 296.

El hecho de que en su estructura típica sea permanente, genera un efecto en la naturaleza del delito, por lo que el delito en cuestión es considerado como delito permanente. Así, Ziffer opina que: “En el caso específico de la asociación ilícita, el tipo penal está incluido en la categoría de los que se conoce como **delitos permanentes**, esto es, aquellos en los que todos y cada uno de los momentos son idénticamente consumativos. En ellos, la acción del autor crea un estado de antijuricidad duradero que él mantiene voluntariamente o en el cual continúa en forma constante, y que solo cesa con la supresión del estado antijurídico”⁹⁴⁰.

Quizá la interferencia normativa entre un **delito permanente** (por ej. Asociación Ilícita para Delinquir) y un **delito instantáneo** (por ej. Peculado) es lo que permite hablar—por cierto, erróneamente—de varias asociaciones delictivas, porque el carácter de “instantaneidad” de los delitos finalísticos (Peculado en este caso) es lo que “subsumirá” a la “permanencia” de la Asociación Ilícita para Delinquir.

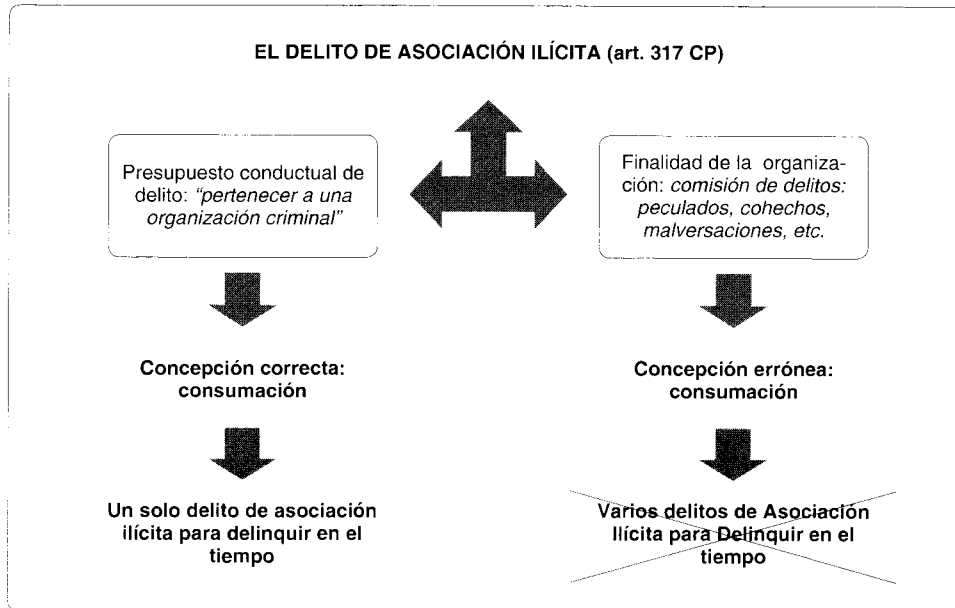
El Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de la República (Acuerdo Plenario N.º 4-2006/CJ-116), de fecha 13.Oct.06 tiene dicho lo siguiente: “Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación —a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) **permanencia o estabilidad** y (c) número mínimo de personas— sin que se materialice sus planes delictivos”. Asimismo, la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de fecha 03.Ago.05, en el Exp. N.º 25-2003-AV, en el numeral 42 tiene dicho lo siguiente: “Dos elementos son imprescindibles para la configuración de la asociación; se requiere que esta agrupación o unión de personas **(g) tenga cierta duración en el tiempo o estabilidad**, y cierta organización en la que quepan distinguir funciones. El elemento tendencial o finalista del tipo legal (h) es el propósito colectivo —de la agrupación— de perpetrar delitos, no el propósito individual de los miembros de la asociación”.

La ejecutoria del 26 de mayo de 2005 (Recurso de Nulidad N.º 3944-2004, en el caso “Elesván Bello Vásquez y otros”) de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el considerando cuarto: “Por otro lado podemos señalar además que la tipicidad objetiva del mencionado delito, exige las siguientes características: La organización que requiere cohesión del grupo en orden a la consecución de los fines delictivos comunes; una estructura orgánica donde se distribuyen los roles a cada uno de sus miembros, enfocados en un proyecto criminal; *la permanencia, esto es, que la calidad de integrantes de una asociación criminal requiere la existencia del vínculo estable y duradero de varios sujetos orientados a la ejecución de un programa criminal, que lo diferencia de la convergencia transitoria propia de la participación*; y la concertación que es el elemento tendencial, finalista o teleológico expresado en el propósito colectivo de cometer delitos”.

Por último, también debemos señalar a la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 06.Jun.05, en el Exp. N.º 4118-2004-HC/TC, en el caso “Luis Alberto Velásquez Angulo”, que en el considerando 22 tiene dicho que: “*Otro aspecto en*

940 ZIFFER, Patricia S.; *El delito de asociación ilícita*, Buenos Aires, 2005, pp. 115 y 116.

el que es posible diferenciar la participación delictiva del delito de asociación ilícita, es el hecho de que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 317 del Código Penal, la configuración del delito de asociación ilícita requiere, para su configuración, que el agente forme parte de una organización de dos o más personas destinadas a cometer delitos, por lo que el tomar parte de un delito aislado no puede dar a la sanción por dicho delito. **El delito de asociación ilícita requiere, por lo tanto, de una vocación de permanencia...**



VI. EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR Y EL PRINCIPIO DE LA "COSA JUZGADA"

Ella establece como garantía fundamental de la administración de justicia la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La misma ley penal se encarga de reafirmar sus alcances cuando establece que nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente (art. 90 del C.P.). En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el artículo 8.4 que el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido nuevamente a juicio por los mismos hechos. Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en su artículo 14.7, que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto en virtud a sentencia firme.

El principio es de antigua formulación; en efecto, se lo formuló ya en el derecho romano y en el derecho canónico, tanto en cuanto a las sentencias de condena como en cuanto a las sentencias de absolución. Dicha prohibición se sustancia en la improponibilidad (que en el derecho civil atañe no solo al perdedor, sino también

CAP. XXIV

al vencedor) de una nueva acción sobre el mismo objeto, no solo en función de una diversa decisión, sino hasta de una decisión idéntica.⁹⁴¹ La Cosa Juzgada es una institución procesal irrevocable e inmutable. Es el valor que el ordenamiento jurídico da al resultado de la actividad jurisdiccional, consistente en la subordinación a los resultados del proceso, por convertirse en irrevocable la decisión del órgano jurisdiccional⁹⁴².

Según Gómez de Liaño, la Cosa Juzgada es un efecto procesal de la sentencia firme, que por elementales razones de seguridad jurídica, impide que lo que en ella se ha resuelto sea atacado dentro del mismo proceso (cosa juzgada formal) o en otro proceso (Cosa Juzgada Material). En este último aspecto, el efecto de la cosa juzgada material se manifiesta fuera del proceso penal, y hacia el futuro, impidiendo la existencia de un ulterior enjuiciamiento sobre los mismos hechos⁹⁴³.

Asimismo, el autor nacional Reategui Sánchez sostiene que: “Esta identidad sustancial está relacionada con el aspecto real-histórico: tal como sucedieron realmente. El concepto de hecho ha sido entendido tradicionalmente como un acontecimiento existente, concreto e históricamente sucedido, esto es, hipotéticamente afirmado como real. Para determinar la identidad sustancial de los hechos debe estar ajeno a toda valoración del derecho, porque si es así entramos a una identidad accidental, ya que sería especular sobre cuestiones jurídicas, ejemplo, si es cómplice o coautor. La identidad sustancial está íntimamente relacionada con la identidad personal en el sentido que solo puede ser idéntico objetivamente aquello que ha sido causado por la misma persona a la cual se pretende abrir un nuevo proceso penal”⁹⁴⁴.

Sin lugar quien mejor resume todo lo que estamos diciendo hasta este momento es la Profesora de la Universidad de Buenos Aires, Patricia Ziffer, que al respecto menciona lo siguiente “...dada la unidad imputativa de la figura (el delito de asociación ilícita para delinquir), todos los hechos que signifiquen ‘tomar parte’ en la asociación –hayan consistido o no en el aporte derivado de la comisión de uno de los delitos ‘objeto’– también constituyen un único hecho desde la perspectiva del *ne bis in idem*: el juzgamiento como miembro de una asociación ilícita cierra la posibilidad de juzgamiento con relación a todos los aspectos de la actividad de dicho miembro, incluida la posible comisión de otros delitos, sin que su gravedad pueda alterar esta circunstancia”⁹⁴⁵. Agrega la profesora Ziffer lo siguiente: “Esta caracterización del delito de asociación ilícita significa que la condena por esa imputación produce cosa juzgada con relación a toda actividad desarrollada durante el ejercicio de la actividad como miembro, y esto implica asumir la posibilidad de ‘aparición posterior’ de delitos concurrentes cometidos por los integrantes de la agrupación que ya no puedan ser incorporados al juzgamiento: la actividad del

941 LEONE, Giovanni, *op. cit.*, p. 339.

942 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 2004, p. 354.

943 GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando; *El Proceso Penal*, Oviedo, 1996, p. 241.

944 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *La garantía del “ne bis in idem” en el ordenamiento jurídico-penal*, Lima, 2006, p. 67.

945 ZIFFER, Patricia S.; *El delito de asociación ilícita*, Buenos Aires, 2005, p. 219.

miembro de la asociación ilícita constituye una único 'acontecimiento histórico' en sentido procesal"⁹⁴⁶.

VII. EL PLENO JURISDICCIONAL DEL 13.OCT.06 DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS DE LA CORTE SUPREMA (ACUERDO PLENARIO N.º 4-2006/CJ-116) Y SU INFLUENCIA EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

1. Consideraciones sobre la jurisprudencia suprema vinculante (Acuerdo Plenario N.º 4-2006/CJ-116) en relación al delito de asociación ilícita para delinquir

Al respecto, cabe precisar que el Decreto Legislativo 959, de fecha 17 de agosto de 2004, incorporó al Código de Procedimientos Penales el **artículo 301-A** que regula la institución del precedente obligatorio. Así, desde la dación del dispositivo hasta la fecha, las Salas Penales de la Corte Suprema han establecido diecisiete resoluciones con carácter de precedente obligatorio para todos los jueces y Salas penales; las mismas que versan tanto sobre temas sustantivos como también sobre temas procesales. El requisito de permanencia es también exigido por la jurisprudencia. Así, la Sala Penal de la Corte Suprema, en el citado R. N. N.º 782-98-Arequipa, estableció que: "El delito de Asociación Ilícita se acredita cuando dos o más personas de manera organizada y permanente se agrupan en base...".

Debemos citar el Pleno Jurisdiccional de fecha 13.Oct.06 (Acuerdo Plenario N.º 4-2006/CJ-116) expedida por las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de la República. En ella se fija puntos relevantes para efectos de una correcta interpretación de la denominada "Cosa Juzgada en relación al delito de Asociación ilícita para delinquir". Dicha ejecutoria como se sabe tiene carácter **vinculante para el resto de instancias judiciales**. Así, se expresa que "Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar como doctrina legal y disponer **su carácter de precedente vinculante**". En ese sentido, citada la ejecutoria suprema vinculante tiene dicho, en parte pertinente, lo siguiente: "Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan –no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar–, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó. En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a

CAP. XXIX

946 ZIFFER; 2005, p. 126.

la misma. No se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar”. Agrega, la ejecutoria en la parte final lo siguiente: “En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir *se consume desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo*”.

Como se puede observar, la citada ejecutoria suprema vinculante delimita de manera correcta el aspecto típico objetivo del Delito de Asociación Ilícita para Delinquir (artículo 317 Código Penal), en varios puntos relevante para el caso concreto, que a continuación pasamos a detallar:

- En primer lugar, debe prescindirse de la existencia de varias asociaciones ilícitas en cabeza de una sola persona involucrada en un proceso judicial, salvo como hemos dicho, que se disuelva íntegramente la asociación. Se precisa expresamente que: “Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado...”.
- En segundo lugar, se destaca el carácter autónomo e independiente que posee el Delito de Asociación Ilícita para Delinquir respecto de los delitos que se cometan posteriormente. Se precisa expresamente que: “La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan”.
- En tercer lugar, se destaca expresamente que la consumación formal se presenta en el momento mismo de la pertenencia del sujeto a la organización criminal, y no cuando se cometan efectivamente los delitos finalísticos, ni siquiera se requiere –como expresa la ejecutoria vinculante– que se haya iniciado la fase ejecutiva de los delitos a cometer. Se precisa expresamente que: “...*se consume desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo*”.
- En cuarto lugar, se destaca que, por un lado, el delito de Asociación Ilícita para Delinquir y por el otro, los delitos que se cometan posteriormente debe existir una relación concursal de carácter efectiva (concurso ideal o real de delitos según sea el caso). Se precisa expresamente que: “pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho diferentes”. Esto confirma, una vez más, el carácter autónomo –más no subsidiario como se cree erróneamente en el subsistema anticorrupción– del Delito de Asociación Ilícita para Delinquir.
- En suma, el comportamiento típico descrito por el tipo penal de asociación ilícita exige que los actos materiales dependen de determinadas condiciones, tales como: la especial finalidad de asociación de cometer

delitos, necesidad de una voluntad explícita o implícita de formar parte de la asociación, exigencia de una estructura jerárquica y división funcional de roles, y el carácter permanente de la asociación

VIII. ANEXO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA PLENO JURIDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS ACUERDO PLENARIO N.º 4-2006/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial
Artículo 116TU LOPJ

ASUNTO: Cosa Juzgada en relación al delito de Asociación ilícita para delinquir.

Lima, trece de octubre de dos mil seis.

Los vocales de lo penal integrantes de las salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del año. A continuación el Equipo de Trabajo designado al efecto bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria— de donde emanaron las Ejecutorias analizadas—, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.
3. En el presente caso, el Pleno decidió como referencia la Ejecutoria Suprema que analiza y fija criterios para delimitar la institución de la cosa juzgada respecto al delito de asociación solicita para delinquir. Se trata de la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número 4215-2004/ Lima, del 5 de julio de 2005.
4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica del poder judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa, los aspectos tratados en la Ejecutoria Supremas ana-

CAP. XXIV

lizada, se decidió redactar un Acuerdo Plenario, incorporado los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal disponer su carácter de precedentes vinculantes.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha, como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada; por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario, se designaron como ponentes a los Señores Gonzales Campos, San Martín Castro y Príncipe Trujillo, quienes expresan el parecer del pleno.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El diseño de un Estado Democrático de Derechos importa limitaciones al ius puniendi del Estado, toda la potestad sancionadora en general y a los procedimientos establecidos para dicho fin, en tanto significa el reforzamiento de la plena vigencia de los Derechos Fundamentales y de las condiciones de su realización.
7. El pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, inciso 7), estatuye que: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento en cada país".
8. La Constitución Política del Estado en el artículo 139, inc.13, establece que: "La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada".
9. El Código Penal en su artículo 78, sobre las formas de extinción de la acción penal y la pena, señala: "La acción penal" se extingue:... 2) Por la autoridad de cosa juzgada". Esta norma hace referencia a la denominada eficacia negativa de la cosa juzgada, es decir, impide una nueva sentencia sobre el mismo objeto penal enjuiciado con anterioridad; evita que una misma persona pueda ser enjuiciada dos veces por los mismos hechos en tanto se trate de un enjuiciamiento jurídico homogéneo.
10. Más precisamente, el mismo Código en su artículo 90 afirma que : "Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente". Todas las resoluciones que ponen fin al proceso producen el efecto de cosa juzgada una vez firmes, precisión en la que se incluyen los autos de sobreseimiento en tanto se los considera como negación anticipada del derecho de penar del Estado.
11. Desde el punto de vista procesal, el artículo 5 del Código de procedimientos señala: "Contra la acción penal puede deducirse las excepciones... de Cosa Juzgada, cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera. En el proceso penal seguido contra la misma persona". Ello significa, en cuanto a los límites subjetivos de la cosa juzgada, que la única identidad que cabe entender es la pasiva o del condenado, esto es, a quien se le atribuye el hecho punible materia de condena firme— nunca la activa o del acusador —(en el proceso penal se busca la declaración de que exista el deber y el derecho de castigar, de imponer penas: este deber— derecho incide directa y solamente sobre la persona del acusado, lo que por razones de certeza y seguridad jurídicas prohíbe la extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal a un tercero, distinto del imputado).

Respecto a los límites objetivos de la cosa juzgada, se requiere que se trate tanto del mismo suceso histórico –identidad de una conducta que sucedió en la realidad externa– (hechos que han sido objeto de la acusación y posterior juicio, cuanto del mismo fundamento– que se subsuma en tipos penales o administrativos de carácter homogéneo–. Estos últimos –la dominada “consideración procesal del hecho”– deben entenderse desde una perspectiva amplia, de suerte que comprenda los concursos de leyes y reales de delitos o de ilícitos administrativos. Con exclusión de los supuestos delitos continuados y concursos ideales en que el bien jurídico fuera heterogéneo.

12. El delito de asociación ilícita está descrito en el artículo 317 del Código Penal. Dice la citada disposición: “El que forma parte de una organización de dos o mas personas destinadas a cometer delitos será reprimido, por el solo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años...”

Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación – a través de sus notas esenciales, que le otorga una sustantividad propia, de a) relativa organización, permanencia o estabilidad y c) número mínimo de personas– sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado, La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan – no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar –.pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hechos diferentes y, por cientos, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

13. En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelincuencia en la misma comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar.

III. DECISIÓN

14. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en pleno jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

15. Establecer como reglas de valoración las que se describen en los párrafos 6 al 13 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con lo sistematizado en el párrafo 13, constituyen precedentes vinculantes.
16. Precisar que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de

CAP. XXIV

la excepción que, estipula el segundo párrafo del artículo 22, del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

18. Publicar este Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano* Hágase saber.

Ss

SALAS GAMBOA/ SIVINA HURTADO/ GONZALES CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ VALDES ROCA/ BARRIENTOS PEÑA/ VEGA VEGA / LECAROS CORNEJO/ MOLINA ORDOÑEZ/ PEIRANO SANCHEZ/ VITANEA MEDINA/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ CALDERÓN CASTILLO/ URBINA GAMBINI/ J-5182

Publicada en el diario oficial *El Peruano* el Viernes 29 de diciembre de 2006

RÉGIMEN JURÍDICO-PENAL DE LA TORTURA

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA TORTURA

La tortura exige básicamente la concurrencia de tres elementos *sine qua non*: un elemento material consistente en las propias acciones que constituyen tortura, es decir, condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias supongan al sujeto pasivo sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o cualquier otro procedimiento que atente contra su integridad moral; asimismo, tenemos la cualificación del sujeto activo como representante del poder del Estado, esto es, aquella autoridad encargada de instituciones destinadas a custodiar por algún tiempo a personas sujetas a una denuncia o proceso; y por último, un elemento teleológico, que exige una determinada finalidad para configurar automáticamente ese ilícito penal y está orientado concretamente a obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por un hecho que haya cometido o se sospeche que lo ha realizado.

Asimismo en el art. 2 num. 24 literal h), encontramos de manera expresa la prohibición a las prácticas de tortura que hace la Constitución peruana, la mismo que reza así: “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad”.

El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que el objetivo de la prohibición de la tortura y los malos tratos en virtud al art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es proteger la dignidad y la integridad física mental de las personas. En definitiva, el delito de tortura es pluriofensivo. Asimismo, el art. 2 de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la tortura establece claramente qué es lo que se entiende por tortura: “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se infligjan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la

personalidad de la víctimas o a disminuir su capacidad física y mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.

Nuestro país ha ratificado estos convenios por lo cual se ha convertido en garante y defensor de los derechos contenidos en ellas. En este sentido, el art. 321 del CP prescribe y sanciona el delito de tortura de la siguiente manera: “(...) El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. (...)”.

El bien jurídico protegido por este tipo penal según un sector de la doctrina es la garantía irrenunciable de todo ser humano al respeto de sus derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente como base de la sociedad democrática⁹⁴⁷. Otro sector de la doctrina señala que es el derecho fundamental a la integridad personal física, psicológica o moral, entendida en el sentido clásico de derecho subjetivo del individuo frente al Estado.

La tortura es una de las instituciones de las más rancia prosapia. Para no hablar nada más que de los países que nos legaron su cultura; se la practicó en la democracia de Grecia, en Roma, y de esta pasó a los pueblos germanos donde compaginó armoniosamente con las ordalias y juicios de Dios⁹⁴⁸. Dentro del momento histórico, el mismo Beccaria decía, en el Capítulo 16 lo siguiente: “Una crueldad, consagrado por el uso de la mayor parte de las Naciones, es la tortura del reo mientras se desarrolla el proceso, bien para constreñirlo a que confiese un delito, bien por las contradicciones en que puede incurrir, bien para el posible descubrimiento de sus cómplices, bien por no sé qué metafísica e incomprensible purgación de infamia, bien finalmente, por otros delitos de que pudiera ser oreo, pero de los cuales no se lo acusa”⁹⁴⁹.

Asimismo, la Constitución Nacional argentina en su art. 18 precisa lo siguiente (parte pertinente): “Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de **tormentos y azotes**”. El texto originario de 1853 contemplaba también la prohibición expresamente de las penas que asuman el carácter de ejecuciones a lanza o cuchillo, lo que suprimido en 1860, discutiéndose también la eliminación de la prohibición de los azotes: la primera fue suprimida por obvias razones, pero la de los azotes fue defendida porque aún se le consideraba útil en los códigos militares⁹⁵⁰. Por su parte, la Constitución Española de 1978, en su art.

947 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 1984; en “Delitos contra la tortura en el Perú”. Iván Montoya. Instituto de Defensa Legal. Lima 1998. p. 11.

948 Así, ODERIGO, Marco A.; “La tortura, memoria y balance”, en LL, 1983-A, p. 798.

949 BECCARIA, *De los delitos y las penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas, Buenos Aires, 1994, p. 52.

950 Así, ZAFFARRONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro; *Derecho penal, Parte General*, Buenos Aires, 2000, p. 881.

15 contiene una prohibición expresa de la tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes⁹⁵¹, que se reproducen casi literalmente en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Las convenciones como la aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984 hacen especial mención a la tortura, y solo tangencialmente a algunos aspectos a las penas crueles. Estas últimas son una especie de tortura. La diferencia radica en que normalmente la tortura está proscribida de todo ordenamiento jurídico que respete la dignidad humana, mientras las penas crueles son una sanción que aparece predeterminada por la ley.

La tortura puede ser considerada como un “mecanismo” para sacar información dentro del sistema penal y contribuye a ello la vigencia del sistema inquisitivo y la oportunidad, a través de la detención e incomunicación por parte de los funcionarios policiales de aplicarla habitualmente en la clandestinidad. Por el contrario, las penas crueles tendrán como objetivo amedrentar a los infractores de la ley y funciona en lugares públicos. Definitivamente, la prohibición de torturas tiene una íntima relación con el Derecho a la vida. El texto constitucional solo tiene una referencia incidental con tal importante derecho cuando, en la norma del artículo 29 establece que el Congreso no puede conceder facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo “por lo que **la vida**, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna”.

La doctrina ha discutido sobre los alcances de esto que denominamos “derecho a la prohibición de la tortura”. Así, la tortura no ha sido considerada como un crimen internacional que sí lo tiene por ejemplo, el genocidio, trata de personas, tráfico de drogas, piratería, entre otros, pues estaba en cuestión el principio de extraterritorialidad. Generalmente las víctimas son de la misma nacionalidad que el Estado que la practica. Sin embargo, sí existe una definición de carácter internacional sobre la tortura, la misma que puede ser proporcionada por el artículo primero de la Convención contra la Tortura, (Ley 23.338 del 26 de febrero de 1987) que textualmente establece: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”.

Entonces, una de las características de la tortura es, por ejemplo, el dolor o sufrimiento físico o mental *de carácter grave*, infligidos directa o indirectamente por

CAP. XXV

951 También, siguiendo en la Constitución Española, el art. 25.2 va en esta línea cuando establece que la pena privativa de libertad orientada a la reeducación y reinserción social no podrá consistir en trabajos forzados; que el condenado gozará de los derechos fundamentales; que tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios sociales, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

funcionario del Estado, en persecución de un propósito concreto, sea de obtener información o confesiones, de castigar, humillar, desacreditar o intimidar⁹⁵². Como puede verse, el objetivo de realizar torturas o tratos inhumanos está en función a obtener información o confesiones principalmente en aquellas personas que se encuentran implicadas en un evento criminal⁹⁵³.

La Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre también establece la prohibición de las penas infamantes o inusitadas (art. 26), por cual debe considerarse prohibida la picota y toda pena que tenga por objeto o importe agregar más descrédito público que el provocado por la comisión del hecho punible, como pueden ser los trabajos públicos que se asociaban a la vieja reclusión, y algunas formas de trabajos comunitarios que asuman parecidas características. El art. 144, inciso tercero del Código Penal argentino conceptualiza la tortura en los siguientes términos: "Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando estos tengan gravedad suficiente". La jurisprudencia ha dicho que "La tortura debe entenderse aquel sufrimiento que supera en su gravedad a las severidades y vejaciones siendo ya insuficiente que se persiga o no alguna finalidad. A su vez, la intensidad del dolor físico o moral es, según la doctrina dominante, la característica de ese tormento y con ello reside su diferencia con las otras formas de maltratos" (Cám. Nac. Y Corr, Sala V, 20 octubre 1992, JA, 1993-II, p. 548)⁹⁵⁴.

Como es sabido, el Congreso Nacional argentino dictó la Ley 23.097 en el año 1984, que de alguna forma agrava el margen de las penas para actos de tortura y amplió, y precisó el campo del delito en cuestión. La eliminación de la tortura constituye uno de los principios del constitucionalismo, que ha sido encarado como uno de los cometidos fundamentales del derecho internacional⁹⁵⁵. Una visión totalmente opuesta es la que predomina, por ejemplo, en Israel, donde está permitida la tortura (eufemísticamente se le denomina "presiones físicas reforzadas") a los detenidos palestinos, a partir de un fallo de la Corte Suprema israelí de enero de 1996 que revertía la ley anterior (del 24 de diciembre de 1995) por lo que se prohibía

952 MAQUEDA ABREU, M Luisa; "La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes", en *ADPCP*, 1986, pp. 430 y 431.

953 La Corte Suprema de Justicia Argentina receptó la denominada teoría del "fruto del árbol envenenado", por la cual se quita validez no solo a la confesión arrancada por apremios ilegales, sino también a otras probanzas legítimas obtenidas a partir de la confesión viciada. Esa fue la doctrina sentada en los casos "Montenegro, Luciano Bernardino" (Fallos CSJN, T 303, p. 1988) y "Fiorentino, Diego Enrique" (Fallos CSJN, T 306 p. 1752). Véase, también DE LA RUA, Fernando; "Algo más sobre prohibiciones de valoración probatoria (*De nuevo sobre la confesión y la tortura*)", LL, 1983-B, 106 y ss. Este autor se enmarca en el trabajo sobre fallos que versan en la invalidez no solo de la confesión sino de las pruebas obtenida por un medio legal, a la que se accede por una violación de garantías constitucionales. Por su parte: SOLER, Sebastián; *Derecho Penal argentino*, (actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, t IV, Buenos Aires, 1992, p. 55 define a la tortura así: "Es tortura toda inflicción de dolores con el fin de obtener determinadas declaraciones. Cuando esa finalidad existe, como simple elemento subjetivo de hecho, muchas acciones que ordinariamente podrían no ser más que vejaciones o apremios, se transforman en torturas".

954 OSORIO Y FLORIAN, Manuel; *Código Penal de la República Argentina*, Buenos Aires, 1999, p. 334.

955 COLAUTTI, Carlos E.; *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1995, p. 54.

a los agentes de *Shin Beth* torturar a un sospechoso para obtener información⁹⁵⁶. El Mensaje del Poder Ejecutivo con referencia a la Ley 23.097: "Constituye uno de los objetivos primordiales del actual gobierno instaurar un régimen de máximo respeto por la dignidad de las personas. Esa dignidad ha sido y es menoscabada con frecuencia mediante tratos inhumanos infligidos sobre quienes se encuentran imposibilitados de ejecutar su propia defensa. Estos hechos adquieren especial relevancia cuando los malos tratos revisten sus modalidades más graves como la tortura y las sevicias.

Dado que los sufrimientos que estos últimos comportan, lesionan principios morales fundamentales a los que el gobierno constitucional adhiere sin reservas se introducen modificaciones al Capítulo I del Título V, Libro Segundo, del Código Penal. Estas modificaciones se refieren a las torturas físicas como psicológicas, excluyendo, en cambio, los simples malos tratos, las vejaciones, y las simples amenazas. Estos últimos, que ya están incriminados en la legislación vigente, merece un tratamiento de menor urgencia, por revestir males de una magnitud inferior. Los medios penales que se propician para prevenir la tortura consisten en una sensible agravación de las penalidades, por un lado, en la creación de nuevas figuras delictivas, por el otro. Mediante estos últimos se amplía la penalidad de dos maneras. En primer lugar, se castiga la omisión de acciones tendientes a evitar o proseguir los actos de tortura, y se reprimen actitudes negligentes; en segundo término se amplía el ámbito de la punibilidad expresamente a funcionarios como magistrados judiciales o médicos por omitir realizar conductas diligentes destinadas a poner freno a actos aberrantes" (20 de diciembre de 1983)⁹⁵⁷.

Los actos de tortura han estado también vinculados con la ejecución de las penas lo cual se conecta con el principio de humanidad de las penas, el misma que se refiere a la progresiva humanización que se reclama por la doctrina y se exige en los textos legales para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, en su permanente afán de conseguir la resocialización del penado. En cuanto sean inevitables, las cárceles tienen que garantizar unas condiciones de humanidad mínimas, como lo exigen las condiciones mínimas de la ONU. Es preciso distinguir entre la idea resocializadora entendida como postulado y fin legitimador del Derecho penal en su conjunto, por un lado, y el principio de humanidad de las penas, por otro, como postulado "garantista" y limitador del Derecho penal.

En la jurisprudencia peruana por su parte se ha conceptualizado que en la tortura básicamente deben concurrir por lo menos tres elementos *sine qua non*: un elemento material consistente en las propias acciones que constituyen tortura, es decir, condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias supongan al sujeto pasivo sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o cualquier otro procedimiento que atente contra su integridad moral; asimismo, tenemos la cualificación del sujeto activo como representante del poder del Estado, esto es, aquella autoridad encargada de instituciones destinadas a custodiar

956 RUSSO, Eduardo Angel; *Derechos Humanos y Garantías*; Buenos Aires, p. 69.

957 OSORIO Y FLORIAN; 1999, p. 333 y 334.

por algún tiempo a personas sujetas a una denuncia o proceso; y, por último, un elemento teleológico que exige una determinada finalidad para configurar autónomamente ese ilícito penal y está orientado concretamente a obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por un hecho que haya cometido o se sospeche que lo ha realizado⁹⁵⁸.

En el Derecho peruano se tipifica, en el Libro Segundo del Código Penal el delito de tortura simple y cualificada (art. 321), Título XIV-A, (Capítulo III), Delitos contra la Humanidad, incorporado según el artículo 1 de la Ley 26926 de 21/02/98⁹⁵⁹. Resulta importante destacar que el legislador peruano ubica, a mi juicio correctamente, que las conductas que inflijan un dolor o sufrimientos graves (torturas) hacia la víctima atentan contra un bien jurídico que trasciende a la mera persona individual, por más que la lesión efectiva del sujeto activo vaya directamente sobre una persona. Es que es otro tipo de interés lo que se protege en estos delitos de tortura⁹⁶⁰. En mejor estudio de esta realidad delictiva, nos daremos cuenta que en realidad se trata de cautelar una confluencia de intereses valiosos para proteger a la persona humana en sus distintas facetas: "integridad", "personalidad", "libertad", "dignidad", en fin a la sociedad o humanidad misma de tratos inhumanos y no precisamente, o exclusivamente, la libertad individual que es una de las especies, como lo hace el legislador argentino. Por eso, se ha dicho, que el bien jurídico protegido en el delito de tortura consistiría en la intangibilidad de los derechos humanos frente al Estado —ése es el sentido de la garantía constitucional— y en la conciencia actual de la humanidad sobre dicha intangibilidad. En consecuencia, cuando un funcionario público en pleno ejercicio de sus funciones infringe los derechos de las personas: detenciones ilegales, no solo afecta intereses de estos últimos, porque eso también lo puede realizar cualquier persona, sino, que además, desconoce otro valor jurídico, es la *garantía constitucional* de que precisamente, tales derechos constituyen un límite al poder del Estado⁹⁶¹.

958 Expediente N 809-99. Ayacucho, Corte Suprema de Justicia de la República. Primera Sala Penal Transitoria.

959 Artículo 321. El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otros dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años.

960 En este mismo sentido, para el Derecho argentino: DONNA, Edgardo Alberto; *"Una resolución de la Casación de Entre Ríos en materia de ámbito del recurso, de delitos de tormentos y de su concurrencia con el de privación de libertad"*, en: Doctrina Penal, N.º 59 / 60, 1992, Buenos Aires, pp. 449 y 500, para quien el delito de tortura, concretamente "...la imposición de tormentos va más allá, y es un delito contra la humanidad". Criticando la técnica legislativa del Código Penal en la cual tiene importantes implicancias en el ámbito concursal, concretamente con el delito de privación ilegal de libertad.

961 MERA FIGUEROA, Jorge; *"Los delitos contra los derechos humanos en los códigos penales latinoamericanos"*, en: DP, N 29 a 32, 1985, p. 243.

El principio de dignidad de la persona aparece así como un postulado garantizador que debe contraponerse a la razón social o colectiva, cuya inercia inexorablemente conduce, en el terreno penal, al terror estatal utilitarista de no existir los parámetros o contrapesos garantistas. Encuentra su sustento en el artículo primero de la Constitución Política del Perú. Este principio nos informa que tanto el proceso como las penas en cualquiera de sus versiones tendrá como premisa el respetar los derechos fundamentales inherentes a cada ser humano, como valor supremo de la sociedad y el Estado. Por otro lado, cautelar que la información que una persona posea, o en su caso una confesión deba ser transmitida por vía legítima y legal ante la autoridad correspondiente sin presión ni violencia. En el Código Penal peruano, las conductas típicas de torturas cometidas por funcionario público (art. 321) o por la participación de profesional de la salud (art. 322) adquieren una dimensión internacional importante porque están compartidas con el objetivo de protección común en el Título XIV-A junto, por ejemplo, con el delito de genocidio (art. 319), asimismo con la desaparición forzada cometida por funcionario público (art. 320⁹⁶²), la discriminación (art. 323) y la manipulación genética (art. 324).

962 Dicho artículo prescribe lo siguiente: "El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince e inhabilitación, conforme al Artículo 36 incisos 1 y 2". Se trata de un delito especial por cuanto solo puede ser cometido por funcionario o servidor público. En segundo lugar, para la configuración del delito de desaparición forzada se requiere como resultado que la desaparición de la persona se encuentre debidamente comprobada, pero es el caso, que son los propios agravios quienes presentan la presente denuncia, por lo que se trata de personas que se encuentran desaparecidas. En consecuencia, en el presente caso, no se ha configurado el referido delito, ya que se no dan los elementos objetivos que exige el tipo penal. El delito de desaparición forzada también se encuentra previsto en diversos textos legales frente a la cual existe una barrera de protección internacional. La desaparición forzada es un acto complejo que conlleva la violación de varios aspectos de la Convención Interamericana. En efecto la desaparición forzada es un delito complejo, múltiple y acumulativo ya que atenta contra un conjunto diverso de derechos fundamentales según concluyeron las primeras sentencias formuladas por organismos internacionales en los años ochenta a partir de los derechos reconocidos, entre otras legislaciones, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y que sirvieron para desarrollar la jurisprudencia internacional relativa a este crimen. La desaparición forzada es también un abuso continuo, ya que la figura del sujeto titular del derecho, la víctima, se extiende a los familiares que sufren en el tiempo el daño de la ausencia de sus allegados desaparecidos cuya suerte no se esclarece y de la impunidad de los autores que no comparecen ante la justicia. Otra característica de la desaparición forzada es la indefensión jurídica absoluta de la víctima que queda desprotegida de los recursos elementales de habeas corpus o de amparo como resultado de la actuación de manera deliberadamente secreta de quienes cometen el crimen. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas en su art. II define la desaparición forzada como: "(...) La privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o la negativa a reconocer dicha privación de libertad o informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes (...)". El delito de desaparición forzada es pluriofensivo pues vulnera diversos derechos como el derecho a la vida, a la integridad y al libre desarrollo, a la libertad y seguridad personal entre otros. Por este delito se vulnera un conjunto de derechos inherentes a la persona reconocidos por la Constitución Política del Estado. La práctica de la desaparición forzada de personas genera una cadena violatoria de los derechos constitucionales. En primer

Quisiera terminar esta breve introducción –antes de pasar al régimen jurídico-penal de la tortura–, con la palabras de Benasayag, quien dijo: “Después del relato de la tortura, siempre queda en boca de la víctima un gusto amargo de frustración, de vacío, la impresión de no haber dicho lo esencial pero lo esencial es que se ha violado la prohibición fundamental, simbolizada por la tortura en la mayor parte de las culturas contemporáneas. Se interroga a las víctimas de la tortura como viajeros a quienes se hubiera entregado un boleto de ida y vuelta hacia la locura. Ese momento de no-humanidad, ese momento el que todas las prohibiciones saltan es lo que llamamos locura; pero se trata de una locura coherente, pues esta denegación sistemática de la tortura por parte de los Estados es coherente con su voluntad de legitimar la dictadura”⁹⁶³.

II. EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO Y EL DELITO DE NO EVITACIÓN DE LA TORTURA POR PARTE DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

El art. 144 *cuarto*, inciso primero del Código Penal prescribe lo siguiente: “...al funcionario que **omitiese evitar** la comisión de alguno de los hechos al artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello”. En estos casos, se es autor al que infringiendo su deber de garante –deberes funcionariales– por no impedir (interceptando u obstaculizando su realización) el hecho de otro o la decisión –dolosa– de realizar torturas. Según la descripción típica del art. 144 cuarto, primer inciso, del Código Penal establece que el funcionario “...que omite evitar la comisión...” tendrá también una sanción penal. El tipo penal en cuestión merece ser destacado, en principio, no por su expresión semántica-literal, pues se trata inequívocamente de un verbo rector “omitir” que encierra una conducta en sentido negativo, de no realizar aquella conducta que la norma imperativa exige.

Hasta aquí no habría problema ni mayores inconvenientes. Lo que llama poderosamente la atención es que enseguida se agrega la palabra “evitar” lo que da una connotación sustancial a la conducta típica, con lo cual se cerraría la discusión, pero al parecer esto ha quedado abierto, porque existen hasta tres posturas de tratamiento jurídico-penal en la doctrina argentina, con respecto a qué tipo de omisión estamos en el delito de tortura omisiva realizado por funcionario público (art. 144, cuarto, inciso primero). Por un lado, están aquellos autores que sostienen que se trata de un delito *impropio de omisión* legalmente escrito⁹⁶⁴. En el otro sector,

lugar, se trata de una práctica que vulnera el derecho a la vida, a la integridad, puesto que una de las consecuencias prácticas de la desaparición forzada es la privación arbitraria de la vida. Las desapariciones “(...) implican un desconocimiento no solo de la vida, sino también de la muerte. El hombre es tratado como una cosa (...) porque ni siquiera hay derecho a recabar la identidad de quien desaparece. (...) No solo se lesiona la libertad, la vida desde el punto de vista de los delitos de peligro, sino también este nuevo concepto de personalidad del ser humano total (...) reconocido en casi todas las convenciones de derechos humanos (...).

963 BENASAYAG, Miguel ; *Utopía y Libertad ; Los Derechos Humanos: ¿Una ideología?*, Buenos Aires, 1998, p. 28.

964 Así, en este sentido: RODRÍGUEZ, Agustín Washington / GALETTA DE RODRÍGUEZ, Beatriz; *Código Penal. Parte especial*, La Plata, 2000, p. 182, sostienen que en este inciso se sanciona la denominada *omisión de evitación*, es decir, el funcionario público que pudiendo evitar la comisión del delito previsto en el artículo anterior no lo hace. DONNA, t II-A, 2001, p.

están quienes estiman, bajo el mismo enunciado legal, que se trata de un delito *propio de omisión*⁹⁶⁵ (en este punto también se ha pronunciado la jurisprudencia⁹⁶⁶). Finalmente, en tercer lugar, conservando un postura *silenciosa* del tema, están quienes no se pronuncian por qué tipo de omisión de trataría⁹⁶⁷. Esto es, ¿puede tener alguna importancia esta diferencia de imputación?

En el círculo de autores, solo pueden cometerlo el funcionario público, que ostenta el deber de garantía. En el concepto de funcionario, puede entenderse policías, médicos de la cárcel, y aún secretarios judiciales. En este último caso, se tipificaría un hecho punible del secretario de instrucción que sabiendo que la policía o el personal penitenciario podría aplicar tortura a una persona, no hace nada para evitarlo. Otro ejemplo podría darse, en el caso que el violador sea mandado por el funcionario penitenciario a una celda, donde sabe que va a ser violado. Por otro lado, se encontró ajustado al art. 144, cuarto, inc.1, la conducta del jefe de la división policial a cuyo cargo estaba la dependencia en la cual falleció la víctima de tortura, si se probó que el día de detención de esta última, aquel dirigió y participó personalmente en el operativo⁹⁶⁸. Ahora bien, no simplemente por el hecho de ejercer formalmente el cargo funcional, pues eso sería encaminarnos por una mera responsabilidad objetiva; sino que se precisa una condición concreta de carácter subjetivo y es que el funcionario-garante, deba saber conscientemente de la comisión de los delitos de torturas contemplados en los artículos anteriores. El funcionario por su especial condición dentro de la estructura jerárquica de la administración pública tendría un deber específico de impedir la comisión de torturas dentro de su ámbito de competencia.

Solamente resultados pueden llevar a cabo la equivalencia normativa de una omisión a su causación activa y están contenidos en los delitos de la tortura: art.

198. RAFECAS, "Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos", cit. p. 215 "En efecto, es claro, según nuestro parecer, que el art. 144 cuarto inc. 1 CP, es un delito de omisión impropia..."

965 Así, en este sentido: SOLER, t 4, p. 58, "El caso previsto por el apartado 1 es de simple omisión...". FONTAN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho penal. Parte especial, T V*, (actualizado por Guillermo Ledesma), Buenos Aires, 1996, p. 270 dice que se trata de un delito de omisión simple, consistente en evitar la comisión de alguno de los hechos del art. 144. LAJE ANAYA / GAVIER; *Notas al Código penal argentino*, t II, Parte especial, Córdoba, 1995, p. 238 "El delito es de omisión simple y su materialidad consiste en no evitar". También TOZZI-NI, Carlos; "Sanciones penales por torturas a personas detenidas", en: *Doctrina Penal*, p. 76 afirma que el funcionario competente "...debe ser interpretada, tratándose de un delito propio de omisión, como una especial calidad de autor sustentada en una escala de superioridad jerárquica-funcional objetiva con respecto a la de los autores materiales de las torturas".

966 Al respecto, una disidencia del Dr. Navarro que dice lo siguiente: "no se ha configurado un delito impropio de omisión, pues de una interpretación sistemática del Capítulo I del Título V del Libro II del Código Penal, surge que el legislador introdujo expresamente la posición de garante en el inc. 1 del art. 144, cuarto, del mismo cuerpo legal, de donde se deduce que fue su voluntad excluirla en los casos del art. 144 bis, que comprende delitos de menor gravedad" (Véase: DAYENOFF, 2000, p. 245).

967 Así, en este sentido: NÚÑEZ, Ricardo; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, (actualizado por Víctor Félix Reinaldi), Córdoba, 1999, p. 159 y ss. MOLINARIO, t. II, 1996, p. 78. BREGLIA ARIAS / GAUNA, t 1, 2001, p. 1058 y ss.

968 RAFECAS; "Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos", cit. p. 215.

144, tercero, inciso primero: “...*el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura*”. El artículo en comentario, focaliza una determinada situación espacio-temporal, donde la víctima se encuentre en un estado de privación de la libertad. Este término puede implicar que sea a través de una prisión preventiva o se esté ejecutando la sentencia condenatoria en un centro penitenciario. Lo que está claro, es que no interesa que la víctima haya estado privada de su libertad legal o ilegalmente. Puede ser que por un caso de homonimia, la persona injustamente detenida sea víctima de torturas en una dependencia pública, o en todo caso, aún cuando la persona detenida haya sido el más buscado delincuente de la localidad, merece igual respeto de sus garantías constitucionales. En otras palabras, no importa para efectos de la imputación penal la causa de la privación de libertad, sino el proceder ilegal del funcionario.

Por otro lado, en el Código Penal peruano se prevé una modalidad de conducta típica tanto por vía ejecutiva como por vía *indirecta*, pues se prescribe en el art. 321 lo siguiente: “el funcionario público o servidor público o cualquier persona, **con el consentimiento o aquiescencia de aquél...**”. Los componentes objetivos “consentimiento” o “aquiescencia” implica que el funcionario o cualquier persona deba haber prestado su aprobación expresa implícitamente o haber realizado otra cosa menos tratar de impedir que se inicie el resultado típico y si se inició tratar de cesarlo. Es decir, que el consentimiento es por el lado del sujeto activo y no por el sujeto pasivo como comúnmente en la dogmática penal se le ha conocido (por ejemplo art. 20 inc. 10). Dicha aprobación es para que un tercero con una relación, si se quiere de mando o de dirección, que ejerce el funcionario o cualquier persona sobre el tercero quien en última instancia es quien ejecuta los dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales sobre la víctima. Dicha descripción típica admite, sin dudas la autoría mediata y la omisión impropia (por la calidad de garantía) del funcionario público o de cualquier persona –o del mismo médico o cualquier profesional sanitario–, porque son modalidades de imputación individual que no necesitan la ejecución directa del autor o que implican una cierta jerarquía funcional –y de decisión– por parte de los sujetos activos.

La conducta típica consiste en que el funcionario debe abstenerse de una acción impeditiva del delito de tortura. Se entiende que el delito de tortura esté en inminente ejecución o haya comenzado. Estas consideraciones sirven para delimitar el marco cronológico o, dicho de otra manera, para conocer el límite *máximo* y *mínimo* que tendría el funcionario para su intervención impeditiva. En el límite mínimo del deber impeditivo no bastará con la mera creencia por parte del sujeto funcionario, de que se va a cometer torturas (criterio subjetivo) dentro de su ámbito de competencia, sino que será preciso que la resolución delictiva se haya manifestado *objetivamente* de alguna manera a través de indicios suficientes como para fundamentar una sospecha seria que la tortura se va a realizar en un tiempo más o menos corto. Con respecto al límite máximo del deber impeditivo debe coincidir con los últimos momentos que todavía es posible, por parte del funcionario, de evitar los tormentos. Entonces, la intervención tendrá que ser pronta, sin demora, presentada con un claro matiz temporal.

Alcanza a la evitación de resultados típicos de otras personas que actúan libremente. Si esto es así, la autoridad o funcionario que tiene el deber de cuidado de las personas a su cargo, y que delega parte de esto, no puede dejar de lado el deber de supervisar y vigilar al otro funcionario público o a un particular. La condición típica es que el funcionario público tuviera competencia. La omisión típica comprende no solo lo de evitar una tortura que aún no ha tenido comienzo de ejecución sino también lo de hacer cesar una tortura que ya se está impidiendo⁹⁶⁹. Si el agente, por ausencia, imposibilidad física u otros motivos no puede impedir la comisión de los delitos, no será punible por este título, aunque podría serlo, en algún caso, por el artículo siguiente, como autor culposos.

En el delito de tortura realizado por no haberlo evitado –omisión impropia– (art. 144, primer inciso, del CP), el legislador cumple con los postulados del art. 4, inc. 2, de la Convención contra la tortura, en el sentido de tipificar los distintos grados de intervención en los actos de tortura y castigar con penas adecuadas en los que tenga en cuenta su gravedad. Cuando la Convención establece: “... *los distintos grados de intervención en los actos de tortura*”, puede interpretarse de dos maneras: por un lado, los grados de intervención en función a los títulos de imputación de las distintas personas que ejecuten los tormentos, y por otro, se tipifique no solamente modalidades directas de ejecución (delitos de comisión) que en la mayoría de veces son personas que no tienen dominio y control del acontecer típico, sino que en los *grados de intervención* se contemplen distintas formas de conductas típicas (entre en ellas las realizaciones omisivas impropias) que indirectamente influyan en la persona que tiene el control y mando donde se esté realizando los tormentos. También hay que señalar, como da cuenta Pablo Ramella, que la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso Irlanda expresó que la responsabilidad subjetiva o culpabilidad al más alto nivel del Estado se genera tanto por actos de *comisión* como de *omisión*. A este respecto dijo la Corte Europea de Derechos Humanos, al resolver el caso: “Es inconcebible que las más altas autoridades de un Estado puedan ignorar o al menos, estén autorizadas a ignorar la existencia de tal práctica. Más aún, bajo la convención tales autoridades son estrictamente responsables de la conducta de sus subordinados; están sujetas al deber de imponer su voluntad sobre los subordinados y no puede resguardarse para asegurarse de que ella sea respetada”⁹⁷⁰.

El legislador argentino ha establecido lo siguiente: “*Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descriptos*”. Es decir, el funcionario público no será el único capaz de perfeccionar el delito de tortura, también –y de ahí la ampliación punitiva– un particular ajeno a la función pública estará en condiciones típicas de consumir el hecho punible en cuestión⁹⁷¹. En igual sentido se pronuncia

969 ESTRELLA / GODOY LEMOS, 1996, p. 210.

970 RAMELLA, Pablo A; “Convención internacional sobre la tortura”, en L L, Buenos Aires, 1986-A, p. 1053.

971 Existe un Fallo del Supremo Tribunal de Entre Ríos, Sala I 2/4/92, justificando la eliminación de la distinción “...quizá porque en los dos se degrada igualmente la dignidad de la persona humana además de la integridad física, generándose siempre sentimientos perdurables de odio y venganza, y recogiendo también la triste experiencia producida en épocas recientes en

el Código Penal peruano cuando el art. 321 establece que el sujeto activo pueden ser el “...funcionario o servidor público o **cualquier persona**”. Lo que llama la atención, en ambas legislaciones, es que en función a las calidades de sujeto activo, no se ha puesto en consideración la mayor gravedad del injusto que reviste el hecho de ser funcionario público que un particular. Da lo mismo, en función a la punibilidad (“*igual pena...*”), que lo cometa un policía del orden, que un personal civil, cuando en la realidad más reprochabilidad penal tendría el primero. Parece que más importancia y resguardo se está dando al bien jurídico: libertad y dignidad humana, que respeto a las elaboraciones jurídico-dogmáticas. El abuso de poder exige tanto severa agravación de pena como el máximo reproche al Estado que la utiliza, por eso es acertado que los particulares también puedan ser considerados como sujetos activos del delito de tortura, tanto en contra de personas particulares como de los mismos funcionarios estatales.

En el marco de fijación de la pena debe tenerse en consideración que el art. 144 *tercero*, prevé sanciones de prisión o reclusión que va de ocho a veinticinco años, y si es agravada, puede ser perpetua. Empero, en el artículo siguiente –art. 144, *cuarto*, inciso primero– se sanciona, bajo el mismo supuesto de hecho del anterior, solo que en este, el agente estatal no evita el resultado de las torturas, el marco penal se reduce ostensiblemente. Quizá responda a una vieja discusión en la dogmática penal: la omisión desde sus orígenes ha sido considerada mucho más atenuada que la comisión. La forma de llevar a cabo un hecho delictivo en comisión despliega “exteriormente” en el agente mucho más actos e intencionalidad agresiva, que un hecho realizado cuando el sujeto se encontraba, en ese momento. –pero bajo la misma intención– leyendo o viendo televisión.

El sujeto activo de este delito puede ser un funcionario público o cualquier persona que actúa con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público. Pueden entonces cometer este delito los miembros de las rondas campesinas, de los comités de autodefensa campesinas (CAD), los agentes del serenazgo municipal, inclusive un ciudadano común y corriente, siempre que actúen con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público⁹⁷².

Son dos los comportamientos típicos que comprenden este tipo penal, los cuales consisten en: infligir dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales; y someter a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física y mental. Según lo expuesto por la Convención Americana contra la Tortura no es necesario acreditar la efectiva producción de los sufrimientos producidos en la víctima, ni tampoco la anulación de su personalidad o disminución de su capacidad física o mental, sino simplemente la conducta descrita como peligrosa.

nuestro país con la lucha antiterrorista y el denominado terrorismo de Estado, donde asumieron roles relevantes grupos parapoliciales de proyección incontrolable”. (Texto extraído del artículo: DONNA, Edgardo Alberto; “Una resolución de la Casación de Entre Ríos en materia de ámbito del recurso, de delitos de tormentos y de su concurrencia con el de privación de libertad” cit. p. 505).

972 HUERTA BARRÓN, Miguel y CAMPOS PERALTA, Gustavo; *La tortura en el Perú y su regulación legal*. COMISEDH. 1ª ed. Lima 2005. p. 43

EL DELITO DE REBELIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

El presente estudio tiene tres partes fundamentales: en primer lugar, demostraremos que el delito de rebelión (art. 346 CP) se trata de un tipo de peligro para proteger penalmente un bien jurídico colectivo-institucional: “Orden Constitucional y los Poderes del Estado”; en segundo lugar, demostraremos que el delito de rebelión es un tipo de tendencia interna trascendente; y en tercer lugar, y en coherencia por todo lo expuesto se concluye finalmente que el delito de rebelión es un delito de mera actividad, es decir, la consumación se produce cuando se inicia el mero alzamiento. En la última parte analizaremos lo correspondiente a la jurisprudencia penal comparada (argentina en este caso), y su aplicación al delito de rebelión regulado en el artículo 226 y ss. del Código Penal argentino. Se desarrollará la relevancia y valor de la jurisprudencia penal comparada y su efecto y aplicación en el derecho penal peruano.

I. CUESTIONES PREVIAS

El delito de rebelión tiene un alto contenido político⁹⁷³, ya que la afectación al bien jurídico de carácter institucional son los Poderes del Estado y el orden Constitucional. Esta acción siempre es influenciada por la situación política que rodea el encausamiento, sobre todo cuando cambian los elementos políticos que pudieran haber sido afectados por la medida de fuerza dispuesta por los que planificaron y/o ejecutaron el alzamiento en armas y, en la casi totalidad de los procesos penales

973 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene dicho que “Los delitos políticos son aquellos que atentan contra la estabilidad y normal funcionamiento de los poderes públicos. En ese sentido, la intencionalidad y objetivo del agente se deriva de la relación gobernante-gobernados. A través de los delitos políticos se impugna, por móviles ideológicos, el poder de los órganos políticos vigentes. Estos no surgen por ningún tipo de razonabilidad personal o ánimo de lucro. Igualmente, esta excepción se extiende a los actos conexos, cuando la acción criminal sirve para ejecutar o favorecer el atentado contra la organización y funcionamiento del cuerpo político, o para procurar la impunidad del mismo. Debe señalarse que no se consideran como delitos políticos y, por ende, son factibles de extradición, los casos derivados de terrorismo, magnicidio y genocidio”. (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 3966-2004-HC, FJ. 16, inciso e) extraído de: CARO JOHN, José Antonio; *Diccionario de jurisprudencia penal*, Lima, 2007, p. 179).

por el delito de rebelión, mayor influencia tienen las consideraciones políticas que las estrictamente jurídicas.

Como bien ha establecido la jurisprudencia penal argentina, el delito de rebelión o “atentado contra la vida democrática”, según la redacción del artículo 226 CP argentino, conceptualmente tiene dos fases: “El delito de rebelión es especial porque se caracteriza por un alzamiento armado –faz objetivo– y por un especial elemento subjetivo, que es el fin por el cuales e toman las armas. Por eso es que el único elemento susceptible de tener principio de ejecución es el objetivo, y este consiste en comenzar a tomar a las normas”⁹⁷⁴. El concepto jurisprudencial antes citado es muy claro: solo cobra relevancia el “alzamiento armado” si este es usado para un fin determinado: quebrar el orden constitucional y los Poderes del Estado; de tal manera que existe una confluencia objetiva-subjetiva en la definición del delito de rebelión, que debe ser tomada en cuenta por nuestros tribunales a la hora de fallar en el presente caso.

Hay rebeliones que tienen la trascendencia de revoluciones y son aquellas a las cuales se apela como recurso extremo para abatir el despotismo y restablecer la normalidad; si estas rebeliones triunfan, salen de la esfera de las acciones punibles; por eso nuestro legislador solo castiga a los que se alcen para deponer el gobierno, mas no a los que deponen al gobierno por medios de las armas”⁹⁷⁵.

No cabe apreciar en el delito de rebelión causas de justificación ni de exigibilidad. La perpetración de este delito siempre viene acompañada de una apelación a razones excepcionales de necesidad, que naturalmente no pueden conducir a la apreciación de la eximente de estado de necesidad. La constitución prevé un mecanismo para la modificación de la misma, así como vías jurídicas para reaccionar ante situaciones importantes de agitación o perturbación del orden social, como la declaración del estado de alarma, excepción o sitio”⁹⁷⁶.

II. EL DELITO DE REBELIÓN COMO BIEN COLECTIVO-INSTITUCIONAL: “ORDEN CONSTITUCIONAL Y PODERES DEL ESTADO”

Para entender el tema de los bienes jurídicos intermedios o mediatos, debemos hacer la diferencia usual en los Tratados de Parte General del Derecho penal entre el objeto material del delito y el bien jurídico-penal. En los delitos contra el “Orden constitucional y los Poderes del Estado, que contiene –entre otros– el delito de rebelión se trata de un bien jurídico supra-individual, pero este bien necesita de determinados objetos materiales que hagan evidente y corpóreo el bien jurídico colectivo e institucional “Poderes del Estado y el orden constitucional”, como por ejemplo el “Poder Judicial”, “Congreso de la República”, “Tribunal Constitucional”, etc.

974 Véase: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, caso “Calzada, Oscar Hugo y otro s/inf.. art. 142, 149bis, 189bis, 194 y 227 ter del Código Penal”.

975 MENDOZA T., José Rafael; *Curso de Derecho penal venezolano*, Madrid, 1961, p. 85.

976 TAMARIT SUMALLA, José María; en: Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.) Morales Prats, Fermín (Coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Pamplona, 1999, p. 1408 y 1409.

Entonces, los objetos materiales que cumplen una función representativa en los delitos contra el orden constitucional y los poderes del Estado, y aplicados en el presente caso serían, entre otros, las siguientes:

1. Congreso de la República
2. Poder Judicial
3. Tribunal de Garantías Constitucionales
4. Consejo Nacional de la Magistratura
5. Ministerio Público
6. Contraloría General de la República y de las Asambleas Regionales

Entonces, para definir el grado de consumación del delito de rebelión puede producirse en doble perspectiva:

- Una **lesión efectiva** a los objetos materiales del delito producido a través de la conducta típica “alzamiento en armas”, pero a la vez,
- Un **peligro (concreto) en forma mediata** al bien jurídico colectivo “orden constitucional y poderes del Estado”.

En resumen: el delito de rebelión (art. 346 Código Penal peruano) se trata de un delito de peligro (concreto), pues existe un adelantamiento de las barreras de punibilidad, y no espera a que efectivamente se deponga o se extinga el gobierno legalmente constituido o el régimen constitucional. Este dato es sumamente importante a efectos de verificar la consumación formal del delito de rebelión: se perfecciona típicamente el delito en cuestión cuando **comienza** el alzamiento en armas y no cuando **termina** la extinción o modificación de los poderes constitucionales del Estado, ya que estos últimos son elementos subjetivos-finalísticos de la acción rebelde, y no verificables en la consumación típica.

Lo importante acá es establecer que el momento consumativo del delito de rebelión está en función al bien jurídico tutelado y no en el objeto material del delito; es decir, en el “orden constitucional y los poderes del estado” y no en los órganos concretos por los cuales se representa el bien jurídico “órgano constitucional y poderes del Estado”. El objeto material del delito está ligado generalmente al tema de los bienes jurídicos individuales, porque es a partir de aquellos bienes corpóreos-individuales que se “representa” y se hace “conocer” el bien jurídico-penal finalmente tutelado. En tal sentido, los bienes individuales (intermedios) y bienes colectivos (tutelados por ley) están en una misma línea de ataque por parte del sujeto activo.

Últimamente se ha expedido la Sentencia de fecha 13.Oct.06 (Expediente acumulado N.º 560-03), por la Sala Penal Nacional de Terrorismo en el caso “Abimael Guzmán Reinoso y otros”, que entre sus fundamentos, manifiesta que: “La vida, integridad física, la libertad y el patrimonio son **bienes jurídicos inmediatos**, cuya lesión se utiliza instrumentalmente para otro ataque más trascendente que atenta contra **bienes jurídicos mediatos** y específicos (seguridad y tranquilidad pública) que asumen a los anteriores y que con cuya lesión se consuma el delito. De modo tal que tales bienes jurídicos no constituyen bienes jurídicos del tipo terrorista, sino, que deben de entenderse como objetos de protección, percibidos por

Muñoz Conde como aquellas cosas del mundo exterior sobre los cuales, sí bien recae directamente la acción típica (por ejemplo cuerpo humano en el homicidio o un bien mueble en el patrimonio) no son reivindicados como bienes o valores de tipo particular, en este caso el delito de terrorismo. Podemos convenir entonces en que el bien jurídico reivindicado exclusivamente por el tipo terrorista es la tranquilidad pública y que los bienes comprendidos en los **delitos medios** deberán ser considerados, en todo caso **como objeto de protección a través de los cuales se concretiza el delito**".

De acuerdo con la intensidad del menoscabo al objeto material se distingue entre delitos de lesión y delitos de peligro (concreto). En los primeros el tipo presupone un perjuicio en el objeto material protegido mientras que en los segundos es suficiente el riesgo de su lesión como resultado de la acción. Los delitos de peligro también son llamados delitos de emprendimiento, y estos suponen "...un adelantamiento de la línea de la punibilidad, a fin de conseguir una protección más eficaz de los bienes jurídicos. Por eso se les conoce también con la denominación de delitos de consumación anticipada. Es técnica utilizada frecuentemente en materia de delitos políticos, en cuyo marco, si se esperase a la consumación sustancial de los hechos, los presuntos autores podrían pasar de la categoría de delincuentes a la de héroes, de la de enjuiciados a jueces, de la de súbditos a gobernantes" ⁹⁷⁷.

En el delito de peligro concreto, el acaecimiento del peligro es un elemento del tipo, y tiene que ser verificado en el caso concreto. Los delitos de peligro abstracto son delitos de actividad cuyo merecimiento de pena descansa sobre la peligrosidad general de la acción típica para determinados bienes jurídicos⁹⁷⁸.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta para afectos de determinar el momento consumativo del delito de rebelión, que este se trata de un tipo de peligro, aunque el legislador no lo diga expresamente en el tipo penal correspondiente. Al respecto el Profesor español Vives Antón sostiene, en relación al delito de rebelión en el CP español —que tiene una estructura idéntica al Perú—, que: "Desde el punto de vista del contenido de injusto, se trata de un delito de resultado cortado, en el que la consumación formal se adelanta al momento de la simple puesta en peligro del bien jurídico por razones obvias, pues la lesión entrañaría el triunfo de los rebeldes y la imposibilidad de castigarlos"⁹⁷⁹. Por su parte, Mendoza ha establecido enfáticamente que: "Estos delitos de rebelión son formales, de mero peligro, en el sentido de que basta el alzamiento con las finalidades señaladas por el Decreto modificativo del Código Penal que se ha mencionado, de modo que cualquier acto apropiado a esos fines es consumativo de los delitos"⁹⁸⁰.

977 RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1978, p. 280.

978 Véase: Sentencia de fecha 13.Oct.06 (Expediente acumulado N.º 560-03), por la Sala Penal Nacional de Terrorismo, en el caso "Abimael Guzmán Reinoso y otros".

979 VIVES ANTÓN; T.S. en: Vives Antón / Boix Reog / Orts Berenguer / Carbonell Mateu / Gonzáles Cussac, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993, p. 126.

980 MENDOZA T., José Rafael; *Curso de Derecho penal venezolano*, Madrid, 1961, p. 91, cita: 1065.

El legislador peruano –en el delito de rebelión– no espera a que el alzamiento en armas logre finalmente su cometido, o sea, que se deponga el gobierno legalmente constituido o cambien de régimen constitucional. Lo contrario sería afirmar que el derecho penal no cumple funciones de prevención, más todavía cuando se trata de bienes jurídicos institucionales como el delito en cuestión. Tenemos que decir que cuando se trata de proteger penalmente un bien jurídico colectivo-institucional como lo es el “Orden constitucional y los Poderes del Estado”. El delito de rebelión del art. 346 del CP es un delito de peligro porque el bien jurídico “Poderes del Estado y el Orden Constitucional” es un bien jurídico supra-individual, en la cual el legislador no espera a que se lesione efectivamente dicho bien jurídico.

En efecto, la Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, Exp. N.º 13-2004-A-V, ha dicho en relación a este tema lo siguiente: “B. El bien jurídico protegido está constituido por: ‘los poderes del Estado’ y ‘el orden constitucional’, no solo por su ubicación sistemática dentro del Código Penal –véase Título XVI: delitos contra los poderes del Estado y el Orden Constitucional–; sino por el interés que implica para la sociedad, y el significado de los mismos que a decir de Edgardo Alberto Donna, especialmente por orden constitucional, debe entenderse como el funcionamiento armonioso de los órganos establecidos en la Constitución “como ejecutores de sus preceptos y guardianes de su cumplimiento”, se trata de la organización política de la República, y su quebrantamiento lesiona la estabilidad de la Constitución Política, la seguridad de las autoridades nacionales y el libre ejercicio de las facultades constitucionales “[*Derecho Penal*. Parte, Especial. Tomo II-C, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, p. 433, citando a Soler y Nuñez]; respecto al concepto de poderes del Estado, debemos remitirnos al modelo y principio del Estado de derecho; en este sentido, el autor Carmona Cuenca señala que la separación de poderes jugó un papel fundamental en la Constitucionalización del Estado y hoy es opinión común el considerarlo un postulado fundamental del Estado de Derecho, en su formulación clásica significaría que la creación de leyes –función legislativa– corresponde al poder legislativo y la aplicación de las leyes –función ejecutiva y judicial– corresponde bajo esas dos formas a los Poderes Ejecutivo y Judicial; y una vez que se ha establecido que en un Estado existe tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, condiciona la garantía de la Libertad a que exista una verdadera separación de aquellos [Carmona Cuenca. “El Estado Social de Derecho en la Constitución”. Ed. Consejo Económico Social. 1999. p. 107]. Conforme a los fines delictivos en el delito de rebelión –variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional–, esencialmente implica un ataque a la Constitución política en donde se fija, no solo nuestros derechos y deberes sino la forma de gobierno y el régimen constitucional bajo el cual nos conducimos democráticamente –véase los artículos 43 al 46 de la Constitución–. Es de tenerse en cuenta que desde una perspectiva constitucional, los bienes jurídico-penalmente protegidos no solo tienen un reconocimiento legal en la figura típica en comento, sino que además conciernen a una cuestión esencial de la vida en común de toda sociedad, al punto que en una línea de política criminal ha

CAP. XXVI

resultado necesario criminalizar por anticipado el daño que implica la afectación de este bien jurídico –delito de peligro–.

III. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 346 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

“Artículo 346.- Rebelión

El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años”.

(Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 29460, publicada el 27 de noviembre de 2009).

1. TIPO OBJETIVO

1.1. Sujeto activo

El delito de rebelión puede ser considerado como **delito especial en sentido amplio**. Algo parecido sucede, por ejemplo, con el delito de contaminación ambiental (art. 304 Código Penal), ya que si bien es un delito común (*“El que...”*), solo las personas jurídicas o las empresas pueden consumir dicho delito, ya que son las únicas que pueden sobrepasar en forma permanente los límites de tolerabilidad o tolerabilidad de la actividad contaminante y no una persona natural en forma esporádica. Tan es así que el legislador peruano ha tratado de separar nítidamente el accionar de los posibles sujetos activos en este delito: por un lado, los sujetos que tienen más acercamiento con el concepto de “alzamiento en armas”; y por otro, quienes no tienen acercamiento con el concepto de “alzamiento en armas” como son, por ejemplos los Ministros Estado, y que más bien su conducta es de tipo omisivo (artículo 352 Código Penal). La Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, Exp. N.º 13-2004-A-V, ha establecido en relación con este tema lo siguiente: “El sujeto activo, puede ser cualquier persona, por la locución gramatical utilizada: ‘el que’, no requiere una cualidad especial, pudiendo ser incluso un funcionario público o cualquier otra persona”.

CAP. XXVI

1.2. El alzamiento en armas

En tal sentido, el alzarse en armas implica un desplazamiento físico del sujeto activo, generalmente deponer un régimen constitucional se realiza violentamente. La historia ha demostrado que necesariamente una rebelión ha ido de la mano

de enfrentamientos, de violencia física y psicológica, de destrozos materiales, etc. En fin, la iniciación de los cursos causales debe tener su origen en una conducta positiva. Puede haber un alzamiento local, regional o nacional. Por su parte, Creus señala que: "...tiene que tratarse de una irrupción violenta, con uso de la fuerza; mientras ello ocurra, las otras actividades que no impliquen ese uso no pasarán de la etapa de la conspiración"⁹⁸¹. En este sentido Molinario sostiene que: "Alzarse en armas no es lo mismo que tomarlas [...] Como es evidente, para alzarse en armas hay que haberlas tomado antes. Una vez tomadas, el hecho consiste en un levantamiento, es decir que implica alboroto popular, revuelta o sublevación. Lo que necesariamente supone un grupo compuesto por cierto número de personas. Si bien el número no está definido, no cabe duda de que no se trata de tres, cinco ni diez"⁹⁸². Así, Pacheco decía que: "La rebelión es un delito colectivo que se hace en público, *que se sostiene con armas*. Nunca hay un rebelde, como no hay muchos rebeldes; nunca se comete este crimen sino *empleando la fuerza*, con verdadera organización, con abierta y declarada hostilidad. Una reunión de amotinados tumultuarios no son rebeldes; un regimiento que toma las armas, una plaza fuerte que se subleva, sí lo son"⁹⁸³.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha dicho que "Los fines de su acción era obligar la renuncia del Presidente de la República y del gabinete ministerial, y al *alzarse en armas* habrían buscado modificar el orden constitucional, por lo que concurrentemente han cometido el delito de rebelión"⁹⁸⁴. En otra jurisprudencia (Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, Exp. N.º 13-2004-A-V) se ha dicho en relación a este tema lo siguiente: "La conducta prohibida es el 'alzarse en armas', pudiendo ser realizado por cualquier persona –como se explicó anteriormente–. Siendo que la conducta sancionada el alzarse en armas y a efectos de concretar su contenido, es su interpretación gramatical la que nos da parte de sus alcances. Así, la Real Academia Española –en su 22ª Edición, del Diccionario de la Lengua Española– indica que 'alzar[se]' significa levantar[se] –que viene del latín "altiare, de altus, alto, mover hacia arriba–, otro de sus significados es sublevar[se], apoderarse de algo con usurpación o injusticia; y el vocablo "arma" significa instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse. Interpretando dicho contenido en la doctrina penal –de cierto consenso–, rebelión significa "levantamiento", "sublevación" o "insurrección" contra la autoridades legítimas, así lo señala García Rivas [*Delito de Rebelión en derecho penal: la conducta punible en el delito de rebelión*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 1990, pág 176], Rafael Rebollo Vargas [*Delitos contra la constitución*, Rebelión, p. 2351], Juan José Gonzáles Rus [*Delitos contra la constitución*, Rebelión, p. 982]".

981 CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte especial*, T. II, Buenos Aires, 1997, p. 175.

982 MOLINARIO, Alfredo J.; *Los delitos*, T. III, (texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio), Buenos Aires, 1999, p. 263.

983 Citado por GÓMEZ, Eusebio; *Delincuencia político-social*, Buenos Aires, p. 140.

984 Recurso de Nulidad N.º 2448-2005-Lima, Sent., 12 set. 2005, SPP., constituido precedente vinculante por el Acuerdo Plenario N.º 1-2006, en: Jurisprudencia, Año XV, N.º 857 (Boletín de *El Peruano*), Lima, 29 diciembre, 2006, p. 6317 (extraído de: CARO JOHN, José Antonio; *Diccionario de jurisprudencia penal*, Lima, 2007, p. 563). Las cursivas con mías.

1.3. El “alzamiento en armas” debe ser de carácter público

El “alzamiento en armas” debe ser de carácter público, ya que si es secreto o reservado no tiene ningún sentido penal, salvo lo tipificado en el artículo 349 del Código Penal, que preceptúa la represión del delito de conspiración para el delito de rebelión; y la consecuencia dogmática más importante de la existencia típica de la conspiración en relación a la tipicidad del delito de rebelión es que en esta —como bien lo ha hecho la doctrina— no existe participación criminal posible, porque cualquier colaboración o instigación (por acción o por omisión), ya caería en la órbita típica del delito de conspiración; es decir, sería una autoría delictiva. El alzamiento implica la organización de personas, por tanto debemos concluir que el eje central del comportamiento descansa en la conducta típica de alzarse en armas, requiriendo para ello un mínimo de organización.

Así, nuestro Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.º 961, publicado el 11-01-2006), en el art. 68 prescribe que: “*Comete delito de rebelión el personal militar policial que en forma colectiva...*”. Es evidente que tal organización no es la rebelión misma, que se constituye con el acto dirigido claramente hacia un determinado objetivo. El logro de la finalidad perseguida no modifica la adecuación típica. En cuando al comportamiento típico, el delito de rebelión tiene que ser realizado mediante armas, no puede ser mediante otro tipo de instrumento como por ejemplo: “amenaza” o “violencia”, salvo que esté prescrito como una modalidad típica específica como sucede en el Código Penal argentino. Debe existir la certeza de que se cuenta con las armas, aunque no las exhiba ni haya demostración de ellas. “No constituye rebelión el uso de la fuerza física por parte de un grupo que no está armado, según el sentido expuesto anteriormente, aunque lo utilice con finalidades propias del delito (en todo caso quedaría configurada como motín)”⁹⁸⁵. En efecto, Bustos Ramírez sostiene que: “Sujeto activo puede ser cualquier persona, pero *tiene un carácter plural*, se requiere un determinado número, según las circunstancias y un acuerdo mínimo entre ellos”⁹⁸⁶. Por su parte, Vives Antón señala que: “En cuanto al sujeto activo, se trata de un *delito plurisubjetivo, de los denominados de convergencia*, en el que las voluntades de los múltiples autores confluyen en un fin común”⁹⁸⁷.

1.4. El “alzamiento armado” y “movimiento organizado”

Ahora bien, el delito de rebelión en su tipicidad objetiva necesita que el sujeto activo realice el “alzamiento armado”, así se ha pronunciado la jurisprudencia argentina, cuando afirma que: “A fin de acreditar la existencia del delito debe, en primer término, definirse aquello a lo que la ley llama alzarse en armas. Dicha locución, que proviene del derecho español, ha sido entendida como el movimiento más o

985 CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte especial*, T. II, 1997, p. 175.

986 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, 1986, p. 479 (las cursivas son mías).

987 VIVES ANTÓN; T.S. en: Vives Antón / Boix Reog / Orts Berenguer / Carbonell Mateu / Gonzáles Cussac, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993, p. 126.

menos organizado de personas, que disponen de armas”⁹⁸⁸. En otra jurisprudencia del mismo país también se dice prácticamente lo mismo: “El alzamiento en armas como actitud de levantamiento público, de resistencia y ataque organizado con *finalidad concreta de enfrentamiento al poder constituido a los efectos de su derrocamiento*, configura la rebelión, aunque no se logre el propósito, bastando el móvil determinado por la ley”⁹⁸⁹. De la misma manera, la jurisprudencia argentina enfatiza que: “El elemento objetivo de este tipo penal está constituido por el alzamiento en armas, esto es, un levantamiento grupal, más o menos tumultuoso y relativamente organizado, en el que sus miembros disponen de armamento, aunque no llegue a ser utilizado”⁹⁹⁰.

Como será de importante el elemento “alzamiento armado” en el delito de rebelión en el Código Penal argentino, que sus tribunales han establecido que no se necesita el efectivo uso de las armas, sino solo su ostentación. Así: “...acción que supone actividad conjunta, dirigida a lograr alguno de los fines que el art. 226 enumera como típicos. Como se advierte, el uso de las armas que requiere el alzamiento no es el empleo efectivo de ellas, sino simplemente su ostentación alternativa que surge evidente de la referencia que efectúa el art. 326 del Cód. penal en tanto señala que regirán las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles cuando, al ejecutar los delitos previstos en e este Título –se refiere al X del Libro II– el culpable cometiere algún otro”⁹⁹¹.

1.5. El delito de rebelión en forma omisiva

Existe en el derecho peruano no solo un tipo penal de comportamiento activo del delito de rebelión, sino también de un delito de rebelión omisivo. Así, el artículo 352 del Código Penal, prescribe lo siguiente: “El funcionario y servidor público que, **pudiendo hacerlo, no oponga** resistencia a una rebelión, sedición o motín, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años”. Esta forma de comportamiento omisivo tiene su antecedente histórico en el Código Penal del 1924, que en su art. 312 segundo párrafo decía lo siguiente: “Los funcionarios que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance sufrirán inhabilitación especial de uno a cinco años”. El legislador peruano recientemente también ha creído conveniente introducir una figura omisiva en el Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.º 961, publicado el 11-01-2006). Así, en el art. 72 de dicho cuerpo legal se expresa lo siguiente: “**No evitar la perpetración de los delitos de rebelión**, sedición o motín o su desarrollo, cuando se cuente con los medios necesarios para hacerlo, será reprimido con pena privativa no mayor de la mitad del máximo señalado para el delito que se perpetra”.

988 Cámara Federal San Martín, octubre 5-989 “Abella, Juan C y otros”

989 Cámara Federal, Tucumán, noviembre 29-967, “Méndez, Federico E. y otros” (Extraída de La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 323).

990 Véase: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, caso “Calzada, oscar Hugo y otro s/inf.. art. 142, 149bis, 189bis, 194 y 227 ter del Código Penal”.

991 Cámara Federal San Martín, octubre 5-989 “Abella, Juan C y otros”

Se trata de un delito de omisión propia ya que el tipo penal en comentario no preceptúa ninguna modalidad resultativa. Se trata de una disposición común aplicable tanto a los delitos de rebelión, sedición o motín. Es decir, que el delito de Rebelión, en el derecho peruano, no solamente se puede cometer por acción o por omisión impropia, sino también por omisión propia o simple. Una cualidad que debe destacarse del tipo penal es que solo está dirigido a funcionarios o servidores públicos, lo cual la voluntad del legislador nacional era la de comprender penalmente a aquellos sujetos cualificados que no ofrezcan algún tipo de oposición a los actos rebeldes, sediciosos, o de motines.

Por dos motivos debió aplicarse el art. 352 del Código Penal y no el artículo 346 del mismo cuerpo de leyes: en primer lugar, porque se trata de delito especial (fue cometido por Ministros de Estado); y en segundo lugar, porque, en el peor de los casos, de trataría de un delito de omisión. Asimismo, por especialidad debió aplicarse el delito de no oposición a la rebelión (art. 352 CP) en vez del delito de rebelión (art. 346 CP).

Ahora, si bien es cierto que mediante una interpretación *no literal sino teleológica de la norma jurídica*, concluiríamos que podría caber un alzamiento de armas omisivo, pero este ya ha sido incorporado en el Código penal, a través del art. 354 del Código Penal. En consecuencia, si un funcionario o servidor público no se opone a la rebelión pudiendo hacerlo, su conducta será subsumida por el art. 354 y por el art. 346 del Código Penal, ya que se aplica el principio de especialidad, y si quien no se opone es un sujeto común (como lo especifica el art. 346 “*El que...*”) su conducta será atípica porque el art. 346 es de realización típica comisiva. En síntesis: la conspiración y la rebelión están en la misma dirección de afectación al bien jurídico-penal “Poderes del Estado y el Orden Constitucional”.

2. La rebelión como tipo penal plurisubjetivo. Especial mención al concepto de coautoría funcional

El delito de rebelión se trata de un delito plurisubjetivo, pues para su consumación se requiere de un determinado número de personas, según las circunstancias, de un mínimo acuerdo, organización y estructura en el grupo. En cuanto al sujeto activo, se trata de un delito plurisubjetivo, de los denominados de convergencia, en el que las voluntades de los múltiples autores confluyen en un fin común⁹⁹². En el delito de rebelión la participación criminal se manifiesta como un supuesto de autoría conjunta necesaria o coautoría, toda vez que entre los encartados existe un co-dominio del hecho, esto es, alzarse en armas, para impedir a los poderes nacionales, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales⁹⁹³.

992 RODRÍGUEZ DEVESA, José María; *Derecho Penal Español. Parte especial*, Madrid, 1988, p. 842. “La rebelión con alzamiento es un delito de convergencia, porque precisa concurren pluralidad de autores cuyas acciones son de la misma índole, porque todos se alzan públicamente para conseguir los fines antes señalados. Estamos, por consiguiente, en un caso de los que FREUNENTHAL calificaba de participación necesaria”.

993 DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho penal. Parte especial*. T. II, Buenos Aires, 2002, p. 457.

La Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, Exp. N.º 13-2004-A-V, ha dicho en relación a este tema lo siguiente: “Aunque el tipo penal no indica la necesidad de una pluralidad de sujetos que converjan en un fin, a efectos de la idoneidad de la comisión del delito y descontar las interpretaciones restrictivas, como por ejemplo, condenar a un solo sujeto que se alza en armas, considerándolo como delito de rebelión. Aporta a la idoneidad del delito que el alzamiento rebelde, será una insurrección contra el ordenamiento constitucional en la medida en que tenga la aptitud necesaria para colocar al Estado en una ‘crisis’ de una envergadura tal que su solución requiera la declaración incluso de ‘estado de sitio’ [García Rivas, Nicolas. *Delito de Rebelión en derecho penal: la conducta punible en el delito de rebelión*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 1990, pág 178], y será “el mejor baremo para calibrar la existencia o no de un verdadero alzamiento rebelde” [García Rivas. *Delito de Rebelión en derecho penal*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 1990. pág 187]. Así, para cometer el delito de rebelión además de las armas, se requiere que este se realice colectivamente, aunque para autores como Muñoz Conde resulta indiferente el número de personas que se rebelan, siempre que sea un número lo suficientemente relevante en orden a conseguir los fines fijados en el tipo penal [Muñoz Conde, F. *Derecho Penal, Parte especial*, 15ª ed., p. 796], además, siguiendo a la doctrina es conveniente verificar que esté dotada de una adecuada organización e incluso que exista violencia –como en el caso español–, aunque en nuestra legislación no es necesario, y más bien forma parte de la idoneidad en la lesión del bien jurídico. c.3. Por tanto, para estar ante la conducta punible del delito de rebelión se requiere del alzamiento en armas de un grupo de personas –carácter plurisubjetivo del tipo– más o menos organizadas, realizada con fines de variar la forma de gobierno, deponerla, suprimir o modificar el régimen constitucional”.

La posición de los tribunales argentinos en relación a este tema resultará importante a los efectos de determinar el perfeccionamiento típico de la rebelión. En tal sentido, los magistrados argentinos –como no podía ser de otra manera– se han adherido a la teoría del dominio funcional del hecho del Prof. Claus ROXIN. Así dicho autor afirma que: “...que habrá codominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin esa contribución al hecho no hubiera podido cometerse de acuerdo con la modalidad comisiva elegida”⁹⁹⁴. Una muestra de que la jurisprudencia penal argentina sigue la doctrina del profesor ROXIN es la siguiente: “...la esencialidad se satisface si el aporte encierra un determinado grado de importancia funcional, de modo que la colaboración de cada uno de ellos mediante el desempeño de la función que le corresponde, se presenta como una pieza esencial para la realización del plan general”⁹⁹⁵.

994 Véase: Cámara Federal San Martín, octubre 5-989 “Abella, Juan C y otros” (Extraída de Doctrina judicial, T. 1990-1, Buenos Aires), p. 527.

995 Véase: Cámara Federal San Martín, octubre 5-989 “Abella, Juan C y otros” (Extraída de Doctrina judicial, T. 1990-1, Buenos Aires), p. 526.

Esta misma jurisprudencia agrega que: “En cuanto al momento del aporte resulta fundamental que se produzca durante la ejecución misma del o los delitos. No es posible dominar el hecho si la contribución no se realiza en esa faz. Si dijera que el coautor realiza un tramo de la conducta delictiva previamente trazada y el cumplimiento de ese fragmento es lo que le da su carácter de coautor, no puede serlo quien no cumple ningún fragmento. No basta a ese fin una mera cooperación en la etapa preparatoria del delito, por más importante que ese aporte sea, si él no se completa con otro en la faz ejecutiva, porque en la etapa preparatoria el aporte no supone todavía la función de ninguna parte del dominio del hecho. Dicho de otro modo, quien no cumple ningún fragmento del todo delictivo –sea el ilícito en sí mismo o no–, no puede ser coautor, porque de ninguna manera puede, quien no participa en el hecho, dominar ese hecho”⁹⁹⁶.

Por otro lado, el delito de rebelión es un delito pluri-subjetivo, es decir, se necesita de un gran número de personas para consumir la rebelión, porque lo que es, casi “necesario”, que se hable, en principio, de una coautoría. La jurisprudencia argentina: “En primer lugar, cabe aclarar que el codominio del hecho, en este caso, es especial porque todos estos encartados realizaron la acción de alzarse en armas, y, sobre sus conductas todos tenían el dominio funcional del hecho, pues la rebelión requiere necesariamente la pluralidad de personas suficientes como para lograr el objetivo por el cual tomaron esa armas, es decir, en la especie, impedir a los poderes nacionales, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales (Carlos Creus, ob. cit., T II, p. 214)”⁹⁹⁷.

De la misma manera la jurisprudencia argentina ha dicho que: “Respecto de la participación criminal de las nombrados considero que importa para cada uno de ellos un supuesto de coautoría o autoría conjunta. Es necesario para que se dé este supuesto de participación, que haya un codominio del hecho y que los imputados hagan un aporte a la ejecución del delito”⁹⁹⁸.

En efecto, la Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, Exp. N.º 13-2004-A-V, ha dicho en relación a este tema lo siguiente: “M. La conducta asumida por los acusados obviamente constituyó un aporte al riesgo no permitido que significaba la obtención de los fines ilegales de los que conspiraron contra el orden constitucional vigente antes de los hechos, prestando su concurso deliberado y consciente para dichos cometidos, al punto que asumieron el rol de Ministros de un gobierno cuyos objetivos –incluidos los que abonaban al alzamiento en armas– difundieron y defendieron, por lo que es de estimar que su intervención en los hechos fue a título de cómplice en armonía con el artículo veinticinco del Código Penal. Ahora

996 Véase: Cámara Federal San Martín, octubre 5-989 “Abella, Juan C y otros” (Extraída de Doctrina judicial, T. 1990-1, Buenos Aires), p. 526

997 Véase: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, caso “Calzada, Oscar Hugo y otro s/inf.. art. 142, 149bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Código Penal”.

998 Véase: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, caso “Calzada, oscar Hugo y otro s/inf.. art. 142, 149bis, 189bois, 194 y 227 ter del Código Penal”

bien, a efectos de determinar el tipo de complicidad atribuible a los encausados, el colegiado considera que la intervención de estos no fue de tal naturaleza que pudiera corresponderle el incremento del riesgo imprescindible para el éxito de la rebelión, pues entiende que el mencionado ilícito pudo muy bien realizarse sin su cooperación, razón por la cual considera que su intervención fue a título de cómplice secundario. En consecuencia, es de estimar, que la conducta desplegada por los citados ex Ministros se subsumen en el delito de rebelión previsto en el artículo 346 del Código Penal en grado complicidad secundaria”.

3. El momento consumativo en la rebelión

Para saber exactamente cuándo existe consumación de un ilícito penal debería observarse en primer lugar el verbo rector del tipo penal, luego engarzar este verbo con algún resultado típico si hubiere. Sobre esta base saber, luego, si es un delito de mera actividad, de resultado peligroso o lesivo, delitos de tendencia, etc. El ámbito de influencia de la tipicidad es determinante para valorar y enjuiciar cualquier conducta. No puede realizarse elucubraciones doctrinales sobre aspectos progresivos del delito soslayando aspectos tan elementales como la descripción típica de cada figura de la Parte Especial, eso sería violar el principio de legalidad.

En consecuencia, la pregunta que salta por sí sola es la siguiente: ¿hasta cuándo durará el “alzamiento en armas”, para poder ubicar exactamente el momento consumativo del delito de rebelión, según la redacción del tipo penal peruano? Un alzamiento en armas puede durar algunos minutos, algunas horas, días o semanas. En todo caso lo que sí es cierto es que en la rebelión puede hablarse de delitos cuya consumación puede extenderse en el tiempo, lo cual cabe una pregunta ¿Puede hablarse de delitos permanentes, delitos continuados, o quizá delitos instantáneos con efectos permanentes?

En principio, tenemos que remitirnos a los conceptos jurídicos que la doctrina penal ha ensayado para definir los delitos instantáneos y a su vez, diferenciarlos de los delitos permanentes. En realidad, las referencias a tiempo contenidas en el tipo pueden ser de dos especies; como circunstancias aparecen cuando el tipo contiene la exigencia de un determinado “tiempo” dentro del cual tiene que realizarse la acción, la cual puede ser explícita (p. e., “durante el curso de un proceso”, art. 179, párr. 2, Cód. Penal) o implícita (p.ej., la necesidad de que la traición se dé en un tiempo de guerra”, requerida por la referencia típica a los “enemigos” de la Nación, art. 214, Cód. Penal). Pero, en ocasiones –sin que aparezca el tiempo como circunstancia–, el mismo carácter de la acción descrita implica la posibilidad de su prolongación en el tiempo, sin solución de continuidad; encontramos, entonces, la distinción entre los *delitos instantáneos*, en los que la acción se consuma en un momento y en él termina (p.ej. homicidio) y los *delitos permanentes*, en los que la acción consumada puede prolongarse en el tiempo, es decir, continuar consumándose por un lapso más o menos prolongado (p.ej., privación ilegítima de libertad)⁹⁹⁹.

CAP. XXV

999 CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1999, p. 184 y 185

Como es sabido, los elementos concurrentes del delito instantáneo con efectos permanentes son: a) una conducta, que puede ser de acción como de omisión; b) una consumación típica y agotamiento instantáneo y por último c) perdurabilidad del efecto producido. En el homicidio, por ejemplo, se destruye el bien jurídico de la vida y la supresión de la misma, consecuencia de la conducta, perdura para siempre; en las lesiones, el bien jurídico protegido (la salud o integridad corporal), disminuye instantáneamente como resultado de la actividad humana, pero la alteración en la salud permanece por un determinado tiempo. Asimismo, en el delito de lesiones graves (art. 121, inc. 2 CP) cuando se mutila un miembro u órgano principal se trata de un delito instantáneo, pero la mutilación de los órganos durará un tiempo

Los delitos instantáneos con efectos permanentes se presentan en aquellos casos en los que la duración de la conducta no puede considerarse como consumación, sino que existe un proceso de agotamiento instantáneo, pero con perdurabilidad en los efectos que se causan. Para Roxin se denominan **delitos de estado** los hechos que están concluidos con la provocación de un determinado estado (por regla general el resultado en el sentido de los delitos de resultado), y por tanto no son susceptibles de mantenimiento por el autor, ni lo necesitan. Ejemplos clásicos son los delitos de homicidio, pero también las lesiones y los daños¹⁰⁰⁰. Como dice Rojas Vargas: "...tal clasificación adolece de rigurosidad dogmática, en cuanto a que la gran mayoría de delitos originan efectos que exceden en el tiempo las previsiones típicas. Aquí no se habla de continuación o prolongación de consumación como estado jurídico, sino tan solo de los efectos sensibles de la misma; que como hemos visto no gozan de relevancia penal ya que llevaría *ad infinitum* la imputación penal"¹⁰⁰¹.

Los efectos que produce la conducta perviven o perduran en el tiempo, más allá del acto de la consumación y agotamiento. La permanencia de los efectos que causa la conducta no altera en forma alguna la mecánica relativa a la perseguibilidad ni tampoco el principio del curso de la prescripción de la acción persecutoria, pues siguen siendo considerados delitos instantáneos. "El delito instantáneo es aquel cuya consumación se identifica con la terminación del mismo, es decir, no es posible una progresión consumadora...lo que determina la instantaneidad es la imposibilidad de que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico dure en el tiempo o sea susceptible de reiteración en la misma fase consumatoria"¹⁰⁰².

Es decir, que el delito de rebelión en la versión argentina –que antes de la reforma el tipo básico era bastante parecido a nuestro art. 346 del CP– se sostuvo que siempre fue considerado como un delito instantáneo. Lo determinante está en ubicar el momento consumativo en los delitos instantáneos con efecto permanente, y a mi entender, la consumación tiene que *empezar con el alzamiento en armas*

1000 ROXIN, Claus; *Derecho penal. Parte general*, T. I, traducción de la 2da edición alemana y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal; Madrid, 1997, p. 329

1001 ROJAS VARGAS, Fidel; *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*. Lima, 1997, p. 424

1002 ROJAS VARGAS, Fidel; *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Lima, 1997, p. 423.

y no cuando termina la misma, ya que si fuera tanto el comienzo y la terminación, el delito de homicidio no tendría consumación cierta. La consumación en el homicidio perduraría mientras la víctima esté muerta, lo cual sería insólito, pues para la mayoría de la doctrina el homicidio se consuma en el instante mismo en que el bien jurídico vida humana se destruye completamente.

En similar sentido, cuando los rebeldes empiezan a salir a las calles y avenidas portando armas y tropas militares podemos decir que allí empieza el alzamiento en armas, es decir, ha empezado el delito de rebelión del artículo 346 del Código Penal; al igual que cuando se aprieta el gatillo del revólver y se dispara hacia la víctima, en ese momento empieza a matarse, es decir, empieza el delito de homicidio del artículo 106 del Código Penal. Un dato importante: los delitos instantáneos con efectos permanentes como es el delito de rebelión siguen perteneciendo a la categoría de delitos instantáneos, y no a la de delitos permanentes.

En cuanto al tema de la prescripción, los delitos instantáneos con efectos permanentes no se diferencian de los solamente instantáneos; para aclarar este detalle, basta decir que la distinción entre unos y otros se encuentra en la perdurabilidad de los efectos que, como es natural, son posteriores a la realización de la conducta y a su consumación, y agotamiento.

Es conveniente contar con una correcta ubicación mental al abordar el tema o problema de la prescripción de la acción persecutoria tratándose de delitos instantáneos con efectos permanentes: lo que rige es la conducta típica y por ello, en materia de prescripción de la acción, la permanencia en los efectos queda relegada a un segundo término, en situaciones normales, pues el inicio del curso de la prescripción se computa a partir de que aparece la conducta típica.

El tema es que como el delito de rebelión está en relación concursal con el delito de secuestro, y este delito, como se sabe, es un delito permanente por esencia, la pregunta sería la siguiente: ¿si por añadidura el delito de secuestro puede “cobijar” al delito de rebelión y transformarlo en un delito permanente? Como es sabido, el delito de rebelión del artículo 346 Código Penal peruano es un delito instantáneo con efecto permanente, como la mayoría de delitos de la Parte Especial, pero esto no quiere decir que el estado antijurídico y consumativo se proyecte en el tiempo. El delito de secuestro no debe confundir y “consumir” al delito de rebelión, por ejemplo, ya que entre uno y otro ilícito penal media una relación concursal de **tipo real o material**, como hechos delictivos independientes (resulta difícil concebir una unidad de acción y por ende de desplazamiento entre un delito de rebelión y de secuestro). Sin embargo, resulta normal que concurren concursalmente delitos instantáneos con delitos permanentes.

En cuanto a la consumación del delito de rebelión habrá que hacer algunas precisiones: en primer lugar, queda consumado con la acción de alzarse en armas con el propósito, sin que se requiera que los fines propuestos hayan sido logrados. Lo que la ley reprime es el levantamiento en armas, para lograr ese propósito. Es decir, que de una parte, no es suficiente la organización, si no hay actos de alzamiento realizados con determinado fin, y de otra, producidos tales actos, el logro de la finalidad perseguida no modifica la adecuación típica. El delito de rebelión

es una consumación instantánea, es decir, se realiza en el acto de su ejecución y se consuma en la consecución del resultado. Es decir, la acción se consuma en un solo momento.

En este punto, la jurisprudencia penal argentina ha establecido con meridiana claridad que el momento consumativo del artículo 226 Código Penal argentino se realiza solo por intermedio de las armas, y no por otros medios. Esto es una clara muestra que dicho delito es un tipo especial –pero no por la cualidad del autor sino por la especialidad del medio empleado–. Así: “Ello así, ya que lleva dicho la doctrina que la consumación del delito se efectúa por medio del alzamiento armado, siendo indiferente el logro de sus objetivos. Ahora bien, cabe destacar que aunque no es necesario el éxito de la finalidad del alzamiento para la consumación de la rebelión, sí lo es la finalidad propiamente dicha, a la que ha de considerarse como el elemento subjetivo del tipo distinto del dolo”¹⁰⁰³.

En otra jurisprudencia argentina, es mucho más contundente cuando se señala lo siguiente: “Si el delito comienza su ejecución en el momento en que empieza a producirse el alzamiento, todo lo que precede a este hecho no es principio de ejecución sino actos preparatorios y, por consiguiente, no punibles”¹⁰⁰⁴.

El texto del artículo 214 no obsta en rigor, sin embargo, a la posibilidad de que la acción de alzamiento pueda consumarse en un instante. A este respecto, téngase en cuenta que el hecho descrito en el actual precepto constituye un delito de simple actividad que no requiere la causación de resultado alguno”¹⁰⁰⁵.

También la jurisprudencia argentina ha dicho que el delito de rebelión pertenece a la categoría de los delitos instantáneos; es decir, su redacción –que es parecida a la regulación penal peruana– permite que la consumación se presente con el inicio del alzamiento en armas, que implica ya perfeccionamiento típico. La instantaneidad delictiva de la rebelión se puede ver reflejada en la siguiente jurisprudencia argentina: “Aun cuando el delito de rebelión es, por su redacción, un delito de los llamados instantáneos, por lo que la rebelión implica y por la ultraintención que conlleva, si bien se comete instantáneamente, está fatalmente destinada a prolongarse en el tiempo, consistiendo ese periodo sobreviviente en lo que se podría llamar su agotamiento”¹⁰⁰⁶. “En consecuencia, las distintas acciones de armas que se realicen con el fin de lograr el éxito la consecución de cuanto se tuvo en mira al rebelarse (ultraintencional) formarán parte de este delito; conforme a ello, los homicidios que se cometan en pos de ese éxito serán perpetrados para asegurar el resultado de otro delito”¹⁰⁰⁷.

1003 Cámara Federal San Martín, octubre 5-989 “Abella, Juan C y otros” (Extraída de Doctrina judicial, T. 1990-1, Buenos Aires), p. 501.

1004 Véase: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, caso “Calzada, Oscar Hugo y otro s/inf.. art. 142, 149bis, 189bis, 194 y 227 ter del Código Penal”.

1005 CÓRDOBA RODA, Juan; *Comentarios al Código Penal*, T. III, Barcelona-Caracas-México, 1978, p. 423.

1006 Cámara Federal San Martín, octubre 5-989 “Abella, Juan C y otros” (Extraída de Doctrina judicial, tomo 1990-1, Buenos Aires).

1007 Véase: Cámara Federal San Martín, octubre 5-989 “Abella, Juan C y otros” (Extraída de Doctrina judicial, tomo 1990-1, Buenos Aires).

Además, la finalidad que se proponía –deponer el “Orden Constitucional y los Poderes del Estado”– el rebelde o los rebeldes resulta totalmente indiferente a los efectos de perfeccionar el tipo penal de rebellón. Esta afirmación es sostenida por la jurisprudencia argentina en la siguiente frase: “El triunfo de la rebelión carece de efectos legitimadores”¹⁰⁰⁸. Así, Gómez dice: “La rebelión no requiere para su perfeccionamiento como delito, la obtención de las finalidades previstas. La ley no reprime, como es explicable, un resultado coincidente con el propósito perseguible. Lo que la ley reprime es el levantamiento en armas, para lograr ese propósito”¹⁰⁰⁹. Moreno nos señala que “La Constitución Nacional puede ser reformada en todo o en parte de los procedimientos indicados en ella misma. El congreso puede dictar la ley y la Convención reunirse siendo posible, por los medios legales, hasta el cambio de forma de gobierno. No se castiga, en consecuencia, la modificación del sistema constitucional, sino la acción por medio de las armas para imponerlo fuera de las formas autorizadas”¹⁰¹⁰. La jurisprudencia argentina ha dicho que: “El delito de rebelión se consuma por medio del alzamiento, siendo indiferente el logro de sus objetivos”¹⁰¹¹ “El alzamiento en armas con actitud de levantamiento público, de resistencia y ataque organizado, con finalidad concreta de enfrentamiento al poder constituido, a los efectos de su derrocamiento, configura la rebelión aunque no se logre el propósito bastando el móvil determinado por la ley”¹⁰¹².

Así entonces, el delito de rebelión queda consumado con la acción de alzarse en armas, sin que se requiera que los fines propuestos se efectivicen. Lo que la ley reprime es el levantamiento en armas. Es decir, que de una parte, no es suficiente la organización, si no hay actos de alzamiento realizados con determinado fin, y de otra, producidos tales actos de alzamiento armado se tiene por consumado el delito, sin que el logro o no de la finalidad perseguida pueda modificar la adecuación típica. Es decir, la acción se consuma en un solo momento.

Por último, debemos dejar también establecido que el delito de usurpación es un delito de naturaleza instantánea y no permanente, es por ello que el criterio a tomarse en cuenta en este delito es la inmediatez de la realización total del delito y no la prolongación en el tiempo del momento consumativo. En efecto, en la Ejecutoria Suprema de fecha 19 de julio de 1994, Exp.: 696-93-B se señalaba que: “El delito de usurpación es de carácter instantáneo con efectos permanentes por lo que el término de prescripción de la acción penal se computa a partir de la fecha de la comisión del ilícito penal”. Por el contrario, resulta obvio que el acto de despojo produce una afectación duradera de derecho de la posesión o de otro derecho real sobre el inmueble, y que tal situación permanece en el tiempo hasta que el titular del derecho se vea restituido en la posesión; sin embargo, tal constatación de que se mantiene en el tiempo la situación del despojo de la posesión, no implica de

1008 Cámara Nacional Federal, Criminal y Correccional, Sala I, abril 2-984, caso “Pagani, Jorge L”,

1009 GOMEZ, Eusebio; *Leyes penales anotadas*, T. III, Buenos Aires, 1954, p. 480.

1010 MORENO, Rodolfo; *El Código penal y sus antecedentes*, T. VI, Buenos Aires, 1923, p. 88

1011 (Cám. Fed. San Martín, 5 de octubre de 1989, ED, 138-98, extraído de OSORIO Y FLORIT; *Código Penal de la República argentina*, Buenos Aires, 1999, p. 511).

1012 (Cám. Fed. Tucumán, 29 de noviembre de 1967, LL, 130, p. 318, extraído de OSORIO Y FLORIT; *Código Penal de la República argentina*, Buenos Aires, 1999, p. 511).

ninguna manera que el delito de usurpación sea de naturaleza permanente. Y, esto así, por la sencilla razón que el legislador nacional no ha recogido tal situación duradera en el tiempo como aspecto relevante del tipo de usurpación, sino que por el contrario ha puesto el acento de la punición solo en la creación del estado antijurídico concretado con el acto mismo del despojo.

3.1. Texto original del Código Penal argentino de 1921 en relación al delito de rebelión

a. Descripción legal

Artículo 226 CP. Serán reprimidos con prisión de uno a cinco años, los que se alzaren en armas para cambiar la constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales.

b. Exposición doctrinal

Al comentar el delito de rebelión del artículo 226 del Código Penal, el ilustre profesor ya fallecido Eusebio Gómez, decía que: “Su represión no depende, por tanto, del resultado que se obtenga. Basta el alzamiento en armas con uno cualquiera de los fines que enumera el precepto, para que el delito se juzgue consumado a los fines de la penalidad estatuida...”¹⁰¹³. Así, Gómez enseña que: “La rebelión no requiere para su perfeccionamiento como delito, la obtención de las finalidades previstas. La ley no reprime, como es explicable, un resultado coincidente con el propósito perseguible. Lo que la ley reprime es el levantamiento en armas, para lograr ese propósito”¹⁰¹⁴. Igualmente este mismo autor Gómez reitera su posición diciendo que: “Este delito es colectivo y reviste carácter formal. Su represión no depende, por tanto, del resultado que se obtenga. Basta el alzamiento en armas con uno cualquiera de los fines que enumera el precepto, para que el delito se juzgue consumado a los fines de la penalidad estatuida...”¹⁰¹⁵.

Por su parte, Soler sostenía que: “Para la consumación de este delito basta el alzamiento. El logro de las finalidades es indiferente; y no es exacto que aquél signifique la impunidad, pues debe siempre suponer que la Constitución recupera vigencia, ya que solo suponiendo la validez de esta alcanza sentido el castigo de la rebelión”¹⁰¹⁶.

1013 GÓMEZ, Eusebio; *Delincuencia político-social*, Buenos Aires, p. 139

1014 GÓMEZ, Eusebio; *Leyes penales anotadas*, T. III, Buenos Aires, 1954, p. 480

1015 GÓMEZ, Eusebio; *Tratado de Derecho penal*, T. V, Buenos Aires, 1941, p. 424 y 425

1016 SOLER, *Derecho penal argentino*, (actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio) T. V, 1992, p. 83

3.2 El Código Penal argentino y la modificatoria de 1984 en relación al artículo 226 y ss. (delito de rebelión)

a. Descripción legal

Artículo 226: Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Cambiar, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales.

b. Exposición doctrinal

Así, el profesor Creus expresa que el: "...delito se consuma con el alzamiento de armas, sin que sea necesario que se logren las finalidades propuestas"¹⁰¹⁷. Por su parte, Donna sostiene que: "Se trata de un delito de resultado cortado, en el que la consumación objetiva se anticipa ya que se perfecciona con el mero alzamiento en armas. El logro de las finalidades antes explicadas es indiferente. El triunfo de la rebelión carece de efectos jurídicos"¹⁰¹⁸. Fontan Balestra afirma que "...juega un papel preponderante el hecho de que el delito queda consumado con la acción de alzarse en armas con esos propósitos, sin que se requiera que los fines propuestos hayan sido logrados"¹⁰¹⁹. Los profesores Breglia Arias / Gauna sostienen que en "...el momento del *alzamiento* ya hay consumación. La conspiración puede interpretarse como la tentativa de rebelión. Y de hecho así lo han formulado algunos autores. Pero en puridad conceptual, siendo que la conspiración se pune automáticamente siempre que no se haya pasado a la etapa ejecutiva de la rebelión, resulta mayor considerarla acto preparatorio de este último. En definitiva, no hay tentativa de rebelión"¹⁰²⁰. Por su parte, Estrella / Godoy Lemos expresan que: "...juega un papel preponderante el hecho de que el delito queda consumado con la acción de alzarse en armas con esos propósitos, sin que se requiera que los fines propuestos hayan sido logrados. Lo que la ley reprime es el levantamiento en armas, para lograr ese propósito. Es decir, que, de una parte, no es suficiente la organización si no hay actos de alzamientos realizados con determinado fin, y de otra, producidos tales actos, el logro de la finalidad perseguida no modifica la adecuación típica"¹⁰²¹. Por su parte, D'allessio / Divito anota que "El delito se consuma con el alzamiento, sin que

1017 CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte especial*, T. II, 1997, p. 177.

1018 DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho penal. Parte especial*, T. II-C, Santa Fe-Buenos Aires, 2004, p. 445.

1019 FONTAN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho penal*, T. VII, Parte especial (actualizado por Guillermo Ledesma), Buenos Aires, 1993, p. 113.

1020 BREGLIA ARIAS, Omar / GAUNA, Omar R.; *Código Penal y leyes complementarias*, 2, Buenos Aires, 2003, p. 526.

1021 ESTRELLA / GODOY LEMOS; 2000, p. 281.

sea necesario que se logre alguna de las finalidades propuestos”¹⁰²². En este punto habrá que mencionar que los profesores argentinos Piotti / Fernández sostienen una verdad en cuanto al delito de rebelión, que vale la pena señalar enfáticamente: “Durante muchos años, la doctrina y la jurisprudencia consideraron que la ‘rebelión’ era un delito instantáneo que se consumaba con el mero alzamiento armado con total prescindencia del alcance de los objetivos fijados y del asentimiento de terceros”¹⁰²³. Asimismo, Spinka enseña: “En lo que atañe a la consumación del delito, hay absoluto acuerdo que, como ya se adelantara, ello ocurre tan pronto se produce el alzamiento, momento en el cual ya deben estar presentes algunas de las finalidades que, como elementos subjetivos, estructuran el tipo”¹⁰²⁴.

En las siguientes líneas nos ubicaremos a nivel de derecho comparado, en la cual citaremos en primer lugar la legislación penal de España y luego los exegetas que comentan dichas normas, en segundo lugar, haremos lo mismo con la legislación argentina; y nos daremos cuenta rápidamente que dichos artículos tienen igual redacción con el artículo 346 del Código Penal peruano, es decir, el resultado final es que dicho delito en cuanto a su estructura típica es de consumación instantánea.

3.3. El Código Penal español de 1944

a. Descripción legal

Artículo 214: Son reos de rebelión los que se alzaren públicamente y en abierta hostilidad contra el Gobierno para cualquiera de los fines siguientes:

1. Destituir el Jefe del Estado u obligarle a ejecutar un acto contrario a su voluntad.
2. Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos en todo el territorio de la Nación.
3. Disolver las Cortes o impedir que se reúnan o deliberen, o arrancarles alguna resolución.
4. Sustraer la Nación o parte de ella o algún Cuerpo de tropa, o cualquiera otra clase de fuerza armada, a la obediencia del Gobierno.
5. Usar y ejercer por sí o despojar a los Ministros de sus facultades o impedirles o coartarles su libre elección.

1022 D'ALLESSIO, Andrés José (Dir.) y DIVITO, Mauro A (Coord.); Código Penal. Comentado y anotado. Parte especial, Buenos Aires, 2004, p. 733.

1023 PIOTTI, Alberto Daniel / FERNÁNDEZ, Alberto; “Atentados al orden constitucional y a la vida democrática (Reformas introducidas por la Ley 23.077)”, en La Ley 1985-A, Buenos Aires, p. 925 y 926.

1024 SPINKA, Roberto; “Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional”, en VV AA, Estudios de las figuras delictivas, Córdoba, 1995, p. 368.

b. Exposición doctrinal

Así, Córdoba Roda decía que: “La rebelión se consuma en virtud de la perpetración del alzamiento dirigido a alguno de los fines enumerados en el presente artículo, sin necesidad de que el indicado propósito haya alcanzado una realización efectiva”¹⁰²⁵. Por su parte, Rodríguez Devesa opinaba que: “Con arreglo a la *communis opinio*, la consumación se produce con el alzamiento, si ser necesario que los rebeldes alcancen los fines que se proponen. Es un delito de resultado cortado, en el que la consumación objetiva se anticipa, por razones de política criminal, a la subjetiva. Se trata, pues, de un delito instantáneo”¹⁰²⁶.

Asimismo, Bustos Ramírez refiere que: “Este delito se consuma por el solo hecho del alzamiento, no es necesario que se realice la finalidad propuesta (se trata de los llamados delitos de resultado cortado)”¹⁰²⁷. Por su parte, el profesor de la Universidad Castilla-La Mancha García Rivas opina que: “En el trasfondo de tales contradicciones emerge la preocupación constante por destacar que el tipo del art. 214 CP no exige, para su consumación, que el autor, o mejor los autores, consigan efectivamente alguno de los fines que aparecen en el precepto; por ello, se insiste en que ‘basta el alzamiento’ para que quede consumado el delito. La consumación se produce, dice Rodríguez Devesa, con el alzamiento, sin ser necesario que los rebeldes alcancen los fines que se proponen. La toma de posición en torno a la imposibilidad lógica de la tentativa de rebelión, es una constante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. De ello se deduce que bastaría la mera actividad consistente en un alzamiento público para la consumación delictiva, ya que, con ello, como afirma Groizard, ‘el delito en relación a su objetividad jurídica está completo’, por lo que se trata de un delito formal”¹⁰²⁸. El profesor Vives Anton ha dicho que: “Desde el punto de vista del contenido de injusto, se trata de un delito de resultado cortado, en el que la consumación formal se adelanta al momento de la simple puesta en peligro del bien jurídico por razones obvias, pues la lesión entrañaría el triunfo de los rebeldes y la imposibilidad de castigarlos”¹⁰²⁹.

3.4. El actual Código Penal español de 1995

a. Descripción legal

Artículo 472: Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes:

- 1025 CORDOBA RODA, Juan; *Comentarios al Código Penal*, T. III, Barcelona-Caracas-México, 1978, p. 424.
- 1026 RODRIGUEZ DEVESA, José María; *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1988, p. 842.
- 1027 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Manual de Derecho penal*, Barcelona 1986, p. p. 479.
- 1028 GARCÍA RIVAS, Nicolás; *La rebelión militar en Derecho penal (la conducta punible en el delito de rebelión)*, Ciudad Real, 1990, p. 143.
- 1029 VIVES ANTON, Tomas; “Capítulo VIII: Delitos contra la seguridad interior del Estado (continuación): Rebelión, Sedición”, en: AA VV, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993, p. 126.

1. Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.
2. Destituir o despojar en todo o parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o al Regente o miembros de la regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.
3. Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.
4. Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnen, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias.
5. Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.
6. Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarle su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.
7. Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno”.

b. Exposición doctrinal

En literatura española, podemos mencionar a Cuello Contreras que dice lo siguiente: “Algunos delitos, como la rebelión (art. 475), no se acomodan bien a la típica estructura: tentativa, consumación, desistimiento de la tentativa, que evite la consumación, ya que el legislador equipara conductas que con el concepto convencional son de tentativa a la consumación. Así, mientras que el art. 472 considera consumada la rebelión desde el momento desde el momento en que se produzca el alzamiento violento y público...”¹⁰³⁰. Asimismo, el profesor de la Universidad Pablo de Olavide Muñoz Conde sostiene que: “...la rebelión es un delito de consumación anticipada, por lo que se consuma con el mero alzamiento, no siendo necesario que los rebeldes consigan sus fines, pues si lo consiguen ya no serán rebeldes sino poder fáctico, aunque viciado en su origen”¹⁰³¹. Por su parte, Calderón Cerezo, A. / Choclán Montalvo, J. A., opinan que: “La consumación no

CAP. XXVI

1030 CUELLO CONTRERAS, Joaquín; *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general. Nociones introductorias*. Teoría del delito, 1, Madrid, 1996, p. 425

1031 MUÑOZ CÓNDE, Francisco; *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1999, p. 684

requiere de la producción de ningún resultado, que consista en la obtención del propósito perseguido por los autores de derrocar a las Autoridades legítimas. Se trata de un delito de actividad y de consumación anticipada (delito de tendencia y de resultado cortado), en que el legislador adelanta las barreras de protección por evidentes razones de política criminal y ante la dificultad de reprimir las rebeliones seguidas de éxito”¹⁰³².

La construcción típica del Código Penal español es un “tipo de mera actividad”, en la que solo se consume con el inicio del alzamiento en armas. Así, lo ha entendido la doctrina. Al respecto, los profesores españoles Calderon Cerezo, A. / Choclán Montalvo afirman que: la consumación no requiere de la producción de ningún resultado, que consiste en la obtención del propósito perseguido por los autores de derrocar a las autoridades legítimas. Se trata de un delito de actividad y de consumación anticipada (delito de tendencia y de resultado cortado), en que el legislador adelanta las barreras de protección por evidentes razones de política criminal”¹⁰³³ Por su parte, Gonzales Rus sostiene que: “Para la consumación basta con el alzamiento dirigido a la consecución de alguno de esos objetivos. Es un delito de resultado cortado en el que, lógicamente, la perfección delictiva se ha anticipado a un momento anterior al del logro de los fines propuestos, pues si los mismos fueron alcanzados la experiencia demuestra que los rebeldes pasarían a ser automáticamente heroicos patriotas y los vencidos traidores al ‘legítimo’ orden jurídico y político triunfante”¹⁰³⁴. Siguiendo la misma tendencia, Tamarit Sumalla opina que: “La rebelión se configura como delito de consumación anticipada, en la modalidad conocida doctrinalmente como delito de resultado cortado, cuya consumación se produce sin necesidad de que en el plano objetivo se haya materializado el propósito último de los autores. El adelantamiento de la barrera de protección obedece a razones fácilmente comprensibles, pues siendo la pretensión de los rebeldes la subversión del orden constitucional, el triunfo de la rebelión conllevaría la imposibilidad de que los mismos sean juzgados con arreglo al orden institucional depuesto”¹⁰³⁵. Por último, Vives Antón y Carbonell Mateu sostienen que: “Desde el punto de vista del contenido de injusto, se trata de un delito de resultado cortado en el que la consumación formal se adelanta al momento de la simple puesta en peligro del bien jurídico por razones obvias, pues la lesión entrañaría el triunfo de los rebeldes y la imposibilidad de castigarlos”¹⁰³⁶.

En nuestra legislación peruana, podemos citar a García Navarro que textualmente dice lo siguiente: “Para la consumación formal de la rebelión solo se requiere que un grupo de individuos que se alzen en armas guiados por cualquiera de los

1032 CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; *Derecho penal. Parte especial, T. II*, Barcelona, 2001, p. 573.

1033 CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 573.

1034 GONZALES RUS, Juan José; “*Delitos contra la Constitución. Rebelión*”, en: Cobo del Rosal, Manuel (Dir.) *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid-Barcelona, 2000, p. 909.

1035 TAMARIT SUMALLA, José María; en Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.) Morales Prats, Fermín (Coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Pamplona, 1999, p. 1408.

1036 VIVES ANTÓN / CARBONELL MATEU, en: AA VV, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1999, p. 802.

finés típicos sin necesidad de que se concreten (delito de resultado cortado: la consumación objetiva se anticipa a la subjetiva, por razones de política criminal). El adelantamiento de la barrera de protección se debe a cuestiones comprensibles, ya que siendo la pretensión de los rebeldes la variación de la forma de gobierno, deposición de un gobierno legalmente constituido o supresión o modificación del orden constitucional, el triunfo de la rebelión (agotamiento) conllevará la imposibilidad de que estos sean sancionados por un nuevo orden constitucional u otro gobierno en la que lo consideran como héroes políticos. Por consiguiente, se trata de un delito de actividad sin exigir la concreción de fines típicos”¹⁰³⁷.

La tipificación del delito de rebelión —en el derecho peruano— solo sanciona a aquellas conductas que se **“alcen en armas”** y no a quienes hayan, por ejemplo, **“aceptado”** cargos públicos o quienes hayan “firmado” normas jurídicas durante el ejercicio de sus funciones. Para comprender la dimensión del problema, pondremos un ejemplo muy simple: es como pretender sancionar la consumación o perfeccionamiento típico del delito de homicidio doloso (art. 106 Código Penal) recién cuando el sujeto activo, por ejemplo, entierra a su víctima en una tumba días después de producida la muerte, y no cuando dicho sujeto le dio el último golpe mortal a su víctima.

Al respecto debemos citar la Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, Exp. N.º 13-2004-A-V, que ha dicho en relación a este tema lo siguiente: “E. Otro de los puntos importantes a dilucidar lo constituye: el momento consumativo en el delito de rebelión. En atención a la modalidad del ataque al bien jurídico, en la práctica y en la doctrina existe unanimidad en diferenciar los ilícitos como: delitos de lesión y delitos de peligro; respecto de los primeros, el tipo requiere la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico para su consumación; en los segundos, es suficiente con el peligro para el bien jurídico protegido, con la amenaza del mismo —marco en el que tiene que concentrarse nuestro análisis en virtud de considerar al delito de rebelión como delito de peligro—. e.1. Siendo el delito de rebelión, un tipo legal de peligro pero de manera indirecta, toda vez que en este tipo legal la alusión al peligro fluye —y ahí reside la referencia indirecta— de la caracterización de la rebelión como un delito de resultado cortado, desde el punto de vista del contenido del injusto, en el que la consumación formal se adelanta al momento de la simple puesta en peligro del bien jurídico [Vives Antón y Carbonell Mateu, *Delitos contra la Constitución*. Rebelión, p. 985]. Por otra parte, es de señalar que “claro está que en esta clase de delitos la ley se empeña en alcanzar el hecho en sus etapas preparatorias y de tentativa ya que en muchos casos la consumación puede representar la destrucción de la ley misma” [*Delito de rebelión: Sebastián Soler*. Derecho Penal Argentino; T. V, Tipográfica Editora Argentina – Buenos Aires, 1963, p. 69], de modo, que la consumación anticipada encuentra razones justificadas en orden a la postura político criminal del legislador, se trata de una decisión forzada de este, puesto que si se espera la consecución de dichos fines por parte de los

1037 GARCÍA NAVARRO, Edward; “El Derecho penal político y un breve estudio típico de la rebelión y sedición”, en *Actualidad Jurídica*, T. 157, diciembre 2006, p. 287

“rebeldes” para considerar consumado el hecho, es muy probable que este no se sancione, debido a la probabilidad del éxito”.

En efecto, la Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, Exp. N.º 13-2004-A-V, ha dicho en relación a este tema lo siguiente: “e.2. Sin embargo, la forma como está estructurado el delito de rebelión resulta ser singular ya que si bien, al tratarse de un delito de resultado cortado, en el que, como ya se explicó, su vertiente subjetiva va más allá de la objetiva o, mejor dicho, no se requiere la obtención de cualquiera de los fines previstos en el artículo 347 del Código Penal para que se considere consumado; al quedar consumado con la simple conducta desplegada –alzarse en armas– no requiere un resultado en el mundo exterior distinto de la propia conducta, por consiguiente no requiere lograrse el objetivo de deponer el gobierno, es decir, el éxito de la rebelión; que a diferencia de otros delitos de lesión o de resultado requieren la efectiva lesión del bien jurídico o su destrucción para su consumación, sin embargo, un aspecto que no puede omitirse es la circunstancia de que luego de efectuarse el ‘alzamiento’ surge una situación antijurídica de cierta duración, vale decir ‘el lapso de la consumación’”.

En efecto, la Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, Exp. N.º 13-2004-A-V, ha dicho en relación a este tema lo siguiente: “F. Respecto de: ‘cuanto dura el lapso de consumación del delito de rebelión’, consideramos necesario previamente señalar, que existe un sector importante de la doctrina, que en función a su consumación divide las infracciones penales en delitos instantáneos, permanentes y de estado; puesto que la consumación determina la aparición de un estado antijurídico de cierta duración –delitos permanentes y delitos de estado– o no –delitos instantáneos–. f.1. En esa línea, la doctrina señala que en los tipos penales permanentes la consumación crea una situación antijurídica cuya duración depende de la voluntad del autor –por ejemplo las detenciones ilegales o los delitos de secuestro–; en este caso los delitos se siguen consumando hasta que se abandone la situación antijurídica; ahora, si bien en los tipos penales de estado también se crea una situación antijurídica con la consumación, esta última termina con la desaparición del estado antijurídico, ya que el tipo penal solo describe la producción del estado, pero no su mantenimiento; y finalmente, en los delitos instantáneos la conducta se consuma en el instante en que se produce el resultado previsto en el tipo legal, sin dar lugar a una situación antijurídica duradera –por ejemplo el delito de homicidio–, en este mismo sentido Mir Puig. [Derecho Penal, Parte General 7ª edición, p. 228] señala que la distinción entre estas tres clases de delitos importa siempre que la ley asigne efectos al momento de la consumación: la prescripción, la actualidad de la legítima defensa, el tiempo del delito y el deslinde de complicidad y encubrimiento –para el presente caso, esta triple distinción cobra importancia a efectos de analizar la participación delictiva, en el delito materia de juzgamiento–”.

En efecto, la Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, Exp. N.º 13-2004-A-V, ha dicho en relación a este tema lo siguiente: “G. Es un sector de la doctrina como en la jurisprudencia que se sostiene que la rebelión sería, al mismo tiempo, un delito

CAP. XXV

permanente e instantáneo –no es de recibo para nosotros la tesis de autores como García Rivas quien lo considera contradictorio–, tesis que más bien es respaldada por Rodríguez Devesa cuando afirma que a ‘efectos de la participación interesa destacar que la naturaleza de la acción hace que el hecho sea una permanencia relativa’ [Rodríguez Devesa. *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª edición, revisada y puesta al día por Serrano Gómez, A., Madrid, Dykinson, Madrid 1988, p. 842], no niega que la ‘rebelión común era [es] un delito instantáneo, explica [cando] que la permanencia no está incorporada al tipo, pero que el cese del resultado antijurídico depende de la voluntad de los alzados (...)’, para validar su posición subdivide los delitos permanente en dos grupos, el primero corresponde a los delitos de permanencia absoluta, en los que está incorporada al tipo penal la creación de un estado antijurídico, cuya cesación depende de la voluntad del autor; y el segundo grupo está formado por los delitos de permanencia relativa, en los que la situación antijurídica de cierta duración no está incorporada en el tipo penal [Rodríguez Devesa. *Derecho Penal. Parte Especial*, 10 edición, revisada y puesta al día por Serrano Gómez, A., Madrid, Dykinson. Comparten esta subdivisión Octavio De Toledo, E. y Huerta Tocildo, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2 edición, p. 162 – 163], es similar la postura de Montull Lavilla, al sostener que el delito de rebelión es: “un delito instantáneo en cuanto a su consumación”, aunque, reconociendo que crea un estado antijurídico cuya cesación depende de la voluntad de los alzados, y seguidamente afirma que “es forzoso concluir que (...) debe ser calificado de permanente (...)” y agrega “al no hallarse tal circunstancia –de la continuada lesión del bien jurídico– incorporada como esencial al tipo de injusto, la permanencia no pasa de ser meramente relativa; además se trata de un delito permanente, pero solo de un modo eventual, ya que de suyo, no comporta necesariamente un tal continuado estado antijurídico más allá de la perfección consumativa” [Montull Lavilla, E.: “Delito de rebelión en tiempo de guerra”, página 926 y nota 60]; y, asimismo, Hernández Hernández afirma que: “es instantáneo en cuanto a su consumación, sin que obste a ello que se pueda apreciar su permanencia en tanto y cuando dure el alzamiento público, con la posibilidad de incorporación a la rebelión de personas diferentes a las que la iniciaron” [Hernández Hernández, R.: *Delitos contra la Constitución. Rebelión*, cit., p. 4413]. g.1. A fin de fijar postura para efectos de analizar la participación delictiva de los imputados en la presente causa penal, es de estimar que la clasificación antes señalada resulta razonable para ser tomada como punto de partida, así como para determinar si es posible que un delito instantáneo sea al mismo tiempo permanente, vale decir, la posibilidad de que un mismo problema pueda ser analizado desde dos enfoques, el primer enfoque corresponde al papel que desempeña el ‘alzamiento’ rebelde en la consumación, no siendo preciso que los rebeldes destruyan o alteren el ‘ordenamiento constitucional democrático’ para que el delito quede consumado; y el segundo enfoque, la determinación del momento consumativo en la forma arriba expuesta no sería obstáculo para constatar que una vez producido el acto de ‘alzarse’ para lograr ciertos ‘fines’ tiene, por mínima que sea, una cierta duración –en el presente caso aproximadamente una semana–, pues siempre mediará un lapso entre, la realización del acto ‘alzarse’ y, por otro, el fracaso o el triunfo de la rebelión, en consecuencia, este enfoque referido a la duración de la conducta típica es lo que

sustenta la inclusión de la rebelión en la categoría de los tipos penales permanentes; esto permite afirmar a su vez, que las conductas penales que se lleven a cabo durante el alzamiento tienen relevancia penal”.

Siguiendo el argumento antes esgrimido, decimos que debe entenderse que un alzamiento idóneo realiza de forma instantánea el tipo penal previsto en el artículo 347 del Código Penal, siendo ello suficiente para hablar del delito de rebelión, ya que como se dijo anteriormente, el Código adelanta la consumación a la puesta en peligro del bien jurídico; ahora bien, la duración de la conducta de alzarse en armas permite hablar al menos de un cierto menoscabo para el interés tutelado que, si bien no es exigido por el tipo penal, al prolongarse en el tiempo da una base para la punición de los actos que, aunque en sí mismos no son alzamiento, si suponen una adhesión o un apoyo o un sostén al mismo.

IV. SOBRE EL *ITER CRIMINIS* EN LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN CONSTITUCIONAL Y LOS PODERES DEL ESTADO. ESPECIAL MENCIÓN AL DELITO DE REBELIÓN O “ATENTADO CONTRA LA VIDA DEMOCRÁTICA”

En cuanto al *iter criminis* que recorre los delitos contra el “Orden constitucional y los Poderes del Estado”, se tiene que tener en consideración que los actos preparatorios si bien son impunes; al menos en estos delitos, la preparación delictiva sí constituye una tipificación autónoma, cual es el delito de conspiración, que está reprimido tanto en el derecho argentino como en el peruano. Así, se ha pronunciado la jurisprudencia argentina en los siguientes términos: “La actividad preparatoria de este delito, constituye conspiración; se organiza, se reclutan adeptos, se hacen los planes, se reconocen los terrenos, etc., esperando la oportunidad para su ejecución o consumación” ¹⁰³⁸.

Con relación a los delitos contra “los Poderes del Estado y el orden constitucional” y específicamente si tenemos en cuenta el delito de rebelión es resultado de lo siguiente: el delito de conspiración (349 CP) resulta ser un acto preparatorio del delito de rebelión (346 CP), y por tanto, el objetivo del proceso de desarrollo del delito donde se protege el bien jurídico los “Poderes del Estado y el Orden Constitucional” en el derecho peruano resulta criminalizar desde *etapas anteriores* a la ejecución del delito de rebelión (conspiración), *mas no en etapas posteriores* de la rebelión, pues este se consuma con el mero “alzamiento de armas”. No hay en el Código Penal peruano un tipo penal específico que criminalice los efectos (permanentes) del delito de rebelión como sí lo hay, por ejemplo, en el derecho argentino (art. 227 *bis* CP argentino). De manera tal que la criminalización del delito de rebelión comienza a construirse desde la conspiración, es decir, hacia atrás y no hacia adelante, ya que existe una laguna de punibilidad que criminalice los efectos que pudiera acarrear el triunfo de la rebelión.

CAP. XXV

¹⁰³⁸ Cámara Federal, Tucumán, noviembre 29-967, “Méndez, Federico E. y otros” (Extraída de La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 323).

El adherirse a una visión de esquema de progresidad delictiva en función al bien jurídico, ayuda a la búsqueda de responsabilidades (o irresponsables) en materia de autoría y participación criminal. Aquí habría que considerar que si el legislador ha creído conveniente tipificar como delito autónomo un acto preparatorio. Los delitos de rebelión son considerados delitos programáticos, en la medida en que son delitos calculables en la forma y en el tiempo de su comisión. De manera que no puede pensarse en un acto de rebelión si es que no existe previamente un delito de planificación y estrategia, con cual se estaría configurando un “delito de conspiración para cometer rebelión” (art...) ¹⁰³⁹. Resulta impensable, entonces, consumir una rebelión si es que no se ha hecho con la debida anticipación.

V. LA PENA DE EXPATRIACIÓN EN EL DELITO DE REBELIÓN

En efecto, la Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, Exp. N.º 13-2004-A-V, ha dicho en relación a este tema lo siguiente: “A. El delito de rebelión en su artículo 346, expresa en su última parte, respecto de la pena a imponerse a los autores de este delito, indicando que además de la pena privativa de libertad, se impondrá la pena expatriación –como pena principal–. B. Ahora bien, este Colegiado estima que tal disposición colisiona con la garantía constitucional de humanidad de la pena –principio– prevista en el literal h), inciso veinticuatro del artículo dos de la

Constitución Política del Estado y el artículo ocho del Título Preliminar del Código Penal; que, en efecto, dichas garantías operan frente al legislador impidiendo que puedan construir pena que lindan con marcos de proporcionalidad (abstracta) y la racionalidad de la lesión del bien jurídico, si bien, siempre es justificado desde

1039 Por ejemplo: deponer o extinguir un régimen constitucional implica una sumatoria de actos muchas veces violentistas. En consecuencia, puede existir un delito de conspiración sin delito de rebelión, pero será imposible que exista un delito de rebelión sin el delito de conspiración, precisamente por su carácter..... En una anterior al delito de rebelión puede ubicarse en el art. 350 del Código Penal. Así, el que seduce a tropas, o el que usurpa al mando de las milicias, el mando de un buque o aeronave de guerra o de una plaza fuerte o puesto de guardia, o retiene ilegalmente un mando político o militar con el fin de cometer rebelión, sedición o motín. En la p. 57 de la acusación fiscal, en el punto 4, se dice: “Es así, como en el mes de noviembre de 1991, Alberto Fujimori Fujimori tomó la decisión de romper el orden constitucional, mediante un golpe de Estado, ejecutando a partir de dicha fecha un conjunto de acciones, en diferentes niveles y sectores, para la materialización del alzamiento armado que había él dictado”. En la acusación fiscal, p. 59, punto 9, se dice: “En enero de 1992, el General Hermosa Ríos, fue designado como Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, mes en el cual se reunió con Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos, quienes le expresaron su decisión de tomar medidas extremas, como cerrar el congreso, es así, como se le encomendó inicialmente la labor de viajar a las diferentes regiones militares, para reconocer a los jefes de las regiones militares”.

En la acusación fiscal, en el punto 22, p. 17 “La ejecución de estos acontecimientos, nos permiten sostener con fundamento, que la ruptura del sistema democrático, no fue una medida imprevista o impulsiva, dispuesta por ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI, y un grupo de altos jefes militares, sino que fue un hecho premeditado, planificado hasta el más mínimo detalle con varios meses de anticipación, con la debida antelación, siguiendo un modelo de operación y maniobra militar, acciones que se comenzaron a ejecutar materialmente a partir del 08 de noviembre de 1991, con la dación del decreto Legislativo N.º 752”.

el punto de vista político criminal, la creación de penas tienen sus límites y estos entre otros pueden ser, la lesión del bien jurídico, la proporcionalidad del daño que causa, y el criterio de humanidad de las consecuencias jurídicas.

En efecto, la Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, Exp. N.º 13-2004-A-V, ha dicho en relación a este tema lo siguiente: “F. La pena de expatriación es excesiva e incluso inhumana, en consecuencia, inconstitucional para nuestro sistema legal; pues conforme a nuestra Constitución política de 1993 en el artículo 44, estipula que uno de sus deberes primordiales del Estado: garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos (...); resultando solo justificable sin contradicción de normas cuando las penas restrictivas de la libertad están justificadas en el deber del Estado de defender la soberanía, expulsa del territorio a los extranjeros que afecten la seguridad del Estado o de la Colectividad de manera grave –conforme el criterio de objetividad; fundada y razonable, juicio de valor aceptables–. G. Acota a los argumentos lo preceptuado en el numeral 22 del artículo 139 del texto Constitucional, que señala “el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, por lo que no puede haber contradicciones ni inaplicaciones de los preceptos constitucionales, y menos salidas político-criminales a situaciones que violan principios fundamentales de las personas; que el profesor doctor Felipe Villavicencio al referirse a las penas restrictivas de libertad indica que lo decisivo para el rechazo de estas penas se encuentra en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución cuando declara que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, reincorporación y rehabilitación del penado a la sociedad [Villavicencio, Felipe: “Lecciones de Derecho Penal”, editorial Cultural Cuzco, Lima-Perú 1990, p. 42], que el fin de la pena no se cumpliría y siendo un concepto preventivo-especial es inocuizante, además de ilegítimo por alejarse de sus criterios legitimadores; que, ya los anteproyectos posteriores al Código Penal de 1991, en especial el actual anteproyecto del Código Penal de 2004, que en sección II, referido a las penas restrictivas de libertad señala solo a la expulsión del país –artículo treinta– y se aplica solo cuando se trata de extranjeros y después de cumplida la pena principal; dando un cierto correctivo de acuerdo con las normas supranacionales, ya que se saca de la lista a la expatriación tratándose de nacionales. H. Esta pena en el presente caso no con sus dos fines: preventivo; al evitar o neutralizar la peligrosidad del condenado –que no se da en el presente caso y menos resulta proporcional–; y, victimológico, al ahorrar a la víctima o su familia el sufrimiento o afrenta que conlleva la presencia del imputado en su lugar de residencia –pues es el caso en materia–, que la finalidad tuitiva de esta pena para la víctima y su familia, da una naturaleza diferente a la del antiguo destierro. [Berdugo Gomez de la Torre, Ignacio y Otros, Lecciones de Derecho Parte General, Editorial Praxis, 2 ed. Barcelona 1999, p. 358]. I. Por lo expuesto la pena de expatriación para nacionales, es inconstitucional por vulnerar la garantía de igualdad jurídica y el derecho a no ser expulsado del país natal; que, en consecuencia, existiendo para el caso concreto una evidente incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal, en uso de la atribución del control difuso establecido por el artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política

del Estado, debe resolverse con arreglo a la norma de mayor rango y, por tanto, aplicar plenamente, sin excepciones irrazonables, la pena privativa de libertad y no la expatriación en los delitos de rebelión previstos en la última parte del artículo 346 del Código Penal; que, en tal virtud, resulta pertinente proceder de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dispone la consulta de esta específica decisión a la Sala Constitucional y Social de este Supremo Tribunal”.

VI. LOS LÍMITES DE LA CONDUCTA TÍPICA EN LA REBELIÓN ¿ES UN DELITO DE LOS “DERROTADOS” O DE LOS “TRIUNFADORES”¹⁰⁴⁰

El delito de rebelión se encuentra, en el Código Penal peruano, ubicado en el Título XVI “Delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional”. Específicamente se encuentra tipificado en el artículo 346 Código Penal en los términos siguientes:

“Artículo 346.- Rebelión

El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años”.

(Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 29460, publicada el 27 noviembre 2009)

Por su parte, el Código Penal del 1924 también sancionaba el delito de rebelión (artículo 302)¹⁰⁴¹; era una redacción mucho más completa que en el actual Código Penal de 1991. En el reciente Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N 961, publicado el 11-01-2006) se sanciona el delito de rebelión del personal militar policial, en el artículo 68 en los siguientes términos: “Comete delito de rebelión el personal militar policial que en forma colectiva, se alza en armas para:

1. Alterar o suprimir el régimen constitucional.

1040 El presente estudio ya fue publicado con el mismo título en la Revista Mensual “Actualidad Jurídica” de Gaceta Jurídica.

1041 Dicho artículo decía lo siguiente: “Será reprimido con expatriación o con prisión no mayor de cinco años, el que se alzare en armas para variar la forma de gobierno, o deponer al gobierno constituido, o arrancarle alguna medida o concesión, o impedir la reunión del Congreso, o disolverlo, o reformar las instituciones vigentes por medios violentos o ilegales, o impedir que las Cámaras funcionen libremente, o que se practiquen las elecciones presidenciales o de renovación parlamentaria, o sustraer a la obediencia del Gobierno algún departamento o provincia o parte de la fuerza armada terrestre, naval o aérea, o investirse de autoridad o facultades que no se hubiese obtenido legalmente”.

2. Impedir la formación, funcionamiento o renovación de las instituciones fundamentales del Estado.
3. Separar una parte del territorio de la República.
4. Sustraer a la obediencia del Gobierno a un grupo, fuerza o parte de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional

Será reprimido con pena privativa de libertad de cinco a quince años, con la pena accesoria de inhabilitación”.

El derecho peruano a través del Código Penal sanciona los actos en contra del Estado Constitucional de Derecho. Lo que hace el Derecho penal es proteger lo que en el Derecho constitucional y en la Teoría del Estado se venía gestando como un apotegma universal en cuanto a la forma de gobierno: “Estado Constitucional de Derecho”. A través de los delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional se busca en definitiva tutelar el interés del Estado con el fin de preservar la defensa de su personalidad interna contra los actos que tiendan a subvertir el orden jurídico e institucional vigente. Y es aquí donde está el contenido político-social que encierra el delito de rebelión. Muchas personas no podrán estar de acuerdo con la división de poderes del Estado, con el sistema presidencialista y republicano de gobierno, pero es por la que ha optado el Perú, y como lo hace un gran número de países. Lo que debe quedar claro es que existe previamente un plan o diseño en la estructura del Estado, en el cual los ciudadanos deben respetar el Estado Social y Democrático de Derecho, el cual es una estructura jurídica, nos guste o no, forma parte de las naciones más civilizadas en el orbe; pero si hay sujetos que no están de acuerdo con el ejercicio democrático y la separación de poderes, debe allanarse a tal estructura, ya que si intenta cambiar dicho régimen, será considerado “rebelde” y sancionado penalmente. En este sentido, en el Derecho penal argentino debe destacarse el objetivo de la Ley N.º 23.077 (denominada “Ley de Defensa de la Democracia”) que modifica algunos artículos del Código penal, entre ellos el delito de rebelión. La finalidad de la aludida ley era punir de manera severa y rápida la sublevación militar, es decir, los motines, rebeliones y asonadas que interrumpieron constantemente la vida política argentina. La Exposición de Motivos de dicha Ley dice, en la parte pertinente, lo siguiente: “...la tentativa de desconocer la voluntad del pueblo, violando lo dispuesto en la Constitución Nacional para la designación de autoridades y la sanción de normas, constituye uno de los más graves crímenes que pueden cometerse contra los derechos de los individuos y los intereses del país”.

Como hemos dicho, el delito de rebelión tiene un alto contenido político, ya que la afectación al bien jurídico es de carácter institucional. Una institución como el Estado, en la cual lo componemos todos quienes vivimos dentro de él. El “rebelde” tiene como objetivo el cambio, ya sea temporal o permanente, del régimen de gobierno; por eso llama la atención de que existan Códigos penales que todavía comiencen en su Parte Especial la protección de intereses institucionales que los personales. En el sentido que se proteja desde el “saque” de la Parte Especial al Estado y no a las personas. Resulta una metodología legislativa que en los últimos años ha decaído ya que la razón de ser de todo Estado es precisamente la protección de la persona humana y su dignidad.

En líneas generales el delito de rebelión se caracteriza por un alzamiento armado – faz objetiva – y por un especial elemento subjetivo, que es el fin por el cual se toman las armas. Por esto es que el único elemento para tener principio de ejecución es el objetivo, y este consiste en comenzar a tomar las armas. Así las cosas, la estructura típica en comentario se basa en el verbo rector “*alzarse*” en armas. Esta expresión proviene del derecho español, que supone un movimiento militar más o menos organizado de personas que disponen de armas. Este verbo rector también ha sido considerado en el Código Penal colombiano, en el artículo 125 (Modificado por el Decreto N.º 2266 de 1991) que dice: “Los que mediante empleo de las **armas** pretenden derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente...”; así también en el Código Penal chileno, en el artículo 121 dice: “Los que se **alzaren a mano armada** contra el Gobierno legalmente constituido con el objeto de promover la guerra civil...”. El Código Penal de Panamá, a través de los delitos contra la personalidad jurídica interna del Estado, (art. 301) señala: “Los que promueven o dirijan un **alzamiento en armas** para derrocar el gobierno nacional legalmente constituido, o para cambiar violentamente la Constitución Política”. La única forma de operar el artículo 346 del Código Penal es mediante el “alzamiento armado”, no existe otra variante conductual en dicho tipo penal. Salvo que dijese el propio tipo penal algo así como: “El que se alzare en armas u **otra forma análoga...**”, donde sí se podría interpretar que el legislador peruano no se contenta solo con el “alzamiento en armas” y criminaliza otros supuestos comisivos siempre que tenga algún tipo de similitud castrense o militar para variar, deponer o suprimir el orden constitucional o los Poderes del Estado. La frase “...u **otra forma análoga**” efectivamente está incluida en otros delitos de la Parte Especial, como en la estafa, la violación sexual, algunos delitos de corrupción de funciones, etc.

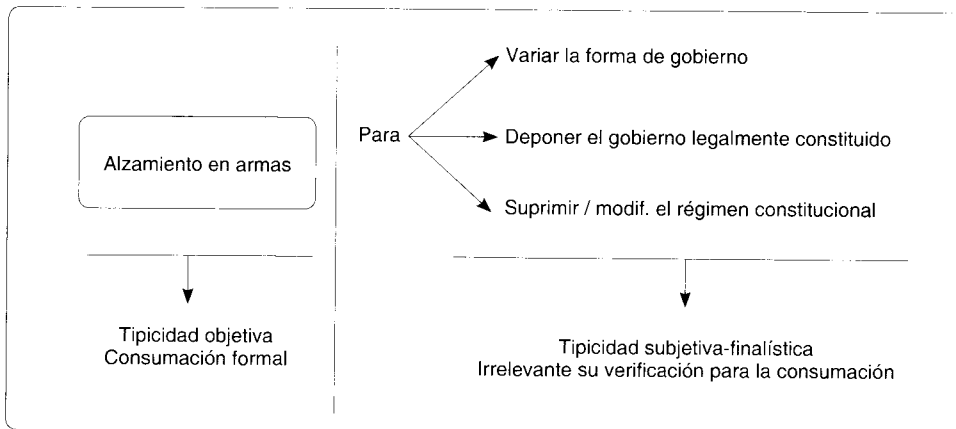
En el delito de rebelión del art. 346 en la versión peruana, se destaca dos características: se trata de un **tipo plurisubjetivo** y a la vez **monoconductual**. Es pluri-subjetivo porque necesariamente tiene que tener, para cambiar el régimen constitucional, la participación o colaboración de otras personas para lograr las finalidades típicas. Además, se trata de un delito mono-conductual o mono-subsistente porque el tipo penal 346 reprime solo una forma típica por la cual se puede lograr la finalidad de cambiar el régimen constitucional: el “alzamiento en armas”; no podrá hacerse mediante amenaza o violencia por ejemplo. El artículo 346 del Código Penal no es un tipo plurisubsistente o pluriconductual como sucede, por ejemplo, con el delito de tráfico de influencias (art. 400 Código Penal) que se necesita primero: invocar influencias reales o simuladas, segundo: dar o prometer para sí o para tercero los medios corruptores; tercero: para interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo el caso.

La acción descrita en el tipo penal permite definir a la rebelión como un delito de resultado cortado, es decir, la consumación de la rebelión se anticipa en un momento anterior al logro de la finalidad de la rebelión, pues esta se consuma con el solo alzamiento en armas. “El delito de rebelión se consuma por medio del alzamiento, siendo indiferente el logro de sus objetivos”¹⁰⁴². “El alzamiento en armas con actitud de levantamiento público, de resistencia y ataque organizado,

1042 Véase: (Cám. Fed. San Martín, 5 de octubre de 1989, ED, 138-98, extraído de OSORIO Y FLORIT; *Código Penal de la República argentina*, Buenos Aires, 1999, p. 511).

con finalidad concreta de enfrentamiento al poder constituido, a los efectos de su derrocamiento, configura la rebelión aunque no se logre el propósito bastando el móvil determinado por la ley¹⁰⁴³. Como la técnica legislativa empleada en el delito de rebelión es a través de los delitos de peligro (concreto), aquellos también son llamados delitos de emprendimiento, y estos suponen "...un adelantamiento de la línea de la punibilidad, a fin de conseguir una protección más eficaz de los bienes jurídicos. Por eso se les conoce también con la denominación de *delitos de consumación anticipada*. Es técnica utilizada frecuentemente en materia de delitos políticos, en cuyo marco, si se esperase a la consumación sustancial de los hechos, los presuntos autores podrían pasar de la categoría de delincuentes a la de héroes, de la de enjuiciados a jueces, de la de súbditos a gobernantes"¹⁰⁴⁴. En consecuencia, esto tiene un efecto relevante en la parte subjetiva del delito. Así, en el artículo en comento la tendencia interna trascendente del sujeto activo tendría que abarcar algunos de los siguientes supuestos: "*variación, deponer, suprimir o modificar la forma de gobierno o el régimen constitucional*". Aún cuando estos supuestos estén descritos legalmente en el artículo 346 Código Penal, no forman parte de la tipicidad objetiva, sino de la tipicidad subjetiva, es decir, sirve para direccionar la subjetividad del agente rebelde. De esta clase de delitos está lleno el Código Penal en la Parte Especial: por ej., en el art. 203 "Usurpación de aguas" la tipicidad objetiva está compuesta por aquel que "...*desvía el curso de las aguas públicas o privadas, impide que corran por su cause o las utiliza en una cantidad mayor de la debida...*", en cambio en la tipicidad subjetiva –aunque esté redactado en la ley– está representado por: "...*con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero*". De tal forma que estos delitos –trascendentes– tienen mayor carga subjetiva que objetiva, por eso se les llama también **tipos asimétricos** por exceso de subjetividad.

En definitiva, la descripción típica del artículo 346 (delito de rebelión) puede graficarse de la siguiente manera:



CAP. XXVI

1043 Véase: Cám. Fed. Tucumán, 29 de noviembre de 1967, LL, 130, p. 318, extraído de OSORIO Y FLORIT; *Código Penal de la República argentina*, Buenos Aires, 1999, p. 511.

1044 RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1978, p. 280.

En todo delito de rebelión existen dos etapas bien definidas, que son las siguientes:

- **Una etapa de alzamiento**, que es la parte ejecutiva y activa para alcanzar el objetivo finalístico, cual es el “cambio” del régimen Constitucional pre-establecido. Esto es, la parte que solo castiga el Código Penal en el artículo 346 es el alzamiento en armas, es la etapa previa e impostergable para alcanzar el nuevo régimen de gobierno (para variarlo, deponerlo o suprimirlo).
- **Una etapa de consolidación** que es cuando se ha estabilizado el “nuevo gobierno” de facto. Obviamente, la estabilización implica que ya no debe hablarse de la rebelión propiamente dicha, pues ya terminó el alzamiento en armas. Lo que hay es consolidación del gobierno de facto. Esta etapa es atípica absolutamente en el derecho peruano porque abarca supuestos de agotamiento material del delito de rebelión.

Existe en el derecho peruano no solo un tipo penal de comportamiento activo del delito de rebelión, sino también un delito de rebelión omisivo. Así, el artículo 352 del Código Penal prescribe lo siguiente: “El funcionario y servidor público que, **pudiendo hacerlo, no oponga** resistencia a una rebelión, sedición o motín, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años”. Esta forma de comportamiento omisivo tiene su antecedente histórico en el Código Penal del 1924, que en su art. 312 segundo párrafo decía lo siguiente: “Los funcionarios que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance sufrirán inhabilitación especial de uno a cinco años”. El legislador peruano recientemente también ha creído conveniente introducir una figura omisiva en el Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.º 961, publicado el 11-01-2006). Así, en el art. 72 de dicho cuerpo legal se expresa lo siguiente: “**No evitar la perpetración de los delitos de rebelión**, sedición o motín o su desarrollo, cuando se cuente con los medios necesarios para hacerlo, será reprimido con pena privativa no mayor de la mitad del máximo señalado para el delito que se perpetra”. Otro tema que también debería tenerse en cuenta es que en el Código Penal peruano existe el artículo 351 que señala: “Los rebeldes, sediciosos o amotinados que se someten a la autoridad legítima o se disuelven antes de que esta les haga intimidaciones, o lo hacen a consecuencia de ellas, sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, están exentos de pena. Se exceptúan a los promotores o directores, quienes serán reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la señalada para el delito que se trataba de perpetrar”. Se trata de una cláusula de exención de pena, que responde a criterios político-criminales de prevención, pues el Estado espera hasta el último momento a que los rebeldes se arrepientan de su finalidad delictiva y depongan las armas. Habrá que advertir que el delito de rebelión tiene asignado una pena de expatriación. Según el Código Penal peruano, la expatriación se aplica a los nacionales y es una pena restrictiva de libertad (artículo 30, inciso 1, Código Penal). Esta se aplica después de cumplida la pena privativa de libertad, y la primera tiene una duración máxima de diez años (artículo 30, última parte, Código Penal).

Un tema particular merece la postura del profesor español Rodríguez Devesa, desarrollada en su *Derecho Penal. Parte Especial* (edición 1988). Me estoy refiriendo al tema sobre la consumación del delito de rebelión (hoy derogado). Textualmente el autor mencionado ha dicho lo siguiente:

“...la consumación se produce con el alzamiento, sin ser necesario que los rebeldes alcancen los fines que se proponen. Es un delito de resultado cortado, en el que la consumación objetiva se anticipa, por razones de política criminal, a la subjetiva. Se trata, pues, de un delito instantáneo.

A los efectos de la participación interesa destacar que la naturaleza de la acción hace que el hecho sea de una permanencia relativa. Esto es, la permanencia no está incorporada al tipo, pero el que cese el resultado antijurídico depende de la voluntad de los alzados, que mientras no deponen su actitud están en permanente desobediencia al Gobierno”¹⁰⁴⁵.

Efectivamente, Rodríguez Devesa opina –al igual que casi toda la doctrina y jurisprudencia– que el delito de rebelión es un delito generalmente de resultado cortado, por tanto –concluye el autor– se trata de un *delito instantáneo*. Además, como bien señala Rodríguez Devesa, la mayor carga subjetiva de este delito se debe a razones político-criminales y no –por deducción– a razones jurídico-dogmáticas, en la medida en que la legislación por prevención hacia el bien jurídico “orden constitucional y poderes del Estado” se adelanta a la consumación típica lesiva. Sin embargo, a renglón seguido adopta una postura singular porque dice: “A los efectos de la participación interesa destacar que la naturaleza de la acción hace que el hecho sea de una **permanencia relativa**”. Como bien dice el propio autor, la característica de la permanencia relativa se refiere a aquellos “participes” del delito de rebelión, es decir, aquellas personas que sin ser autores (no tienen dominio funcional del hecho) “colaboran” o “auxilian” en el nuevo gobierno de facto. Se trata, a mi juicio, de una postura acorde quizá con la naturaleza de las cosas, pero no con los postulados del principio de legalidad, que es la que debe reinar en el campo del derecho penal. Por ejemplo, en la mayoría de delitos se percibe una permanencia relativa en cuanto a los efectos que esta produce. Así, en el caso del delito de homicidio simple (artículo 106 del CP) después de la producción de la muerte de la víctima siempre habrá un estado de permanencia, pero que tiene que ver con aspectos sensibles y de dolor algunas veces.

En igual sentido, en el delito de lesiones graves (artículo 121, inciso 2 del Código Penal) en el supuesto del desfiguramiento de la víctima de manera grave y permanente, que inevitablemente durará un lapso importante hasta su total recuperación; nos preguntamos lo siguiente: en todo ese tiempo ¿se permitirá en términos del Derecho penal una participación delictiva en los días posteriores de aquellas personas que estuvieron involucradas en el delito del autor?; si por ejemplo, el cómplice visita la casa de la víctima burlándose de él. Evidentemente la desfiguración facial producirá en la víctima un efecto ulterior (dolor, fastidio, pérdida

CAP. XXVI

1045 RODRÍGUEZ DEVESA, José María; *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1988, p. 842.

del trabajo, etc.), que son “costos” adhesivos a todo delito de resultado (lesivo o peligroso), pero esto no quiere decir que el delito también perdurará –como delito permanente– por todo el tiempo que dure el efecto ulterior producido en el delito.

En suma, todo delito produce un efecto inevitable, adhesivo a la consumación, pero este efecto ulterior no lo convierte automáticamente en un delito permanente¹⁰⁴⁶. En la mayoría de hipótesis delictivas, *la consumación de un delito deja abierta la posibilidad para que entre algunos aspectos en torno a la sensibilidad pero no para que entre la anjuridicidad*, salvo que existe un tipo penal en la Parte Especial o en leyes especiales que la deje “entrar”. Como hemos visto, el mismo Rodríguez Devesa aclara que “...**la permanencia no está incorporada al tipo...**”, es decir, que la permanencia no forma parte de la estructura típica de la rebelión, con lo cual deducimos que conserva su postura que el delito de rebelión tal como estaba redactado anteriormente es una categoría de delito instantáneo.

En sentido contrario, debe ubicarse al profesor español García Rivas en su libro *La rebelión militar en el derecho penal*, quien aborda la exposición sobre análisis de los delitos de resultado cortado en dos, y su aplicación al delito de rebelión diciendo:

“En el trasfondo de tales contradicciones emerge la preocupación constante por destacar que el tipo del art. 214 CP no exige, para su consumación, que el autor, o mejor los autores, consigan efectivamente alguno de los fines que aparecen en el precepto; por ello, se insiste en que “basta el alzamiento” para que quede consumado al delito. La consumación se produce, dice Rodríguez Devesa, con el alzamiento, sin ser necesario que los rebeldes alcancen los fines que se proponen. La toma de posición en torno a la imposibilidad lógica de la tentativa de rebelión, es una constante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. De ello se deduce que bastaría la mera actividad consistente en un alzamiento público para la consumación delictiva, ya que, con ello, como afirma Groizard, “el delito en relación a su objetividad jurídica está completo”, por lo que se trata de un delito formal”¹⁰⁴⁷.

1046 Por el contrario la Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, Exp. N.º 13-2004-A-V, ha dicho en relación a este tema lo siguiente: “H. Posición que además no solo queda como un planteamiento dogmático, toda vez que su aplicación resulta razonable en el derecho comparado, así la judicatura Española considera en su STS del 14 de noviembre de 1984 –caso 270–, *que el delito de rebelión es un delito instantáneo y al mismo tiempo permanente*, que es posible esta doble forma –en dicha sentencia se fija las responsabilidades en el delito de rebelión militar–, se sostuvo también que no es aplicable la tentativa por ser un delito instantáneo en su origen y permanente en el tiempo; otro de los causas válidas como referencia es la Sentencia del Tribunal Supremo, del 22 de abril de 1983 –caso 23F– en la que se sostuvo, que el delito de rebelión es “un delito de mera actividad” –en su considerando once–, luego, la misma alude a la permanencia al considerar “rebelde” a “quien entra en la misma después de iniciada (...)”. De otra parte, también existen otros pronunciamientos del TS español –respecto a otros delitos– en los que se admite que por ejemplo ‘el delito de detención ilegal es un delito instantáneo en cuanto a su consumación, pero también de consumación permanente por la producción de efectos antijurídicos de cierta duración’ [STS de veinticinco de septiembre de dos mil tres; STS de dos de noviembre de mil novecientos noventa y tres; STS de veintidós de enero de dos mil uno]”.

1047 GARCÍA RIVAS, Nicolás; *La rebelión militar en Derecho penal (la conducta punible en el delito de rebelión)*, Ciudad Real, 1990, p. 143.

Una vez sentada la posición de García Rivas de que con el mero alzamiento armado se produce la consumación del delito de rebelión, se destacan dos características: se trata de un delito formal (delito de peligro) y un delito de resultado cortado en dos. Sin embargo, el mismo García Rivas señala más adelante que:

“Esta correlación que se establece entre la no exigencia de la verificación de los fines y la naturaleza formal (o de mera actividad) del delito, dista mucho de poder ser acogida. Porque, si bien es cierto que tal y como aparece dibujada la descripción de la conducta típica es ineludible convenir en que no es preciso v. gr. modificar la Constitución o destruir al Jefe del Estado para que se “cumpla” o “realice” el tipo del art. 214, ello no quiere decir, asimismo, que se deba prescindir absolutamente de este catálogo de fines descritos en el precepto a la hora de subsumir un determinado comportamiento en el mismo”¹⁰⁴⁸.

En efecto, en algo debemos coincidir plenamente con García Rivas: que existe un desfase entre el plano objetivo y el plano subjetivo en el delito de rebelión, de modo que el plano subjetivo excede al objetivo porque aquel sitúa el “resultado” cuya consecución no es requerida por la norma para considerar consumado el delito. La consumación se anticipa a un momento anterior a la lesión del bien jurídico (por tanto, delito de peligro), sobre la base de la previsión de una conducta material cuya ejecución determina el momento consumativo¹⁰⁴⁹. En otro pasaje señala García Rivas lo siguiente: “...el hecho de que exista un acuerdo sobre la caracterización del precepto del art. 214 CP español, como delito de resultado cortado, no nos asegura en modo alguno que la opinión sobre el significado atribuido al delito allí previsto sea pacífica”. Sin embargo, el mismo autor señala que “...quizá la única conclusión válida para todos, sin lugar a dudas, sea que el citado tipo penal no exige la consecución de los fines que en él figuran, habiendo anticipado el legislador la consumación del delito a un momento anterior”¹⁰⁵⁰. Esto es, que García Rivas reconoce expresamente que el delito de rebelión —ya sea por cualquier razón— se trata de un delito de consumación anticipada, precisamente por su calidad de delito de tendencia interna trascendente (cortado en dos).

Resulta mucho más contundente —por su claridad— García Rivas cuando sostiene que “...decir que el tipo subjetivo de la rebelión o del atentado contiene, única y exclusivamente, el dolo propio de la tentativa, no es enteramente cierto, teniendo en cuenta que este se ubica en una modalidad imperfecta de ejecución del *iter criminis*, precisada de una conexión subjetiva con la consumación propiamente dicha; en el caso que nos ocupa, por el contrario, la consumación se verifica en el momento de ejecutar la ‘acción encaminada a’, *por lo que no estamos ante una fase imperfecta de ejecución del delito, sino ante un delito perfectamente consumado ya*”¹⁰⁵¹.

1048 GARCÍA RIVAS, 1990, p. 143 y 144 (las cursivas son mías).

1049 Véase: GARCÍA RIVAS, 1990, p. 173 (las cursivas son mías).

1050 GARCÍA RIVAS, 1990, p. 146 (las cursivas son mías).

1051 GARCÍA RIVAS, 1990, p. 175 (las cursivas son mías).

Por otro lado, el legislador penal español, a través de su Código de 1995, ha querido ser “represor” de las conductas rebeldes y no dejar vacíos o lagunas de punibilidad. En ese sentido, el legislador español ha sancionado expresamente dos modalidades conductuales que en nuestro derecho penal serían conductas post-consumativas atípicas, pero que al estar revestidas de tipicidad, tienen pleno y absoluto vigor en la aplicación judicial española.

- Así, en primer lugar, señalaremos el artículo 483 que tipifica un tipo especial para aquellos funcionarios públicos que continúen en sus cargos. Dicho artículo señala: “Los funcionarios que continúen **desempeñando sus cargos** bajo el mando de los alzados o que, sin habérseles admitido la renuncia de su empleo, lo abandonen cuando haya peligro de rebelión, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años”.
- Asimismo, en segundo lugar, el artículo 484 del Código español señala que: “Los que **aceptaren empleo de los rebeldes**, serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años”.

En esta misma línea debe ubicarse el derecho argentino, que regula el llamado delito de “consentimiento y colaboración en el estado de rebelión” (modificación del Ley 23.077) en el art. 227 del Código Penal, que hace expresa referencia a la conducta de los funcionarios públicos que, sin participar directamente en el acto de rebelión, continúen en sus funciones o las asuman luego de que se haya producido la modificación de la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos. En otras palabras, en el derecho argentino a través de la Ley 23.077 (ADLA. XLIV-C, 3677) se ha modificado el acápite del Capítulo I del Título X del Libro Segundo del Código Penal. Entre sus reformas cabe que la expresión “rebelión” ha sido variada por la de “atentados al orden constitucional y a la vida democrática”, y la más importante para nuestro estudio es que existe un tipo penal específico de colaboración y asentimiento a un gobierno de facto (art. 227 *bis*). Este artículo del Código argentino reprime básicamente tres conductas típicas que vale la pena señalarlo:

- Continuación de las funciones una vez consumada alguna de las conductas previstas y reprimidos por el artículo 226.
- La asunción en alguna función en iguales circunstancias.
- Hacer cumplir las medidas dispuestas por quienes usurparon el poder.

En ese sentido, en el derecho argentino a través de la La Ley 23.077 (ADLA, XLIV-C, 3677) ha modificado el acápite del Capítulo I del Título X del Libro Segundo del Código Penal. Entre sus reformas cabe que la expresión “rebelión” ha sido variada por la de “atentados al orden constitucional y a la vida democrática”, y la más importante para nuestro estudio es que existe un tipo penal específico de colaboración y asentimiento a un gobierno de facto (art. 227 *bis*). Este artículo reprime básicamente tres conductas típicas que vale la pena señalarlo:

- a) Continuación de las funciones una vez consumada alguna de las conductas previstas y reprimidos por el art. 226.
- b) La asunción en alguna función en iguales circunstancias.

c) Hacer cumplir las medidas dispuestas por quienes usurparon el poder.

Es decir, se admite la posibilidad de punir conductas después de la consumación del delito de rebelión. Sólo de esta manera se puede salvar el principio de legalidad. El modificado art. 227 *bis* del Código Penal argentino prescribe lo siguiente: “Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, con la disminución del artículo 46, los miembros de alguno de los tres poderes del Estado nacional o de las provincias *que consistieran la consumación de los hechos descriptos en el artículo 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes*”. En el derecho argentino luego de haber retornado a la democracia incorporaron dentro de su legislación penal en 1984 un dispositivo que permitiere criminalizar conductas subsecuentes a la consumación de cualquier rebelión, ya que su artículo 226 resultaba insuficiente para abarcar estos supuestos. La colaboración o el asentimiento a un régimen de facto estaba y está dirigido fundamentalmente a todos los funciones del Estado, de cualquier jerarquía funcional.

En este mismo sentido, también el Código Penal español, en el artículo 483 prescribe lo siguiente: “Los funcionarios que *continúen desempeñando sus cargos bajo el mando de los alzados* o que, sin habérseles admitido la renuncia de su empleo, lo abandonen cuando haya peligro de rebelión...”. Si el legislador peruano hubiera querido criminalizar conductas que se sitúan en el espacio y tiempo *posterior* a la consumación formal del delito de rebelión, lo hubiera previsto en un tipo penal específico, como sí lo ha hecho, en su momento, el Derecho argentino y español. Toda figura penal tiene un límite máximo de interpretación, y ese límite lo da la propia ley, a través de su literalidad (verbos rectores), en este caso es el “**alzamiento en armas**” para configurar el delito de rebelión. Como dice el maestro argentino Sebastián Soler, refiriéndose a la dinámica del Derecho penal, que esta “es un sistema discontinuo de ilicitudes, donde el silencio es libertad”, es decir, que no pueden cubrirse o llenarse las denominadas “lagunas de punibilidad” —como este caso— mediante cuestionables interpretaciones extensivas o analógicas que solo están permitidas si benefician al reo.

En el derecho peruano con el mero “alzamiento en armas” se consuma el delito en cuestión, pero evidentemente no se agota, ya que para que esto suceda se necesita, para efectos de criminalizar, que exista un tipo penal que contemple las conductas “últimas” y “definitivas” de quienes participaron en la acción rebelde. Ya que entre la “consumación” y el “agotamiento” hay un tramo que es distinto, pero a la vez consecuente.

En efecto, Zaffaroni dice que: “La consumación es un presupuesto del agotamiento, es frecuente que la consumación formal y el agotamiento material se distancien, dando lugar a un periodo en que el delito está consumado, pero no está agotado¹⁰⁵²”.

1052 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho penal. Parte general*, T. IV, Buenos Aires, p. 418

Si bien es cierto que es una problemática de corte político-criminal el no tener actualmente en el derecho peruano un dispositivo penal que criminalice conductas de agotamiento, como por ejemplo un delito de “colaboración” o de “asentimiento” realizadas luego del cambio de régimen constitucional; pero esto no es algo que debemos remediarlo a “cualquier precio”, vulnerando flagrantemente garantías y principios constitucionales y penales. Uno de ellos y el más relevante es el principio de legalidad que desde el siglo XVIII cumple una función excluyente y primordial en la sistemática jurídico-penal. El mensaje del principio de legalidad es que solo pueden enjuiciarse aquellas conductas que estén taxativamente prescritas y penadas en la ley penal, respetando las modalidades y los verbos que ella contiene, y el límite de cualquier interpretación –judicial o legal– lo determina el verbo rector de cada tipo penal. En suma, no debemos infiltrar consideraciones del Derecho civil en la interpretación penal, no puede integrarse la sistemática penal a través de la analogía o interpretaciones extensivas, y hacerlo un sistema “continuo” de ilicitudes.

La Resolución judicial de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Recurso de Nulidad N 13-2004-06-“A”) de fecha 13 de julio 2006, que en su considerando sétimo, ha dicho lo siguiente: “Que la configuración del autor o coautor del delito de rebelión no requiere necesariamente haber participado en la fase de ideación, planificación u organización de la asonada político militar que por lo general es conocida por unas cuantas personas con el fin de garantizar el éxito del plan criminal, ni exige que de manera efectiva se haya empuñado las armas o que se tenga la condición de militar, si no basta realizar actos objetivos y materiales que demuestren la aprobación y/o intervención en dicha actividad y que en el caso del acusado Yoshiyama Tanaka queda claro que la ruptura del orden constitucional **fue una decisión que avaló y respaldó de manera inmediata y que determinó como hecho objetivo indiscutible que firmara el acotado Decreto Ley** que busco legitimar el quebrantamiento del orden constitucional...”.

El profesor Baigún refiriéndose al art. 227 bis del Código Penal argentino, dice: “...la nota relevante está dada por el carácter de **delito permanente** que registra el atentado y sus dos modalidades. En efecto, cuando el resultado del delito o de su estado consumativo se sostiene, aunque no se repitan nuevamente todos los componentes típicos –como ocurre en el delito continuado– estamos en presencia del delito permanente...”¹⁰⁵³. Igualmente, Creus refiriéndose al art. 227 bis expresa que la “...conducta prohibida, genéricamente descripta, es la de consentir en la permanencia de los efectos de la rebelión que se ha producido con las consecuencias antes expuestas”¹⁰⁵⁴. En igual sentido, Donna refiriéndose al artículo 227 bis dice que: “En cuanto al delito en sí, se trata de un hecho típico que tiene relación con el artículo 226, pero se lo ha independizado como delito autónomo. Por lo tanto, no se trata de una participación en la rebelión, ni tampoco de encubrimiento, sino que es el consentimiento en la permanencia en los efectos de la rebelión, sin perjuicio de que se pueda dar ese tipo de conductas, en cuanto a los artículo 226 y 227”¹⁰⁵⁵.

1053 BAIGÚN, David; “El delito de “atentado al orden constitucional y la vida democrática” y la reforma de la constitución nacional”, disponible en:

1054 CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte especial*, T. II, 1997, p. 188.

1055 DONNA, T. II-C, 2004, p. 472.

Por su parte, Oneto manifiesta que: “La colaboración consiste en consentir en la consumación de los hechos previstos por el art. 226 del Cód. Penal, continuando en sus funciones o asumiéndolas con posterioridad. Es decir, mientras el delito del art. 226 se consuma con el mero hecho de ‘alzarse en armas’ con los propósitos allí señalados, el art. 227 bis prevé la hipótesis de que el alzamiento haya tenido éxito y sanciona la cooperación que se preste al gobierno de facto que surge del hecho de fuerza”¹⁰⁵⁶. También, Piotti / Fernández sostienen que “Quedan también incurso en la norma, quienes con posterioridad a la comisión de alguna conducta atentatoria del orden constitucional y la vida democrática hacen cumplir las medidas dispuestas por quienes hayan usurpado alguno de los poderes públicos”¹⁰⁵⁷.

En referencia al derecho español, el carácter permanente de este delito aparece reafirmado claramente por el art. 642 del Código de Justicia Militar, conforme al cual “cometen rebelión los integrantes de las fuerzas armadas que promuevan, ayuden o sostengan cualquier movimiento armado para alterar el orden constitucional o para impedir o dificultar el ejercicio del gobierno en cualquiera de sus poderes”¹⁰⁵⁸.

El art. 346 del Código Penal: “**El que se alzare en armas...**”. El delito de rebelión en el Derecho peruano no es un tipo alternativo, ya que no contiene un conjunto de verbos rectores como sucede en.....Más bien se trata de un tipo penal simple en cuanto a verbos rectores se refiere (“alzamiento en armas”) tal y como ocurre en casi toda la legislación penal comparada (Colombia, Argentina, Chile, España).

A nivel subjetivo también se ha pronunciado la doctrina penal en el sentido que los actos “dolosos” posteriores a la consumación delictiva son totalmente irrelevantes.

Por su parte Maurach/Zipf sostienen que: “...también el llamado *dolus subsequens* (entrada de la plena representación del hecho recién de realizado el acto decisorio) **es penalmente irrelevante**”¹⁰⁵⁹.

Salvo que dijese el propio tipo penal 346 del Código Penal “El que se alzare en armas u **otra forma análoga...**”, donde sí se podría interpretar que el legislador peruano no se contenta solamente que la conducta típica quede satisfecha con el “alzamiento en armas” y criminaliza otros supuestos comisivos que siempre que tenga similitud castrense o militar, por las armas. La frase “**...u otra forma análoga**” efectivamente está plagada en otros delitos de la Parte Especial, como en la estafa, la violación sexual, algunos delitos de corrupción de funciones, etc. Pero

1056 ONETO, Tomás; “*Autoritarismo, democracia y legitimidad. La ley de defensa de la vida democrática*”, en La Ley 1985-B, Buenos Aires, p. 1046.

1057 PIOTTI, Alberto Daniel / FERNÁNDEZ, Alberto; “Atentados al orden constitucional y a la vida democrática (Reformas introducidas por la Ley 23.077)” en: La Ley 1985-A, Buenos Aires, p. 927.

1058 SANCINETTI, Marcelo; *Derechos Humanos en la argentina postdictatorial*, Buenos Aires, 1988, p. 22.

1059 MAURACH/ZIPF; *Derecho penal. Parte general*, 1, traducción de la 7.ª edición alemana por Jorge BoBuenos Aires, 1994, p. 383.

lo cierto es que en el delito de rebelión del artículo 346, tal y como está redactado actualmente en el Código Penal peruano no permite castigar penalmente las conductas que consistan en colaborar.

También debemos señalar el caso del Código Penal español de 1944 (hoy derogado), que en el artículo 229 ya se sancionaba el delito de colaboración al delito de rebelión, ese delito que seguramente de *lege ferenda* hace falta en el derecho peruano. Tal artículo 229 decía expresamente lo siguiente: **“Los funcionarios que continuaren desempeñando sus cargos** bajo el mando de los alzados o que, sin habérseles admitido la renuncia de su empleo, lo abandonaren cuando haya peligro de rebelión o sedición, incurrirán en la pena de inhabilitación especial”. Como puede verse, en el derecho español desde que se preveía una regulación que sancionaba a aquellos funcionarios públicos que continuaban laborando en sus cargos.

El art. 230 de CP señala: “Los que **aceptaren empleo de los rebeldes** o sediciosos, serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta para cargos públicos”.

La tesis —a mi juicio correcta— de que el delito de rebelión sea considerado de aquellos que no triunfaron en su cometido de cambiar la Constitución y el régimen democrático, es decir, que sea de delitos de los “derrotados”, ayuda a la tesis de que el delito de rebelión, al menos en el Derecho peruano, se castigue solo por el mero alzamiento armado, como “medio” o “vehículo” para alcanzar el poder político. Generalmente, los rebeldes como primer objetivo piensan en capturar el Poder Ejecutivo —como uno de los Poderes del Estado— y a través de él se logrará cambiar todo el “Régimen Constitucional” tal como reza el bien jurídico que se tutela en el Código Penal peruano (Título XVI, Capítulo I). Sin embargo, pasa algo curioso en el delito objeto de comentario: cuando los rebeldes triunfan en su cometido delictivo: al final de todo se les termina procesando y juzgando penalmente tanto por el “alzamiento armado” que sirvió de vía para capturar el poder político, y luego por la “consolidación” a que arribó el nuevo aparato estatal de facto, luego que el alzamiento armado haya triunfado. Generalmente la consolidación se alcanza con el paso del tiempo. Obviamente, este último supuesto —el de la “consolidación”— es mucho más peligroso y ofensivo en términos de garantía constitucional y de legalidad criminal, pues conlleva la represión de conductas posconsumativas o adhesivas a la consumación de la rebelión, que generalmente no están legisladas como delito de rebelión en los Códigos penales. También llevaría al absurdo —y reitero solo en aquellos países que sí tienen legislado el delito de colaboración y asentimiento a la rebelión—, castigándose a todas aquellas personas que colaboraron voluntariamente en el nuevo gobierno de facto (no solo desde el Poder Ejecutivo, sino también desde el ámbito congresal y judicial y todos aquellos órganos estatales autónomos). Más o menos se castigaría a un grupo importante de personas en función al tiempo que dure el nuevo de gobierno de facto, es decir, hasta el último miembro, que “en nombre del nuevo gobierno” colaboran. Mientras que aquellos rebeldes que fueron derrotados en su cometido de cambiar el régimen constitucional y democrático, es decir, que fueron neutralizados (detenidos y reducidos a la fuerza) en el instante mismo que iban a ingresar a las instalaciones de Palacio de Gobierno o a la sede del Congreso de la República, terminan siendo procesados

y juzgados penalmente *solo por el mero alzamiento en armas*, ya que al no darse la denomina “consolidación” del gobierno que pretendía constituirse *de facto*, no hay nada que castigar. El fenómeno de la consolidación puede empezar el día siguiente de haber triunfado la rebelión como también puede demorar algunos días, semanas o meses. En suma, denomino “consolidación” en este sentido cuando el “Estado” pone en marcha su “nuevo” sistema de administración pública, en el cual ha generado y está generando un cúmulo de legislación en todos los ámbitos (a través de Decretos Leyes pero legislación al fin), convoca a nuevos integrantes en la Magistratura judicial, fiscal y constitucional, nuevos integrantes del Consejo de Ministros, etc.

Finalmente, si aplicamos un razonamiento lógico-secuencial, no necesariamente jurídico-penal, llegaríamos a la siguiente conclusión: se tendría que castigar penalmente a todas las personas que –de manera expresa o implícita– colaboraron con el nuevo régimen de facto. Como sabemos el régimen estatal estaría comprendido, entre otros, por el Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones, Defensoría del Pueblo, y hasta los periodistas y sus centros de información (radial, televisivo o prensa escrita) que muestran de alguna manera –expresa o implícitamente– un tipo de simpatía con el “nuevo” gobierno *de facto*. Si el bien jurídico-penal que se castiga en el delito de rebelión es macrosocial, el castigo a las personas no debe implicar tampoco un nivel de “macro” de castigo a todos los que participaron en el nuevo régimen. Debe haber un cierto límite hacia *ad infinitum*, y ese límite lo debe poner dos instituciones concretas:

- **El principio de legalidad.** La lógica es bastante simple en el campo del derecho penal: solo a través de la ley se puede tener “acceso” a la sancionabilidad de las conductas de los seres humanos, según reza la vigente Constitución política de 1993. En el Derecho penal euro-occidental del cual el Perú es tributario, declama que la única fuente primaria de creación de infracciones penales es la ley positiva. Uno de ellos y el más relevante es el principio de legalidad que desde el siglo XVIII cumple una función excluyente y primordial en la sistemática jurídico-penal. El mensaje del principio de legalidad es que solo pueden enjuiciarse aquellas conductas que estén taxativamente prescritas y penadas en la ley penal, respetando las modalidades y los verbos que ella contiene, y el límite de cualquier interpretación –judicial o legal– lo determina el verbo rector de cada tipo penal. En efecto, el Derecho penal es un discurso discontinuo de ilicitudes como decía el profesor argentino Sebastián Soler. Cosa que no ha pasado en nuestro derecho penal en relación a no incorporar un delito de “colaboración o asentimiento a la rebelión”, como ha pasado en otras legislaciones penales. Habrá que tener en consideración que “El tipo caso de regla de clausura es el principio de legalidad (de reserva de ley, de taxatividad, etc.) en materia penal, que establece que si una conducta no está tipificada como delito, el juez tiene la obligación de absolver al imputado. De conformidad con este principio, una conducta o bien está tipificada, en cuyo caso el imputado

debe ser condenado, o bien no lo está, en cuyo caso el imputado debe ser absuelto. Esto significa que ante ciertas conductas atípicas que pueden ser consideradas moralmente incorrectas, el juez tiene la obligación de absolver¹⁰⁶⁰. En el derecho peruano en cuanto a la rebelión “hacia delante” existe una evidente laguna de punibilidad, o mejor dicho existe una “laguna axiológica”, mas no lagunas normativas, ya que el caso tiene una solución (prohibido sancionar), pero si el legislador lo hubiera previsto expresamente, seguramente lo habría tipificado, correlacionándolo con una sanción penal¹⁰⁶¹. Si bien es cierto que es una problemática de corte político-criminal el no tener actualmente en el derecho peruano un dispositivo penal que criminalice conductas de agotamiento de la rebelión, como por ejemplo un delito de “colaboración” o de “asentimiento” realizadas luego del cambio de régimen constitucional; pero esto no es algo que debemos remediarlo a “cualquier precio”, vulnerando flagrantemente garantías y principios constitucionales y penales. En suma, no debemos infiltrar consideraciones del Derecho civil en la interpretación y aplicación de la pena, no puede integrarse la sistemática penal a través de la analogía o interpretaciones extensivas, y hacer un sistema “continuo” de ilicitudes. Desde ya pienso que si queremos ser eficientes y oportunos en la represión de determinadas conductas no solamente que implique “Ruptura del Régimen Constitucional y los Poderes del Estado” sino de cualquier bien jurídico-penal, tenemos que comenzar, en primer lugar, por respetar la regla básica del Derecho penal: el principio o la garantía de legalidad penal.

- **El principio de culpabilidad por el hecho propio.** Como sabemos el principio de la responsabilidad penal por el hecho propio, es un desprendimiento del principio de responsabilidad individual que esta contenido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal que dice textualmente: “*La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*”. En otras palabras, la responsabilidad penal descansa sobre actos individuales y propios del sujeto activo, y no debe “extenderse” la responsabilidad penal a actos que no forman parte de la consumación típica del delito de rebelión, por que sino se estaría respondiendo por *actos ajenos* que están proscritos del ordenamiento jurídico-penal. La responsabilidad por el hecho propio también tiene un componente de subjetividad en el acto ejecutado, desde que solo se responde en la medida en que haya obrado con dolo o por lo menos con culpa, siempre y cuando haya un tipo penal que así lo contemple (artículo 12 Código Penal).

Aquí sí se piensa, para el Derecho peruano, que en una futura legislación penal de *lege ferenda* que castigue estas conductas, tiene que tenerse demasiado cuidado, sobre todo en armar la lista de posibles agentes “colaboradores” al nuevo

1060 ALONSO, Juan Pablo; *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires, 2006, p. 137.

1061 ALONSO, 2006, p. 271.

gobierno de facto, pensando –como pasa en las legislaciones que ya lo tienen legislado– en la cabeza de las instituciones públicas “claves” para el desarrollo de la democracia y del Estado de Derecho de un país, y se dejaría al libre juego de las reglas generales de la autoría y participación a todas aquellas personas que auxilien o ayuden dolosamente a los altos funcionarios públicos. El legislador peruano sanciona ya en una etapa “anterior” a la rebelión, que se llama la “conspiración” (artículo 349 Código Penal) que dice el que toma parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín, será castigado con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la señalada para el delito que se trataba de perpetrar. En consecuencia, el delito de conspiración sería considerado como un acto preparatorio “penado” del delito de rebelión, sin embargo, no tenemos regulación expresa “hacia delante” –para los actos de agotamiento– de la rebelión, una vez que haya triunfado el mismo.

VII. ASPECTOS EN TORNO A LA TIPICIDAD SUBJETIVA EN EL DELITO DE REBELIÓN

1. Los elementos subjetivos distintos del dolo

La teoría del delito no se ocupa de los elementos de los tipos delictivos concretos sino de aquellos aspectos del concepto del delito que son comunes a todos los hechos punibles. Se trata de las categorías de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad que a su vez se desglosan en numerosos sub-conceptos como los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, requisitos objetivos y subjetivos de las causas de justificación, así como los elementos positivos y negativos de la culpabilidad¹⁰⁶². Dentro de esa estructura planteada por la dogmática jurídico-penal, nos referiremos en primer lugar a las categorías que integran el delito y conforman parte del injusto, es decir, al tema de la tipicidad, la cual se encuentra compuesta por los sub-conceptos: tipicidad objetiva y subjetiva. Es en esta última sub-categoría o sub-concepto en el que nos detendremos a fin de analizar el tema de los elementos subjetivos distintos al dolo.

El dolo es la sustancia básica indispensable del hecho punible doloso¹⁰⁶³. El dolo es el núcleo central del injusto personal de acción en los delitos dolosos y

1062 JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho penal Parte general*, Granada 2002, p. 210.

1063 El dolo generalmente tiene dos elementos:

Elemento cognoscitivo. El elemento cognoscitivo del dolo nos plantea que el agente debe haber tenido conocimiento de las circunstancias del tipo objetivo. Así, supone el conocimiento de los elementos descriptivos y normativos, los elementos de la autoría, la previsión del nexo causal y el resultado. Por ejemplo, el dolo en el delito de hurto exige que el agente sepa que está sustrayendo un bien mueble del lugar donde se encuentra, que ese bien mueble le es ajeno (o parcialmente ajeno) y que se está apoderando ilegítimamente de él. El conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo debe ser actual o actualizable (en forma de co-consciencia).

Elemento volitivo. Además del conocimiento, el dolo requiere que el agente haya querido la realización del tipo, que tenga la voluntad de realización de los elementos que integran al tipo objetivo. Se distinguen tres formas diferentes de dolo: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado (dolo de consecuencias necesarias) y dolo eventual.

puede, por ello, ser caracterizado como el elemento subjetivo general del tipo. Sin embargo, junto al dolo concurren a menudo especiales elementos subjetivos del tipo que son asimismo parte integrante del injusto de acción, en la medida en que vienen a caracterizar más detalladamente la voluntad de acción del autor. Por regla general, los elementos subjetivos del tipo sirven para constituir el injusto de una determinada clase de delito y, más ocasionalmente, son empleados como base para efectuar calificaciones o atenuaciones de un tipo básico¹⁰⁶⁴. Más allá de ello, numerosos tipos reclaman otros elementos psíquicos o al menos determinables psíquicamente, sea, para empezar a construir el cuadro delictivo, o bien para crear calificaciones o, a la inversa, privilegios¹⁰⁶⁵.

La discusión doctrinaria en torno de estos elementos no ha contribuido a su claridad sistemática: en tanto que la más radical posición objetivista los negaba, quienes los aceptaron sin admitir la naturaleza compleja del tipo les asignaron doble ubicación (en el tipo y en la culpabilidad), lo que contribuyó a oscurecer sus límites respecto de la culpabilidad, problema que subsiste hasta el presente. El querer del delito se agota en este querer (apoderarse de la cosa ajena, enviar una carta injuriosa, confeccionar un documento falso, etc.), todo requerimiento del tipo subjetivo diferente del dolo, en estos tipos asimétricos, es un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. En algún momento se han llamado elementos subjetivos

- El dolo directo de primer grado se presenta cuando la realización del tipo es precisamente la que el autor persigue. Ejemplo: el que fuerza con violencia a una mujer a realizar el acto sexual y lo logra.
- El dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias en realidad es una variante de la anterior y se presenta cuando el agente considera que el resultado que pretende está acompañado de consecuencias necesarias e inevitables. Es el caso de quienes colocan una bomba en el vehículo de un funcionario para matarlo, saben que al explotar el vehículo también morirá el chofer.
- El dolo eventual se da cuando el agente se representa la realización del tipo como posible. El caso del sujeto que va a alta velocidad en una zona escolar, prevé como posible que pueda atropellar a un estudiante.
En la doctrina se han planteado diversas teorías para delimitar el contenido dolo eventual respecto a la culpa consciente o con representación.
- La teoría del consentimiento o del asentimiento considera que el autor además de haberse representado la posibilidad de la realización del tipo, debe haber asentido interiormente la realización de la misma. Sobre esta teoría se presenta críticas sobre las dificultades de prueba que genera, entre otras.
- La teoría de la probabilidad plantea que lo determinante para calificar al dolo eventual es que el autor se represente la posibilidad de la realización del tipo como probable (es decir, con un alto grado de posibilidades). Las dificultades que plantea esta teoría están en relación con la necesidad de precisar el nivel de la probabilidad, además que prescinde de la voluntad del sujeto respecto al resultado.
- La concepción dominante plantea una posición intermedia: dolo eventual significa que el autor toma seriamente en cuenta la posibilidad de la lesión del bien jurídico, es decir, cuenta con ella y se conforma con la misma. Es el caso de los mendigos rusos que mutilaban niños para estimular la caridad y algunos niños morían a consecuencia de las mutilaciones, los mendigos no pretendían matar a los niños pues muertos no les eran de utilidad, pero realizaban las mutilaciones aceptando la posibilidad de que pudieran morir.

1064 JESCHECK, 2002, p. 339.

1065 MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz; *Derecho penal. Parte general*, traducción de Jorge Bofia Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994, p. 395.

del injusto y dieron lugar a largas y complicadas discusiones antes de aceptarse la estructura compleja del tipo¹⁰⁶⁶.

Es así que tanto el tipo como la antijuridicidad se subjetivizan, dejando de ser elementos predominante o exclusivamente objetivos, para pasar a tener carácter mixto: el **tipo** se concibe con un aspecto objetivo (que es la manifestación de voluntad en el mundo físico requerida por el tipo) y un aspecto subjetivo (que es el aspecto interno, la voluntad propiamente dicha, manifestada en el dolo); así pues, se estructura la **concepción compleja del tipo penal**, dejando atrás el tipo simple o unitario que solo contemplaba el aspecto externo u objetivo. La **antijuridicidad** igualmente implica un juicio valorativo, aunque se trata de un juicio de contrariedad con la norma objetiva de valoración, sin que suponga todavía un quebranto a la norma subjetiva de determinación, lo cual se examina en la culpabilidad.

Los elementos subjetivos distintos del delito han sido dotados de la frase “*con el fin (finalidad) de*” no obstante tratarse de tipos penales de baja criminalización que traen consigo una mínima penalidad. Esto a simple observación comporta un evidente problema: se está exigiendo una voluntad del sujeto activo para realizar el delito en el plano de la tipicidad —es decir, se precisa de un dolo directo reforzado con elementos subjetivos teleológicos— y, sin embargo, la respuesta punitiva del Estado es exigua. Lo que aparentemente contradice la regla general de que los delitos de dolo directo y provisto además de reforzantes subjetivos suponen un mayor nivel de injusto penal, haciendo derivar en consecuencia un más alto rigor punitivo.

Según Villavicencio Terreros los delitos de tendencia interna trascendente (delitos de intención) se diferencian en: delitos de resultado cortado y delito mutilados de dos actos¹⁰⁶⁷. Estos delitos quedan consumados cuando se produce el resultado típico, no siendo necesario que el agente consiga realizar su específica tendencia trascendente. Los delitos de intención son aquellos en los cuales se reconocen la presencia de un mayor elemento subjetivo en la tipicidad. El elemento subjetivo concerniente a lo ilícito sirve para caracterizar el tipo legal precisando sus relaciones con el bien jurídico protegido o determinando mejor la acción, el objeto del delito, el *animus* del agente¹⁰⁶⁸. Los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo son intenciones que exceden del puro querer y conocimiento de la realización del tipo objetivo. Los delitos de intención también son llamados delitos incongruentes, porque lo que el legislador reprocha es la intención que tiene el sujeto (funcionario o servidor público).

Luego, la introducción de los llamados elementos de la *Gesinnung* o disposición interna, tales como la crueldad, la malicia y otros, dio lugar a que se llegase a pensar en un derecho penal de disposición interna (*Gesinnungsstrafrecht*). Estas referencias a la *Gesinnung*, por regla general, inciden sobre la motivación y

1066 ZAFFARONI, Eugenio, Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro; *Manual de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2005, p. 419. CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2004, p. 245 y ss.

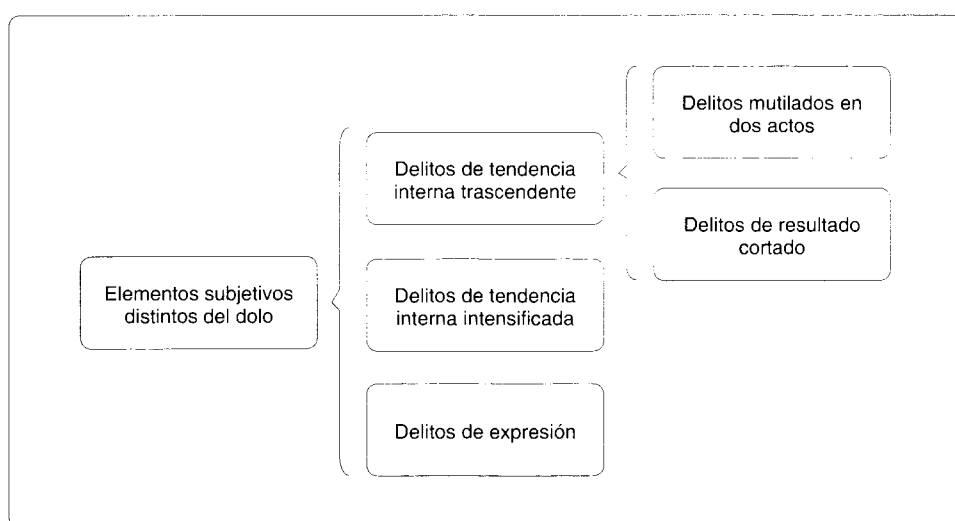
1067 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Derecho penal. Parte general*, Lima, 2006, p. 375.

1068 HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho penal. Parte general*, I, Lima, 2005, p. 452.

su grado de aberración y de reproche, y así entendidas, no cabe dudar sobre su pertenencia a la culpabilidad

En efecto, Rojas Vargas apunta que en la parte especial del Código Penal peruano existen varios tipos cargados de subjetividad, así: "...al transcribir determinados tipos de legislaciones extranjeras o, en su defecto, al reproducir los contenidos en el código de 1924, o recrear algunas figuras, ha tenido particular interés en dotarlos de expresos componentes finalísticos o de reforzamientos subjetivos. Las figuras 187 (hurto de uso momentáneo), 189B (hurto de uso momentáneo de ganado) y 199 (contabilidad paralela) han sido dotadas de la frase "con el fin (finalidad) de" no obstante tratarse de tipos penales de baja criminalización que traen consigo una mínima penalidad¹⁰⁶⁹. A nivel de legislación penal podemos dar los siguientes ejemplos en relación a los elementos subjetivos distintos del dolo: Artículo 181 CP: "El que compromete, seduce, o sustrae a una persona **para** entregarla a otro con el objeto de tener acceso carnal..."

Si pudiéramos graficar de manera genérica a los delitos de tendencia interna trascendente, lo haríamos de la siguiente manera:



2. El delito de rebelión (artículo 346 Código Penal) como tipo subjetivo distinto al dolo ¿La rebelión es un delito mutilado en dos o un delito de resultado cortado?

El delito de rebelión es considerado como un delito que contiene elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, los mismos que son intenciones que exceden del puro querer y conocimiento de la realización del tipo objetivo. El elemento subjetivo concerniente a lo ilícito sirve para caracterizar el tipo legal precisando sus

1069 ROJAS VARGAS, Fidel *Delitos contra el patrimonio*, vol. I. Editorial Grijley Lima. p. 80.

relaciones con el bien jurídico protegido o determinando mejor la acción, el objeto del delito, el *animus* del agente¹⁰⁷⁰. El sujeto tenga una *idea representativa* de querer variar, deponer o extinguir el régimen constitucional o legalmente constituido. Este elemento subjetivo-finalístico es lo que abona la tendencia de peligrosidad de la conducta rebelde, ya que la sola idea-representativa corroborada con el alzamiento en armas es lo que permitirá concebir al delito de rebelión como delito de peligro. Así, Polaino Navarrete nos dice que “Las alternativas finalidades previstas en la norma constituyen elementos subjetivos del injusto de carácter intencional que han de concurrir, de manera alternativa, en el autor de la conducta de alzamiento en armas. Para la consumación del presente delito, basta –lógicamente– con la presencia de tal intención, con independencia de que se lleve o no a la práctica la aludida finalidad”¹⁰⁷¹. Debe observarse que una de esas finalidades debe estar contenida como elemento subjetivo de la figura en el momento del alzamiento en armas. Lo punible, lo que constituye rebelión, es el alzamiento para. Y esta es una de las exigencias que más limita el alcance de la figura y que deja afuera los atentados más graves, precisamente contra las formas constitucionales, ejecutados desde el poder¹⁰⁷².

En cuanto al aspecto subjetivo del delito de rebelión, ha quedado también establecido, que aparte de tratarse de un delito doloso, se trata de un tipo penal con elementos especiales, que son distintos al dolo. este especial elemento se llama en la ciencia penal “elementos de tendencia interna trascendente”, y que obviamente, también es seguida bajo la doctrina jurisprudencial de la Argentina. Así, se afirma que: “...el especial elemento subjetivo con que realizaron el alzamiento en armas los encausados, consistió en impedir a los poderes nacionales, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales, concretamente buscando evitar el alistamiento de la Fuerza Aérea –tal como lo había dispuesto el Poder Ejecutivo, en su carácter de Comandante en jefe de las Fuerzas Armadas– que debía reprimir a los rebeldes de Monte Caseros...”¹⁰⁷³

Al respecto Spinka añade correctamente que “La acción típica del delito de rebelión, que difiere de la rebelión militar no solo por las penas sino también por sus características, consiste en alzarse en armas con algunote los fines que, indistintamente, prevé la ley, lo cual supone señalar que, desde el punto de vista de la estructura de tipo penal, el del art. 226 se integra con aquellos elementos subjetivos con las lógicas consecuencias de ello son solo en lo que atañe al tipo...”¹⁰⁷⁴. Asimismo, Piotti / Fernández con relación al delito de rebelión en el derecho argentino sostienen que: “...la hermeneútica legal requiere la concurrencia de un elemento subjetivo de finalidad para tipificación de la conducta disvaliosa, y que se traduce en la necesidad de que

1070 HURTADO POZO; José; *Manual de Derecho penal. Parte general*, I, Lima, 2005, p. 452.

1071 POLAINO NAVARRETE, Miguel; *El injusto típico en la teoría del delito*, Corrientes, 2000, p.

1072 SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, T. V, Buenos Aires, 1963, p. 71.

1073 Véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, caso “Calzada, Oscar Hugo y otros/inf.. art. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227^{ter} del Código Penal”.

1074 SPINKA, Roberto; “*Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional*”, en: VV AA, *Estudios de las figuras delictivas*, Córdoba, 1995, p. 364.

aquella alteración del sistema de gobierno, se realice con el fin de que perdure en el tiempo indeterminado”¹⁰⁷⁵. Por su parte, García Rivas, “El legislador no exige que se pregunte a los alzados si su ánimo era subversivo una vez que han conseguido, V. gr. Suspender la Constitución; lo que el legislador quiere es que la pregunta se efectúe antes, justo en el momento del alzamiento del alzamiento (resultado objetivo), y el contenido de la pregunta es, precisamente, si quieren o no suspender la Constitución. Si la respuesta es afirmativa, “corta” la comunicación con los alzados, pues ya sabe todo lo que quería saber, siéndole indiferente que efectivamente se suspenda la Constitución (que se logre el resultado subjetivo). La incisión practicada en el tipo por el legislador hace que se anticipe la consumación al momento en el cual el autor “pone las manos” sobre el objeto material del delito”.

La consecuencia más importante de que el delito de rebelión es un delito con elementos subjetivos distintos del dolo es que el resultado típico resulta totalmente irrelevante. Así, Silvestroni: “Dado que estos especiales elementos subjetivos no se refieren a una descripción objetiva, la consumación no exige que el autor alcance el objetivo propuesto mediante esa especial finalidad. Basta con que se tenga esa intención aunque no se logre concretarla, para que el elemento típico se configure”¹⁰⁷⁶. En este punto Bustos Ramírez dice que: “Es el caso más característico de elemento subjetivo. Se trata de tipos penales que incluyen entre sus elementos típicos una subjetividad del autor que va más allá de la realización objetiva exigida. Así, en el caso del art. 281 CP se castiga la distracción de mercancías del mercado con la “intención de desabastecer un sector del mismo”. En este caso, se requiere del dolo respecto del acto de distraer y, además, un elemento subjetivo específico que es la intención trascendente de desabastecer un sector del mercado. No se requiere que objetivamente se produzca el efectivo desabastecimiento. Precisamente porque no se requiere este resultado objetivo, se habla en estos casos de delitos de resultado cortado o, con más precisión, de delitos en que el legislador prescinde del resultado”¹⁰⁷⁷.

De la misma manera, esta consideración es mantenida en otro fallo jurisprudencial argentino, cuando ha dicho que: “Lo que caracteriza a este delito entonces es el especial elemento subjetivo del tipo, o sea, el propósito que conduce a alzarse en armas. Dicho elemento “tiene un especial contenido, constitutivo por una marcada dirección intencional que tiene al logro de alguno de los propósitos específicos específicamente consignados en la letra de la ley. Se trata de una meta perseguida por el autor que está más allá de la realización del tipo, es decir, que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención, motivación, motivación o impulso”¹⁰⁷⁸.

1075 PIOTTI, Alberto Daniel / FERNÁNDEZ, Alberto; “Atentados al orden constitucional y a la vida democrática (Reformas introducidas por la Ley 23.077)” en: La Ley 1985-A, Buenos Aires, p. 923.

1076 SILVESTRONI, Mariano H.; *Teoría constitucional del delito*, Buenos Aires, 2004, p. 228

1077 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; Obras completas, T. I, Derecho penal. Parte general, Lima 2004. P 834.

1078 Véase: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, caso “Calzada, oscar Hugo y otro s/inf.. art. 142, 149bis, 189bis, 194 y 227 ter del Código Penal”

En efecto, la Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, Exp. N.º 13-2004-A-V, ha dicho en relación a este tema lo siguiente: “D. La finalidad del delito de Rebelión –elemento subjetivo del delito–, es: “variar la forma de gobierno”, “deponer al gobierno legalmente constituido” o “suprimir o modificar el régimen constitucional”, elementos subjetivos, que hacen en el delito que estos vayan más allá de los elementos objetivos en el tipo legal, es así que resalta por su principal característica: sus elementos subjetivos. Este delito es denominado por la doctrina como uno de “tendencia interna trascendente”, pues exige un fin determinado y concreto. Así la faz subjetiva que esta identificada normalmente con la intención del acto de alzamiento, finalidad de los insurrectos, elemento distinto de la intención dolosa –comunmente conformada por la conciencia y voluntad– [Felipe Villavicencio. Derecho Penal, Parte General, p. 374], la que incluso converge con la naturaleza política de estos delitos, pues estas finalidades distintas del dolo vienen a ser la intención de “variar la forma de gobierno”, de “deponer el gobierno legalmente constituido” y de “suprimir el régimen constitucional o modificarlo”, queda claro en el caso concreto que el fin rebelde es de: “suprimir o modificar el régimen constitucional”, y García Rivas, “resume[ría] y condensa[ría] la ofensividad de la acción” [...]; de hecho, los otros dos fines rebeldes –la variación de la forma de gobierno y la supresión del gobierno– son objetivos que en sí mismos suponen perseguir la dislocación de la forma de gobierno ya asumida conforme a la Constitución y desconocerla implica su ataque, sin embargo permite una distinción clara en atención a los propósitos perseguidos en una u otra figura delictiva –así en el delito de sedición no se desconoce el gobierno legalmente constituido–”.

La pregunta que debe hacerse es la siguiente: ¿se tiene que probar en el proceso penal necesariamente los elementos finalísticos descritos en el tipo penal, en este caso, de rebelión? A nuestro entender sí, ya que precisamente esa subjetividad específica es la que va a dar sentido y dirección a la conducta rebelde. Si el sujeto no tiene como subjetividad-específica variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, sino solo un alzamiento en armas para “amedrentar” a la sociedad, poniendo en peligro la tranquilidad pública, estaría cometiendo delito de terrorismo y no un delito de rebelión.

En realidad, se podría decir que la tipicidad subjetiva –como delito de elemento subjetivo distinto del dolo– es el que define el juicio de tipicidad en el delito de rebelión. Habrá que decir que esta posición asimétrica del delito en cuestión es asumida solo por el Código Penal peruano, sino que es parte de la técnica legislativa de algunas legislaciones del Derecho comparado. Así, el Código Penal de Panamá, a través de los Delitos contra la personalidad jurídica interna de Estado, (art. 301) “Los que promueven o dirijan un alzamiento en armas para derrocar el gobierno nacional legalmente constituido, o para cambiar violentamente la Constitución Política”.

Las afirmaciones doctrinales que realizan los autores españoles en relación a que el delito de rebelión del artículo 472 del Código Penal es una modalidad del delito de resultado cortado –tendencia interna trascendente– vale en igual

sentido para la regulación peruana del artículo 346. Asimismo, nuestro Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.º 961, publicado el 11-01-2006) en el artículo 68 prescribe que: “Comete delito de rebelión el personal militar policial que en forma colectiva, se alza en armas **para** (...)”. Así, el Código Penal español, en su artículo 472 también prescribe que: “Son reos del delito de rebelión los que se alzan violenta y públicamente **para** cualquiera de los fines siguientes (...)”, es decir, ambas regulaciones tienen la misma palabra “para” que señala a mi entender el límite infranqueable entre lo objetivo y subjetivo del delito, que en realidad, es el límite entre la consumación típica y el agotamiento impune del delito, porque en el caso peruano no tenemos un delito de colaboración y asentimiento a la rebelión. De la misma manera se puede decir del Código Penal argentino que en el artículo 226 estatuye que: “Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzan en armas **para** (...)”.

También cabe citar el Código Penal argentino, en el capítulo I “Atentados al orden constitucional y a la vida democrática” (art. 226) dice: “Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzan en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del Gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales”. Asimismo, el Código Penal español se regula el delito de Rebelión, en el Artículo 472 CP: “Son reos del delito de rebelión los que se alzan violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: 1) Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución”.

Las conductas típica-subjetivas descritas en el artículo 346 Código Penal son las siguientes:

- Para deponer el gobierno legalmente constituido.
- Para suprimir o modificar el régimen constitucional.
- Para variar la forma de gobierno.

En realidad, se podría decir que la tipicidad subjetiva –como delito de elemento subjetivo distinto del dolo– es la que define el juicio de tipicidad en el delito de rebelión. Habrá que decir que esta posición asimétrica del delito en cuestión no es asumida no solo por el Código Penal peruano, sino que es parte de la técnica legislativa de algunas legislaciones del Derecho comparado. Así, el Código Penal de Panamá, a través de los Delitos contra la personalidad jurídica interna de Estado, (art. 301) “Los que promueven o dirijan un alzamiento en armas para derrocar el gobierno nacional legalmente constituido, o para cambiar violentamente la Constitución Política”.

También cabe citar el Código Penal argentino, en el capítulo I “Atentados al orden constitucional y a la vida democrática” (art. 226) dice: “Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzan en armas **para** cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del Gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales”. Asimismo el Código Penal español regula el delito de Rebelión,

en el Artículo 472 CP: “Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente **para** cualquiera de los fines siguientes: 1) Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución”.

Los delitos que contienen elementos subjetivos distintos al delito, son los siguientes:

2.1. Delitos de tendencia interna trascendente

Se caracteriza porque la tipicidad subjetiva trasciende a la realización del tipo¹⁰⁷⁹. Los delitos de intención son aquellos en los cuales se reconocen la presencia de un mayor elemento subjetivo en la tipicidad. Delitos de intención. Son aquellos en los cuales existe un fin determinado del autor, que es distinto del dolo. Según Mezger son aquellos delitos mutilados en dos actos, en los cuales el hecho es querido por el agente como medio subjetivo de actuar posterior del mismo sujeto¹⁰⁸⁰.

2.2. Delitos mutilados en dos, o delitos incompletos de dos actos

La finalidad trasciende el ámbito del dolo, pues donde termina el objeto del dolo empieza el elemento subjetivo. La conducta típica es el medio para la realización de una segunda acción del autor. “...el delito mutilado de dos actos alcanza al grado máximo o perfecto de la consumación (realización de todos los elementos típicos y subsiguientes producción del resultado típico) cuando se lleva a cabo a acción básica o acción real, que exige la presencia de la finalidad intencional que precisamente determina la conformación de la figura de delito como subjetivamente configurado, pero es indiferente a efectos de consumación delictiva la producción de la pretendida acción ulterior (podría denominarse acción “potencial”), esto es, es irrelevante la concreción o realización de la finalidad pretendida por el sujeto”¹⁰⁸¹. Más adelante resulta claro Polaino Navarrete a la hora de definir la situación de qué pasa cuando el sujeto activo logra conseguir la finalidad alcanzada, esa finalidad subjetiva que todos los autores refieren que es irrelevante. “El que la finalidad del agente se convierta en realidad —dice -Polaino Navarrete— solo influye en la consecución del grado doctrinalmente denominado “agotamiento” del delito, en un estadio independiente del *iter criminis* del propio delito, que alcanza el máximo o perfecto grado con la consumación. Únicamente alcanzará la conducta posterior (producida por la intención del agente) relevancia desde el punto de vista penal, cuando dicha conducta tenga asimismo carácter delictivo, en cuyo caso se originará el correspondiente concurso de delitos”¹⁰⁸². Artículo 108 “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: 2. **Para** facilitar u ocultar otro delito”. Artículo 188 CP: “El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o

1079 MIR PUIG, Santiago; *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 262.

1080 ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro; *Manual de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2005, p. 420 y ss.

1081 POLAINO NAVARRETE, Miguel; *El injusto típico en la teoría del delito*, Corrientes, 2000, p. 244.

1082 POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 245.

parcialmente ajeno, **para** aprovecharse de él sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física...”. Artículo 202.1 CP: “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años: 1. El que, **para** apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo...”; Artículo 181 CP: “El que compromete, seduce, o sustrae a una persona **para** entregarla a otro con el objeto de tener acceso carnal...”; Artículo 214 CP: “El que, **con el fin** de obtener una ventaja patrimonial, para sí o para otro, en la concesión de un crédito o en su otorgamiento, renovación, descuento o prórroga del plazo de pago...”; Artículo 245 CP: “El director, gerente, administrador, representante legal o funcionario de una institución bancaria, financiera u otra que opere con fondos del público, que **con el propósito** de ocultar situaciones de iliquidez o insolvencia de la institución, omite o niegue proporcionar información o proporcione datos falsos a las autoridades de control y regulación...”.

2.3. Delitos de resultado cortado

Mientras en los delitos “mutilados en dos actos” un acto posterior del propio sujeto integra la integración pretendida finalmente, en los delitos intencionales de “resultado cortado” el fin a que se aspira no constituye un nuevo acto del sujeto, sino solo una meta u objetivo que el autor pretende conseguir mediante la realización de la conducta inspirada en tal finalidad¹⁰⁸³. La consumación se anticipa a un momento anterior a la lesión del bien jurídico (por tanto, delito de peligro), sobre la base de la previsión de una conducta material cuya ejecución determina el momento consumativo. Aquí se “corta” el plano objetivo del precepto; antes, por tanto, de la efectividad del resultado lesivo. ¿Por qué se dice, entonces, que la consumación se anticipa o que el resultado se “corta”? ¿Dónde hallamos aquello que “debería ser” consumación o resultado?

Así, García Rivas al respecto dice que “...aun siendo dogmáticamente correcto denominar dolo a lo que excede de la consumación delictiva, si lo es, por el contrario, asignar a los **delitos de resultado cortado**, como la rebelión, el carácter de delito de peligro concreto propio de la tentativa, ya que el peligro se predica siempre en relación a la lesión del bien jurídico protegido, independientemente de que el legislador anticipe la consumación”¹⁰⁸⁴. Siguiendo con este mismo razonamiento, Vives Antón enseña que: “Desde el punto de vista del contenido de injusto, se trata de un delito de resultado cortado, en el que la consumación formal se adelanta al momento de la simple puesta en peligro del bien jurídico por razones obvias, pues la lesión entrañaría el triunfo de los rebeldes y la imposibilidad de castigarles”¹⁰⁸⁵. Por su parte, García Rivas al respecto dice que “...aun siendo dogmáticamente correcto denominar dolo a lo que excede de la consumación delictiva, si lo es, por el contrario, asignar a los delitos de resultado cortado, como la rebelión, el carácter

1083 POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 158.

1084 GARCÍA RIVAS, Nicolás; *La rebelión militar en derecho penal*, Ediciones de la universidad Castilla-La Mancha, p. 175.

1085 VIVES ANTÓN, Tomás; *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993, p. 126.

de delito de peligro concreto propio de la tentativa, ya que el peligro se predica siempre en relación con la lesión del bien jurídico protegido, independientemente de que el legislador anticipe la consumación”¹⁰⁸⁶. Siguiendo esta misma línea, Villavicencio agrega que: “En los delitos de resultado cortado el agente persigue un resultado que está más allá del tipo y que ha de producirse por sí solo, sin su intervención y con posterioridad. Ejemplo: delitos de rebelión: “se alza en armas para variar la forma de gobierno”, “deponer al gobierno legalmente constitucional” (artículo 346, Código Penal)”¹⁰⁸⁷.

En los que el autor persigue la consecuencia de un resultado que debería producirse sin su intervención. En este punto Bustos Ramírez dice que: “Es el caso más característico de elemento subjetivo. Se trata de tipos penales que incluyen entre sus elementos típicos una subjetividad del autor que va más allá de la realización objetiva exigida. Así, en el caso del art. 281 CP se castiga la distracción de mercancías del mercado con la “intención de desabastecer un sector del mismo”. En este caso, se requiere del dolo respecto del acto de distraer y, además, un elemento subjetivo específico que es la intención trascendente de desabastecer un sector del mercado. No se requiere que objetivamente se produzca el efectivo desabastecimiento. Precisamente porque no se requiere este resultado objetivo, se habla en estos casos de delitos de resultado cortado o, con más precisión, de delitos en que el legislador prescinde del resultado”¹⁰⁸⁸.

El artículo 232 CP señala: “El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, **con el objeto** de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia”. Por otro lado, el artículo 346 CP establece que el “alzamiento en armas ha de ser **para** variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional”. La acción descrita en el tipo penal permite definir a la rebelión como un delito de resultado cortado, es decir la consumación de la rebelión se anticipa en un momento anterior al logro de la finalidad de la rebelión, pues esta se consuma con el solo alzamiento en armas¹⁰⁸⁹. Se trata de un delito de resultado cortado, en el que la consumación objetiva se anticipa ya que se perfecciona con el mero alzamiento en armas. El logro de las finalidades antes explicadas es indiferente. El triunfo de la rebelión carece de efectos jurídicos.

1086 GARCÍA RIVAS, Nicolás; *La rebelión militar en derecho penal*, Ediciones de la universidad Castilla-La Mancha, p. 175.

1087 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Derecho penal. Parte general*, 200, p. 375.

1088 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Obras completas*, T. I, Derecho penal. Parte general, Lima 2004. p. 834.

1089 VIVES ANTÓN, Tomás; *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993, p. 126 “Desde el punto de vista del contenido de injusto, se trata de un delito de resultado cortado, en el que la consumación formal se adelanta al momento de la simple puesta en peligro del bien jurídico por razones obvias, pues la lesión entrañaría el triunfo de los rebeldes y la imposibilidad de castigarles”.

2.4. Delitos de tendencia interna intensificada o delitos de elementos ánimo

Estos no suponen que el autor actúe con una finalidad que trascienda al tipo, sino más, que su comportamiento se encuentra dominado por un sentido subjetivo específico, que es el que confiere la especial peligrosidad para el bien jurídico. Delitos de Tendencia. Según Mezger son los tipos penales llamados de resultado cortado, en los cuales el sujeto actúa con el fin de que se produzca un resultado ulterior. Por otra parte, los delitos de tendencia en sentido propio son aquellos en que la conducta aparece como la realización de una preferencia subjetiva que signa el acto del autor. Los delitos de tendencia son aquellos en donde la acción se define como expresión de una tendencia subjetiva del agente, de tal manera que solo resulta típica si su ejecución externa va acompañada de esa tendencia interna. Ejemplo: artículo 108. inciso 3 “..con gran crueldad o alevosía...”.

2.5. Delitos de expresión

Se entiende aquellos tipos cuya acción muestra un proceso interno del autor. Son aquellos que la acción típica presupone un determinado estado de conciencia o psíquico que está en contradicción con el comportamiento externo, de tal manera que la comprobación de la tipicidad obliga a comparar lo externamente ejecutado con del proceso que paralelamente se desarrolla en el mundo anímico del autor. Delitos de expresión. En éstos, en cambio, la acción es expresión de un proceso anímico del sujeto. Este elemento del tipo hace que se diferencie entre lo que el sujeto dice y lo que el sujeto sabe. Tal clasificación no ha tenido muchos seguidores en la doctrina.

Artículo 215. “...el que gire, transfiere o cobre un cheque, en los siguientes casos: Inc. 6 Cuando lo endose **a sabiendas** de que no tiene provisión de fondos”. Artículo 249 “El que **a sabiendas** produce alarma en la población propalando noticias atribuyendo a una empresa del sistema financiero...”. Artículo 254: “El que **a sabiendas**, introduce, transporta o retira del territorio de la República; comercializa, distribuye o pone en circulación moneda o billetes falsificados...” Artículo 280: “El que, **a sabiendas**, ejecuta cualquier acto que pone en peligro la seguridad de naves...”.

3. Los elementos subjetivos distintos al dolo y su relación al derecho penal del ánimo

No tiene que identificarse el *animus* que se exige para el delito de hurto o robo y el *animus* que se exige para el delito de rebelión. En el caso del hurto, al legislador le importa bastante poco que el autor consiga efectivamente lucrarse porque la cosa mueble ajena ya ha sido sustraída del patrimonio del sujeto pasivo, de modo que el desvalor del resultado ya se ha cumplido, y solo falta verificar el desvalor de la acción, esto es, el motivo por el cual el autor sustrajo la cosa. ¿Ocurre lo mismo con el delito de rebelión? Ciertamente no.

Actualmente no puede sostenerse un **derecho penal de ánimo**, que está cercano a un derecho penal de autor. En el derecho penal de autor, la pena se

vincula directamente a la personalidad del autor y a su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción: “culpabilidad por la conducción de vida”. El derecho penal de autor genera la reacción penal en base a determinadas cualidades de la persona de las que muchas veces no es responsable en absoluto. Sin embargo, el Derecho Penal peruano es un derecho penal de acto porque solo el comportamiento humano traducido en actos externos puede ser calificado de delito y motivar una reacción penal. Sin embargo, algunos tipos se construyen sobre la base de determinadas actitudes o comportamientos habituales del autor pero siempre que se traduzcan en actos externos: el “proxeneta”, el “usurero”, el “rebelde”.

En sentido, Zaffaroni, Alagia y Slokar, dicen que “(...) el uso desmedido de estos elementos de ánimo es peligrosamente ampliatorio del poder punitivo, corriendo el riesgo de desviarse a un *derecho penal de autor* e incluso a un *derecho penal contra el enemigo*, si bien se trata de evitar esto basándose en que sería una actitud que la acción expresa y no una característica del autor, a lo que se observa que se trata de algo cercano¹⁰⁹⁰ a la acción sintomática o de un derecho penal del sentimiento”. Asimismo, Carrara dice que: “Pero la ciencia penal, que solo tiene por objeto los actos externos y que no se ocupe en los pensamientos sino para indagar las causas de aquellos, no puede equipararse el autor de una *idea*, al autor de un *hecho*. Para ella el delito es un ente jurídico, que, por resultar de la contradicción entre un *hecho* y la *ley*, no tiene vida si la ley no es materialmente ofendida por un *hecho*; y el *autor* de ese *hecho* es solo el que lo consuma *materialmente*”¹⁰⁹¹.

Lo que pretende criminalizarse son **estados de ánimos de las personas**: por ejemplo: “si sonrieron”, “si estaban tristes”, en fin si mostraron una “aptitud opositora” ante la emisión del vídeo, cuando en realidad lo que se debe primar en la presente investigación penal es si se cometió lo que exige el verbo rector del artículo 346 del Código Penal, es decir si hubo “alzamiento en armas”.

Querer reprimir penalmente solo los estados de ánimos de las personas es como pretender reprimir solo el “ánimo de lucro” en los delitos de robo y hurto y no el apoderamiento de las cosa mueble total o parcialmente. En otras palabras, lo que garantiza un derecho penal de acto en el delito de robo y hurto por ejemplo, es que se desplace del ámbito de dominio de su dueño la cosa mueble; en igual sentido, el perfeccionamiento típico en el delito de rebelión se produce con el alzamiento en armas, aún cuando el objetivo final (variar o deponer el régimen constitucional) no se consiga, porque si solo importara el objetivo final del delito de rebelión, y no alzarse en armas, es confirmar un derecho penal del ánimo, como se pretende establecer.

Existe confusión entre lo que es PREMEDITACIÓN y lo que es DOLO. La premeditación como decisión antelada para cometer un delito debe estar desderrada de un sistema penal garantista, ya que nos lleva al cuestionado ámbito del derecho penal de autor, y no a un derecho penal de acto. Lo que pretende la acusación sustancial es retrotraer los hechos ha estadios anteriores a la ejecución

CAP. XXV

1090 ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR; *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2002, p. 544.

1091 CARRARA, Francesco; *Programa de Derecho criminal. Parte general*, vol. I, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, 1977, p. 288. (Las cursivas son del texto)

típica, cuando en realidad lo reprimible es solamente la *acción típica*, no la acción pre-típica o pos-típica. Como es sabido, el dolo (conciencia y voluntad de hacer los elementos objetivos del tipo penal) en términos generales debe medirse y valorarse en el momento mismo de la ejecución del delito, no antes ni posteriormente. En tal sentido, la doctrina penal habla, en este caso, del llamado **dolo concomitante o dolo en el mismo momento de ejecución del hecho delictivo**. Para más información, Bacigalupo nos dice que: “El elemento cognitivo del dolo debe darse en el **momento de la comisión del hecho** y requiere un conocimiento actual, es decir, presente. No importa, y es insuficiente para acreditar el dolo, que el autor, con anterioridad a la realización del hecho, haya sabido, por ejemplo, que en el lugar donde ahora cree que hay una liebre –sobre la que quiere disparar– había otra persona”¹⁰⁹². Por su parte, Maurach/Zipf sostienen que: “El saber y el querer referidos al tipo objetivo global deben existir al tiempo de la acción que realiza este tipo; más precisamente, en el **momento del acto decisivo**”¹⁰⁹³.

Para el delito de rebelión la jurisprudencia peruana ha establecido que solo es necesario el conocimiento efectivo, o sea, la aprobación en el evento rebelde sin empuñamiento de las armas. Así, por ejemplo, la Resolución Judicial de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Recurso de Nulidad N.º 13-2004-06-“A”) de fecha 13 de julio 2006, que en su considerando séptimo, ha dicho lo siguiente: “Que la configuración del autor o coautor del delito de rebelión no requiere necesariamente haber participado en la fase de ideación, planificación u organización de la asonada político militar que por lo general es conocida por unas cuantas personas con el fin de garantizar el éxito del plan criminal, ni exige que de manera efectiva se haya empuñado las armas o que se tenga la condición de militar, si no basta realizar actos objetivos y materiales que demuestren la aprobación y/o intervención en dicha actividad...”.

Sin embargo, la jurisprudencia argentina desde una perspectiva restrictiva ha dicho que el solo conocimiento de los sujetos no implica la intervención en el evento delictivo. Así: “Si el único móvil de la reunión, en un domicilio, de los procesados por el delito del art. 226 del Cód. Penal, en la noche del 9 de junio de 1956, era el de vigilancia y resguardo de una familia en previsión de acontecimiento que podían acaecer en ese momento, es indudable que esto supone el previo conocimiento de que tales sucesos se debían producir, pero tal conocimiento de por sí no implica participación activa en el plan ni injerencia inmediata en los sucesos, ni aun en la forma o con el objeto reconocido por ellos, desde que esta no adquiere los caracteres típicos del complot ni mucho menos de la rebelión efectiva”¹⁰⁹⁴.

XIII. CONCLUSIONES

Las conclusiones son las siguientes:

CAP. XXVI

1092 BACIGALUPO, Enrique; *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1999, p. 321

1093 MAURACH/ZIPF; *Derecho penal. Parte general*, 1, traducción de la 7.ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch Buenos Aires, 1994, p. 382.

1094 Publicada en La Ley-86, Buenos Aires, p. 414.

1. El delito de rebelión es considerado como un tipo monosubsistente o monoconductual (sólo se necesita alzamiento en armas en la tipicidad objetiva) al igual que un delito de homicidio que solo criminaliza la acción de “matar” y la acción típica se consuma en un solo acto. El delito de rebelión no es un tipo plurisubsistente o pluriconductual como sucede, por ejemplo, con el delito de tráfico de influencias (art. 400 CP) que se necesita primero: invocar influencias reales o simuladas, segundo: dar o prometer para sí o para tercero los medios corruptores; tercero: para interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo el caso. Puede decirse aquí, que como el delito de rebelión es un delito de tendencia interna trascendente la acción típica se consuma en dos actos: el alzamiento en armas y luego en cambiar el régimen constitucional. Sin embargo, ya habíamos dicho que este último objetivo es netamente subjetivo-finalístico, irrelevante para efectos típico-consumativos.
2. El bien jurídico-penal es los “Poderes del Estado y el orden constitucional”, por lo tanto, es de naturaleza colectiva y a la vez, es considerado como *bienes jurídicos intermedios o mediatos*. La tipicidad objetiva en el delito de rebelión solo está compuesta del “alzamiento en armas”. El delito de rebelión del art. 346 en la versión peruana, se destaca dos características: se trata de un *tipo plurisubjetivo* y a la vez *monoconductual*. Es plurisubjetivo porque necesariamente tiene que tener, para cambiar el régimen constitucional, la participación o colaboración de otras personas para lograr las finalidades típicas. Además, se trata de un delito monoconductual o monosubsistente porque el tipo penal del artículo 346 reprime solo una forma típica por la cual se puede lograr la finalidad de cambiar el régimen constitucional: el “alzamiento en armas”, mas no podrá hacerse mediante amenaza o violencia por ejemplo. El delito de rebelión es de *delito común* y de *ejecución instantánea (con efecto permanente)*. El delito de rebelión subjetivamente es de *tendencia interna trascendente* (resultado cortado), en la cual la consumación se realiza con el solo alzamiento en armas, sin importar el efecto ulterior de la rebelión: triunfo o fracaso. El delito de rebelión es *de peligro concreto*. El delito de rebelión (art. 346 CP) se trata de un *tipo de peligro* y un *tipo de tendencia interna trascendente*, ya podemos afirmar, con propiedad, que el delito de rebelión no se trata de un delito de resultado lesivo, es decir, el resultado no interesa a efectos de configurar típicamente el delito. En otras palabras, queda el “camino allanado” –como no podía ser de otro modo– para afirmar que el delito de rebelión es un *delito de mera actividad*. Para saber exactamente cuándo existe consumación de un ilícito penal se debe observar en primer lugar el verbo rector del tipo penal, y luego engarzar este verbo con algún resultado típico. Sobre esa base establecer, luego, si estamos ante un delito de mera actividad, de resultado peligroso o lesivo, de tendencia, etc. El ámbito de influencia de la tipicidad es determinante para valorar y enjuiciar cualquier conducta. No puede realizarse elucubraciones doctrinales sobre aspectos

CAP. XXV

progresivos del delito soslayando un aspecto tan elemental como la descripción típica de cada figura de la Parte Especial, eso sería violar el principio de legalidad.

3. La acción descrita en el tipo penal permite definir a la rebelión como un delito de resultado cortado, es decir, la consumación de la rebelión se anticipa en un momento anterior al logro de la finalidad de la rebelión, pues esta se consuma con el solo alzamiento en armas. Se trata de un delito de resultado cortado, en el que la consumación objetiva se anticipa ya que se perfecciona con el mero alzamiento en armas. La parte subjetiva de las hipótesis: “variación, deponer, suprimir o modificar la forma de gobierno o el régimen constitucional”. Aún cuando estén descritas legalmente estas diversas variantes en el art. 346 Código Penal, no forman parte de la tipicidad objetiva, sino de la tipicidad subjetiva, es decir, sirve para direccionar la subjetividad del agente. De esta clase de delitos está lleno el Código Penal en la Parte Especial como hemos visto: por ej. en el art. 203 “Usurpación de aguas” la tipicidad objetiva está compuesta por aquel que “...desvía el curso de las aguas públicas o privadas, impide que corran por su cause o las utiliza en una cantidad mayor de la debida...”. En cambio, en la tipicidad subjetiva –aunque esté redactado en la ley– está representado por: “...con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero”. De tal forma que estos delitos –trascendentes– tienen mayor carga subjetiva que objetiva, por eso se les llama también **tipos asimétricos** por exceso subjetividad típica.
4. Si tomamos como punto de referencia el delito de rebelión del art. 346 del Código Penal, diremos que el delito de conspiración (art. 349 CP) es un acto preparatorio del delito de rebelión; sin embargo, habrá que decir que el delito de rebelión, en la versión peruana, solo contiene aspectos consumativo-formales (que es el alzamiento en armas) y aspectos de preparación (delito de conspiración para la rebelión), pero no reprime de *lege lata* aspectos de agotamiento-material del delito de rebelión.
5. En este último supuesto, la ley penal argentina, por ejemplo, sí lo contiene: se llama el delito a consentir asumiendo las funciones propias de miembros de cualquiera de los tres poderes, y puede asumir el que no estando en funciones en el momento de consumarse la rebelión ocupa luego de producida, como quien, habiendo cesado en su cargo por obra de la rebelión, lo reasume mientras no ha cesado el estado creado por la rebelión. En tal sentido, siguiendo una línea del *iter criminis* en función al bien jurídico y al tipo penal, concluimos que en el derecho peruano, el delito de rebelión solo se encuentra consumado, más no agotado, por ello todas las conductas que tengan como objetivo consolidar el gobierno de facto, quedarán impune.
6. La discusión está es saber si el Código Penal peruana en cuanto al delito de rebelión reprime la permanencia por todo el tiempo que dura **el régimen rebelde** (etapa de consolidación), o solo hasta el momento

en que el movimiento rebelde obtiene el poder y establece un gobierno fundado en un nuevo principio constitucional (en el sentido formal): el **acto usurpador** (etapa de alzamiento en armas).

En todo delito de rebelión existen dos etapas bien definidas:

- Una **etapa de alzamiento**, que es la parte ejecutiva y activa para alcanzar el objetivo finalístico, cual es el “cambio” del régimen constitucional preestablecido. Esto es la parte que solo castiga el Código Penal en el art. 346. El alzamiento en armas es la etapa previa e impostergable para alcanzar el nuevo régimen de gobierno. En principio, esta etapa sí tiene tipificación en el derecho peruano.
- Una **etapa de consolidación** que es cuando se ha estabilizado el “nuevo gobierno” de facto. Obviamente la estabilización implica que ya no debe hablarse de la rebelión propiamente dicha, pues ya terminó el alzamiento en armas. Lo que hay es consolidación del gobierno de facto.
 - i. Las conductas de agotamiento factual tienen que ver con circunstancias de hecho que tienen como objetivo estabilizar y consolidar el nuevo gobierno, la misma que el tipo penal de rebelión (art. 346) no reprime.
 - ii. esta etapa es atípica absolutamente porque abarca supuestos de agotamiento material del delito de rebelión.

EL DELITO DE VIOLENCIA DE AUTORIDADES ELEGIDAS EN EL CÓDIGO PENAL

LA REFORMA PRODUCIDA A TRAVÉS DE LA LEY
N.º 29519 DE FECHA 16-04-2010

I. CONSIDERACIONES Y PROBLEMÁTICA

En principio debemos destacar que todo Estado democrático tiene como finalidad primigenia garantizar el respeto de la voluntad soberana del pueblo, lo que incluye un conjunto de previsiones de muy diversa naturaleza como son garantizar la gobernabilidad de las autoridades elegidas. En esta lógica nuestra Constitución Política, en el artículo 2, inciso 17 destaca que toda persona tiene derecho a participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Agrega que todos los ciudadanos tienen conforme a ley, los derechos de elección, remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

Por su parte, el artículo 31 de la misma Carta Política, en el primer párrafo refiere que los ciudadanos tienen el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por Ley Orgánica. En otras palabras, se establece que toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política de la Nación y por ende, una vez elegida respetar sus decisiones dentro de un Estado democrático y de Derecho.

Debe quedar claro que el ejercicio de los citados derechos constitucionales no pueden lesionar o poner en peligro otros derechos –también de jerarquía constitucional– como es el caso del artículo 369 CP que protege el normal desarrollo de la administración pública en sus niveles democráticos de decisión. Específicamente se busca proteger la libertad de acción y decisión de dichos funcionarios, así como el prestigio y respeto debido a los mismos¹⁰⁹⁵. En consecuencia, si se verifica, luego de un debido proceso, las afectaciones a los niveles democráticos de decisión, el derecho penal debe contemplar medidas de neutralización y de protección¹⁰⁹⁶ para precisamente estabilizar la normalidad democrática y el Estado de Derecho.

1095 ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la Administración pública*, Lima, 2007, p. 1018.

1096 Ley Orgánica de Elecciones Ley N.º 26859 promulgada el 29.SET.97 Publicada el 01.OCT.97
TÍTULO XVI De Los Delitos, Sanciones y Procedimientos Judiciales

Artículo 384o. Son reprimidos con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres años:

a) Los Presidentes de las Mesas de Sufragios que no cumplan con remitir las ánforas o las Actas electorales. Además sufren pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, conforme a los incisos 1), 2), 3), 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal.

Más aún si tenemos en consideración que en determinadas zonas del país se observan actos de violencia contra ciertas autoridades públicas que impiden el normal desenvolvimiento de la vida institucional en forma democrática. En este sentido, el Jurado Nacional de Elecciones para graficar de forma concreta la problemática adjuntó a su propuesta legislativa un cuadro denominado precisamente "Problemática en localidades como consecuencia de resultado de elecciones municipales del 19NOV2006"; que señala que hay 15 circunscripciones electorales del país donde se ha impedido que las autoridades municipales asuman el cargo, y que obviamente el artículo 369 del Código penal, se ha reformado a través de la Ley N.º 29519 de fecha 16-04-2010.

Para una mayor ilustración, a continuación se adjunta el citado cuadro:

**PROBLEMÁTICA EN LOCALIDADES COMO CONSECUENCIA DE
RESULTADO DE ELECCIONES MUNICIPALES DEL 19 DE NOV. DE 2006**

REGIÓN	PROVINCIA	DISTRITO	JURAMENTO	IMPIDEN ASUMIR FUNCIONES	NUEVAS ELECCIONES
Amazonas	Bagua	La Peca	No	-	-
Amazonas	Luya	San Jerónimo	Sí	Sí	-
Ancash	Carhuaz	Tinco	Sí	Sí	-
Ancash	Mcal. Luzuriaga	Llama	Sí	Sí	-
Ancash	Bolognesi	Colquioc	No	No	Sí
Apurímac	Chincheros	Ranracancha	No	No	Sí
Arequipa	Condesuyos	Carayami	No	No	Sí
Ayacucho	Lucanas	Aucará	No	No	-
Ayacucho	Huamanga	Pacaycasa	Sí	Sí	-
Cajamarca	Jaén	Pomahuaca	No	-	-
Cajamarca	Chota	Anguía	-	-	Sí
Cajamarca	Chota	Miracosta	-	-	Sí
Cajamarca	Chota	Chalamarca	-	-	Sí
Cajamarca	Chota	Tacabamba	-	-	Sí
Huancavelica	Huancavelica	Acoria	Sí	Sí	-
Huanuco	Huanuco	Churubamba	-	-	Sí
Ica	Chincha	Alto Larán	-	Sí	Sí

Las mismas penas sufren los participantes en el antes indicado delito.

- b) Aquél que mediante violencia o amenaza interrumpe o intenta interrumpir el acto electoral. Si el culpable forma parte integrante de un grupo, la pena es no menor de dos años ni mayor de cinco.
- c) Aquél que injustificadamente despoja a una persona de su Documento Nacional de Identificación o lo retiene con el propósito de impedir que el elector concurra a votar. Si el que delinque es funcionario, empleado público o miembro de las Fuerzas Armadas, la pena es de prisión no menor de un año ni mayor de cuatro, con pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, conforme a los incisos 1), 2), 3), 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal.
- d) Aquél que impida o perturbe una reunión en recinto privado o la que se realice en lugar de uso público, convocada con fines electorales conforme al artículo 354o del Código Penal. Si el culpable fuese funcionario o empleado público, además de la pena indicada sufre pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, de conformidad con los incisos 1), 2), 3), 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal.

REGIÓN	PROVINCIA	DISTRITO	JURAMENTO	IMPIDEN ASUMIR FUNCIONES	NUEVAS ELECCIONES
Junín	Tarma	Tapo	-	-	Sí
Junín	Huancayo	Huayucachi	-	-	Sí
La Libertad	Otuzco	Usquil	No	Sí	-
La Libertad	Pataz	Parcoy	Sí	Cumple condena	-
Lima	Huaral	Sumbilca	Sí	Sí	-
Loreto	Ramón Castilla	Caballococha	Sí	Sí	-
Pasco	D.A. Carrión	Sta. Ana Tusi	Sí	Sí	-
Puno	Azángaro	J.D. Choquehuanca	No	-	-
Puno	Carabaya	Olaechea	-	-	Sí
Puno	Carabaya	Corani	No	Sí	-
Puno	Melgar	Umachiri	No	Sí	-
Puno	Melgar	Cupi	No	Sí	-
Puno	Chucuito	Desaguadero	No	No	Sí
Puno	Carabaya	San Gabán	No	No	Sí
Puno	Carabaya	Usicayos	No	Sí	-
San Martín	Campanilla	Campanilla	Sí	Sí	-

Fuente: JNE

II. DESCRIPCIÓN LEGAL

A través de la Ley N.º 29519 de fecha 16-04-2010 producido en el artículo 369 del Código penal, quedo redactado de la siguiente manera:

“Artículo 369. El que mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal juramentar, asumir o ejercer sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente es funcionario público o servidor público sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, inciso 1, 2 y 8”.

III. CRITERIO DE DERECHO COMPARADO

Quienes tienen el delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, son los siguientes:

- El Código Penal argentino en el artículo 241, numeral 1 señala: “El que perturbare el orden de las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o

CAP. XXVI

dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones. 2 El que sin estar comprendido en el artículo 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones”.

- CP de Puerto Rico (1975) artículo 251: “Toda persona que valiéndose de intimidación, violencia o fraude impidiere el reunirse a la Asamblea Legislativa, o a cualquiera de las cámaras que la componen, o a cualquiera de sus miembros será sancionado con pena de reclusión por un término de tres años. De mediar circunstancias agravantes, la pena establecida podrá ser aumentada hasta un máximo de 5 años; de mediar circunstancias atenuantes, podrá ser reducida hasta un máximo de dos años”.
- CP de España: (1995): “No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra los que se atentare fuera miembro del gobierno, los de Consejos de Gobierno, de las comunidades autónomas, del congreso de los diputados del senado o de las asambleas legislativas, del consejo general del poder judicial o magistrado del tribunal constitucional, se impondrá la pena de prisión de 4 a 6 años y multa de 6 a 12 meses”.
- El Código Penal de Uruguay (artículo 171) dispone:

“Se comete atentado usando violencia o amenaza contra un funcionario público, con alguno de los siguientes fines:

1. El de impedirle al funcionario asumir la función o tomar posesión del cargo.
2. El de estorbarle su libre ejercicio.
3. El de obtener su renuncia.
4. La prepotencia, el odio o el menosprecio. Este delito se castiga con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría”.

- El Código Penal para el Distrito Federal de México (artículo 282). “Se le impondrá de seis meses a tres años de prisión al que por medio de la violencia física o moral, se oponga a que la autoridad pública o sus agentes ejerzan alguna de sus funciones en forma legal, o resista el cumplimiento de un mandato que satisfaga todos los requisitos legales”.

IV. EL ACTUAL ARTÍCULO 369 DEL CÓDIGO PENAL DE 1991 Y SU RELACIÓN CON LA ACTUAL CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Sabido es que nuestra Constitución Política de 1993 tuvo un significativo cambio en el régimen parlamentario, no solo en el número de sus miembros sino también en su estructura funcional. En efecto, se cambió de bicameralismo que establecía la Constitución Política de 1979, es decir, de Diputados y Senadores. En efecto el artículo 166 de la Carta Política abrogado señalaba: “El Congreso se compone de dos Cámaras: el Senado y la Cámara de Diputados”; ahora bien, con la actual Constitución Política de 1993 cambiamos al sistema unicameral de acuerdo a artículo 90 que señala lo siguiente: “El Poder legislativo reside en el Congreso, el

cual consta de Cámara Única. El número de congresistas es de ciento veinte...". Es decir, nuestro poder legislativo ahora solo está compuesto por 120 Congresistas.

El Código Penal del 1991 tiene actualmente la siguiente redacción en el artículo 369: "El que impide a los Senadores y Diputados o a los miembros de las Asambleas Regionales o a las Alcaldes o Regidores el ejercicio de las funciones propias de sus cargos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si el agente es funcionario público o servidor público sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2". El citado artículo 369 referido al delito de violencia contra representantes del legislativo, de gobiernos regionales o municipales objeto de predictamen constituye en realidad un supuesto agravado del tipo de "atentado" (o coacción) contra la autoridad (artículo 365¹⁰⁹⁷) en función del sujeto pasivo. Se trata aquí de representantes elegidos por voluntad popular¹⁰⁹⁸. Aunque como señala Abanto Vásquez "De *lege ferenda* sería preferible trasladar este tipo penal, con las debidas modificaciones y acompañados de otros tipos peales, a un capítulo destinado a los delitos contra "las instituciones del Estado y la división de poderes" como hizo el legislador español en el nuevo C.P. de 1995"¹⁰⁹⁹.

La fuente directa nacional del actual artículo 369 lo encontramos en el artículo 323 del abrogado Código Penal de 1924 que señalaba lo siguiente: "El funcionario público que impidiera a un representante que concurra a su Cámara o que ingrese en ella, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días y, en todo caso, con inhabilitación, conforme a los incisos 1, y 3. del artículo 27, por no menos de dos años". Cuando se promulgó el Código Penal de abril de 1991 obviamente estaba vigente la Constitución Política de 1979 (hoy derogada) que establecía el sistema parlamentario bicameralista. Sin embargo, hoy en día no se justifica bajo ningún motivo la vigencia del actual redacción del artículo

1097 Artículo 365.-Violencia contra la autoridad para obligarle a algo

El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obliga a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de éstas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 27937, publicada el 12-02-2003, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 367. Formas agravadas

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:

1. El hecho se realiza por dos o más personas.

2. El autor es funcionario o servidor público.

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años cuando:

1. El hecho se comete a mano armada.

2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.

Si el agraviado muere y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de siete ni mayor de quince años:"

1098 Véase en este sentido: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Lima, 2001, p. 137.

1099 Véase en este sentido: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Lima, 2001, p. 138.

369 del Código Penal que regula el delito de violación al ejercicio parlamentario y municipal; ya que dicho artículo mantiene la redacción antigua de “senadores” y “diputados”.

V. SOBRE LA NUEVA VERSIÓN DEL ACTUAL ARTÍCULO 369: “VIOLENCIA” O “AMENAZA”

Proyecto de Ley N.º 2060/2007-JNE¹¹⁰⁰, presentado por el Jurado Nacional de Elecciones, que propone modificar el artículo 369 del Código Penal, relacionado al delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, en el sentido que el citado artículo 369 establece como sujetos pasibles de violencia a los senadores y diputados, aumentando la pena abstracta. La iniciativa legislativa del Jurado Nacional de Elecciones al artículo 369 del Código Penal es la siguiente: “El que impide violentamente a una autoridad elegida en un proceso electoral juramentar, asumir o ejercer sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis y con inhabilitación conforme al artículo 36 del Código Penal”.

En principio, la propuesta legislativa del JNE en cuanto a los medios típicos resulta insuficiente de cara a la protección del bien jurídico tutelado: la libertad de acción y decisión de dichos funcionarios, así como el prestigio y respeto debido a los mismos. La citada propuesta legal solo contempla la posibilidad de la “violencia” como forma de comisión del delito. Como se sabe la violencia es todo acto de constreñimiento dirigido contra la persona misma (violencia personal) o contra las cosas (violencia real). Pero en el caso de la “violencia sobre las cosas” hay que hacer la salvedad que esta, para ser típica, debe influir indirectamente en la persona del funcionario¹¹⁰¹. En otras palabras, la violencia se entiende que podría ser solo violencia física y no permitiendo otros supuestos concretos (como por ejemplo, la amenaza) por las cuales también se puede lograr que se impida que una persona pueda ejercer el cargo por elección popular.

En tal sentido, considero adicionar los verbos rectores “violencia” o “amenaza” ya que es una constante en la legislación penal dichos medios típicos para determinados delitos de la Parte Especial. Así en el artículo 151 del Código Penal: “... mediante amenaza o violencia...”; el artículo 168 del Código Penal: “...mediante

1100 **Opinión recibida.** Se ha recibido la opinión del Ministerio Público expresando su viabilidad y procedencia del presente Proyecto de Ley. Así justifica la propuesta legal a través de un cuadro del Jurado Nacional de Elecciones denominado “Problemática en localidades como consecuencia de resultado de elecciones municipales del 19NOV2006”; que señala que hay 15 circunscripciones electorales del país donde se ha impedido que las autoridades asuman el cargo. Sin embargo, señala el Ministerio Público algunas observaciones: que debería incluirse en la tipicidad del delito 369 el medio “amenaza y/o intimidación” y que se incluya la fórmula de “cualquier otro modo”. Además, establece que se debería precisar los numerales en la pena de inhabilitación.

1101 Véase en este sentido: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Lima, 2001, p. 101. Habrá que mencionar que este autor expresa que la amenaza no debería estar expresamente en el tipo penal en comentario ya que la amenaza es una especie de violencia moral.

violencia o amenaza”; el artículo 202, inciso 2 del Código Penal: “...por violencia o amenaza...”. En esta misma línea, puede ubicarse algunos hechos punibles más próximos a los delitos que estamos dictaminando. Así, en los Delitos contra la voluntad popular (Título XVII) concretamente en los delitos contra el derecho de sufragio (Capítulo Unico). Así es en el artículo 354 CP se señala: “El que, con violencia o amenaza...”; el artículo 355 CP se señala: “El que, con violencia o amenaza...”;

Así en el artículo 285 donde también se castiga al “...que mediante **violencia, intimidación o fraude**, sustituye o **impide** el cumplimiento de sus funciones al capital, comandante o piloto de un medio de transporte...”. Como puede verse en este supuesto se castiga a través de los verbos rectores de “violencia” o “intimidación”.

En el derecho comparado también se puede encontrar los medios típicos como la “violencia” o la “amenaza” como forma idónea de afectación del bien jurídico protegido en esta clase de infracciones. Así puede verse el Código Penal para el Distrito Federal de México (artículo 282). “Se le impondrá de seis meses a tres años de prisión al que por medio de la **violencia física o moral...**”; el Código Penal de Uruguay (artículo 171) dispone que: “Se comete atentado usando **violencia o amenaza** contra un funcionario público...”; el Código Penal de Puerto Rico (artículo 251) señala que: “Toda persona que valiéndose de **intimidación, violencia...**”;

Considero necesario que debe mantenerse en el tipo penal del artículo 369 la frase “*impedir*”, que implica hacer que la autoridad no realice la función pública que quería realizar. En otras palabras, impedir el ejercicio de las funciones de los funcionarios implica hacer imposible el inicio de sus actividades regulares definidas por ley y sus reglamentos, o hacer no viable la continuidad de dicho ejercicio colectivo de funciones a través de actos de boicot, entorpecimientos, etc., que ocasionen impedimento¹¹⁰².

En suma, la nueva versión del artículo 369 del Código Penal peruano incorpora textualmente finalmente los medios típicos de “violencia” y “amenaza” como modalidades típicas que debe realiza el autor.

VI. CRITERIO DE INDICACIÓN EN EL TIPO PENAL DE LOS PROCESOS ELECTORALES: “GENERAL, PARLAMENTARIO, REGIONAL O MUNICIPAL”.

En este punto de los procesos electorales se ha seguido la redacción del artículo 354 del Código Penal, ya que la modificación empleada en dicho artículo mediante la Ley 29287 de fecha 06/12/2008 señala lo siguiente: “...en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal”. Como es sabido la propuesta legal del Jurado Nacional de Elecciones solo hacía referencia a “...**proceso electoral...**” sin especificar a qué proceso se refería, situación que los tipos penales de los Códigos no pueden tolerar máxime si ellos deben de regirse bajo los postulados de la taxatividad y determinación de las normas penales como desprendimiento del principio de legalidad de las conductas.

CAP. XXVII

1102 ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la Administración pública*, Lima, 2007, p. 1019.

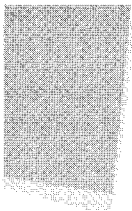
Por ello considero necesario detallar los supuestos en las cuales se pueden presentar los procesos electorales en nuestro país, y encontramos que pueden ser los siguientes: procesos “generales” para abarcar la elección de los cargos presidenciales; y es ahí una de las novedades en la propuesta de la Comisión de Justicia ya que se estaría ampliando razonablemente para los elegidos Presidentes de la República (como sujeto pasivos del delito), situación como se sabe no prevista por la actual regulación del artículo 369 del Código Penal.

Por otro lado, también se contempla en el nuevo tipo penal los procesos “parlamentarios” que abarca la elección tanto de los cargos de congresistas como también la elección del parlamento andino; y esta propuesta legislativa es válida ya que la redacción actual del artículo 369, en cuanto al parlamento está dirigida solo a: **“Senadores y Diputados...”**. Asimismo, se contempla el tema de los procesos “regionales” para abarcar la elección de los cargos de presidentes Regionales y sus respectivos consejales; por último los procesos “municipales” para abarcar la elección del cargo de Alcalde y sus respectivos regidores. En resumen, el artículo 369 deberá quedar redactado de la siguiente manera: “...proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal...”. Como puede verse no se trastoca en lo absoluto la denominada voluntad del legislador en forma histórica, pues solamente se debe castigar determinados procesos electorales.

Finalmente, considero necesario expresar los momentos en las cuales una persona (sujeto activo) puede impedir a una autoridad elegida en un proceso electoral. Los momentos en los procesos electorales está enmarcado en tres niveles secuenciales: así en primer orden está el “acto de juramentar”, en segundo orden está el “acto de asunción del cargo público”; en tercer lugar esta el tema de “ejercicio material del cargo o funciones”.

VII. CRITERIO DE AUMENTO DE LA PENA ABSTRACTA EN EL MARCO MÍNIMO EN EL ARTÍCULO 369 DEL CÓDIGO PENAL

La pena abstracta que prevé la actual redacción del artículo 369, primer párrafo, del Código Penal (*con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años*), la Comisión de Justicia considera que en su marco penal máximo debe conservarse, es decir con cuatro años de pena privativa de libertad. Sin embargo, resulta justificable asignarle un aumento racional a la pena abstracta en su marco penal mínimo, por lo que considero que debe ser de dos años de pena privativa de libertad, y no de un año con está actualmente en el Código penal.



BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO REVILLA, Manuel, *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Idemsa, Lima, 1997.
- ABANTO REVILLA, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima, 2001.
- ABANTO REVILLA, César, "El delito de apropiación ilícita de las aportaciones al sistema nacional de pensiones", en *Revista Peruana de Ciencias Penales* N.º 11, Lima, 2002.
- ABANTO REVILLA, Manuel, "Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance", en *Revista Peruana de Ciencias Penales* N.º 11, Lima, 2002.
- ACALÉ SÁNCHEZ, María, "Actividades urbanísticas constitutivas de delitos en los Códigos penales español y peruano", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 11-12, Lima, 2002.
- ADRIAZOLA BEGAZO, Lissbeth Milagros, "La criminalización de la invasión de terrenos u ocupación sin violencia", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 27, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre 2011.
- AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal*, Reus, Madrid, 1904.
- ALCÓCER POVIS, Eduardo, *La inclusión del enemigo en el Derecho penal*, Reforma, Lima, 2009.
- ALIAGA VERA, Fidel, "Tentativa y consumación en el delito de violación sexual de menor", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N.º 126, Lima, 2009.
- ALONSO, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y Derecho penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- ALONSO PÉREZ, Francisco, *Medios de investigación en el Proceso Penal*, Dykinson, Madrid, 1999.
- AMBOS, Kai, "Derecho penal del enemigo", traducción de Carlos Gómez-Jara Díez, en *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho penal y Procesal Penal*, Lima, 2010.
- ÁNGELES GONZALES, Fernandino y Manuel FRISANCHO MARTÍNEZ, *Código Penal comentado*, t. II, Lima, 1997.

- ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general*. Traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, Temis, Bogotá, 1988.
- ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy, *Comentarios de los precedentes vinculantes penales. Análisis de las decisiones vinculantes de la Corte Suprema (2004-2012)*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- ARCE GALLEGOS, Miguel, *El delito de violación sexual. Análisis dogmático, jurídico-sustantivo y adjetivo*, Adrus, Arequipa, 2010.
- ARENAS SALAZAR, Jorge, *Delito de falsedad*, Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá, 1995.
- ARMAZA GALDÓS, Jorge y Fernando ZAVALA TOYA, *La decisión judicial*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- BACA CABRERA, Denyse, Fidel ROJAS VARGAS y Marlene NEIRA HUAMÁN, *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, t. II, Gaceta Jurídica, Lima.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
- BACIGALUPO, Enrique, *Estudios de la Parte especial del Derecho penal*, 2.^a ed., Akal, Madrid, 1994.
- BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Temis, Santafé de Bogotá, 1994.
- BACIGALUPO, Enrique, "La regulación de las conductas omisivas en el nuevo Código penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Buenos Aires. 1996.
- BACIGALUPO, Enrique, "La regulación de las conductas omisivas en el nuevo Código penal", en Buompadre, Jorge Eduardo (dir. y coord.), *Derecho penal y Procesal penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez*, Buenos Aires, 1997.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Ara, Lima, 2004.
- BAIGÚN, David, "El delito de 'atentado al orden constitucional y la vida democrática' y la reforma de la constitución nacional", disponible en línea: <<http://bit.ly/1N3GABx>>.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "Delitos monetarios, Cuestiones comunes a las distintas figuras de delito" en *Comentarios a la Legislación Penal*, t. IV, Madrid, 1985.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Ceura, Madrid, 1987.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Ceura, Madrid, 1991.

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Mercedes PÉREZ MANZANO, y Carlos SUÁREZ GONZALES, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- BARBERO SANTOS, Marino, "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas, Altaya, Buenos Aires, 1994.
- BENASAYAG, Miguel, *Utopía y libertad. Los Derechos Humanos: ¿Una ideología?*, Eudeba, Buenos Aires, 1998.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Honor y Libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1987.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, "El medio ambiente como bien jurídico tutelado", en Terradillos Basoco, Juan (coord.), *Delito ecológico*, Madrid, 1992.
- BERNAL CAVERO, Julio, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Los delitos de hurto y robo en el Código Penal*, 2.^a ed., San Marcos, Lima, 1998.
- BLANCO LOZANO, Carlos, "Acerca de algunas cuestiones básicas del Derecho penal ambiental en el nuevo Código penal de 1995", en *Cuadernos de Política Criminal* 60, Madrid, 1996.
- BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho penal. Parte especial*, t. I, Astrea, Corrientes, 2003.
- BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho penal. Parte especial*, t. II, Astrea, Corrientes, 2004.
- BRAMONT ARIAS, Luis, *Código Penal anotado*, San Marcos, Lima, 1966.
- BRAMONT ARIAS, Luis, *Derecho penal. Parte general*, Imprenta Vilock, Lima, 1978.
- BRAMONT ARIAS, Luis, "El principio de legalidad de la represión y la nueva Constitución Política del Perú", en *La nueva Constitución y Derecho Penal*, Lima, 1980.
- BRAMONT ARIAS, Luis, *Temas de Derecho penal*, t. 3, San Marcos, Lima, 1990.
- BRAMONT ARIAS, Luis y Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal anotado*, San Marcos, Lima, 1995.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, San Marcos, Lima, 1994.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, San Marcos, Lima, 2006.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, "Los delitos ecológicos y sus problemas", en Franciskovic Ingunza, Millitza (comp.), *Derecho Ambiental*, Lima, 2002.

- BREGLIA ARIAS, Omar y Omar R. GAUNA, *Código Penal y leyes complementarias*, T. II, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Los bienes jurídicos colectivos", en *Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N.º 11, 1986.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Ariel, Barcelona, 1986.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho penal. Parte general*, Ara, t. I, Lima, 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas. Derecho penal. Parte general*, t. I, Colección Iustitia, Ara, Lima, 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Trotta, Madrid, 2006.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMÁZABAL MALAREE, *Lecciones de Derecho penal*, Trotta, vol. II, Madrid, 1999.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel y José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, t.II, Bosch, Barcelona, 2001.
- CALLE RODRÍGUEZ, María Victoria, *Falsedades documentales no punibles*, Edersa, Madrid, 1997.
- CAMPANA VALDERRAMA, Manuel M., *El delito de omisión a la asistencia familiar*, Universidad Garcilaso de la Vega, Lima, 2002.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", traducción de Manuel CANCIO, en GÜNTHER Jakobs, & CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.
- CANEZ MARTICORENA, Alfredo, *Sobre el delito de estafa y otras defraudaciones*, Alternativas, Lima, 2000.
- CANTERO BRANDES, Rocío, "El delito ecológico: análisis del actual tipo penal", en Terradillos Basoco, Juan (coord.), *El delito ecológico*, Madrid.
- CARAMUTI, Carlos, *Concurso de delitos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos; Juan Luis GONZÁLEZ CUSSAC *et al.*, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- CARMONA SALGADO, Concepción, "Delitos contra la seguridad del tráfico", en Manuel Cobo del Rosal (dir.) *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, Madrid, 1997.
- CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Uteha, Buenos Aires, t. II, 1944.
- CARO CORIA, Dino Carlos, *La protección penal del ambiente*, Von Karen, Lima, 1995.

- CARO CORIA, Dino Carlos, "Sociedad de riesgos y bienes jurídicos colectivos", en *Themis* N.º 37, PUCP, Lima, 1998.
- CARO CORIA, Dino Carlos, *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999.
- CARO CORIA, Dino Carlos, "La estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal y su protección mediante la técnica de los delitos de peligro", en *Themis*, 39, Lima, 1999.
- CARO CORIA, Dino Carlos, "Acerca de la 'Discriminación de género' en el Código penal peruano de 1991", en Hurtado Pozo, José (director), *Anuario de Derecho Penal*, 1999-2000, Derecho Penal y Discriminación de la Mujer, Lima, 2001.
- CARO CORIA, Dino Carlos, "Presupuestos para la delimitación de la estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal", en Franciskovic Ingunza, Millitza (comp.), *Derecho Ambiental*, Lima, 2002.
- CARO CORIA, Dino Carlos, "Presupuestos para la delimitación de la estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal", en Franciskovic Ingunza, Millitza (comp.), *Derecho Ambiental*, Lima, 2002.
- CARO CORIA, Dino Carlos, "Los delitos concursales en el Derecho penal peruano. Alcances de la Ley de reestructuración patrimonial y de la nueva Ley general del sistema concursal", en *Revista Peruana de Doctrina Jurisprudencia Penales*, N.º 3, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima, 2002.
- CARO CORIA, Dino Carlos, "El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho penal económico", en *Materiales de Enseñanza, Maestría en Derecho penal. Derecho penal económico*, Ciclo 2004-II, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CARO CORIA, Dino Carlos, "Sobre la relación entre los delitos contra la libertad sexual y de trata de persona", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, t. 29, 2011.
- CARO JOHN, José Antonio, *Diccionario de jurisprudencia penal*, Lima, 2007.
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal. Parte especial*, vol. IV, Temis, Bogotá, 1997.
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal. Parte general*, vol. I, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1977.
- CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo Grimaldo, *El delito de tenencia ilegal de armas*, Grijley, Lima, 2009.
- CASTILLO ALVA, José Luis, *Asociación para delinquir*, Grijley, Lima, 2005.
- CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal 2, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima, 2006.

- CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal 3, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima, 2006.
- CASTILLO ALVA, José Luis, "Breves apuntes sobre la usurpación por despojo", en *JUS, Doctrina y práctica*, Lima, 2007.
- CASTIÑEIRA, María Teresa, *El delito continuado*, Bosch, Barcelona, 1977.
- CHIOVENDA, Giuseppe, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", t. I, Trad. GÓMEZ ORBANEJA, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1948.
- CHIRINOS SOTO, Francisco, *Comentarios al nuevo Código Penal del Perú*, A.CH. Editores, t. II, Lima, 1993.
- CHIRINOS SOTO, Francisco, *Constitución de 1993 lectura y comentario*, 4.^a ed., Rodhas, Lima, 1997.
- CHIRINOS SOTO, Francisco, *Código Penal*, Rodhas, Lima, 2012.
- CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y Víctor VALLADOLID ZETA, *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2002.
- CHOCLÁN MOLTALVO, José Antonio, *La organización criminal tratamiento penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2000.
- CHOCLÁN MOLTALVO, José Antonio, "Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación", en VV. AA., *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid, CGPJ, 2001.
- COBO DEL ROSAL, Miguel Ángel y Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1996.
- COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel et al, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, t. II, Akal, Madrid, 1990.
- COLAUTTI, Carlos E., *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1995.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido, *Encubrimiento y receptación*, Bosch, Barcelona, 1955.
- CONDE-PUMPIDO FERRERIRO, Cándido, *Apropiaciones indebidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal*, t. III, Barcelona-Caracas-México, 1978.
- CORNEJO, Abel, *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 16 de noviembre de 2009 (caso González y otras –"Campo Algodonero"– vs. México).

- COSTA, Mario Gustavo, "Residuos y principio de legalidad", en *La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental*, 26 de diciembre, Buenos Aires, 2003.
- CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, t. I y II, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, 4.^a ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.
- CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El Proceso Penal. Teoría y jurisprudencia constitucional*, Palestra, Lima, 2006.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, t. 1, Civitas, Madrid, 1996.
- CURY, Enrique, *La ley penal en blanco*, Temis, Bogotá, 1988.
- D'ALESSIO, Andrés José (dir.) y Mauro DIVITO (coord.), *Código Penal. Comentado y anotado. Parte especial*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- DAYENOFF, David Elbio, *Código Penal: concordancias, comentarios, jurisprudencia, esquemas de defensa*, 6.^a ed., A-Z Buenos Aires, 1998.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Universitat de València, España, 1995.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *La prueba en el delito ecológico*, Tecnos, Madrid, 1995.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- DE VEGA RUIZ, José Augusto, *El delito ecológico*, Constitución y Leyes, COLEX, Madrid, 1994.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, "Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género", en Hurtado Pozo (director), *Anuario de Derecho Penal*, 1999 – 2000, Derecho Penal y Discriminación de la Mujer, Lima, 2001.
- DEL CASTILLO FALCÓN CARO, María, "El delito ecológico en la jurisprudencia criminal española" en *Cuadernos de Política Criminal* N.º 59, 1996.
- Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española, Madrid, 1992.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", en *Jueces para la Democracia*, Madrid, 1998.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual", en Hurtado Pozo (director), *Anuario de Derecho Penal*, 1999-2000, Derecho Penal y Discriminación de la Mujer, Lima, 2001.

- DONNA, Edgardo Alberto, "Delito y medio ambiente", en Mosset Iturraspe / Hutchinson / Donna, *Daño ambiental*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Santafe, 1999.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte especial*, t. I-B, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte especial*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte especial*, t. II-B, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2003.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte especial*, t. II-C, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- ESCRIVÁ GREGORI, José M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976.
- ESER, Albin, "Derecho ecológico", en *Revista de Derecho Público*, vols. II y IV, Madrid, 1985.
- ESER, Albin y Björn BURHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, traducción de Silvina BACIGALUPO y Manuel CANCIO MELIÁ, Madrid, 1995.
- ESTRELLA, Oscar Alberto y Roberto GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.
- FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, "Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto. Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 10, Lima, 1997.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, Abeledo-Perrot, t. VI, Buenos Aires, 1969.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, Abeledo-Perrot, t. VII, (actualizado por Guillermo Ledesma), Buenos Aires, 1993.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- FOY VALENCIA, Pierre, "Anotaciones sobre los mecanismos jurídicos para la protección ambiental y el acceso a la justicia ambiental", en *Cuadernos Jurisprudenciales*, Derecho ambiental, Lima, 1993.

- FREELAND, Alejandro, "¿Permiso para contaminar; permiso para matar? Las autorizaciones administrativas y el delito ambiental", en *Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N.º 12, 2001.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *La reparación civil en el proceso penal*, Idemsa, Lima, 1999.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y Walther Javier DELGADO TOVAR, *Derecho penal. Parte especial*, t. II, Jurista Editores, Lima, 2011.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia. Penal, constitucional penal y procesal penal*, Jurista Editores, Lima, 2012.
- GARCÍA ARAN, Mercedes, "Algunas características generales del Código Penal español de 1995: ¿Hacia la superación del Derecho penal de la codificación?", en *Gaceta Jurídica*, t. 49, Lima, 1997.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, Ara, Lima, 2003.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte especial*, t. II, Grijley, Lima, 2007.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, Juristas Editores, Lima, 2010.
- GARCÍA DEL RÍO, Flavio, *Manual de Derecho penal. Parte general y parte especial*, Ediciones Legales, Lima, 2004.
- GARCÍA DEL RÍO, Flavio, *Delitos contra el patrimonio*, San Marcos, Lima, 2006.
- GARCÍA NAVARRO, Edward, "El Derecho penal político y un breve estudio típico de la rebelión y sedición", en *Actualidad Jurídica*, t. 157, 2006.
- GARCÍA PABLOS, Antonio, "La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión", en *Libertad de Expresión y Derecho Penal*, Madrid, 1985.
- GARCÍA PABLOS, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense, Madrid, 1995.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, *La rebelión militar en Derecho penal*, ISBN, Ciudad Real, 1990.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, "Contribución al análisis de los delitos de peligro contra el medio ambiente", en Collantes Gonzales, Jorge Luis (coord.) *Tratado de Derecho Penal. Desafíos del Derecho penal contemporáneo*, Trujillo, 2004.
- GARCÍA TOMA, Víctor. "Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993", t. II, Universidad de Lima, 1998.
- GÓMEZ, Eusebio, *Delincuencia político-social*, La Facultad, Buenos Aires, 1933.
- GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, t. 5, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.

- GÓMEZ, Eusebio, *Leyes penales anotadas*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1954.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, "Función y contenido del error en el tipo de estafa" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Civitas Ediciones, Madrid, 1988.
- GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando, *El Proceso Penal*, Oviedo, Fórum, 1996.
- GÓMEZ PAVON, Pilar, *El encubrimiento, artículos 17 y 18 del Código Penal*, Madrid, Trivium, 1988.
- GÓMEZ TORRES, Iván, "La cuantía en el delito de hurto agravado. En busca de la correlación de conceptos dogmáticos de la parte general y de la parte especial del CP", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, t. 30, 2011.
- GÓMEZ URSO, Juan Facundo, *Tipicidad penal*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2005.
- GONZÁLES RUS, Juan José, *Curso de Derecho penal español Parte especial I*, Ediciones Jurídicas, Madrid 1996.
- GONZÁLES RUS, Juan José, "Delitos contra la Constitución. Rebelión", en Cobo del Rosal, Manuel (dir.), *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid-Barcelona, 2000.
- GÖSSEL, Karl-Heinz, "La protección del honor en el derecho penal alemán", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2003.
- GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- HASSEMER, W., "Viejo y nuevo Derecho penal", en *Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- HEINE, Günter, "Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993.
- HEINE, Günter, "Derecho penal del ambiente. Especial referencia al Derecho penal alemán", en *Cuadernos de política criminal*, 1997.
- HERZOG, Félix, "Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro)", traducción de Larrauri Pijoan y Pérez Álvarez, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993.
- HIRSCH, Hans Joachim, "El Derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad", traducción de M. Carmen Alastvey Dobón, en *Derecho penal, Obras completas*, t. II, Buenos Aires, 2000.

- HORMAZÁBAL MALARE, Hernán, "Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987.
- HUERTA BARRÓN, Miguel y Gustavo CAMPOS PERALTA, *La tortura en el Perú y su regulación legal*, COMISEDH, Lima, 2005.
- HUERTA TOCILDO, Susana, "Injerencia y art. 489, 3, CP", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1985, nota 11.
- HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge, "Fundamento de la imputación penal en los delitos contra el patrimonio. Especial referencia al caso del hurto en su modalidad básica y sus formas derivadas", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, t. 32, 2012.
- HURTADO POZO, José, "Aborto y Constitución", disponible en versión online: <<http://bit.ly/1H832IH>>.
- HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987.
- HURTADO POZO, José, "Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo", en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1999.
- HURTADO POZO, José, "Moral, sexualidad y derecho penal", en Hurtado Pozo (director), *Anuario de Derecho Penal*, 1999-2000, Derecho Penal y Discriminación de la Mujer, Lima, 2001.
- HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, I, Ara, Lima, 2005.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras y Serrano Gonzales de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Günther, "La omisión: estado de la cuestión", Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles, en VV.AA., *Sobre el Estado de la Teoría del Delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), Madrid, 2000.
- JAKOBS, Günther, "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", traducción de Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, vol. II, traducción y notas del Derecho español por Muñoz Conde y Mir Puig, Madrid, Comares, 1981.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 2002.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 2 vols., Instituto Pacífico, Lima, 2014.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho penal, la ley y el delito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Lecciones de Derecho penal*, Biblioteca Clásicos del Derecho Penal, vol. III, México, 1997.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, t. I, Porrúa, México, 1972.
- KAUFMANN, Armin, "Tipicidad y causación en el procedimiento Cotergan", traducción de Conrado A. Finzi, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 2, Buenos Aires, 1973.
- KINDHÄUSER, Urs, "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico", traducción de Fernando Molina Fernández, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1992.
- KINDHÄUSER, Urs, *Estudios de derecho penal patrimonial*, Grijley, Lima, 2002.
- LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Lima, Grijley, 1999.
- LAJE ANAYA, Justo y Enrique Alberto GAVIER, *Notas al Código Penal argentino. Parte especial*, t. II, Marcos Lerner, Córdoba, 1995.
- LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, *El Derecho penal ambiental en el Perú ¿Realidad concreta o simbolismo práctico?*, Grijley, Lima, 2011.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, "El bien jurídico en los delitos contra el honor", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 11-12, 2002.
- LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2000.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general, I*, Universitas, Madrid, 1996.
- MACHUCA FUENTES, Carlos, *Faltas contra la integridad física y el patrimonio*, Ediciones Legales, Lima, 2011.
- MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Parte especial*, vol. IV, Temis, Bogotá, 1955.
- MAIWALD, Manfred, *De la capacidad de rendimiento del concepto de "riesgo permitido" para la sistemática del Derecho penal*, traducción de Marcelo Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- MALLQUI HERRERA, Edwin Antonio, "En el delito de Apropiación Ilícita ¿Cuál es la relevancia del título por el que se produce la entrega?", en *JUS, comentarios a la jurisprudencia y praxis jurídica*, 2007, Lima.
- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, traducido por Santiago Sentis Melendo y Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, t. I, 1951.

- MAPELLI CAFFARENA, Borja et al, *Estudios sobre delincuencia organizada*, Mergablum, Sevilla, 2001.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, "La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986.
- MARCONE MORELLO, Juan, *Diccionario penal y ciencias auxiliares*, Editores Importados, t. I.
- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *Encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria*, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan, *El delito de receptación*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 1997.
- MAURACH, Reinhart y Heinz ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, traducción de Jorge Bofia Genzsck y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MAZA MARTÍN, José, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (director), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coordinador), *Comentarios al Código Penal*, t. III, Barcelona, 2007.
- MEDINA FRISANCHO, José Luis, *La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial*, Grijley, Lima, 2011.
- MEINI MÉNDEZ, Iván, "La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 del C P", en *Aspectos fundamentales de la Parte general del Código Penal peruano. Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2003.
- MENDOZA TROCONIS, José Rafael, *Curso de Derecho penal venezolano*, Gráficas Letra, Madrid, 1961.
- MENESES GONZALES, Bonifacio, *Derecho penal. Parte especial, delitos contra el patrimonio*, Lima, 2006.
- MERA FIGUEROA, Jorge, "Los delitos contra los derechos humanos en los códigos penales latinoamericanos", en *Doctrina Penal*, N.º 29-32, 1985.
- MEZGER, Edmund, *Derecho penal, Parte especial*, t. II, Buenos Aires, 2004.
- MIKKELSEN-LÖTH, Jorge, *Asociación ilícita*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- MIR PUIG, Santiago, "El delito de coacciones en el Código Penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1977.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1996.

- MIR PUIG, Santiago, "La imputación en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho desarrollado", en *Estudios Jurídicos, Libro Homenaje al profesor José Casabó Ruiz*, Valencia, 1997.
- MIR PUIG, Santiago, "Comentarios al capítulo primero del título primero del libro primero del nuevo código penal", en *Revista jurídica de Catalunya*, ISSN 1575-0078, vol. 96, N.º 2, 1997.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2004.
- MIXÁN MASS, Florencio, *Derecho Procesal Penal*, t I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1984.
- MOECKEL GIL, Emilio, "Perspectivas del delito ecológico en el Código penal de 1995. Se prueba en el proceso", en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 65, 1998.
- MOLINA, Gonzalo Javier, "Injerencia e imputación objetiva. La función de la teoría de la imputación objetiva como criterio para delimitar los supuestos de un hecho precedente como posición de garantía. Especial referencia a los casos de incremento del riesgo", en *Libro de Ponencias*, t. I, Universidad de Córdoba, 2003.
- MOLINARIO, Alfredo J., *Los delitos*, t. III, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Buenos Aires, 1999.
- MONTES FLORES, Efraín, "La protección del turista a través de la ley penal; el delito de robo agravado y la nuevas circunstancias agravantes", en *JUS, Doctrina y Práctica*, Lima, 2007.
- MORALES PRATS, Fermín, "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro", en *Estudios Penales en memoria del Prof. Dr. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. II, Valencia, 1997.
- MARALES PRATS, Fermín, "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro", en José Manuel Valle Muñiz (coord.), *La protección jurídica del medio ambiente*, 1997.
- MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, t. VI, Tommasi, Buenos Aires, 1923.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "Falsedades (I). Falsificación de moneda y efectos timbrados" en *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial II* Dir. Manuel Cobo del Rosal, Madrid, 1997.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, Tomás HUTCHINSON y Edgardo Alberto DONNA, *Daño ambiental*, Rubinzal-Culzoni Editores, t. I, Buenos Aires, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, "Principios inspiradores del nuevo Código penal español", en *Gaceta Jurídica*, t. 49, Lima, 1997.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- MÜSSIG, Bernd, "Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en derecho penal. Puntos de partida para una sistematización", en Gómez-Jara Díez, Carlos (editor), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Lima, 2007.
- NARDIELLO, Ángel Gabriel, *Estructura del hecho punible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2012.
- NAUCKE, Wolfgang, *Derecho penal. Una introducción*, traducción de Leonardo Germán Brond, Astrea, Buenos Aires, 2006.
- NOGUERA RAMOS, Iván, *Delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual*, Grijley, Lima, 2011.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1960.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 1979.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, actualizado por Víctor Félix Reinaldi, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Marcos Lerner Editora Córdoba, Buenos Aires, 1999.
- OBREGÓN GARCÍA, Antonio, "La eximente de estado de intoxicación penal por consumo de alcohol u otras drogas", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, N.º 1, Madrid, 2000.
- ODERIGO, Marco A., "La tortura, memoria y balance", en *LL*, 1983-A.
- ONETO, Tomás, "Autoritarismo, democracia y legitimidad. La ley de defensa de la vida democrática", en *La Ley* 1985-B, Buenos Aires.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Alternativa, Lima, 1999.
- ORÉ SOSA, Eduardo A., "El endurecimiento del Derecho Penal a través de las Leyes 28726 y 28730" en *Actualidad Jurídica*, t. 151, Lima, 2006.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Jurisdiccional*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- OSORIO Y FLORIÁN, Manuel, *Código Penal de la República Argentina*, Universo, Buenos Aires, 1999.
- PALAZZO, Francesco, "Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia", en *Revista Penal*, 1999.
- PAREDES INFANZÓN, Jelio, *Delitos contra el patrimonio*, Gaceta Jurídica, Lima, 1991.
- PAREDES INFANZÓN, Jelio, *Jurisprudencia penal vinculante*, Gráfica Multiservicios la Esperanza, Lima, 2010.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Delito de terrorismo*, Grijley, Lima, 1992.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, Idemsa, Lima, 1994.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte especial II-A*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra el patrimonio*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., "La Ley penal sobre reincidencia y habitualidad. El retorno a los postulados del positivismo criminológico", en *Actualidad Jurídica*, t. 151, Lima, 2006.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., "La reforma político-criminal de los delitos sexuales, vía la Ley N.º 28704, sancionada el 5 de abril de 2006", en *Diálogo con la jurisprudencia*, N.º 108, Lima, 2007.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual*, Idemsa, Lima, 2007.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Delitos contra el patrimonio*, Rhodas, Lima, 2009.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte especial*, t. I Y II, Idemsa, Lima, 2010.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal. Parte general*, t. I, p. Idemsa, Lima, 2011.
- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, "Algunas consideraciones dogmáticas sobre la regulación de la comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano" N.º 88, en *Gaceta Jurídica*, 2001.
- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 2001.

- PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, Normas Legales, Lima, 2006.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "El Delito de Receptación: los elementos objetivos de la infracción", en MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (Dir.), *El encubrimiento, la receptación y el Blanqueo de Dinero. Normativa Comunitaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (director), *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, vol. II, Madrid, 1998.
- PESSOA, Nelson, *Concurso de Delitos. Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996.
- PINEDO SANDOVAL, Carlos A., "Tentativa y consumación en los delitos de hurto y abigeato: necesidad de una reinterpretación funcional-normativista", en *Gaceta penal y procesal penal*, t. 36, Junio, Lima, 2012.
- PIOTTI, Alberto Daniel y Alberto FERNÁNDEZ, "Atentados al orden constitucional y a la vida democrática (Reformas introducidas por la Ley 23.077)", en *La Ley 1985-A*, Buenos Aires.
- PIZARRO GUERRERO, Miguel, *Delito de apropiación ilícita*, Lima, Jurista Editores, 2006.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, "La criminalidad ecológica en la legislación penal española", en *Libro Homenaje al Prof. Del Rosal*, Madrid, 1993.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, Mave Editora, Corrientes, 2000.
- POLAINO-ORTS, Miguel, "Delitos de organización como Derecho penal del enemigo", en Günther Jakobs / Polaino-Orts. *Delitos organización: un desafío al Estado*, Lima, 2009.
- POLAINO-ORTS, Miguel, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, Grijley, Lima, 2009.
- POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre y María Cecilia RAMÍREZ G., *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Comentarios al Código Penal de 1991*, Idemsa, Lima, 1993.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "Reformas en los delitos contra el patrimonio. (Comentarios a las Leyes 26319 y 26326)", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 4, 1994.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, Atelier Libros, 1991.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Derecho Penal de la Culpa (imprudencia)*, Bosch, Barcelona, 1958.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "De la Usurpación", en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) MORALES PRATS, Fermín (coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, t. II, Navarra, 2005.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director), MORALES PRATS, Fermín (coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, t. II, Navarra, 2005.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Fermín MORALES PRATS y J. Miguel PRATS CANUT, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- RAMELLA, Pablo A. "Convención internacional sobre la tortura", en LL, Buenos Aires, 1986-A.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro, "Los delitos de corrupción de funcionarios; una visión crítica a partir del caso Montesinos. Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias; ¿comprador de humo, víctima o partícipe?" N.º 23, en *Ius et Veritas*, Lima, 2002.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro, "Autoría y participación en delito especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de Asociación Ilícita", en San Martín, Caro Coria y Reaño Peschiera, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimientos ilícitos y asociación para delinquir*, Lima, 2002.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro *et al*, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, "Relevancia jurídico-penal de la conducción de vehículo en estado de ebriedad: ¿Exclusión de conducta o causa de inimputabilidad?", en *Libro de Ponencias, XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y Criminología*, UNMSM, Lima, 2004.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *En busca de la prisión preventiva*, Jurista Editores, Lima, 2006.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2006.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *La garantía del "ne bis in idem" en el ordenamiento jurídico-penal*, Palestra, Lima, 2006.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, "Modificación de los requisitos materiales de la prisión preventiva. La reducción en la pena probable y la incorporación de la habitualidad delictiva", en *Actualidad Jurídica*, t. 151, 2006, Lima.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Derecho penal. Parte general*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *La omisión impropia en el Derecho Penal*, Jurista Editores, Lima, 2011.

- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Derecho penal y Política. La influencia de los acuerdos políticos en las decisiones jurídico-penales*, Casa Editora Blancas, Lima, 2011.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, "Los procesales penales especiales y el Derecho penal frente al terrorismo", en *La presentación a la obra del Dr. Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre*, Lima, 2012.
- REBOLLO VARGAS, Rafael, "Reflexiones y propuestas sobre el tratamiento penal y procesal de la pequeña delincuencia patrimonial", en Abanto Vásquez, Manuel/ José Antonio Caro John y Luis Miguel Mayhua Quispe (coordinadores), *Imputación y sistema penal. Libro Homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*, Lima, 2012.
- RED PERUANA TGLB Y PROMSEX, *Informe Anual sobre Derechos Humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales 2008*, Martín Jaime Ballero/ Relator, Lima: Erre&erre artes gráficas, 2009.
- REYES ALVARADO, Yesid, *Concurso de delitos*, Ediciones Reyes Echandía Abogados, Bogotá, 1990.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel, "Derecho penal económico. Parte general y Parte especial", en *Anuario de Derecho*, Lima, 2002.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel, "La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites" disponible en línea: < www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Reyna1 >.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal*, Jurista Editores, Lima, 2002.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal económico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial*, Jurista Editores, Lima, 2005.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Delitos contra la familia y de violencia doméstica*, Jurista Editores, Lima, 2011.
- RIGHI, Esteban y Alberto FERNÁNDEZ, *Derecho penal. La Ley. El Delito. El proceso y la pena*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996.
- RIVERA PAZ, Carlos, *Veinte propuestas de modificación de la legislación antiterrorista*, Tirant lo Blanch, Lima, 1999.
- ROBLES BRICEÑO, José, CASTILLO ALVA, José y Nelson SALAZAR SÁNCHEZ, *Jurisprudencia penal*, Lima, 2005.
- RODAS MONSALVE, Julio César, *Protección penal y medio ambiente*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994.
- RODAS VERA, Carlos Ernesto, "Apropiación ilícita por abuso de confianza y apropiación ilícita simple", en *JUS, Comentarios a la jurisprudencia y praxis jurídica*, Lima, 2008.

- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1988.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María y Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, Dykinson, Madrid, 1992.
- RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique, "Responsabilidad en el ejercicio profesional a propósito de la denominada mala praxis médica", Corresponsal en El Salvador para la *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, N.º 3, septiembre-diciembre, España, 1999.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la ingerencia", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1973.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, Civitas Ediciones, Madrid, 1978.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "Alternativas de la protección penal del medio ambiente", en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 19.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "Participación Delictiva por negligencia" Comentarios a la legislación penal, t. IV, Dir. Manuel Cobo del Rosal, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "Supletoriedad del Código Penal", en *Comentarios a la legislación Penal*, t. IV, Dir. Manuel Cobo del Rosal, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "Los concursos de leyes en el nuevo Código penal", en *El Derecho penal español de fin de siglo y el Derecho penal latinoamericano, Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Buenos Aires, 1999.
- RODRÍGUEZ, Agustín Washington y Beatriz GALETTA DE RODRÍGUEZ, *Código penal. Parte especial*, Juris, La Plata, 2000.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Grijley, Lima, 1997.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Gaceta Jurídica, Lima 1999.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, t.I, Lima, Gaceta Jurídica, 1999.
- ROJAS VARJAS, Fidel, *Delitos contra el patrimonio*, vol. I, Grijley, Lima, 2000.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal y Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 2000.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*, Idemsa, 2002.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, Grijley, Lima, 2007.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *El delito, preparación, tentativa y consumación*, Idemsa, Lima, 2009, p. 587.

- ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, t. I, Idemsa, Lima, 2002.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia*, Ara, Lima, 2012.
- ROJAS VARGAS, Fidel; Alberto INFANTAS VARGAS y Lester León QUISPE PERALTA, *Código penal, 16 años de jurisprudencia sistematizada. Parte especial*, t. II, Lima, 2009.
- ROSALES ARTICA, David, "Apuntes sobre el delito de daños en el derecho penal peruano", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, t. 40, octubre de 2012.
- ROXIN, Claus, "La parte general del derecho penal sustantivo", traducción y notas españolas de Luis Arroyo Zapatero, en Roxin / Arzt / Tiedemann, *Introducción al derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Barcelona, 1989.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, T. I, traducción de la 2da edición alemana y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal; Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, T. I, Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por: Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Trad. Manuel Abanto Vázquez, Ideosa, Lima 1997.
- ROXIN, Claus, "Injerencia e imputación objetiva", traducción de Gabriel Pérez Barberá, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, 2001.
- ROY FREYRE, Luis E., *Derecho penal peruano. Parte especial*, t. III, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1983.
- ROY FREYRE, Luis E., *Derecho penal peruano. Parte especial*, t. III. IPCP, Lima, 1983.
- ROY FREYRE, Luis E., *Derecho Penal Peruano*, t. III, Instituto de Ciencias Penales, Lima, 1983.
- ROY FREYRE, Luis E., *Manual de Derecho pena. Parte especial*, T. 3, Lima 1986.
- RUBIO, Zulma, Lidia, *El delito de asociación ilícita*, Librería Editora Platense, La Plata, 1981.
- RUSCONI A. Maximiliano, "Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico", en Maier, Julio B.J. (comp.) *Delitos no convencionales*, Buenos Aires, 1994.
- RUSSO, Eduardo Ángel, *Derechos Humanos y Garantías*, Buenos Aires, 1999.
- SAINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito de apropiación indebida*, Bosch, Barcelona, 1978.

- SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial*, Grijley, Lima, 2007.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano*, Jurista Editores, Lima, 2008.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial*, vol. I, Grijley, Lima, 2010.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio*, Grijley, Lima, 2010.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, "El procedimiento penal por delitos sexuales en el Perú", en Hurtado Pozo, José (dir.), *Anuario de Derecho Penal*, 1999-2000, Derecho Penal y Discriminación de la Mujer, Lima, 2001.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, "Delito socioeconómico y proceso penal. El Derecho procesal penal económico", en *Revista Advocatus* N.º 4, 2001.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, Dino Carlos CARO CORIA, y Leandro REAÑO PESCHIERA, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Lima, 2002.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, t. I, 2006.
- SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel, *El delito de violación sexual de menor en el nuevo Código Procesal Penal*, BLG, Lima, 2011.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 2004.
- SANCINETTI, Marcelo, *Derechos Humanos en la Argentina postdictatorial*, Eudeba, Buenos Aires, 1988.
- SANCINETTI, Marcelo, *Casos de Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- SANCINETTI, Marcelo, "Tipos de peligro en las figuras penales", en *Revista Peruana de Ciencias Penales* N.º 12, Lima, 2002.
- SCHÜNEMANN, Bernd, "¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?", traducción de Teresa Rodríguez Montañés, en *Jornadas sobre Reforma del Derecho penal en Alemania*, Madrid, 1991.
- SCHÜNEMANN, Bernd, "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", traducción de Manuel Cancio Meliá, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 5, Lima, 1995.
- SCHÜNEMANN, Bernd, "Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N.º 9-A, Buenos Aires, 1999.

- SERRANO BUTRAGEÑO, Ignacio (coord. Editorial), *Código penal de 1995. Comentario y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Granada, 1999.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 10.ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús. María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de Política Criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1991.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Política criminal y técnica legislativa en materia contra el medio ambiente", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, Año 3, N.º 4/5, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión de Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Malos tiempos para la codificación penal en Europa. A propósito de nuevo Código Penal español", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 7/8, Lima, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Aberratio Ictus e Imputación Objetiva", en *Estudios de Derecho Penal*, Lima, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión", en *Dogmática y criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Colombia, 2005.
- SILVESTRONI, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, t. III, IV y V, Buenos Aires, 1992.
- SPINKA, Roberto, "Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional", en VV AA, *Estudios de las figuras delictivas*, Córdoba, 1995.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general. Hecho punible I*, traducción de la edición alemana de Gladys Nancy Romero, Buenos Aires, 1999.
- TAMARIT SUMALLA, José María, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Obra colectiva, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, "El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa", en Terradillos Basoco, Juan (coord.), *Delito ecológico*, Madrid, 1992.

- TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Técnicas de articulación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo frente a la delincuencia económica", en ponencia presentada al *III Congreso Internacional de Derecho Penal*, Facultad de Derecho de la PUCP-Universidad de Salamanca, 1998.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Criminalidad económica y tipos de peligro", en *Texto de la conferencia en el IV Congreso Internacional de Derecho penal -El Derecho penal ante las nuevas formas de criminalidad*, organizado por la PUCP y el área de Derecho penal de la Universidad de Cádiz, Lima, 1999.
- TIEDEMANN, Klaus, "El Derecho penal alemán del ambiente: cuestiones dogmáticas novedosas", traducción de José Luis De la Cuesta, en Mazuelos Coello, Julio (comp.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Lima, 1996.
- TIEDEMANN, Klaus, "Derecho penal ambiental alemán en su contexto europeo y mundial" traducción de Manuel Abanto Vásquez, en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Lima, 2000.
- TISNADO SOLÍS, Luis Alberto, "¿Cuándo estamos ante el delito de omisión impropia?", en *Actualidad Jurídica*, t. 134, Lima, 2005.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1981.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Límites a los delitos de comisión por omisión", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 37, Madrid, 1984.
- TORRES CARO, Carlos Alberto, *El nuevo Código Penal peruano. Exposición de Motivos. Anteproyecto del Código Penal y estudios sobre Derecho penal*, Congreso del Perú, Lima, 2011.
- TORRES GONZALES, Eduardo, *El delito de omisión de asistencia familiar*, IDEMSA, Lima, 2010.
- TOZZINI, Carlos A., "Sanciones penales por torturas a personas detenidas", en *Doctrina Penal*, año 7, N.º 25, Depalma, Buenos Aires, 1984.
- TOZZINI, Carlos A., *Garantías constitucionales en el Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José, "Delitos contra el honor: Penar o no penar, esa es la cuestión", en Pariona Arana, Raúl (Director), *20 años de vigencia del Código Penal peruano. Desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales*, Lima, 2012.
- URQUIZO OLAECHEA, José, *Código Penal*, t. I, Idemsa, Lima, 2011.
- URQUIZO OLAECHEA, José, "El Código penal de 1991", en Urquizo Olaechea, José (director), *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 23, 2013, Lima.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, *El Delito de Estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Bosch, Barcelona, 1987.

- VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- VILCAPOMA BUJAICO, Walter, “¿Son suficientes la “violencia” y “el concurso de personas” para calificar un hecho como delito de robo agravado?”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, Lima, 2008.
- VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte especial I-A delitos contra vida, el cuerpo y la salud*, San Marcos, Lima, 1997.
- VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, San Marcos, Lima, 1998.
- VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte especial II-A, Delitos contra el patrimonio*, San Marcos, Lima, 2001.
- VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2008.
- VILLAVICENCIO RAMOS, Marisela y Carlos TRUJILLO HERNÁNDEZ, “El Derecho al Honor. Alternativas de protección legal”, en *Conferencia jurídica*, Tribunal Provincial de Villa Clara, 1999.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 1990.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código penal comentado*, Grijley, 2001.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006.
- VINELLI VERAU, Renzo Antonio, “La determinación del engaño típico en el delito de estafa”, en *JUS, comentarios a la jurisprudencia y praxis jurídica*, julio 02, 2007, Lima.
- VIVES ANTÓN, Tomás, “Capítulo VIII: Delitos contra la seguridad interior del Estado (continuación): Rebelión, Sedición”, en AA.VV., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993.
- VIVES ANTÓN, Tomás *et al*, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador y Juan Carlos CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, Traducción de Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1956.
- WELZEL, Hans, “La dogmática en el Derecho penal”, en *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Buenos Aires-Montevideo, 2004.
- WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, Traducción de la 6.^a edición alemana de 1976 por el Dr. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. I. Parte general*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1986.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, *Manual de derecho penal, análisis de los delitos en México*, 2.^a ed., Ángel Editor, México, 2001.
- ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto (Análisis de la Ley 46 / 1978 de 7 de octubre, por la que se modifica los delitos de estupro y rapto)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1978.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, "Comentarios al artículo 317 del Código Penal: la criminalización de las asociaciones ilícitas a la luz del Derecho comparado", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º, 2002.

Índice General

Índice General

Índice General

Agradecimientos.....	9
Presentación.....	11
Introducción sobre la Parte Especial del Derecho penal material.....	13
Abreviaturas.....	21

CAPÍTULO I

El delito de feminicidio en el Código Penal peruano

I. Fórmula legal del feminicidio en el Código Penal peruano.....	25
II. La incorporación del delito de feminicidio agravado a través de la Ley N.º 30068.....	26
1. Consideraciones generales y descripción legal.....	26
2. Comentarios a las circunstancias agravantes del primer nivel.....	27
2.1. Violencia familiar.....	28
2.2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual.....	28
2.3. Abuso de poder, confianza o de cualquiera otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.....	29
2.4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.....	29
3. Comentarios a las circunstancias agravantes del segundo nivel.....	29
3.1. Si la víctima era menor de edad.....	29
3.2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación.....	29
3.3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente.....	30
3.4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación.....	30
3.5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad.....	30
3.6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas.....	30
3.7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.....	31
3.8. Si el agente tuviere hijos con la víctima.....	32
4. Comentarios a las circunstancias agravantes del tercer nivel.....	32
4.1. La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes.....	32

CAPÍTULO II**Consideraciones en torno a la incorporación de los
crímenes de odio en la legislación penal peruana**

I.	Consideraciones generales.....	33
II.	Importancia de una agravante en los delitos motivados por el odio del agente	36
III.	Legislación comparada	38
IV.	Propuesta de <i>lege ferenda</i> que incorpora el artículo 46-D en el Código Penal referido a los delitos motivado por el odio del agente.....	43

CAPÍTULO III**El delito de homicidio culposo (básico y agravado)**

I.	Sobre el bien jurídico tutelado.....	45
II.	Descripción legal.....	45
III.	Tipicidad objetiva.....	45
1.	Sujeto activo y sujeto pasivo.....	45
2.	Conducta típica.....	45
2.1.	La infracción del deber de cuidado	45
2.2.	El resultado lesivo.....	46
3.	Entre la acción y el resultado se debe constatar una relación de imputación objetiva.....	46
3.1.	Imputación objetiva del resultado	46
3.2.	Creación de un peligro no cubierto por un riesgo permitido y relación de causalidad con el resultado.....	47
3.3.	Realización del resultado como consecuencia de la creación de un peligro.....	47
IV.	Tipicidad subjetiva.....	47
V.	Tipicidad objetiva del tercer párrafo del artículo 111 del Código Penal.....	47
1.	Descripción legal.....	47
2.	Tipicidad objetiva	48
3.	Tipicidad subjetiva	50

CAPÍTULO IV**El delito de aborto en el Código Penal**

I.	Consideraciones generales.....	51
II.	Sobre el bien jurídico tutelado.....	54
III.	El delito de autoaborto	54
1.	Consideraciones sobre la legislación comparada.....	54
2.	Descripción legal.....	55

3.	Tipicidad objetiva	55
3.1.	Sujeto activo y sujeto pasivo.....	55
3.2.	Conducta típica	55
4.	Tipicidad subjetiva	57
5.	Grados de desarrollo del delito.....	57
IV.	El delito del aborto consentido	58
1.	Sobre la legislación comparada.....	58
2.	Descripción legal.....	58
3.	Tipicidad objetiva	59
3.1.	Sujeto activo y sujeto pasivo.....	59
3.2.	El consentimiento de la mujer gestante como condición necesaria para la tipicidad..	59
4.	Tipicidad subjetiva	59
5.	Grados de desarrollo del delito.....	60
6.	Los delitos cualificados por el resultado y el delito de aborto.....	60
V.	El delito del aborto sin consentimiento.....	62
1.	Consideraciones generales	62
2.	Descripción legal.....	62
3.	Tipicidad objetiva	62
3.1.	Sujeto activo y sujeto pasivo.....	62
3.2.	Comportamiento típico	63
4.	Tipicidad subjetiva	63
5.	Grados de desarrollo del delito.....	63
VI.	La agravante de la pena por la calidad del sujeto activo	64
1.	Legislación comparada y descripción legal peruana	64
2.	Comentarios.....	64
3.	Excurso: La responsabilidad jurídica del médico.....	65
3.1	Los niveles de responsabilidad en el ámbito profesional.....	66
3.1.1.	Responsabilidad político-administrativa	67
3.1.2.	La responsabilidad institucional	67
3.1.3.	Responsabilidad del médico	68
3.2.	Conclusiones	68
VII.	El delito de aborto preterintencional.....	70
1.	Descripción legal.....	70
2.	Tipicidad objetiva	70
2.1.	Sujeto activo y sujeto pasivo.....	70
2.2.	Conducta típica	70
3.	Tipicidad subjetiva	70
4.	Grados de desarrollo del delito.....	71
VIII.	Sobre el aborto terapéutico.....	71
1.	Consideraciones generales y descripción legal	71
1.1.	Situación concreta desde el punto de vista médico para verificar un aborto terapéutico	72
1.1.1.	Caso problema.....	72
IX.	Sobre el aborto sentimental	73
1.	Consideraciones generales	73
2.	Descripción legal.....	74
3.	Tipicidad objetiva	74

4.	Tipicidad subjetiva	75
5.	Grados de desarrollo del delito	75
X.	Sobre el aborto eugenésico	75
1.	Consideraciones generales	75
2.	Descripción legal	75
3.	Tipicidad objetiva	76
4.	Tipicidad subjetiva	76
5.	Grados de desarrollo del delito	76

CAPÍTULO V

El delito de omisión de socorro y exposición a peligro Consideraciones a partir de las fuentes de garantía de la asunción voluntaria y la llamada “injerencia”

I.	Descripción legal	77
II.	El delito de prestación de socorro y su vinculación con el comportamiento precedente. Análisis comparativo	77
III.	La conducta precedente como posición de garantía específica en el delito de omisión de socorro y exposición de peligro	82
1.	Consideraciones generales	82
2.	Tratamiento penal de la sucesión temporal comisión–omisión y viceversa y su relación con el comportamiento precedente	87
2.1.	Conducta positiva previa	89
2.2.	La necesidad de que el comportamiento previo sea un delito doloso	90
2.3.	El momento temporal subjetivo en la injerencia	91
2.4.	Supuestos donde puede presentarse una omisión subsecuente	92
3.	Situaciones irrelevantes de comportamiento precedentes	92
3.1.	El hecho previo justificado	92
4.	¿La conducta de la víctima como fuente de peligro?	94
IV.	La conducta precedente para generar un deber de evitación debe ser contraria al ordenamiento jurídico	95
1.	Generalidades	95
2.	La contrariedad de la conducta previa con el ordenamiento jurídico	95
V.	La asunción voluntaria de protección fáctica de un bien jurídico	97
1.	Introducción	97
2.	La iniciación del deber de asunción	102
3.	Las fuentes de garantía fundada en relaciones de confianza. ¿Relego de las fuentes legales y materiales?	104

CAPÍTULO VI

Los delitos contra el honor en el Código Penal

Consideraciones jurídico-penales a partir del caso “Magaly Medina”

I.	Consideraciones previas.....	107
II.	El principio de confianza y su aplicación a delitos dolosos en el contexto de estructuras complejas privadas. Especial mención al caso “Magaly Medina” expedido por la Corte Suprema.....	111
III.	El delito de difamación (agravada) en el Código Penal peruano	116
1.	Las diversas concepciones sobre el honor.....	116
2.	El bien jurídico tutelado y el artículo 132 del Código Penal peruano.....	117
3.	El elemento subjetivo distinto del dolo en el delito de difamación	123
4.	La agravante del delito de difamación a través del medio empleado	125
5.	El conflicto existente entre el derecho (personal) al honor y el derecho (colectivo) a la libertad de prensa e información. ¿Existe una causal de justificación para lesionar el derecho al honor de las personas? El Acuerdo Plenario N.º 03-2006 de la Corte Suprema	126
IV.	La imposición de la pena por debajo del mínimo legal en el presente caso.....	134
V.	¿Existe peligrosidad en Magaly Medina –y su productor Ney Guerrero– en cometer futuros delitos de difamación agravada? El fundamento de la sentencia del 16 de octubre de 2008 para la imposición de una pena privativa de libertad “efectiva”	135
VI.	Algunas conclusiones	137

CAPÍTULO VII

El delito de omisión de asistencia familiar

I.	Consideraciones generales y bien jurídico tutelado.....	145
II.	Descripción legal.....	146
1.	Sujeto activo	146
2.	Sujeto pasivo	147
3.	Conducta típica	147
III.	Tipicidad subjetiva.....	149

CAPÍTULO VIII

El delito de interceptación telefónica

Propuesta de *lege ferenda* al artículo 162 del Código Penal peruano

I.	Consideraciones generales.....	151
II.	Descripción legal y proyecto de modificación	152
III.	Sobre la legislación constitucional, internacional y legal sobre el derecho a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones	158
IV.	Criterio de la legislación comparada	159
V.	Razones para la actualización en la redacción del delito de interceptación telefónica.....	160
1.	Conservación de la frase "indebidamente" en el texto legal del delito de interceptación telefónica.....	163
2.	El aumento de pena privativa de libertad responde a criterios legítimos de prevención general de la pena	163
3.	Sobre la agravante del delito por la calidad del sujeto activo: funcionario o servidor público que se encuentre en ejercicio del cargo.....	164
4.	Sobre la agravante cuando el agente comete el delito mediante el concurso de dos o más personas	165
5.	Sobre la agravante de la divulgación, transferencia y comercialización de la comunicación telefónica interceptada indebidamente	165
6.	Sobre la "nueva" incorporación del proyecto de ley del delito de venta, compra o comercialización de equipos electrónicos para la interceptación de comunicación privada entre personas	166
7.	Incorporación de la "incautación" o "decomiso" de los materiales y equipos como consecuencia jurídico-económica derivada del delito de interceptación telefónica.....	168
VI.	Propuesta legal de modificar el artículo 162 e incorpora los artículos 164-A y 164-B al Código Penal respecto al delito de interceptación telefónica.....	169

CAPÍTULO IX

El delito de violación sexual en el Código Penal peruano

Análisis jurídico-dogmático del artículo 170 y sus circunstancias agravantes

I.	Consideraciones generales del delito sexual.....	171
II.	Sobre el bien jurídico protegido en el delito sexual.....	175
1.	La "perspectiva de género" como objeto de protección en el delito sexual.....	175
2.	La libertad como capacidad sexual como bien jurídico-penal	178
3.	La indemnidad o intangibilidad sexual como bien jurídico-penal. El Derecho penal de protección sexual de los menores de edad y los inimputables.....	182
III.	Evolución legislativa del delito de violación sexual en su modalidad real del Código Penal. La importante reforma del delito de violación sexual a través de la Ley N.º 28704 de 2004.....	183
1.	Ley N.º 26293 de 14 de febrero de 1994.....	184

2.	Ley N.º 26357 de 28 de setiembre de 1994	184
3.	Ley N.º 26770 de 15 de abril de 1997	184
4.	Ley N.º 27055 de 22 de enero de 1990	185
5.	Ley N.º 27115 del 17 de mayo de 1990	185
6.	Ley N.º 27472 del 5 de junio de 2001	185
7.	Ley N.º 28251 del 8 de junio de 2004	185
8.	Ley N.º 28704 del 5 de abril de 2006	186
9.	Ley N.º 28963 del 24 de enero de 2007	187
10.	Ley N.º 29194 del 25 de enero de 2008	187
IV.	Tipicidad objetiva del artículo 170 del Código Penal	187
1.	El varón y la mujer como sujetos activos en el delito sexual	188
2.	¿Es la violación sexual un delito de propia mano?	189
3.	Aspectos fundamentales de la conducta típica	190
3.1.	El concepto de violencia en el acceso carnal	190
3.2.	El concepto de grave amenaza en el acceso carnal	191
3.3.	El concepto de “obligar” a la otra persona a tener acceso carnal sexual	193
3.4.	De la expresión “acto sexual” a “acceso carnal”	194
3.5.	Objetos o partes del cuerpo introducidos en la víctima. El acceso carnal mediante la <i>fellatio in ore</i> a través de la Ley N.º 28251 (2004)	197
4.	Sobre la problemática de la consumación en el delito de violación sexual de persona mayor de edad (artículo 170 del Código Penal)	199
V.	Aspectos subjetivos contenidos en el artículo 170 del Código Penal. Especial mención al error del autor en el delito sexual	205
VI.	Las circunstancias agravantes contenidas en el delito de violación sexual	207
1.	Descripción legal	207
2.	Si la violación sexual se realiza a mano armada o por dos o más sujetos	208
3.	Posesión de cargo-autoridad, familiaridad, adopción o afinidad del autor sobre la víctima para acceder sexualmente	210
4.	Violación sexual cometido por la calidad especial del sujeto activo: Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada	212
5.	Conocimiento del autor de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave	212
6.	El autor es docente o auxiliar de educación	213
7.	Si la víctima tiene entre catorce y menos de 18 años	214
VII.	Entre el delito de violación sexual en grado de tentativa y el delito de tocamiento indevido consumado	214
VIII.	Excurso: aspecto agravatorio en función a la edad cronológica de la víctima entre 14 y menos de 18 años y su relación con los acuerdos plenarios emitidos por la corte suprema	216
IX.	Aspectos de la prueba y la evitación de la victimización secundaria en los delitos sexuales en virtud del Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CJ-116 de la Corte Suprema	219
X.	La reforma producida a través de la Ley N.º 30076 en el delito de relaciones sexuales entre adolescentes	223
XI.	Anexos	227

CAPÍTULO X**El delito de actos contra el pudor**

I.	El bien jurídico tutelado en los delitos de atentados contra el pudor: "integridad corporal en zona sexual".....	263
II.	Descripción legal. Evolución legislativa	263
III.	Tipicidad objetiva.....	265
	1. Sujeto activo	265
	2. Sujeto pasivo	266
	3. Conducta típica.....	266
IV.	Tipicidad subjetiva.....	267
V.	Grados de desarrollo del delito. Especial mención a las reglas concursales entre el delito de violación sexual y actos contra el pudor	268

CAPÍTULO XI**La propuesta legal de incorporar el delito de transmisiones o publicaciones obscenas a menores en los medios de comunicación social**

I.	Sobre el interés superior del niño (y adolescente) y su protección mediante el derecho penal.....	269
II.	Necesidad de un tipo penal que sancione las conductas de los directivos de los medios de comunicación social que transmitan o publiquen contenidos obscenos o pornográficos	272
III.	Relación de tipos penales de la parte especial del Código Penal peruano donde se protege el "principio del interés superior del niño y adolescente"	274
IV.	Resulta recomendable que el juzgador establezca un sistema de remisiones a una norma extrapenal	275
V.	Legislación comparada	276
VI.	Proyecto de ley que incorpora el delito de transmisiones o publicaciones obscenas o pornográficos a menores en los medios de comunicación social, en el artículo 183, inciso 4 del Código Penal.....	278

CAPÍTULO XII

El delito de hurto en el Código Penal peruano

Consideraciones a partir del hurto básico del artículo 185

I.	Consideraciones político-criminales de los delitos patrimoniales	279
II.	Consideraciones previas en torno a los delitos contra el patrimonio	284
III.	Descripción legal	288
1.	El delito de hurto agravado (artículo 186 CP)	289
IV.	En cuanto a los sujetos en el delito de hurto simple. Especial mención a la agravante del concurso de 2 o más personas	292
V.	Sobre el concepto de apoderamiento y sustracción	293
VI.	Ausencia de violencia o amenaza para el apoderamiento en el delito de hurto. Casos límite de arrebatamiento de la cosa	296
VII.	Ilegitimidad del apoderamiento	298
VIII.	El concepto de bien mueble ajeno en el delito de hurto. Concepto funcional y autónomo de bien mueble en el derecho penal. La probanza de la preexistencia y el error de tipo en la cosa mueble	298
IX.	Los grados de desarrollo del delito de hurto: momento consumativo en el delito de hurto	305
X.	La equiparación de bien mueble a la energía eléctrica, el agua, el gas y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico	307
XI.	Tipicidad subjetiva	308
XII.	El consentimiento del titular del bien jurídico "patrimonial" como causal de exoneración de responsabilidad penal	310
XIII.	El Acuerdo Plenario N.º 04-2011/CJ-116 de la Corte Suprema de la República referente al valor económico de la cosa mueble y no exigencia de aplicación como circunstancia agravante en el delito de hurto	311
XIV.	La continuidad en la ejecución del delito de hurto	315
XV.	Relaciones concursales: con el delito de receptación, el delito de robo y el delito de peculado	317

CAPÍTULO XIII

El delito de robo

I.	Consideraciones generales	319
II.	Evolución y antecedentes legales	324
III.	Tipicidad objetiva	325
1.	Sujeto activo y sujeto pasivo	325
2.	Conducta típica	326
3.	El robo debe tratarse de un bien mueble	326
4.	El apoderamiento mediante amenaza o violencia	327
6.	Idoneidad del bien objeto de sustracción	335

IV. Tipicidad subjetiva.....	336
V. Los grados de desarrollo del delito de robo. La problemática sobre la consumación	340
VI. Autoría y participación en el delito de robo según los fallos jurisprudenciales nacionales	346
VII. Las circunstancias agravantes de distinto rango en el delito de robo.....	355
VIII. Las relaciones concursales del delito de robo	357
1. Con el delito de lesiones corporales.....	357
2. Con el delito de secuestro	358
3. Con el delito de tenencia ilegal de armas, municiones o explosivos	361
4. Con el delito de extorsión	364
5. Con el delito de coacción.....	372
IX. El delito de robo agravado producido por organización criminal o banda y muerte o lesiones graves. Comentarios a partir del artículo 189, último párrafo del código penal peruano.....	374
1. Marco legal	374
2. Evolución legislativa.....	375
3. Comentarios a partir del último párrafo del artículo 189 Código Penal	376
3.1. En cuanto a la calidad de integrante de una organización delictiva	376
3.2. Producción de muerte o lesiones graves a la integridad física o mental de la víctima. Precisiones en torno al delito de asesinato (artículo 108, inciso 2 CP). A propósito del Acuerdo Plenario N.º 03-2008/CJ-116 de la Corte Suprema	382

CAPÍTULO XIV

El delito de apropiación indebida en el Código Penal y sus límites con el derecho de las obligaciones

I. Consideraciones generales y bien jurídico protegido	391
II. Evolución legislativa del delito de apropiación indebida en el Perú	395
III. Tipicidad objetiva del artículo 190 del Código Penal.....	397
1. Sobre la entrega lícita del bien mueble al sujeto activo.....	397
2. Sobre el concepto de título o relación jurídica preexistente en el delito de apropiación indebida	399
3. Clases de apropiación	407
4. Sobre la obligación de entregar, de devolver o de hacer un uso determinado del bien mueble	408
IV. Sobre el aspecto de la consumación	410
V. La apropiación ilícita y el delito de peculado por apropiación.....	410
VI. La apropiación indebida supone que el sujeto activo se comporte como verdadero “dueño” y no simple un tenedor del bien mueble	411
VII. La configuración típica subjetiva de la apropiación indebida y los elementos especiales: el <i>animus de lucro</i> y el <i>animus rem sibi habendi</i>	413
VIII. El delito de sustracción de bien propio	416
1. Descripción legal.....	416
2. Tipo objetivo.....	416

CAPÍTULO XV**El delito de receptación**

I.	Consideraciones generales.....	419
II.	Diversas teorías que explican el contenido del bien jurídico tutelado en los delitos de receptación.....	420
1.	Mantenimiento	420
2.	Aprovechamiento	421
3.	Contra la administración de justicia	422
III.	Tesis que explican la naturaleza jurídica del delito de receptación.....	422
1.	Tesis de la dependencia	422
2.	Tesis de la autonomía	423
IV.	Componentes de la tipicidad en el delito de receptación.....	423
1.	Tipicidad objetiva	424
2.	Tipo subjetivo	425
3.	El autor o partícipe del delito previo no puede ser a la vez autor o partícipe del delito de receptación	427
V.	Sobre algunos aspectos problemáticos del delito de receptación	429
1.	Sobre la llamada receptación sustitutiva	429
2.	Tentativa.....	430
3.	Error de prohibición.....	430
VI.	El delito de receptación según las modificaciones producidas a través de la Ley N.º 30076	431
1.	Con relación al delito de receptación básica	431
2.	Con relación al delito de receptación agravada.....	432

CAPÍTULO XVI**Consideraciones en torno al delito de estafa del artículo 196 CP y su delimitación en las relaciones contractuales**

I.	Consideraciones generales y bien jurídico protegido	435
II.	Descripción legal.....	438
III.	Legislación comparada	440
1.	Código Penal de España	440
IV.	Sobre los elementos típicos del delito de estafa (artículo 196 del Código Penal)	442
1.	Engaño, astucia, ardidez u otra forma fraudulenta.....	442
2.	El error de la víctima en el delito de estafa. Sobre el error en forma omisiva y la modalidad de los actos concluyentes	447
3.	Acto de disposición patrimonial. Especial mención a la imputación a la víctima.....	452
4.	Perjuicio económico por desprendimiento patrimonial	454
V.	La relación secuencial de los elementos típicos en la estafa. Especial mención a la relación de causalidad en el delito de defraudación patrimonial	455

VI. Tipicidad subjetiva del delito de estafa. El dolo y el <i>animus</i> de lucro.....	459
VII. El delito de estafa en el ámbito de las relaciones contractuales.....	460
VIII. El delito de estafa agravada (artículo 196-A del Código Penal) introducido a través de la Ley N.º 30076	464
1. Consideraciones generales y descripción típica.....	464
a. Circunstancia agravante producido por la condición del sujeto pasivo.....	465
b. Circunstancia agravante producida por la condición del sujeto activo.....	467
c. Circunstancia agravante producido por la condición del objeto material del delito	468

CAPÍTULO XVII

El delito de fraude en la administración de las personas jurídicas Análisis dogmático del artículo 198 del Código Penal referido a la administración fraudulenta de los entes colectivos

I. Breve introducción a los delitos económicos cometidos por personas jurídicas	469
II. Consideraciones generales a los fraudes en contra de las personas jurídicas	472
III. Sobre el anteproyecto de reforma del Código Penal (2008-2010) en relación a los delitos de fraude en la administración de las personas jurídicas	480
IV. Análisis jurídico-dogmático de los supuestos típicos contenido en el artículo 198 del Código Penal.....	481
1. Ocultar a los accionistas la verdadera situación de la persona jurídica	482
2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica	484
3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.....	485
4. Aceptar, estando prohibido de hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía	486
5. Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes	487
6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica	488
7. Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.....	489
8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica	490
V. El delito de fraude de administración de personas jurídicas y las relaciones concursales con otros delitos	491
VI. El Código Penal español y los delitos societarios.....	492

CAPÍTULO XVIII

El delito de usurpación inmobiliaria en el Código Penal peruano

Aspectos sustantivos y procesales

I.	Análisis dogmático del delito de usurpación inmobiliaria (artículo 202 del Código Penal)	495
1.	Consideraciones generales	495
2.	Sobre la problemática del bien jurídico protegido en el delito de usurpación inmobiliaria..	497
3.	Legislación comparada	504
4.	Presupuestos típicos del artículo 202 del Código Penal.....	506
4.1.	Descripción legal en el Código Penal de 1991	506
4.2.	El que, para apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo	507
4.3.	El que, por violencia o amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un Derecho real	509
a.	El despojo de la posesión	509
b.	La violencia y la amenaza como medios para la comisión del delito de usurpación	512
c.	El engaño y el abuso de confianza como medios para la comisión del delito de usurpación	516
d.	Sobre la tenencia del bien inmueble.....	519
e.	Ejercicio de un Derecho real.....	519
4.4.	El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble	520
II.	Análisis dogmático del delito de usurpación de aguas (artículo 203 del Código Penal).....	522
1.	Descripción legal.....	522
2.	Sobre el bien jurídico protegido	522
3.	Modalidades típicas del delito de usurpación de aguas	524
III.	Análisis dogmático del delito de usurpación agravada (artículo 204 del Código Penal).....	526
1.	Descripción legal.....	526
2.	Mediante armas de fuego, explosivos o cualquier otro instrumento o sustancias peligrosas.....	528
3.	Intervención de dos o más personas.....	529
4.	El inmueble está reservado para fines habitacionales.....	530
5.	Mediante bienes del Estado, de servicios públicos o de comunidades campesinas o nativas.....	531
IV.	La tipicidad subjetiva en el delito de usurpación.....	531
V.	Sobre aspectos de la consumación del delito de usurpación inmobiliaria del artículo 202 del Código Penal.....	533
VI.	El delito de usurpación inmobiliaria: entre el ilícito civil e ilícito penal	535
1.	Consideraciones generales	535
2.	Solución procesal a la confluencia de ilicitudes entre lo penal y lo civil	536
VII.	Reflexiones a partir de la ministración provisional de la posesión, el desalojo preventivo y el delito de usurpación	539
1.	Apuntes previos	539
2.	La ministración provisional de la posesión y el Decreto Legislativo N.º 312 en el modelo procesal mixto	539
2.1.	Comentario	539

3.	El Nuevo Código Procesal Penal y el desalojo preventivo para los delitos de usurpación inmobiliaria.....	543
VIII.	Las reformas producidas a través de la Ley N.º 30076 en el delito de usurpación inmobiliaria ..	544
1.	La nueva descripción legal	544
2.	El ingreso a un inmueble de manera ilegítima mediante actos ocultos.....	545
3.	En ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse	546
4.	Cláusula de precisión normativa.....	546
5.	Las nuevas circunstancias agravatorias a través de la Ley N.º 30076 en el delito de usurpación inmobiliaria	546

CAPÍTULO XIX

El delito de daños

I.	Consideraciones generales y el bien jurídico protegido.....	549
II.	El delito de daño simple	553
1.	Descripción legal. Evolución legislativa	553
2.	Legislación comparada	555
3.	Tipo objetivo.....	556
4.	Comportamiento típico.....	556
III.	Grados de desarrollo del delito	562
IV.	¿Existencia de un perjuicio económico en el delito de daños?.....	562
V.	Tipo subjetivo	563
VI.	Causal de atipicidad y de justificación en el delito de daños	565
1.	Acuerdo y consentimiento.....	565
2.	El estado de necesidad justificante.....	566
3.	El obrar de acuerdo a derecho	567
VII.	El delito de daño agravado	567
1.	Descripción legal.....	567
2.	Comentarios. Irrelevancia del valor económico en el delito de daños (artículo 206) cuando recaen sobre bienes contemplados en el inciso 1	568
3.	Agravante por la ejecución en bienes de valor científico, artístico, histórico o cultural, siempre que por el lugar en que se encuentren estén librados a la confianza pública o destinados al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas	569
4.	Agravante por los medios o vías de comunicación, diques o canales o instalaciones destinadas al servicio público	570
5.	Agravante por el empleo de violencia o amenaza contra las personas.....	571
6.	Agravante por la destrucción de plantaciones o muerte de animales	572
7.	Agravante por el daño en bienes cuya entrega haya sido ordenada judicialmente.....	573
8.	Agravante por daños sobre infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones.....	575

9. El delito de daño agravado sobre infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones, y su relación con el delito de receptación agravada del artículo 195 del Código Penal	576
VIII. Relaciones concursales: con el delito de disturbios. Especial mención a la posible incorporación del delito de disturbios en espectáculos deportivos y su relación el delito de daños	577
IX. La reforma producida a través de la Ley N.º 30076 en el delito de daños	580

CAPÍTULO XX

Disposiciones comunes de exclusión de responsabilidad penal de personas intervinientes en delitos patrimoniales

I. Consideraciones generales: los llamados “obstáculos excluyentes de punibilidad” o “excusas absolutorias”	581
II. Regulación legal actual	583
1. Antecedentes legales	584
2. Legislación comparada	584
III. Comentarios a partir del artículo 205 del Código Penal	585
IV. Personas beneficiadas con la exclusión de responsabilidad	587
1. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta	587
2. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado en poder de terceros	588
3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos	589

CAPÍTULO XXI

Protección penal de la moneda en el Perú

I. Consideraciones generales	591
II. Definiciones de moneda en perspectiva general	592
1. Moneda nacional	592
2. Moneda de valor o con valor intrínseco	592
3. Papel moneda	592
4. Moneda representativa y moneda fiduciaria	593
5. Moneda de curso legal	593
III. Definición de la moneda en perspectiva penal	593
IV. Sobre el bien jurídico tutelado	593
V. Sobre la técnica legislativa	595
VI. ¿Causa de justificación?: Sobre el tema del consentimiento	595
VII. Sobre las estructuras típicas de los delitos monetarios	596

1.	Falsificación de moneda	596
2.	Alteración del valor de la moneda de curso legal	597
3.	Tráfico de moneda falsa	599
4.	Fabricación, introducción en el territorio de la República o retiro de él instrumentos destinados a la falsificación de billetes o monedas	600
5.	Uso ilegal de divisas	602
6.	Retención indebida de divisas	603
7.	Cuadro comparativo de similitudes	604
8.	Cuadro de diferencias	605

CAPÍTULO XXII

Relevancia jurídico-penal de la conducción de vehículo en estado de ebriedad ¿Exclusión de conducta o causa de inimputabilidad?

I.	A manera de introducción	607
II.	Sobre el bien jurídico-penal	608
III.	Configuración típica del artículo 274 del Código Penal	609
IV.	Alcance jurídico y el origen de la embriaguez	610
V.	El peligro abstracto como técnica legislativa utilizada	612
VI.	El estado de embriaguez como causa de exclusión de conducta por inconsciencia	613
1.	La voluntariedad como elemento de la acción	613
2.	La función negativa de la acción por ausencia de voluntariedad provocada por la embriaguez	614
VII.	El estado de embriaguez como causa de exclusión de la culpabilidad por inimputabilidad	616
VIII.	Reflexiones finales	617

CAPÍTULO XXIII

Los delitos ambientales en el Código Penal peruano Análisis de sus elementos esenciales. Especial mención a la reforma legal N.º 29263

I.	Generalidades	621
II.	Sobre el bien jurídico protegido	625
III.	Sobre los delitos ambientales regulados en el Código Penal peruano	626
1.	La contaminación como conducta típica	627

2.	La accesoriadad del Derecho penal ambiental en relación con el Derecho administrativo: el caso del delito de contaminación ambiental	632
2.1.	Concepto	632
2.2.	Los grados de la accesoriadad administrativa	636
2.2.1.	Cuando la intervención jurídico-penal es absolutamente dependiente del Derecho administrativo	637
2.2.2.	Cuando la intervención jurídico-penal es relativamente dependiente de la regulación administrativa	637
2.2.3.	Cuando la intervención jurídico-penal es absolutamente independiente de la administración	638
2.2.4.	Toma de postura	638
2.3.	La ley penal en blanco	640
3.	Aplicación de los delitos de peligro (concreto) a los objetos representantes del bien jurídico "estabilidad del ecosistema"	652
3.1.	La técnica de protección en el resultado típico para bienes jurídicos colectivos.....	652
a.	Premisas a tener en cuenta para la elaboración de la técnica legislativa en el resultado típico.....	653
b.	El respeto irrestricto al principio de lesividad y su enfrentamiento a los delitos de peligro (abstracto)	653
c.	¿Es conveniente la incorporación de la técnica de "peligro abstracto" en la infracción penal de contaminación ambiental en el Derecho peruano?	657
d.	Aplicación de los delitos de peligro (concreto) a los objetos representantes del bien jurídico estabilidad del ecosistema.....	660
d.1.	Cuestión previa: sujeto pasivo de la "acción" y del "delito"	660
d.2.	Los bienes jurídicos con "función representativa" como aspecto tangible en la protección de los delitos ambientales	662
4.	Los delitos ambientales en la legislación penal que expresan objetos con función representativa	666
5.	La utilización del delito de peligro concreto para la protección de bienes jurídicos colectivos: la "estabilidad del ecosistema"	667
6.	Sobre el resultado típico	670
7.	El artículo 286, primer párrafo y el artículo 304, primer párrafo, del Código Penal existe una relación concursal.....	673
IV.	El delito de alteración del ambiente o paisaje (artículo 313).....	674
1.	Descripción típica.....	674
2.	Concordancia.....	674
3.	La conducta típica.....	678
V.	Responsabilidad de funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos (artículo 314)	680
1.	Descripción legal.....	680
2.	Comentario	681
VI.	Sobre la responsabilidad penal de los representantes legales de las personas jurídicas del artículo 314-A y las denominadas "reglas normativas de redundancia"	683
1.	Descripción legal.....	683
VII.	Las medidas de exclusión o reducción de penas	686
1.	Descripción legal.....	686
2.	Comentarios.....	687
VIII.	Recapitulación.....	689

CAPÍTULO XXIV**El delito de asociación ilícita para delinquir y su relación con el principio de la cosa juzgada**

I.	Anotaciones previas.....	693
II.	Bien jurídico protegido y el concepto de la asociación ilícita para delinquir	694
III.	Excurso: el delito de marcaje o reglaje (artículo 317-A, CP) A través de la Ley N.º 29856	695
IV.	El sujeto activo en el delito de asociación ilícita	696
V.	Presupuestos para admitir que la organización criminal se trata de “una sola” organización y no de varias organizaciones.....	697
1.	La asociación ilícita para delinquir se consume con la “sola permanencia en la agrupación” y no con la comisión de los delitos finalísticos. La llamada “autonomía” del delito de asociación ilícita para delinquir.....	697
2.	El delito de asociación ilícita para delinquir tiene carácter permanente	700
VI.	El delito de asociación ilícita para delinquir y el principio de la “cosa juzgada”	709
VII.	El pleno jurisdiccional del 13 de octubre de 2006 de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema (Acuerdo Plenario N.º 4-2006/CJ-116) y su influencia en el delito de asociación ilícita para delinquir	711
1.	Consideraciones sobre la jurisprudencia suprema vinculante (Acuerdo Plenario N.º 4-2006/CJ-116) en relación al delito de asociación ilícita para delinquir	711
VIII.	Anexo	713

CAPÍTULO XXV**Régimen jurídico-penal de la tortura**

I.	Consideraciones generales sobre la tortura	717
II.	El Código Penal argentino y el delito de no evitación de la tortura por parte del funcionario público.....	724

CAPÍTULO XXVI**El delito de rebelión en el Código Penal peruano**

I.	Cuestiones previas.....	729
II.	El delito de rebelión como bien colectivo-institucional: “orden constitucional y poderes del Estado”	730
III.	Análisis dogmático del artículo 346 del Código Penal peruano	734
1.	Tipo objetivo.....	734

1.1.	Sujeto activo	734
1.2.	El alzamiento en armas	734
1.3.	El "alzamiento en armas" debe ser de carácter público.....	736
1.4.	El "alzamiento armado" y "movimiento organizado"	736
1.5.	El delito de rebelión en forma omisiva	737
2.	La rebelión como tipo penal plurisubjetivo. Especial mención al concepto de coautoría funcional.....	738
3.	El momento consumativo en la rebelión.....	741
3.1.	Texto original del Código Penal argentino de 1921 en relación al delito de rebelión	746
a.	Descripción legal.....	746
b.	Exposición doctrinal.....	746
3.2.	El Código Penal argentino y la modificatoria de 1984 en relación al artículo 226 y ss. (delito de rebelión)	747
a.	Descripción legal.....	747
b.	Exposición doctrinal.....	747
3.3.	El Código Penal español de 1944.....	748
a.	Descripción legal.....	748
b.	Exposición doctrinal.....	749
3.4.	El actual Código Penal español de 1995.....	749
a.	Descripción legal.....	749
b.	Exposición doctrinal.....	750
IV.	Sobre el iter criminis en los delitos contra el orden constitucional y los poderes del estado. Especial mención al delito de rebelión o "atentado contra la vida democrática"	755
V.	La pena de expatriación en el delito de rebelión.....	756
VI.	Los límites de la conducta típica en la rebelión ¿es un delito de los "derrotados" o de los "triunfadores"?	758
VII.	Aspectos en torno a la tipicidad subjetiva en el delito de rebelión.....	773
1.	Los elementos subjetivos distintos del dolo.....	773
2.	El delito de rebelión (artículo 346 Código Penal) como tipo subjetivo distinto al dolo ¿La rebelión es un delito mutilado en dos o un delito de resultado cortado?.....	776
2.1.	Delitos de tendencia interna trascendente.....	781
2.2.	Delitos mutilados en dos, o delitos incompletos de dos actos.....	781
2.3.	Delitos de resultado cortado	782
2.4.	Delitos de tendencia interna intensificada o delitos de elementos ánimo.....	784
2.5.	Delitos de expresión	784
3.	Los elementos subjetivos distintos al dolo y su relación al derecho penal del ánimo	784
VIII.	Conclusiones.....	786

CAPÍTULO XXVII

**El delito de violencia de autoridades
elegidas en el Código Penal
La reforma producida a través de la
Ley N.º 29519 de fecha 16-04-2010**

I.	Consideraciones y problemática	791
II.	Descripción legal	793
III.	Criterio de derecho comparado	793
IV.	El actual artículo 369 del Código Penal de 1991 y su relación con la actual Constitución Política de 1993	794
V.	Sobre la nueva versión del actual artículo 369: "violencia" o "amenaza"	796
VI.	Criterio de indicación en el tipo penal de los procesos electorales: "general, parlamentario, regional o municipal"	797
VII.	Criterio de aumento de la pena abstracta en el marco mínimo en el artículo 369 del Código Penal	798
BIBLIOGRAFÍA		799

Este libro se terminó de imprimir
en Julio de 2015 en los
Talleres gráficos de
Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 332-5766
Lima - Perú

E

sta obra obedece a una concepción mucho más ambiciosa desde el punto de vista del análisis e interpretación de la norma positiva del Código Penal peruano, ya que representa una idea orgánica de algunos ilícitos penales descritos en la Parte especial nuclear y, por supuesto, de la legislación penal complementaria de nuestro complicado Derecho penal.

La novedad de esta edición es que el autor ha podido analizar casi la totalidad de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; los delitos contra el patrimonio y otros. Además, este libro hace referencia a las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales más actuales, que lo hace idóneo para los abogados, jueces y fiscales, por encontrar en él una obra de consulta que desborda el ámbito de lo puramente académico.

Estamos seguros de que el libro generará entre los especialistas y, obviamente, en los operadores del derecho, un mayor y alturado debate académico, y un mejor desempeño en su ejercicio profesional. Se constituye, asimismo, en una valiosa herramienta para la interpretación y aplicación de los "viejos" y "nuevos" tipos penales incorporados en nuestro ordenamiento jurídico-penal.