ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE

CRIMEN ORGANIZADO Y SICARIATO

TRATAMIENTO PENAL DE LA DELINCUENCIA E INSEGURIDAD CIUDADANA

PRÓLOGO
DR. PABLO SÁNCHEZ VELARDE

ideas
Solución Editorial

CRIMEN ORGANIZADO Y SICARIATO
Tratamiento penal de la delincuencia e inseguridad ciudadana

© ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE

© **IDEAS SOLUCIÓN EDITORIAL SAC**
Jirón de la Unión 1081 - Of. 201-D
Teléf.: (01) 426-5153
Cel.: 988 785 840 RPM.: *0330579
E-mail: info@ideassolucioneditorial.com
www.ideassolucioneditorial.com

Hecho el depósito legal en la
Biblioteca Nacional del Perú Nº 2015-00057

ISBN Nº 978-612-46704-8-0

Primera Edición: Agosto 2016
Tiraje: 1,000 ejemplares

Impreso en:
ADEE S.A.C.
JR. LIBERTAD Nº 382 LIMA - LIMA - RIMAC

DERECHOS RESERVADOS DECRETO LEGISLATIVO Nº 822
Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

IMPRESO EN PERÚ / PRINTED IN PERU

Autor:
Alonso R. Peña Cabrera Freyre

ÍNDICE

Prólogo 23
Presentación 27

PRIMERA PARTE
PARTE GENERAL - POLÍTICA CRIMINAL

I. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL 35
1. Generalidades 35
2. Principio de legalidad penal 42
3. Principio de culpabilidad 58
4. Principio de protección de bienes jurídicos 67
5. Principio de proporcionalidad de la penas 76
6. Principio de mínima intervención 95

II. LA COAUTORÍA EN LAS ORGANIZACIONES DELICTIVAS 107
1. Introducción 107
2. La contribución del coautor en el *iter criminis* 110

3. El acuerdo previo en la coautoría 116

III. UNA PROBLEMÁTICA DE IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS ESTRUCTURAS O NIVELES SUPERIORES JERÁRQUICOS DE LA EMPRESA 119

1. Introducción 119

2. La criminalidad empresarial: La empresa como foco de riesgo 130

3. La construcción de la responsabilidad penal en la empresa..... 135

4. Responsabilidad de los órganos de mayor jerarquía de la empresa (directorio) 141

5. Conclusiones 149

IV. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA 153

V. LA DUPLICIDAD DE LOS PLAZOS PRESCRIPTORIOS EN LOS INJUSTOS FUNCIONARIALES (PARA *INTRANEUS* Y *EXTRANEUS*), A LA LUZ DE LOS ACUERDOS PLENARIOS N° 1-2010 y N° 2-2011 163

1. Introducción 163

2. La duplicidad de los plazos prescriptorios para los particulares o funcionarios sin vinculación funcionarial (*extraneus*) 181

VI. UN DISCURSO EN DEFENSA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SU INFLUENCIA EN LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA 191

1. El Derecho penal securitario 191

2. La legislación penal de emergencia 200

3. El Derecho penal del enemigo y el delincuente terrorista 217

3.1. El terrorismo, el Derecho penal y guerra exterior 217

4. Conclusiones 233

VII. LA AUTORÍA MEDIATA EN ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS DE PODER, A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA 239

1. Líneas introductorias 239
2. Los presupuestos de configuración de la autoría mediata en estructuras organizativas de poder 244
   2.1. Los componentes de la teoría en particular 244
      - *Organización estructurada* 244
      - *Poder de mando* 247
      - *Desvinculación o apartamiento total del Derecho positivo* 250
      - *La fungibilidad* 252
      - *La predisposición del autor material a la comisión del hecho punible* 257
3. Conclusiones 259

VIII. EL USO DE MENORES DE EDAD Y DE PERSONAS QUE PADECEN DE ANOMALÍAS PSÍQUICAS Y OTRAS ALTERACIONES MENTALES, EN LA COMISIÓN DE DELITOS, COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE ¿AUTORÍA MEDIATA O INSTIGACIÓN? FUNDAMENTO MATERIAL DE LA AGRAVACIÓN ... 263

1. Introducción 263
2. ¿Autoría mediata o instigación? 265
3. Consecuencias jurídicas (penales y civiles) y resultados sobrevenidos 271
4. Conclusiones 274

IX. EL MODELO DE POLÍTICA CRIMINAL DE SEGURIDAD CIUDADANA 277

1. Introducción 277
2. La legitimación filosófica del Derecho penal 280
3. Factores de incidencia en el modelo político criminal de seguridad ciudadana 284
4. El modelo de política criminal de la seguridad ciudadana 295
5. Conclusiones 298

X. EL CRIMEN ORGANIZADO: UN FENÓMENO DE EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL Y SU GRAVITANCIA COMO DERECHO PENAL SIMBÓLICO EN EL MARCO DE LA LEY N° 30077 301

1. Introducción 301
2. Definición de «crimen organizado» 308
3. Delitos comprendidos 317
4. Listado delictivo 319
5. Presupuestos de configuración del crimen organizado según la Ley N° 30077 321
6. Distinción del «crimen organizado» con otras instituciones jurídico-penales 325
   a. La pertenencia a una organización criminal como subtipo agravado 326
   b. La distinción entre miembro de una organización delictiva y el delito de Organización a delinquir 328
7. Consideraciones finales 334

SEGUNDA PARTE
DERECHO PENAL - PARTE ESPECIAL

LOS DELITOS DE HOMICIDIO

I. EL HOMICIDIO SIMPLE Y EL HOMICIDIO CALIFICADO 343

1. Introducción 343
2. Elementos típicos 346
   2.1. Modalidad típica en los delitos de homicidio 346
   2.2. El riesgo no permitido 351
   2.3. La prohibición de regreso 352
   2.4. La autopuesta en peligro 355
   2.5. El ámbito de protección de la norma 358

2.6. Modalidad omisiva 359
3. Tipo subjetivo del injusto 362
4. Circunstancias agravantes 364
4.1. Homicidio por ferocidad, codicia, lucro o por placer 364
4.2. Homicidio para facilitar u ocultar otro delito 382
4.3. Homicidio con gran crueldad o alevosía 387
4.4. Homicidio por fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas 395
5. Antijuridicidad 401
6. Autoría y participación 407
7. Consumación y formas de imperfecta ejecución 416

II. EL PARRICIDIO 421
1. Introducción 421
2. Modalidad típica 425
2.1. Sujetos de la relación delictiva 426
3. Autoría y participación 432
3.1. La calificación jurídica penal, cuando el *extraneus* tiene el dominio del hecho 435
4. Modificaciones al artículo 107° del Código Penal (Leyes N° 29819 y 30068) 438
5. Tipo subjetivo del injusto 443
6. Fundamento material del injusto de Parricidio (delito de dominio y no de infracción de deber) y el homicidio por lucro 445
6.1. La insostenible tesis del Parricidio como delito de infracción de deber 448
6.2. Conclusiones 454

III. EL FEMINICIDIO 457
1. Introducción 458

2. Los delitos de odio 463
3. Contextos delictivos del feminicidio 468
4. Tipo subjetivo del injusto 473
5. Circunstancias de agravación 474
6. Formas de imperfecta ejecución 482
7. Conclusiones 482

EL SICARIATO: UNA NUEVA MANIFESTACIÓN DEL NORMATIVISMO, EN EL CONTEXTO DE LA INSEGURIDAD CIUDADANA

- Preámbulo 487
- Análisis dogmático y de política criminal 490
- Pena de cadena perpetua 490
- La misma pena para el que encarga, ordena o acuerda el asesinato al autor del sicariato 496
- Tipo subjetivo del injusto y formas de imperfecta ejecución... 502

CONSPIRACIÓN Y OFRECIMIENTO AL DELITO DE SICARIATO

- Ofrecimiento y solicitud al sicariato 509

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD PERSONAL

IV. EL DELITO DE SECUESTRO 515
1. Bien jurídico protegido 515
2. Tipicidad objetiva 516
   2.1. Sujeto activo 521
   2.2. Sujeto pasivo 522
   2.3. Modalidad típica 523

3. Privación de libertad sin derecho, motivo ni facultad justificada 525
4. Tipo subjetivo del injusto 530
5. Circunstancias agravantes 531
5.1. Por la forma de ejecución 531
5.2. Por los fines que persigue el agente 532
5.3. Por la condición de la víctima 533
5.4. Por el resultado 534
6. Agravantes de mayor peligrosidad 534
7. Formas de imperfecta ejecución 535
8. Concurso delictivo 536

V. TRATA DE PERSONAS 539
1. Fundamento de la incriminación 540
2. Bien jurídico protegido 542
3. Naturaleza material del delito y deficiencias normativas 544
4. Tipicidad objetiva 548
4.1. Sujeto activo 548
4.2. Sujeto pasivo 549
4.3. Modalidad típica 549
5. Tipo subjetivo del injusto 553
6. Formas de imperfecta ejecución 554
7. Concurso delictivo 555
8. La eficacia jurídica del consentimiento en el delito de Trata de personas - Ley N° 30251 562
8.1. El consentimiento en el Derecho penal 564
8.2. La naturaleza disponible e indisponible del bien jurídico 565
8.3. El consentimiento en el delito de Trata de personas - Ley N° 30251 570
9. Ideas conclusivas 578

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

VI. LA CUANTÍA EN EL DELITO DE HURTO AGRAVADO, EN RELACIÓN AL ACUERDO PLENARIO N° 4-2011/CJ-116 583

1. Introducción 583
2. Bien jurídico protegido en el delito de Hurto 586
3. La cuantía del bien en las circunstancias agravantes 589
4. La cuantía en el delito de Hurto: ¿Condición objetiva de punibilidad o elemento jurídico-normativo del injusto? 590
5. Criterios esbozados por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 4-2011/CJ-116 594
6. Conclusiones 600

VII. DELITO DE ROBO 605

1. Fundamentos de incriminación. Distinción del delito de Hurto 605
2. Bien jurídico protegido 611
3. Tipicidad objetiva 613
   - 3.1. Sujeto activo 613
     - 3.1.1. La admisión de participación delictiva en el delito de Robo (agravado) 614
     - 3.1.2. La coautoría 615
     - 3.1.3. Las conductas neutrales o estereotipadas en el delito de Robo (principio de confianza) 618
   - 3.2. Sujeto pasivo 622
   - 3.3. Modalidad típica 623
4. Tipo subjetivo del injusto 632
5. Formas de imperfecta ejecución 632

VIII. ROBO AGRAVADO 637

1. Fundamentos de incriminación. Bien jurídico protegido 638

2. Circunstancias agravantes 641

2.1. Circunstancias agravantes de primer grado (la pena será no menor de doce ni mayor de veinte años) 641

2.1.1. En inmueble habitado 641

2.1.2. Robo durante la noche o en lugar desolado 643

2.1.3. Robo a mano armada..... 645

2.1.4. Robo en cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos..... 654

2.1.5. Robo fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad 655

2.1.6. Robo en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor..... 658

2.1.7. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios..... 661

2.2. Circunstancias agravantes de segundo grado (la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años) 664

2.2.1. Robo causando lesiones a la integridad física o mental de la víctima..... 664

2.2.2. Robo con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima... 667

2.3. Circunstancias agravantes de tercer grado (la pena será de cadena perpetua)..... 669

2.3.1. Robo 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 669

3. El delito de Robo con muerte subsecuente y el delito de Asesinato; las lesiones como agravantes en el delito de Robo. Acuerdo Plenario N° 3-2009/CJ-116 675

IX. EXTORSIÓN 687

1. Fundamento de incriminación 689
2. Concepto de Extorsión y su diferencia con otras figuras delictivas 690
3. Bien jurídico protegido 695
4. Tipicidad objetiva 696
   4.1. Sujeto activo 696
   4.2. Sujeto pasivo 698
   4.3. Modalidad típica 699
5. Ventaja económica indebida o de cualquier otra índole 703
6. Modalidades típicas incluidas con el Decreto Legislativo N° 982 704
7. Tipo subjetivo del injusto 709
8. Circunstancias agravantes 710
   8.1. Agravantes de primer grado (la pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años e inhabilitación conforme a los numerales 4 y 6 del artículo 36°) 710
      8.1.1. A mano armada 710
      8.1.2. Participando dos o más personas 711
      8.1.3. Contra el propietario, responsable o contratista de la construcción de una obra de construcción civil pública o privada, o de cualquier modo, impidiendo, perturbando, atentando o afectando la ejecución de la misma 711
   8.2. Circunstancias agravantes de segundo y tercer grado (la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el agente con la finalidad de obtener una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, mantiene en rehén a una persona; mas la pena será privativa de libertad no menor de treinta años: 713

8.2.1. Por el tiempo de duración de la privación de libertad 713

8.2.2. Por la forma de ejecución 713

8.2.3. Por la condición de la víctima 714

8.2.4. Por el resultado 714

8.2.5. La pena prevista en el párrafo anterior se impone al agente que, para conseguir sus cometidos extorsivos, usa armas de fuego o artefactos explosivos 715

8.3. Agravantes de cuarto grado (la pena será de cadena perpetua cuando) 716

8.3.1. El rehén es menor de edad o mayor de setenta años 716

8.3.2. El rehén es persona con discapacidad y el agente se aprovecha de ésta circunstancia 716

8.3.3. Si la víctima resulta con lesiones graves o muerte durante o como consecuencia de dicho acto 716

8.3.4. El agente se vale de menores de edad 717

9. Formas de imperfecta ejecución 719

10. ¿Las llamadas amenazantes de destrucción de bienes muebles (vehículos) constituyen delito de Extorsión o de Receptación? - Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116 721

10.1. Conclusiones 729

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA

X. POSESIÓN NO PUNIBLE DE DROGAS (ARTÍCULO 299°) 737

1. Valoraciones dogmáticas y de política criminal 737

2. Fundamento político criminal del consumo impune 746

3. Conclusiones 751

DELITOS DE CONTAMINACIÓN

XI. LOS DELITOS DE MINERÍA ILEGAL (ARTÍCULO 307°-A y SS.) 757

1. Análisis dogmático y criminológico 757

DELITO CONTRA LA PAZ PÚBLICA

XII. MARCAJE O REGLAJE 771

1. Una nueva manifestación tipológica del Derecho penal del enemigo: El delito de Reglaje en el Perú 772
2. El nuevo Derecho penal de intervención, contrario a un Derecho penal del acto 781
3. Presupuestos de configuración típica 785
   - 3.1. La penalización de actos preparatorios 787
   - 3.2. Actos de acopio o entrega de información 788
   - 3.3. Realizar vigilancia o seguimiento 788
   - 3.4. Colaborar en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos 789
   - 3.5. Circunstancias agravantes 792
   - 3.6. Análisis de las modificatorias (Ley N° 30076) 795
   - 3.7. Tipo subjetivo del injusto 799
4. Bases conclusivas 800

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

XIII. COLUSIÓN ILEGAL 805

1. Introducción 805
2. Tipicidad objetiva 818

2.1. Sujeto activo 818
2.2. Sujeto pasivo 820
2.3. Modalidad típica 820
2.3.1. La licitación pública y los otros procesos de selección 821
2.3.2. Convenios, ajustes y liquidaciones 829
2.3.3. Concertación con los interesados 830
3. Tipo subjetivo del injusto 840
4. La reforma del artículo 384° a través de la Ley N° 29703. La excesiva e insostenible patrimonialización del bien jurídico 841
5. La acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29703, interpuesta por el Ministerio Público 849
6. Las Leyes N° 29758 y 30111 y su modificación al artículo 384° del Código Penal 855
7. Formas de imperfecta ejecución 860

XIV. PECULADO DOLOSO Y CULPOSO 863
1. Conceptos preliminares, definición y bien jurídico protegido 864
2. Tipicidad objetiva 875
2.1. Sujeto activo 875
2.2. Sujeto pasivo 879
2.3. Modalidad típica 879
2.3.1. Objeto material del delito 880
2.3.2. El caudal o efecto (objeto material), debe ser objeto de custodia, percepción o administración por parte del autor 883
2.3.3. La percepción, custodia y administración de los bienes deben estar confiados en razón del cargo 887
2.3.4. Peculado por apropiación 893
2.3.5. Peculado por utilización 898

2.3.6. La apropiación o utilización del bien ha de ser para sí o para otro 902

2.3.7. Circunstancia de agravación por el valor de lo apropiado (introducida por la Ley N° 29703)..... 904

2.3.8. Modificación al artículo 387° vía Leyes N° 29578 y 30111 910

3. Tipo subjetivo del injusto..... 911

4. Formas de imperfecta ejecución..... 913

5. Circunstancias agravantes 916

6. ¿Se produce un concurso ideal o conflicto de normas penales entre los delitos de Peculado y el de Malversación de fondos? 918

7. Peculado culposo..... 921

8. Distinción entre apropiación ilícita agravada y el delito de Peculado por extensión 929

9. Diferencia del delito de Peculado doloso con el Peculado culposo, desde una mirada jurisprudencial..... 934

9.1. La dogmática penal en los delitos de Peculado 935

9.2. Hechos imputados y análisis jurídico penal..... 939

10. La no devolución de viáticos, ¿delito de Peculado o de Apropiación ilícita? Delitos de infracción de deber versus delitos de dominio. Búsqueda de un criterio material 942

10.1. Definiciones elementales..... 946

10.2. Los delitos de infracción de deber versus los delitos de dominio: la búsqueda de un fundamento material en los injustos funcionariales 950

10.3. La no devolución de los viáticos no gastados: delito de Apropiación ilícita..... 964

10.4. Conclusiones..... 968

XV. ESTUDIO DOGMÁTICO DE LOS DELITOS DE COHECHO Y PERSPECTIVAS POLÍTICO CRIMINALES 971

1. Introducción 971

2. El bien jurídico en los delitos de Cohecho..... 973

3. El Cohecho como delito de participación necesaria..... 982
4. Los «medios corruptores» en los delitos de cohecho..... 987
5. Recapitulación 999

XVI. EL DELITO DE COHECHO PASIVO ESPECÍFICO... 1005
1. Conceptos preliminares 1005
2. Sujeto activo..... 1011
3. Modalidad típica..... 1013
– El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia..... 1017
– El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento..... 1022
4. Distinción del tipo penal del artículo 395° del Código Penal con el delito de Tráfico de influencias 1025
5. El tipo subjetivo del injusto en los delitos de Cohecho..... 1031
6. Definiciones conclusivas 1032

XVII. EL PRINCIPIO DE LA DOBLE INCRIMINACIÓN EN EL PROCESO DE EXTRADICIÓN COMO MECANISMO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL 1035
1. Concepto de extradición 1037
2. El principio de la doble incriminación..... 1041
2.1. Hecho constitutivo de delito – principio de legalidad.... 1043
2.2. Desarrollo del principio de la doble incriminación (teórico y normativo)..... 1045

2.3. Sistemas jurídicos de evaluación del principio de la doble incriminación 1054

3. Otros presupuestos a tomar en cuenta en el proceso de extradición 1057

4. Reflexiones finales 1058

BIBLIOGRAFÍA 1061

PRÓLOGO

El avance de la Criminalidad Organizada, la Corrupción y el Lavado de Activos en el Perú y en América Latina es una realidad. Estas formas de delincuencia nacional y transnacional, opera como una empresa, de estructura piramidal, con asesoría jurídica, económica, con logística, tiene ejecutores delictivos y se esfuerza por tener protección legal y política.

Se veía venir desde hace años y la respuesta del Estado se ha hecho sentir a raíz del conocimiento de casos tan emblemáticos que generan alarma en la ciudadanía por la gravedad de los delitos, sobre todo de aquellos que comprometen a funcionarios públicos, para que se investiguen y sancionen ejemplarmente. Por ello existe la necesidad de analizar las estrategias de nuestra política criminal, los obstáculos que encuentra y las reformas que deben de adoptarse a fin de ejercer un mejor control penal de la delincuencia no convencional.

La doctrina nacional internacional ha generado diversas definiciones sobre la delincuencia organizada o criminalidad organizada, ello por la variedad del campo en que operan (actividades delictivas y los diferentes sectores en que se desarrollan), asimismo, por los distintos tratamientos en las legislaciones ordinarias nacionales. Sin embargo, se pueden identificar en base a las características predominantes: estructura compleja, organización piramidal, con finalidad económica y la permanencia. De tal manera que funciona

como una empresa privada, generando sus propias normas internas y externas incurriendo en la comisión de delitos graves para el logro de sus fines, entre ellos, el homicidio, la corrupción, las amenazas, la violencia física, etc. Los fines de la criminalidad organizada son absolutamente lucrativos. El logro del poder puede ser político, pero con fines lucrativos.

Naturalmente los efectos que el crimen organizado genera, son a) la desestabilización del sistema económico y político de un país, sobre todo cuando la corrupción se hace sentir entre dichas autoridades; b) aleja la inversión internacional, debido a la inseguridad jurídica y la desconfianza de sus instituciones; c) generan alarma en la colectividad por la gravedad de los delitos que cometen: extorsión, tráfico ilícito de drogas, trata de personas, terrorismo, lavado de activos, corrupción, etc. Se puede afirmar que la corrupción aparece como un instrumento transversal del crimen organizado; además, d) busca tener poder en la política. No son pocos los casos que se conocen al respecto. En la actualidad, se puede apreciar la existencia de diversas investigaciones vinculadas a parlamentarios, ministros, ex magistrados y hasta ex presidentes por casos de corrupción.

El documento base de nuestra legislación es la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, en Palermo (Italia), ratificada por el Estado Peruano el 19 de noviembre de 2001 (Decreto Supremo N° 88-2001-RE), vigente desde el 29 de septiembre del año 2003.

Dentro de este contexto, es necesario saber que la delincuencia organizada y la corrupción no son desconocidos en el Perú, sobre todo, de aquellos casos que se descubrieron a fines del año 2000. Estaban involucrados altas autoridades, magistrados, empresarios y políticos, además de personas naturales. A partir de ello se dictaron normas de procedimiento y se designaron jueces y fiscales

especializados para investigar y juzgar casos de corrupción y violación de derechos humanos, entre otros.

Después de más de diez años, se puede afirmar que el Estado ni las instituciones tutelares no adoptaron las previsiones necesarias y no se ejercieron los controles administrativos requeridos a fin de evitar que se repitan los casos de corrupción, por el contrario, se han logrado nuevas organizaciones más complejas y con mayor presencia en instituciones públicas. No se aprendió la lección.

En la actualidad se han elaborado un conjunto de leyes para hacer frente a la delincuencia organizada, corrupción y lavado de activos y pérdida de dominio; contándose con los instrumentos legales necesarios. Desde las perspectiva del Ministerio Público, se cuenta, además, con un equipo importante de Fiscales especializados en esta área que están cumpliendo con las funciones encomendadas.

En dicho marco normativo y político, la doctrina nacional ha expuesto sus mayores esfuerzos por explicar, de manera coherente, los distintos aspectos que conllevan la legislación y la posición jurídica predominante, con interpretaciones claras, análisis profundo de nuestra realidad, a fin de contribuir con el enfoque político criminal de estas nuevas formas de criminalidad. Ello lo encontramos en la obra que presenta el profesor Alonso Peña Cabrera Freire, destacado penalista nacional y Fiscal del Perú, quien comparte la docencia universitaria con función de Asesor de línea en la Cooperación Judicial Internacional del Ministerio Público. El autor aborda con singular sabiduría los aspectos más importantes que trae consigo la Ley 30077 sobre Criminalidad Organizada y la legislación conexa.

La obra de Alonso Peña Cabrera Freire se llama "El Sicariato y el Crimen Organizado" consta de dos partes, la primera referida a la parte general y la política criminal, donde analiza aspectos doctrinarios y jurisprudenciales sobre la coautoría en las organizaciones criminales, la autoría y participación en el derecho penal económico,

la individualización de la pena, los plazos prescriptorios, la participación de menores de edad, entre otros aspectos del derecho penal general. Presenta además un interesante análisis de modelo de política criminal sobre seguridad ciudadana. Una segunda parte de la obra de nuestro distinguido profesor y amigo Alonso Peña Cabrera, denominada parte especial, está dirigido a explicar a la luz de la doctrina y jurisprudencia nacional, las características de los principales delitos que incurre la delincuencia organizada. Homicidio simple y calificado, resaltando la figura del sicariato; las modalidades del secuestro; el delito de trata de personas, su naturaleza material y deficiencias normativas; los delitos de hurto y robo agravados, con especial análisis de sus elementos típicos; la extorsión; la posesión de drogas; minería ilegal; el marcaje o reglaje; el peculado; la colusión y cohecho en sus distintas modalidades; entre otros temas de sumo interés.

En la actualidad y en la coyuntura existente, por el contenido de esta obra, la forma clara y sencilla de su redacción -que es el estilo del autor- no cabe duda que será, necesariamente, un material de consulta por los magistrados jueces y fiscales de nuestro país, así como por los abogados e interesados en la materia.

Para el Ministerio Público que represento, constituye un beneplácito presentar la obra de uno de sus integrantes Fiscales, Alonso Peña Cabrera Freyre, por tan singular esfuerzo académico. Lo felicito y auguro los mayores éxitos a nuestro reconocido jurista, por tan importante trabajo que hoy sale a la luz como contribución a la comunidad jurídica nacional y extranjera.

Lima, enero de 2016

Pablo Sánchez Velarde

PRESENTACIÓN

La modernidad trae consigo progreso y prosperidad para los Estados, a su vez, arrastra graves flagelos, en el caso que nos ocupa el «Crimen Organizado». Tiempos actuales enrostran una delincuencia, cuya acusada complejidad, radica esencialmente en la extensión de su operatividad y en el engranaje organizativo que la sostiene. Se trata de grupos de delincuentes organizados, que se encuentran además en condiciones de actuar tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad política y económica, cuya influencia en estos ámbitos se extiende hasta poder, incluso, condicionar negativamente sectores enteros de la vida productiva, social e institucional[1].

De hecho, el proceso de globalización de la economía y de los mercados comerciales, la modernidad y otros factores, han propiciado un campo fecundo para la aparición de estas estructuras criminales, aprovechando las deficiencias y debilidades de los Estados, para intervenir oportunamente en su identificación logística y operativa. Se afirma en la doctrina especializada, que el fenómeno de la globalización de los mercado de la demanda de los productos ilegales y del sistema financiero, es el elementos clave que ha atraído a las organizaciones criminales a superar el marco nacional y a realizar

---

(1) Blanco Cordero, I./ Sánchez García de Paz, I.; *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio,* cit., p. 3.

actividades a nivel internacional o transnacional[(2)(3)]; (...) efectivamente, la expansión internacional de la actividad económica y la apertura o globalización de los mercados son acompañados de la correlativa expansión o globalización de la criminalidad, que frecuentemente presenta un carácter transnacional, pudiéndose afirmar que el crimen organizado es el de la globalización[(4)].

La descripción criminológica en cuestión, ha significado una reformulación de las estrategias político criminales de las Naciones afectadas, así como la suscripción de Tratados y Convenios Internacionales, tanto a nivel regional como universal. En el caso peruano, se aprecia la Ley N° 30077 y otras leyes conexas, así como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, documento este último, cuyo articulado primero establece que su finalidad *es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.* Señalando asimismo en el texto que la refrenda, lo siguiente: "*Firmemente convencida de que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional constituirá un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional con miras a combatir, entre otras cosas, actividades delictivas como el blanqueo de dinero, la corrupción, el tráfico ilícito de especies de flora y*

---

(2) Blanco Cordero, I. y otro; *Principales instrumentos internacionales...,* cit., p.4.

(3) Así, Pérez Cepeda al indicar que el crimen organizado, antes relacionado a pequeños grupos practicantes de acciones delictivas, figura hoy como consecuencia de la globalización y de los avances tecnológicos, como de una de las formas de criminalidad más preocupantes en la sociedad contemporánea. Insertadas en nuestra sociedad globalizada, las organizaciones criminales transformaron un mercado de ingresos ilegales organizados de forma artesanal en un merco ilícito empresarial gerenciado internacionalmente. Los avances tecnológicos en los sistemas de comunicación, de transmisión de información y de transporte fueron fundamentales para determinadas actividades del crimen organizad.; *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno,* Madrid, cit., ps. 144-145.

(4) Choclán Montalvo, J.A.; *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal,* Madrid, Dykinson, 2000, cit., p. 1.

fauna silvestres en peligro de extinción, los delitos contra el patrimonio cultural y los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo".

Visto así las cosas, el tema pasa por el endurecimiento del aparato punitivo-estatal, a través de la cobertura denominativa que se construye a partir de una pluralidad de agentes en la comisión de una pluralidad delictual. Es decir, lo que se ha dado en la presente situación, es la unificación de la rotulación jurídica, bajo el concepto de «Crimen Organizado», penetrando a un plano más criminológico que punitivo, a fin de diseñar una adelantamiento de las barreras de intervención del Derecho penal.

Es sabido que el Perú se encuentra azotado, conmovido en sus estructuras sociales y jurídicas, por una imparable y temible delincuencia, que no dudan en ultimar a sus víctimas, con tal de obtener sus ilícitos propósitos (Homicidios, Asesinatos, Secuestros Extorsiones, etc.). Constituye el núcleo duro del Derecho penal, donde las figuras e instituciones tradicionales de la dogmático jurídico-penal resultan fácilmente aplicables. Sin embargo, cuando estamos ante complejas redes criminales, se hace necesario acudir fórmulas dogmáticas, de cuño sofisticadas en su elaboración teórico-conceptual: Co-autoría no ejecutiva en organizaciones delictivas, Autoría Mediata en estructuras organizativas de poder, Co-autoría mediata, etc. Estamos ante una nueva visión de la ciencia jurídico-penal, susceptible de concretizar los fines político criminales que la inspiran, de sentar en el banquillo de los acusados, a quienes en realidad *contaban con el dominio y control de la ejecución de los actos delictuosos realizados por los miembros de las estructuras de menor jerarquía de la estructura organizacional de la misma.* Que estos individuos (jefes, cabecillas, dirigentes, etc.), únicamente sean sancionados como *Instigadores es a todas luces político criminalmente insatisfactorio,* cuando en los hechos son los que ostentan con el dominio del aparato criminal.

Cuando hacemos alusión al «Crimen Organizado», estamos haciendo referencia a una tipología que desborda un plano estrictamente penal, para penetrar en categorías propias de la ciencia criminológica, cuyo análisis se extiende a la posición que ocupan los individuos dentro del aparato criminal, v. gr., jefes, cabecillas, dirigentes, financistas, promotores, etc., tal como se aprecia de las regulaciones específicas de la Ley N° 30077. Es bajo estas nomenclaturas descriptivas del agente delictual (sea éste *autor y/o partícipe*), que se viabiliza una política criminal, encaminada al endurecimiento de las penas en el catálogo delictivo.

Tal como lo indicamos en el acápite pertinente, no existe mayor distinción entre «Crimen Organizado» y «Organización Delictiva»; sin embargo, la utilización normativa del primer término, permite dos aspectos a saber: - primero, generar efectos socio-comunicativos en la población, un mensaje cognitivo de una alta dosis de energía frente al crimen y, segundo, de adelantar las barreras de intervención (*anticipación*) del Derecho penal, v. gr., elevando al rango de autoría, intervenciones[5] que son típicamente de participación delictiva (*Instigación* y *Complicidad*).

Entonces, los que hemos querido patentizar en la presente monografía, es un desarrollo dogmático y de estudio de política criminal, de que las instituciones punitivas puedan colmar sus fines esenciales: *protección preventiva de bienes jurídicos*. Dicho esto, las figuras delictivas que se examinan en el texto, constituyen comúnmente las ilicitudes penales que cometen estas organizaciones delictivas, de manera que los operadores jurídicos puedan interpretar las normas *jurídico-penales* con la corrección que demanda el principio de legalidad y la teleología que persigue el Derecho penal. Es por tal

---

(5) Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. Perspectivas dogmáticas y político criminales*. RODHAS, Lima, 2013, cit. ps. 99-107.

razón, que consideramos oportuno, recoger ejecutorias supremas y superiores, sobre casos concretos, de confrontar la teoría con la práctica y así vislumbrar un ejercicio intelectivo, que permita afrontar con éxito este flagelo social.

Terminamos estas líneas introductorias, agradeciendo al EDITOR, por confiar en la presente monografía, a mi esposa SYLVITA y a mi hijo ALONSO SANTIAGO, por su cariño y empuje constante, en hacer realidad proyectos de esta naturaleza. Y, finalmente, concluimos invocando lo siguiente: *combatir eficazmente el Crimen Organizado supone combatir a su vez todo viso de Corrupción estatal, pues la existencia del primero depende mucho de la lacra que significa la Corrupción en los estamentos de la Administración Pública.*

Junio de 2015.

ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE
Docente de la Maestría de Ciencias Penales de la UNMSM
Fiscal Superior (p) de Lima.

Primera Parte

PARTE GENERAL – POLÍTICA CRIMINAL

I. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL

1. INTRODUCCIÓN

Como se puede advertir, el Derecho penal importa la violencia institucionalizada del Estado, como reacción jurídica legitimada frente a las agresiones más graves que recaen sobre los bienes jurídicos fundamentales. No obstante, dicho estado de coacción a las libertades no puede tomar lugar de forma libérrima, arbitraria, ni desproporcionada, porque los ciudadanos cuentan con una serie de garantías que, si bien emergieron o mantienen todavía una naturaleza esencialmente declarativa, con el transcurso de los años van adquiriendo aptitudes instrumentales para limitar fácticamente todas las variantes del *ius puniendi.*

El avance hacia una sociedad democrática de Derecho, a su vez supuso democratizar el Derecho penal, en resumidas cuentas, se humanizó al mismo, dejando atrás la visión desgarradora y apocalíptica de una justicia penal meramente reaccionaria y represiva, en la que no existía ningún tipo de límite racional a la respuesta estatal, pues esto no calificaba como verdadera justicia, sino como venganza pública, que rebajaba al Estado al nivel del delincuente. Circunstancias develadas con las encomiables plumas de Beccaria y los representantes de la Ilustración.

Por consiguiente, la evolución de la filosofía humanista impregnó el discurso programático de las doctrinas penales y determinó

la aparición –primero formal y luego material– de los denominados principios del Derecho penal, una suerte de mandatos de optimización, que han de respetar, primero, el legislador, en su labor penalizadora, y luego el operador jurídico –fiscal y juez–, en la labor interpretativa de la norma jurídico-penal.

La elaboración conceptual de las categorías dogmáticas de la teoría del delito y su necesaria interpretación han de ceñirse a los mandatos que subyacen en la idea del Estado social y democrático de Derecho, conforme se desprende de los preceptos jurídico-constitucionales en vigor[1]; esto quiere decir que el Derecho penal y la Política Criminal forman un bloque armonioso de cometidos preventivos en la contención de la criminalidad, en efecto, no debe producirse una colisión entre ambos, sino una convergencia de fines y objetivos. Ello comporta, de cierto modo, que, el Derecho punitivo ha de intervenir en la esfera de la libertad ciudadana, en franco respeto hacia los derechos fundamentales, donde la obligación de defender a la sociedad frente al crimen no puede devenir en un vaciamiento de los valores individuales que sirven de soporte a todo el constructo normativo constitucional.

En la actualidad no se podría hablar de verdadera ciencia jurídico-penal, si previamente no se define el contenido programático y material de los principios elementales del Derecho punitivo, pues estos constituyen la estructura basilar de toda la normativa penal. No pueden elaborarse convenciones penales al margen de estos criterios rectores, en tanto posibiliten la reacción jurídico-estatal y además

(1) A decir de Peña Cabrera, la Constitución en rodaje reafirma –aunque con serios reparos– un Estado Democrático de Derecho, superando el Estado de Derecho «liberal» e incorporando la idea de un Estado de Derecho «social». De modo que, para conservar consecuencia en el pensamiento hay que concluir que democracia y Estado de Derecho esencialmente se trata de lo mismo. *La garantía del principio de legalidad en la nueva Constitución*, en Peña Cabrera, Raúl, *Debate penal*, N° 13, Ediciones Jurídicas, Lima, p. 156.

que la pena sea una respuesta racional y ponderada ante el crimen. Esta es la única forma de controlar el ejercicio del poder penal, la mejor forma de evitar que este medio de control social sea percibido como un mecanismo de opresión ciudadana o una suerte de vindicta pública.

Las garantías incorporadas en las constituciones se configuran no solo como fuentes de justificación externa o política de la existencia del Derecho penal, sino también como fuentes de legitimación jurídica y política de las decisiones penales[2].

Habría que decir también, que los límites en materia penal no pueden dirigirse exclusivamente a delimitar cómo los jueces deben interpretar y aplicar las leyes, o la forma en que los funcionarios deben ejecutar las penas, sino también están pesados para los miembros del Parlamento cuando ejercen la función primordial de crear normas, en particular cuando estas son punitivas[3]. En los últimos decenios esta falta de control ha incidido en la formulación de una permanente e incesante reforma normativa punitiva, desvinculada de las garantías fundamentales de un Derecho penal democrático, en cuanto a filtros axiológicos, éticos y programáticos, llevados por una rentabilidad política.

Donini sostiene que es irracional el legislador que amenaza con pena para tranquilizar a las personas de miedos colectivos frente a riesgos supuestos o reales, para obtener el consenso político con leyes publicitarias, y no funda los tipos penales en estudios empíricos relativos a la contención ejercida con otros sistemas alternativos al penal[4].

---

(2) Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo,* Trotta, Madrid, 2008, p. 197.

(3) Ferré Olive, Juan; et al., *Derecho penal colombiano. Parte General. Principios fundamentales y sistema,* Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2010, p. 73.

(4) Donini, Massimo, *Principios constitucionales y sistema penal, Modelo y programa*, en *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho*, Libro homenaje a Santiago Mir Puig, T. I, La Ley, Madrid, 2010, p. 86.

El Derecho penal es legítimo, a decir de ZAFFARONI, porque contiene y reduce el poder de castigar. Según el pensamiento del profesor argentino, «*el Derecho penal no se legitima programando las decisiones jurídicas para acompañar el ejercicio de un poder punitivo que las agencias jurídicas no ejercen, sino que debe programarse para contener y limitar su ejercicio. De que el poder jurídico ejerza esta función contendora y reductora depende nada menos que la subsistencia del Estado de Derecho. El Derecho penal en este sentido, es un apéndice del Derecho constitucional del Estado Constitucional de Derecho. El Derecho penal y el poder jurídico se legitiman en la medida en que ejercen este control limitador. Cuando renuncian a esta función pierden toda legitimidad*».[5]

Se encamina el discurso programático a que la ciencia del Derecho penal (dogmática) no quede anclada a un nivel puramente teórico-sistemático en la labor de hermenéutica, sino que ha de perfilar una valoración de reflexión y de revisión crítica de la legislación penal vigente; vocación permanente e incontenible de la juridicidad, y no como tribuna complaciente de los políticos y los altos tribunales de justicia. En ese sentido, como propone DONINI, la tarea principal de la ciencia jurídica no es únicamente conocer el fenómeno en términos normativos, descriptivos, o explicar sus dimensiones técnicas; en parte compatibles también con diversos fines de la pena, o tipos y modelos de Estado. La tarea de la ciencia es, además, controlar críticamente la legislación[6].

Conforme lo anotado, dichos principios se encuentran consagrados a nivel constitucional, por lo que irradian la política criminal según los dictados del Estado constitucional de Derecho y han de regir de forma irrestricta, sin dar cabida a regímenes de excepciones o de restricciones para los ciudadanos, lo cual resultaría inconcebible

---

(5) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura básica del Derecho penal,* Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 30.

(6) DONINI, Massimo, *Principios constitucionales y sistema penal...,* op. cit., p. 87.

en un sistema donde impera el principio de igualdad. De ahí que mostramos nuestros reparos a que se pretenda formular normativamente un «Derecho penal del enemigo» y que pueda convivir con un «Derecho penal del ciudadano», pues ello resulta incompatible con la visión ontológica del sistema de imputación jurídico-penal y con el encumbramiento de dichas garantías, conforme el edificio normativo plasmado en el Texto iusfundamental. En consecuencia, ha de predicarse la reducción del resorte punitivo del Estado a la mínima expresión, sin que ello implique un relajamiento de la tarea tutelar de los bienes jurídicos –tanto del Estado como de la sociedad–.

A su vez, convenimos en indicar que la ciencia del Derecho penal (dogmática) no puede ser vista hoy en día como una articulación concatenada de variables o categorías, que de forma ordenada y secuencial puedan exteriorizar una interpretación intrasistemática pulcra y coherente según su contenido, en la medida que la decisión jurídico-penal ha de ser concatenada con los fines político-criminales perseguidos con la aplicación normativa. Una posición en contrario significaría abrir un peligroso espacio al decisionismo y a la injusticia, incompatibles con el orden de valores compaginados en la Ley Fundamental.

Dado que los poderes públicos nacen y se limitan por la Constitución, y que el Derecho penal supone la injerencia más grave que puede llevar a cabo el Estado sobre los derechos fundamentales de la persona, se comprende fácilmente que la Constitución imponga importantes limitaciones al modo en que el Derecho penal debe cumplir su función[7]. En opinión de Aguado Correa, se puede afirmar que el Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico que más ligada se encuentra a la Constitución, lo cual no

---

(7) Carbonell Mateu, Juan, *Derecho penal: Concepto* y principios *constitucionales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 191.

debe extrañarnos si tenemos en cuenta que es la que afecta en mayor medida a los individuos y a sus derechos fundamentales[8].

Es inconcebible que en la actualidad se pueda proyectar una política criminal al margen de los dictados del Texto Iusfundamental, pues es desde su pórtico de valores que el Derecho penal construye su estructura basilar sobre principios recogidos de forma enunciativa (textual) o que tienen reconocimiento derivado, a partir del encumbramiento de la dignidad humana como valor primero del ser humano; esos mismos valores vinculan, entonces [...] al legislador penal, que no puede sino adaptarse al programa penal constitucional, es decir, al conjunto de postulados político-criminales que integran el marco normativo, en cuyo seno el legislador debe tomar sus decisiones y el juez extraer sus criterios interpretativos y aplicativos[9].

El Derecho constitucional y el Derecho penal han nacido y evolucionado juntos, apunta magistralmente Peña Cabrera. En efecto, las ideas políticas de la ilustración marcaron el ritmo de las ideas penales y constitucionales al poner empeño en fijar los límites del poder del Estado[10]. Por tanto, Derecho penal y Derecho constitucional constituyen dos parcelas del ordenamiento jurídico íntimamente vinculados, tanto en lo que respecta a los límites del *ius puniendi* estatal, como en la configuración del programa de política criminal. Los que abogan férreamente por más violencia punitiva, de recibo han de elaborar sus conceptos al margen del listado de valores contenidos en el Texto Iusfundamental.

---

(8) Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2010, p. 18.

(9) Terradillos Basoco, Juan, *El Derecho penal de la globalización: luces y sombras*, en *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 273.

(10) Peña Cabrera, Raúl, *La garantía del principio de legalidad en la nueva Constitución*, op. cit., p. 156.

Lo afirmado guarda plena correspondencia en la actualidad, ante la incesante e inacabable reforma legislativa en materia penal; la cual, a la fecha, ha significado una ruptura de los principios garantísticos –contemplados en el Título Preliminar del Código Penal– con las diversas modificaciones producidas en los tipos penales de la Parte Especial. En efecto, hemos de observar el excesivo estilo casuístico del que el legislador hace gala, sobre todo, en la esfera de los «delitos convencionales» (verbi gratia, Secuestro, Robo, Extorsión, Violación de menores, etc.); aunado a ello, han sido también objeto de una profunda reforma, a partir del año 1999, los delitos que atacan a la Administración Pública. Consecuentemente, se ha propiciado la aparición de conductas prohibidas confusas, ambiguas, o que, en algunas ocasiones, determinan la sanción de comportamientos semejantes, con la consiguiente afectación al principio de legalidad. Así también, la penalización de acciones y omisiones que no encuentran cabida bajo un sostén legitimador, al no revelar lesión o puesta en peligro de un bien jurídico –digno y merecedor– de tutela penal.

La irracionalidad punitiva a la cual nos hemos referido, solo ha de encontrar freno a través de la actuación interpretativa del juzgador, quien ha de fijar los alcances normativos de la conducta típica mediante un ejercicio jurídico de ponderación, razonabilidad y proporcionalidad. Para tal cometido habrá de remitirse a los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, concediendo prioridad a los preceptos constitucionales en rigor («control difuso de la constitucionalidad normativa»).

Cuestión distinta ha de verse cuando estamos ante la necesidad tutelar penalmente bienes jurídicos supraindividuales, intereses jurídicos de naturaleza difusa y que nacen como consecuencia de la consagración constitucional del «Estado social», donde se encumbran a primer nivel los derechos sociales, económicos y culturales, que en el ámbito punitivo significó la inclusión del orden económico y el medioambiente como valores de primer rango constitucional,

cuya adhesión al listado punitivo resulta siendo plenamente legítimo y justificado, siendo esta una expresión palmaria de la modernización del Derecho penal, debidamente articulado con el programa filosófico de la «intervención mínima». El carácter ineludible de la función de tutela –expresa TERRADILLOS BASOCO– de los derechos y libertades fundamentales, tan amplio como sea posible, entra en inevitable tensión con la vocación de intervención mínima, propia de todo Derecho penal democrático[11].

En resumen, los principios «jurídico-penales» constituyen el límite que la sanción punitiva no puede rebasar, desbordar, mucho menos desconocer, so pena de ingresar a un ámbito de oscurantismo, donde el poder prevalece sobre el Derecho; la plataforma programática de un Derecho penal democrático importa todo lo contrario: el respeto escrupuloso de las garantías, cuyo complexo determina la defensa de las libertades fundamentales ante el poder penal estatal.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

Entre los principios rectores del Derecho penal, a la luz de los dictados de un Estado constitucional de Derecho, el principio de legalidad, en lo concerniente a sus efectos políticos y jurídicos, ocupa un nivel de indudable importancia. Ello ha significado la banderola de la libertad ciudadana y a su vez la proclama de una aspiración de Orden democrático que reposa en la libre voluntad de los pueblos. Por la primera, se estima que el Estado, a través de la violencia institucionalizada que significa el Derecho penal, no puede traspasar los marcos estrictos de la ley, en cuanto a la fijación de la conducta prohibida y la consecuencia jurídico-penal aplicable –como norma secundaria–; y, por lo segundo, que la potestad penalizadora y también la despenalizadora, sean potestad exclusiva del Parlamento, rechazando la creación de delitos y penas a través de decisiones

(11) TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Garantías penales,* op. cit., p. 271.

jurisprudenciales, a diferencia de lo que acontece en el Derecho penal anglosajón, conforme su tradición jurídica.

Según lo anotado, entre los efectos proyectados por dicho principio fundamental del Derecho penal liberal está la cautela de la libertad, la cual solamente puede verse afectada cuando la conducta humana se subsume a los contornos normativos de un tipo penal en particular; asimismo, la seguridad jurídica, consustancial en un Estado de Derecho, vale decir, que los ciudadanos sepan con exactitud cuál será la reacción jurídico-penal ante determinadas manifestaciones conductivas.

El Estado reacciona ante el delito en forma drástica, afectando bienes jurídicos importantes de la persona; lo cual torna imperativo poner límites precisos que frenen o contengan toda arbitrariedad y exceso por parte de los que ejercen el poder punitivo. El principio de legalidad establece condiciones para la intervención represora del Estado, tanto al diseñar el delito, como al establecer el modo de aplicar y ejecutar sus consecuencias; considerando, que todo el contenido debe estar sometido al *ius imperium*.[12]

Por otro lado, a dicho principio se lo ha ligado con los fines de la pena, en lo que respecta a los objetivos que la sanción punitiva ha de desplegar en los comunitarios y, a su vez, con el contenido esencial de las libertades fundamentales. El TC, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 2758-2004-HC/TC (Caso Bedoya de Vivanco), de fecha 23 de noviembre de 2004, en los fundamentos jurídicos 3 y 4, sostiene lo siguiente:

> 3. *Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio*

(12) PEÑA CABRERA, Raúl, *La garantía del principio de legalidad en la nueva Constitución*, op. cit., págs. 161-162.

constitucional informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

4. *Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.*

A decir de BACIGALUPO, «*el fundamento del principio de legalidad se encuentra más allá de la teoría de la pena: en la teoría del Estado inspirada en la filosofía del iluminismo y especialmente en la noción de democracia de la teoría política del contrato social. De acuerdo con estas ideas, la libertad solo puede ser limitada por la voluntad general, es decir, por una ley de un Parlamento democrático*».[13]

El principio de legalidad, como soporte fundamental de la libertad ciudadana y como bastión del principio de seguridad jurídica, según las coordenadas de un Estado constitucional de Derecho, constituye un mandato obligado en las funciones legislativas de los parlamentarios y en la misión interpretativa y aplicativa de la ley por

(13) BACIGALUPO, Enrique, *Teoría y práctica del Derecho penal*, T. I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2000, p. 334.

parte de los órganos jurisdiccionales. En tal sentido, el legislador no puede dejar de lado dicho mandato de legalidad en cualesquiera de sus manifestaciones –por ejemplo, en lo que el mandato de determinación refiere, evitando la acriminación de descripciones típicas confusas y ambiguas–; en tanto que el juzgador no puede cobijar un supuesto de hecho en el tipo legal que no se encuentra comprendido en su encaje normativo.

Sin embargo advertimos de la cuantiosa legislación penal peruana, que tanto los legisladores como el Poder Ejecutivo se han decantado por fórmulas punitivas con evidente ambigüedad conceptual, que hacen conmover este mandato fundamental de la legalidad; así, cuando se hace uso excesivo de términos y conceptos metajurídicos se genera –por su neutralidad valorativa– un amplio margen de discrecionalidad interpretativa del operador jurídico –verbi gratia, «obscenidad», «pornografía», «buenas costumbres», «libidinoso», etc.–, que si bien pueden ser necesarios en una criminalidad tan especial –como por ejemplo, la «sexual»–, su empleo ha de estar rigurosamente limitado. Por otro lado, observamos una técnica legislativa marcadamente llevada al «*casuismo penal*», tal como se desprende de las numerosas y ampliadas «circunstancias de agravación», sobre todo, en el ámbito del Derecho penal nuclear –Robo agravado, Hurto agravado, Secuestro, Extorsión, Violación sexual, etc.–, normando vastedad de conductas, que podrían ser cobijadas mediante una fórmula abierta y con contornos plenamente definidos.

En definitiva, ese afán por pretender criminalizar una mayor gama de conductas, a la postre lo que puede arrastrar son dos cosas a saber: primero, un espacio de inseguridad jurídica, pues los operadores jurídicos transitarán, no pocas veces, en soluciones normativas distintas pese a tratarse de un mismo supuesto fáctico; y, segundo, impunidad, pues ese deseo por penalizar todo es, aunque no se crea, limitado; en tanto, algunas conductas, con suficiente desvalor, quedarán al margen de la legalidad y, por ende, se generará impunidad.

Asimismo, ciertas figuras delictivas no cumplen aún con el mandato del *nullum poena sine lege,* al no precisar con corrección cuáles son los marcos penales mínimos y máximos, tal como lo ordenó el TC en la legislación penal terrorista. Lo mismo sucede con las figuras delictivas de asesinato y Parricidio, al no haber previsto normativamente el marco máximo de imposición punitiva, que es integrado por los operadores jurídicos aplicando el art. 29° del Código Penal.

Conforme se señala en la doctrina, la claridad y la taxatividad son insoslayables condiciones de la seguridad jurídica, para lo cual se exige, además, que se haya resuelto previamente qué conductas constituyen delitos y cuáles no, y qué sanciones son aplicables en cada caso concreto.[14]

Además, respecto a este apartado PEÑA CABRERA acota lo siguiente: «*El principio de legalidad queda debidamente garantizado si se le prohíbe al legislador ordinario establecer a su arbitrio los alcances de los conceptos de delito y pena, debe escogerse el término medio, esto es, ni restringiendo ni ampliando sus facultades, todo con el objeto que no se permita burlar los mandatos de la CPE y destruyendo, de esta manera, la noción de seguridad jurídica; de modo, pues, que el legislador ordinario carece en modo absoluto de la posibilidad de afirmar o negar el principio de legalidad, de construir positiva o negativamente el concepto de delito*»[15]

Al respecto TC en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0012-2006-AI/TC, de fecha 15 de diciembre de 2006, en el fundamento jurídico 20 afirma lo siguiente:

> *El principio de legalidad penal se expresa en exigencias dirigidas tanto al legislador como a los tribunales de justicia. Ciertamente*

(14) PEÑA CABRERA, Raúl, *La garantía del principio de legalidad en la nueva Constitución*, op. cit., p. 170.

(15) Ibídem, p. 158.

opera, en primer lugar, frente al legislador. Es la ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados. Por ello, en tanto una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa aplicación pueda producir en los referidos derechos será imputable al legislador, y no al Juez.

No obstante, vemos que el principio de legalidad ha sido significativamente relativizado; primero, por la gran relevancia que ha adquirido la fuente jurisprudencial en la región latinoamericana –precedente vinculante–; y segundo, merced a la internacionalización sufrida a costa del Derecho penal internacional, en el marco del combate contra los crímenes de lesa humanidad, donde se advierte una clara tendencia de política criminal, de sentar las bases de un marco jurídico-penal internacional, alejado de los paradigmas asentados sobre el principio de estricta legalidad. Así, cuando se postula en la doctrina italiana, que la orientación «constitucionalista» [...] ha llevado a las nuevas generaciones a reconocer el valor determinante de la misma magistratura, y por tanto de la jurisprudencia, sobre todo de los tribunales supremos o superiores en la construcción del Derecho, hasta el punto de que hoy algunos «argumentan» citando las motivaciones de las sentencias de las magistraturas superiores como si fuesen «al mismo nivel» de los textos de las Constituciones, los cuales pasan con frecuencia a un segundo plano en la construcción de los principios. De este modo, se ha debilitado un poco el valor de la primacía de la legalidad como base del Derecho penal de los principios que inspiraba desde el origen al garantismo, en las visiones de Bricola o Ferrajoli.[16]

Es de verse, que el fenómeno de la globalización ha traído consigo repercusiones no solo en el ámbito financiero, económico y

(16) Donini, Massimo, *Principios constitucionales y sistema penal...*, op. cit., p. 91.

comercial, sino también en la esfera jurídica, pues resulta claro que los negocios de comercio internacional deben ir revestidos de un corsé de seguridad jurídica, en cuanto a la garantía de los Estados contratantes. Se dice que la globalización es un fenómeno principal, pero no excluyentemente económico que se caracteriza por la creación, a escala casi mundial, de redes de intercambio como nunca antes las habíamos conocido, sobre la base de una nueva comprensión de las dimensiones temporal y espacial.[17] Como refiere GRACIA MARTÍN: «*La globalización es un complejo proceso de homogeneización de amplias dimensiones de la vida de los hombres y de los pueblos, que con el mismo término sugiere, se desarrolla a escala mundial, o sea total o global. Al mismo tiempo, en el mundo actual se llevan a cabo también procesos de integración supranacional de una pluralidad de Estados que, en cierto modo, pueden ser caracterizados como globalizaciones parciales o regionales, y que de todos modos guardan ciertas similitudes con el proceso mundial o total de globalización*».[18]

En la esfera criminal, la globalización ha significado la suscripción de una serie de tratados y convenios internacionales, basados y sostenidos en intereses comunes en una vía de integración normativa, dando lugar a un Derecho positivo de orden internacional que aspira a simbolizar una sola idea en la lucha contra el crimen. Empero, dicho fenómeno mundial, si bien en principio fue observado como un instrumento fomentador de una evidente expansión del Derecho penal en los últimos años, en ciertos sectores de la criminalidad, como la económica, ha significado un proceso de desregulación

---

(17) NAVARRO DOLMETSCH, Roberto, «*Reconfiguración*» *del sistema de fuentes del Derecho penal y «amenaza» de crisis del principio de legalidad,* en *La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización,* en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Patricia FARALDO CABANA (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 156.

(18) GRACIA MARTÍN, Luis, *El Derecho penal ante la globalización económica,* en *El Derecho empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial de riesgo*, SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.), Colex, Madrid, 2010, p. 83.

jurídico-penal, tal como se aprecia en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Perú y EE.UU. Por consiguiente, consideramos que el proceso de globalización, en algunos casos define evidentemente una expansión del Derecho penal[19], y en otros, a la inversa, un proceso de despenalización; cuya legitimidad dependerá de si estos nuevos ámbitos de intervención refieran a bienes jurídicos necesitados y merecedores de protección punitiva[20]. Es decir, son las condiciones económicas, financieras y comerciales, ventajosas para los Estados nacionales, que puede definir el rumbo del Derecho penal nacional, con ello una pérdida y renunciamiento de soberanía nacional, de la cual disentimos completamente. De forma que la crítica lleva a postular que los Estados nacionales han claudicado ante los poderes económicos internacionales con la adopción de políticas ultraliberales y con la dotación de cobertura jurídica a los intereses de dichos poderes[21].

Concebida la globalización como fenómeno que se impone progresivamente, de manera no solo positiva, sino también «natural», su reflejo en la cuestión penal se limitaría a poco más que constatar la expansión transnacional de ciertas manifestaciones delictivas y a

---

(19) Así Terradillos Basoco, cuando refiere que la globalización ha abierto cauces para que formas tradicionales de delincuencia alcancen una dimensión hasta ahora desconocida. Además, acometer empresas criminales que puedan trascender las fronteras nacionales con perspectivas de rentabilidad, exige la adopción de complejas estrategias, solo abordables si se cuenta con estructuras organizativas sólidas. *El Derecho penal de la globalización: luces y sombras,* en *Transformaciones del Derecho en la mundialización,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 52.

(20) Así, Gracia Martín, cuando sostiene que «[...] *no se puede perder de vista en ningún momento que la protección de bienes jurídicos es la única tarea que puede serle encomendada al Derecho penal, con lo cual un Derecho penal global solo podrá verse como necesario en relación con la protección de bienes jurídicos. Por otra parte, un Derecho penal global solo podrá aceptarse como legítimo si se orienta a la protección de bienes jurídicos*». Vide, *El Derecho penal ante la globalización económica,* op. cit., p. 84.

(21) Gracia Martín, Luis, *El Derecho penal ante la globalización económica,* op. cit., p. 86.

intentar articular políticas criminales adecuadas a esa dimensión del delito[22]. En palabras de NAVARRO DOLMETSCH, «*la transnacionalización propia de la globalización produce dos órdenes de consecuencias perfectamente diferenciadas: a) por un lado, una alteración del paradigma territorialista de aplicación del derecho; y b) por otro lado significa una amenaza de crisis de la materialidad del principio de legalidad*»[23].

Por lo tanto, la internacionalización del principio de legalidad ha llevado consigo una considerable ampliación de las fuentes del Derecho penal, pues ha introducido también las fuentes del Derecho internacional mucho más amplias, relativizando de esta manera el fundamento de la legalidad en la idea de seguridad jurídica y, en consecuencia, tanto el requisito de la *lex scripta* como el de la *lex praevia*[24].

La pregunta sería la siguiente: ¿Hoy en día se puede justificar legítimamente la imposición de delitos no previstos en la ley penal nacional haciendo uso de las fuentes del Derecho penal internacional, esto es, los Tratados y Convenios internacionales?; ello implicaría la exigencia de que el ciudadano no solamente conozca de la normatividad penal de su país, sino también de la frondosa normatividad penal internacional; a lo cual se añade la propuesta audaz de aplicar normas no vigentes al momento de la comisión de los hechos, en evidente incompatibilidad con el *nullum crimen, nulla poena sine lex praevia.*

Cabe agregar que el principio de legalidad se encuentra consagrado a un nivel constitucional; el cual, en el art. 2° inc. 24 lit. d de la Constitución, textualmente contempla que: «*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté*

---

(22) TERRADILLOS BASOCO, Juan, *El Derecho penal de la globalización: luces y sombras,* op. cit., p. 52.

(23) NAVARRO DOLMETSCH, Roberto, *«Reconfiguración» del sistema de fuentes del Derecho penal y «amenaza» de crisis del principio de legalidad,* op. cit., p. 157.

(24) BACIGALUPO, Enrique, *Teoría y práctica del Derecho penal,* T. I, op. cit., p. 335.

previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley». Acorde a esta proclamación constitucional, solo se pueden considerar como hechos punibles aquellas conductas definidas como «delictivas» en una ley, en sentido formal y desde un plano material –legitimación–; que la penalización de un acto sea producto de una discusión democrática en el seno deliberativo de las fuerzas parlamentarias.

En esa línea argumentativa, un tratado, si bien en rigor forma parte del Derecho nacional –conforme lo estipula el art. 55° del Texto iusfundamental–, no es propiamente una ley desde el aspecto procedimental y formal, y carece a su vez de que su sanción obedezca a toda una discusión desde los fueros connaturales de una democracia participativa de Derecho. Siendo así, los delitos –desde el Derecho penal internacional– vendrían impuestos por organismos supranacionales, que en puridad no pueden reemplazar la plataforma basilar de todo Estado constitucional de Derecho.

En la doctrina especializada, cuando se indica que dicha legitimación está determinada por la representatividad que ostenta el Congreso, al cual confluyen las diferentes visiones de la sociedad democrática y que ofrece, por tanto, seguridades de debate y razonamiento de la decisión incriminadora. [...] Como se comprenderá –dice el autor– dicha legitimidad no es predicable de los procedimientos externos de creación normativa que se realizan en la comunidad internacional. La concurrencia de la decisión del órgano legislativo –aprobando o rechazando el tratado antes de su incorporación al ordenamiento interno– no parece ser suficiente[25].

¿Es concebible que los Tratados se ubiquen en un nivel *et supra* al de la ley penal nacional? Consideramos que no, pues las previsiones

---

(25) NAVARRO DOLMETSCH, Roberto, «*Reconfiguración» del sistema de fuentes del Derecho penal y «amenaza» de crisis del principio de legalidad*, op. cit., p. 152.

legales contenidas en dichos instrumentos del Derecho penal internacional se constituyen en obligaciones, en compromisos de los Estados partes, en positivizar dichas estipulaciones normativas; [...] es habitual encontrar en los tratados obligaciones de penalizar, más o menos desarrolladas [...][26].

Son dos las respuestas que con suficiente solvencia teórica y dogmática proyecta NAVARRO DOLMETSCH: la formal, de que los tratados no pueden constituirse en fuente del Derecho penal respecto de las normas de la primera especie –de incriminación y de sanción–, ya que del tenor literal del principio de legalidad los excluye, al no quedar comprendidos dentro de la expresión ley en sentido estricto[27]; y, la material, señala que «el proceso de creación normativa que se produce en la comunidad internacional concurren tantas culturas como es imaginable, de modo que, si se pretendiera «externalizar» la función de creación de normas incriminatorias, nacería –junto a la objeción jurídica que sería imposible que el sujeto conociera todas esas diferentes normas de cultura– una objeción de tipo político. No se aprecia una buena razón para aplicar a una sociedad unas pautas valorativas que han sido construidas por otras culturas, y que tienen pleno sentido solo en esa dimensión temporal y espacial determinada»[28].

Por tanto, convenimos en indicar que aún en la perspectiva actual de la política criminal internacional, el principio de legalidad sigue constituyendo la fuente formal y material; merced a la cual se pueden sancionar delitos y penas como garantía de libertad ciudadana y seguridad jurídica entre los comunitarios. Según dicho aspecto, los Estados nacionales deben conservar siempre su

---

(26) Ibídem, p. 154.

(27) NAVARRO DOLMETSCH, Roberto, *«Reconfiguración» del sistema de fuentes del Derecho penal y «amenaza» de crisis del principio de legalidad,* op. cit., p. 150.

(28) Ibídem, p. 151.

exclusiva e indelegable potestad de decidir qué conductas pasan o no a ser penalizadas, en tanto la tradición democrática, fruto del consenso y del pacto social, constituyen mandatos de determinación que no pueden ser abdicados ni menos perdidos, so pretexto de imbuirse en los procesos de globalización y unificación del Derecho. Así cuando se acusa, que [...] la pérdida de autonomía en el ejercicio de la potestad punitiva significa, al final de todo, vaciar completamente de contenido el principio de legalidad, porque si la sociedad representada pierde la soberanía de determinar libremente cuáles son los bienes jurídicos que requieren protección penal, la medida y naturaleza de la pena a imponer y, en general, los presupuestos de aplicación y no aplicación de la pena, pierde también todo sentido que su establecimiento formal se haga a través de una ley[29].

Conciliamos abiertamente en que las normas de *ius cogens* importan el reconocimiento plural y coincidente de toda cultura de la civilización humana, partidaria de proteger derechos fundamentales y esta es la base de un orden mundial sostenido en los pilares de un sistema basado en la protección de dichos bienes jurídicos; pero cosa distinta es sustituir todo el entramado normativo nacional por dichas disposiciones internacionales, pues, al final de todo, la aplicación de la norma carecería de toda legitimidad política y democrática.

Por consiguiente, en virtud del principio de legalidad la ley penal es la fuente principal del Derecho penal, al instituirse en fuente exclusiva en todo lo relativo a la creación o agravación de la responsabilidad criminal («reserva de ley» en materia penal) [...][30]. El fundamento político-constitucional y su principal consecuencia

(29) Ibídem, p. 159.

(30) LUZÓN PEÑA, Diego, *Curso de Derecho penal. Parte General*, editorial Universitas, Madrid, 1996, p. 137.

de la reserva de ley sigue siendo hoy indiscutiblemente un pilar fundamental del Estado de Derecho[31].

El TC en la Sentencia recaída en el Exp. N° 01469-2011-PHC, de fecha 30 de junio de 2011, en el fundamento jurídico sexto, afirma lo siguiente:

> *Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que la conducta prohibida se encuentre prevista en una norma previa, estricta y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.*

Se dice que es una de las manifestaciones más concretas del principio de libertad porque garantiza que la limitación de los derechos de los ciudadanos solo puede provenir de la ley y nunca de la voluntad del Estado, no siquiera del órgano legislativo, porque las leyes no pueden afectar derechos hacia el pasado sino solo hacia el futuro. La legalidad importa el derecho de poder calcular las consecuencias jurídicas, de no ser sorprendidos por el poder, y este es una característica esencial de la libertad[32].

La instauración del «Estado liberal de Derecho» obedeció a la vigencia de las doctrinas del «contrato social», inspirada en la ideología liberal de Beccaria, bajo los postulados del pacto social y con

---

(31) Arroyo Zapatero, Luis, *Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal,* en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 8, 1983, p. 13.

(32) Silvestroni, Mariano, *Teoría constitucional del delito,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, págs. 139-140.

el principio de la división de poderes. Si antes el poder penal residía en el derecho divino, ahora su proclamación se legitima a partir del voto popular, donde son los propios ciudadanos que, de forma libre y consensuada, eligen a sus gobernantes; a estos a su vez se les confiere el poder de penalizar las conductas que causan mayor daño social. Unido a la doctrina del contrato social y de la división de poderes significa, además, el *nullum crimen* una poderosa garantía política para el ciudadano, expresiva del imperium de la ley, de la supremacía del poder legislativo –de la soberanía popular– sobre los otros poderes del Estado, de la legalidad de la actuación administrativa y de la escrupulosa salvaguarda de los derechos y libertades individuales[33]; enrostra la idea de sometimiento de los poderes públicos al espectro que refleja la legalidad y el hecho de que el poder penal no podrá rebasar la esfera de lo permitido, solo lo estrictamente necesario, para tutelar los valores fundamentales, tanto del individuo como de la sociedad.

Del principio de legalidad emana una garantía penal y criminal que puede desarrollarse en la siguiente triada: «*nullum crimen, nullum poena sine lege previae, scripta et stricta*» son estos principios político-criminales materiales que limitan la intervención del Estado; solo a través de él pueden encontrar debida expresión formal.[34] El TC, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0014-2006-PI, en el fundamento jurídico 28 y siguientes, indica que:

> *[...] El principio que se comenta no está expresamente recogido en el texto de la Constitución. Sin embargo, su existencia se desprende de otros principios sí consagrados. El primero de ellos es el principio*

---

(33) García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción,* Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho - Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 323.

(34) Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte General,* 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, p. 60.

de legalidad en materia penal, el cual es recogido en el literal "d" del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución. Su texto es el siguiente: "[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible". 29. Este Tribunal ha establecido en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC (fundamento 44 et pássim) algunos de los alcances de este principio. Uno de ellos es el mandato de determinación legal del delito, por el cual éste debe ser claramente determinado por ley, de modo expreso e inequívoco (lex certa), evitando la promulgación de leyes que contemplen tipos penales con características poco definidas o abiertas, pudiendo existir un margen limitado de indeterminación como consecuencia de la propia naturaleza del lenguaje.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene lo siguiente:

[...] En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad.

La *lex scripta* significa la prohibición de aplicar el Derecho consuetudinario; la *lex stricta*, que la ley sea cierta y determinada. En caso se trate de una norma penal en blanco debe concurrir materialmente una norma extrapenal que especifique de forma detallada el ámbito de lo jurídico penalmente prohibido. La certeza de la ley penal determina que la descripción de la conducta típica debe ser clara y concisa, a efectos de que el juzgador no adecúe el supuesto de hecho más allá de los alcances normativos del tipo penal *extra legem*.

El principio de taxatividad exige que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta dónde llega este, hasta dónde puede actuar el ciudadano, dónde comienza el Derecho penal[35]. A tal efecto, debe privilegiar el uso de terminologías de simple entendimiento para el ciudadano corriente, evitando el abuso de tecnicismos innecesarios; empero, en determinadas materias de la criminalidad es inevitable el empleo de términos propios, como es el caso del Derecho penal económico.

Los elementos normativos deben ser empleados solo cuando sea necesario, a fin de determinar con precisión la conducta típica cuando se incurre en el abuso de términos vagos, imprecisos, confusos y ambiguos. En la tipificación penal se puede caer en la aplicación de una «interpretación por analogía» que se encuentra proscrita en nuestro Derecho positivo vigente.

El art. III del Título Preliminar del Código Penal estipula que: «*No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde*». La analogía consiste en la aplicación de una ley a un supuesto no previsto en ella, pero de similares características a otro que sí pertenece a su ámbito de aplicación[36]. La analogía no puede crear delitos –tipos de injusto– ni penas, ni en general, disposiciones que aumenten la intervención del Estado[37].

Sin embargo, como se sostiene mayoritariamente en la doctrina, debe distinguirse la analogía de la interpretación extensiva. Según Cerezo Mir, en la interpretación extensiva se aplica una ley a un hecho que no está claramente comprendido en su tenor literal, pero

---

(35) Cfr. Carbonell Mateu, Juan, *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, op. cit., p. 131.

(36) Ibídem, p. 132.

(37) Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 80.

sí en su espíritu o voluntad[38], esto es, lo que se busca es la *voluntas legis*, en cuanto finalidad del legislador de cobijar en el ámbito de protección determinadas conductas, por poseer aptitud de lesión a un bien jurídico tutelado. Mientras que por analogía es la aplicación de una ley a un caso similar al legislado, pero no comprendido en su texto[39]; en tal virtud, la «interpretación analógica» será permitida siempre y cuando refleje la voluntad del legislador y cuando sea favorable a los intereses del agente.

Como puede verse, la aplicación analógica solo es rechazada cuando es desfavorable al imputado (reo) –es decir, *in malam partem*–, mas es admitida cuando es favorable a sus intereses –*in bonam partem*–, verbi gratia, cuando se extiende por analogía circunstancias atenuantes o eximentes de responsabilidad[40]. Sin embargo, esta facultad puede ingresar en franca contradicción con los principios político-criminales propios del Estado de Derecho[41].

3. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El injusto, como desvalor típico de la acción y desvalor del resultado, expresa un estado de lesión o un probable peligro para un bien jurídico tutelado, lo que a su vez constituye la base material que legitima la reacción punitiva estatal. De tal forma que, el injusto típico importa el primer nivel de valoración, cuyo resultado dará lugar a la presencia de la conducta «penalmente antijurídica»; empero, con ello no se decide todo, pues la pena presupone la existencia de un injusto culpable (a veces punible).

---

(38) CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General,* 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 170.

(39) Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte General,* Themis, Bogotá, 1989, p. 35.

(40) Así también ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Fundamentos de Derecho penal,* 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 285.

(41) Así, CARBONELL MATEU, Juan, *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, op. cit., p. 133.

A decir de ZAFFARONI, la mera magnitud del injusto no sirve para orientar la cuantía de la pena, pues eso supondría falsamente que todos los humanos son iguales y no cambian en el tiempo. Por esto, entre injusto y pena es necesario un puente personalizante que indique un desvalor capaz de reflejarse en esta última. Ese puente es un reproche que se formula a una persona[42].

El principio de culpabilidad penal no se encuentra expresamente consagrado en el Texto iusfundamental, mas este puede ser deducido perfectamente del contenido garantista y humanista propuesto normativamente en el art. 1° de la Constitución, vinculado al concepto de *dignidad humana* y, a su vez, al principio de legalidad.

Como se puede advertir, aparece en el escenario dogmático un elemento inherente a la persona humana, fundado en las capacidades psicofísicas del hombre, para poder moldear su proceder conductivo conforme al directo modelo de conducta plasmado en la norma. Es en este nivel donde se ha de determinar cuál es la sanción jurídico-penal aplicable, pues si este no estaba en capacidad de motivabilidad normativa, la respuesta racional no será una pena, sino una medida de seguridad. De ahí que se pueda postular que la acreditación de culpabilidad personal del agente constituye un presupuesto esencial de pena como base legitimadora de la reacción punitiva estatal.

Es a tal efecto que, en la doctrina se arguye que el principio de culpabilidad se reconduce hoy, mayoritariamente, a la idea de que la imposición de una pena requiere una legitimación doble: no solo tiene que ser conveniente, es decir, apropiada, necesaria y proporcionada para fomentar el bienestar general, sino también justa, esto es, que el mal que se infringe debe ser merecido respecto del hecho a sancionar[43].

---

(42) ZAFFARONI, Eugenio, *Estructura básica del Derecho penal,* Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 208.

(43) FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte General,* Hammurabi, Buenos Aires, 2011, págs. 73-74.

JIMÉNEZ DE ASÚA define la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica[44]. *Nulla poena sine culpa* –no hay pena sin culpabilidad– es uno de los grandes lemas del moderno Derecho penal ilustrado. Todos están de acuerdo con este lema[45].

El TC, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 00014-2006-AI, en el primer fundamento jurídico sostiene:

> *El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado.*

Sin duda, el principio de culpabilidad entraña una serie de conceptos y elementos que anidan en varias de las categorías del delito, no solamente imbricadas en el nivel del sujeto responsable, tal como se advierte de la Titulación Preliminar del *Corpus legis* penal. Así, cuando se dice que el principio de culpabilidad (*Schuldprinzip*) trasciende el Derecho penal y la Política Criminal, ya que es considerado como uno de los elementos básicos del Estado democrático de Derecho, pues supone un auténtico límite al *ius puniendi* estatal[46].

---

(44) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios del Derecho penal, La ley y el delito,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 352.

(45) HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal,* Bosch, Barcelona, 1984, p. 270.

(46) FERRÉ OLIVE, Juan; et al., *Derecho penal colombiano. Parte General...,* op. cit., p. 89.

Si la categoría del injusto típico importa un análisis –objetivo y subjetivo– sobre la conducta *in examine,* así como de la vinculación anímica del autor con el hecho que genera un riesgo no permitido; la *culpabilidad* supone un análisis estrictamente de orden personal; la imputación individual recae sobre aquel autor y/o partícipe a quien se le atribuye haber cometido el injusto típico, tiene que ver por tanto, con juicio de atribución personal. Análisis que solo será necesario cuando se haya verificado la existencia del injusto penal.

En la esfera de la imputación individual (culpabilidad) debe acreditarse que el sujeto, al momento de la presunta comisión del delito –*tempus comissi delicti*– contaba con una capacidad psicofísica idónea para poder adecuar su conducta al mandato y/o prohibición normativa. Elemento que ha de ser medido conforme al hombre concreto, en la situación concreta, no podemos establecer el baremo sobre el prototipo del denominado «hombre medio y razonable», por la sencilla razón de que no todos los individuos han de responder uniformemente ante las diversas circunstancias que acontecen en el quehacer social. Máxime, si la Ley Fundamental reconoce al Perú como un país multicultural y multiétnico, vale decir, que los ciudadanos de ciertas regiones del país, aún arraigados en sus costumbres ancestrales responden conductivamente de forma diversa. De ahí que el legislador con acierto incorporó al Texto Punitivo el «error de comprensión culturalmente condicionado» (art. 15° del CP), el que tal vez puede resultar insuficiente para determinar una pena justa y útil a la vez.

El principio de culpabilidad tiene que ver con los presupuestos mínimos que deben concurrir para que se le pueda imponer una pena al infractor de la norma. Como principio se plantea la culpabilidad como límite y medida de aplicación de la pena; ello significa que la pena solo debe fundarse en la constatación de que el reproche del delito es imputable al autor, es decir, toda pena

supone culpabilidad[47]. De esta manera, el principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser tenida como medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona (y ello no solo como manifestación de una filosofía individualista y garantista, sino también y, sobre todo, como reconocimiento de la corresponsabilidad social en el delito)[48].

Desde un doble baremo a saber, significa lo siguiente: por un lado, la vinculación anímica del autor con el injusto penal atribuible, el nexo subjetivo que debe verificarse a fin de completar el juicio de tipicidad penal. Nos referimos al dolo y a la culpa como elementos que se compaginan en el denominado principio de culpabilidad. Por tanto, queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva –art. VII del Título Preliminar del Código Penal–.

Por otro lado, hace alusión a los elementos que han de valorarse positivamente para dar por declarado el juicio de imputación individual. Los poderes individuales, las capacidades propias del sujeto para poder comportarse conforme al directivo de conducta plasmado en la norma. De ahí que el Código Penal acoja el sistema vicarial en el ámbito de punición, pues la pena presupone un sujeto plenamente responsable, mientras que las medidas de seguridad son la respuesta estatal ante todos aquellos individuos que por una serie de factores (psicofísicos-sensoriales) no están en capacidad de autoconducirse con arreglo a la motivabilidad normativa.

El TC en la Sentencia recaída en el Exp. N° 00014-2006-AI, fundamento jurídico 26, afirma que:

---

(47) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte General*, Editorial Grijley, 3ª ed., Lima, 1997, p. 77.

(48) ZUGALDÍA ESPINAR, José; et al., *Derecho penal. Parte General,* 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 311.

El principio de culpabilidad se materializa cuando concurren una serie de elementos; así: «[e]n términos generales puede decirse (...) que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del Derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad). Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido.

Entonces, mientras que la pena apunta a fines preventivo-generales y preventivo-especiales, las medidas de seguridad solo han de velar por los cometidos preventivo-especiales, tal como se desprende del art. IX del Título Preliminar del Código Penal. Con esto en mente, habrá que decir que la pena requiere de un injusto penal cualificado y «culpable», en algunos casos se añade la categoría de «punible». Por consiguiente, un Derecho penal democrático exige como principal garantía la responsabilidad personal, como elemento definidor de pena que vincula al autor con el injusto penal atribuible, contrario a posturas doctrinales de antaño que pretendían legitimar la imposición de penas sin delitos y para ello acudían al factor «peligrosidad».

Choclán Montalvo señala que del concepto de culpabilidad deberían eliminarse los momentos referidos a la personalidad, hablando entonces de una «pura» culpabilidad por el hecho, conforme a la cual deberían quedar fuera de consideración desde el punto de vista de culpabilidad; la vida del autor anterior al hecho y las penas sufridas, la peligrosidad y la energía delictiva, el carácter, la actitud del autor y su comportamiento con posterioridad al hecho.[49]

---

(49) Choclán Montalvo, José, *El principio de culpabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, en *Dogmática y ley penal - Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. I, Marcial Pons - Ediciones jurídicas y sociales, Barcelona - Madrid, 2004, p. 91.

La culpabilidad por el acto, que toma lugar en el Código Penal de 1991, se corresponde plenamente con el principio político-criminal de «legalidad». Por otro lado, es de verse que el Derecho penal no puede, de ningún modo, resultar una respuesta mecanizada, automatizada, ante la evidencia de una conducta delictiva; de ser así, se estaría debilitando el principio de «dignidad humana», contenido en el art. 1° de la Constitución Política, fundamento *iusconstitucional* del principio de culpabilidad. Reconocimiento constitucional que garantiza la imposición de una pena humana y razonable. En tal sentido, el juicio de reproche personal tiene que ver esencialmente con los deberes infringidos por el autor, su especial vinculación con la víctima, la asunción de deberes de garantía, la importancia del cargo y otros factores que han de anudar en una agravación y/o atenuación de la pena en aplicación de los artículos 45°, 46° y 46°-A del CP. Por tales motivos se desprende una clara vinculación entre la determinación judicial de la pena y la culpabilidad.

El principio de culpabilidad tiene una doble faceta en la que despliega toda su capacidad funcional: por una parte, como legitimadora de la pena y por otra parte, como medida de la pena[50]. De ahí que se estime una doble incidencia en el sistema de responsabilidad penal: a) Por un lado, a nivel de presupuestos de pena condiciona el sí o el no de la pena (al autor culpable se le puede imponer una pena; al autor no culpable no se le puede imponer pena alguna). b) Por otro lado, a nivel de criterios para la individualización judicial de la pena, el principio de culpabilidad determina si el autor es culpable, cuánto de la pena se le puede imponer[51].

La culpabilidad, por tanto, constituye el reproche personal que se le hace al autor por haber cometido un «hecho punible». En un

(50) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Connotación constitucional del principio...*, op. cit., p. 157.

(51) ZUGALDIA ESPINAR, José; et al., *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 311.

Estado de Derecho solo es legítimo sancionar a un individuo por lo que hizo y no por lo que es; lo que en otras palabras configura un «Derecho penal del acto», correspondiente con una «culpabilidad por el acto». Queda proscrita toda sanción punitiva a estados criminológicos que no manifiestan la lesión y/o puesta en peligro de un bien jurídico –penalmente tutelado–. Así, se declara en la Exposición de Motivos del CP de 1991, al proscribirse las instituciones penales de la «reincidencia» y de la «habitualidad», al corresponder ambos a un «Derecho penal de autor». Tipologías que se adscriben en la corriente del «positivismo criminológico», incompatibles con las bases *iusfilosóficas* de un «Derecho penal democrático y garantista».

El crecimiento notable de las tasas de incidencia criminal en el país ha ido generando orientaciones de política criminal que anclan en los fenómenos del «punitivismo», de la «neocriminalización» y del «Derecho penal simbólico». Lo que a la postre ha significado una agravación sustancial en los marcos penales, hasta el extremo de haberse incluido la pena de cadena perpetua. Agravaciones punitivas que han sido sancionadas sin tomar en cuenta los criterios rectores del Derecho penal. Ahora resulta que los delitos de secuestro y Robo agravado reciben una pena mayor que el delito de Asesinato, lo cual quiebra el principio de «jerarquización del bien jurídico». Posturas que encuentran justificación filosófica y política en la corriente denominada como «Derecho penal del enemigo».

La situación descrita ha significado en la *lege lata*, la incorporación de la *reincidencia* y la *habitualidad*, mediando las Leyes N° 28726 y 28730 del año 2006 (y sus sucesivas modificatorias[52]); es decir, se ha producido una ruptura entre los principios rectores del *ius puniendi* estatal, plasmados en el Título Preliminar del Código Penal, con los marcos penales que el juzgador está en facultad de

(52) La última modificación a estas instituciones se produjo con la promulgación de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto de 2013.

imponer, bajo el amparo de dichas instituciones. Incoherencia sistemática que no pudo ser salvada bajo la modificación efectuada al art. VIII del Título Preliminar del CP. Cuestión distinta ha de verse en el caso de las modificaciones producidas en la institución del concurso delictivo –y concurso real de faltas–, de forma específica, en los artículos 48°, 50° –50-A– y 51° del CP, vía la leyes N° 28726, 28730 Y 29407.

Ello quiere decir que se ha dejado de lado –en un Orden democrático de Derecho– la consideración de que un individuo solo puede ser sometido a una pena cuando mediando un acto ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico –penalmente tutelado–; es decir, por lo que hizo y no por lo que es; si esto último es lo que fundamenta la reacción punitiva, lo que es objeto de valoración del Derecho penal, es el autor conforme a su personalidad, a su carácter, a su sentimiento, según los contornos de un Derecho penal de autor. En esa línea, Barja de Quiroga postula que: «*[...] la culpabilidad no se fundamenta ni en el carácter del autor ni en la conducta de su vida, sino en el hecho realizado. Por ello se habla de culpabilidad por el hecho. Para nada importa el carácter o la conducta antisocial del autor, anterior o posterior al hecho, no tampoco por ello, aunque es discutido, que haya cometido con anterioridad otros hechos delictivos por los que ya había sido condenado*»[53].

Estado de la discusión que motivó la interposición de una demanda de inconstitucionalidad (Sentencia N° 0014-2006-PI/TC), así como la emisión de Acuerdo Plenario –N° 1-2008/CJ-116– por parte de las Salas Penales de la Corte Suprema, de conformidad con el art. 116° del TUOLOPJ. En tal virtud, el desarrollo de este tema supondrá analizar exhaustivamente ambos pronunciamientos jurisdiccionales y las sucesivas modificaciones normativas efectuadas

(53) López Barja de Quiroga, Jacobo, *Connotación constitucional del principio de...*, op. cit., p. 157.

–concretamente, con la entrada en vigor de la Ley N° 30076–, a fin de fijar una postura ajustable a los fundamentos materiales del Derecho penal.

En suma, el juicio de «imputación individual» (culpabilidad) comprende lo siguiente: el análisis estricto de imputabilidad, el conocimiento de la prohibición de la conducta (error de prohibición), así como la no exigibilidad de un comportamiento distinto. Todos estos factores han de ser analizados en el desarrollo del tema conforme los valores que guían nuestro ordenamiento jurídico.

El juicio de culpabilidad debe reflejar no solo un criterio individualizador, sino también una visión retrospectiva sobre el estatus sociocultural del sujeto infractor, a fin de fijar el grado de vulnerabilidad que este ha presentado frente al sistema jurídico-estatal en su conjunto, sin que ello signifique penetrar en juicios de valor metajurídicos.

4. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

Cabe recordar que siglos atrás el delito era concebido por algunos como la lesión de las normas del *iusnaturalismo;* así, para la escuela clásica, en evidente fusión de los preceptos del Derecho divino con las regulaciones prescriptivas de los hombres, con el normativismo de BINDING, el delito es percibido como la infracción formal de la norma, en cuanto a la afectación de derechos subjetivos. Mientras que con el positivismo se agrega la dañosidad social como fundamento material del injusto que impregna en contenidos metajurídicos.

Sin duda, el avance de la ciencia jurídico-penal –hasta la actualidad– se ha esforzado seriamente en construir, en elaborar una plataforma de legitimidad del Derecho penal bajo el paradigma de la *última ratio* o del principio de mínima intervención. Es que el

Derecho penal como violencia institucionalizada del Estado y de la sociedad, no puede estar desvinculado de límites y garantías en su actuación en la esfera de libertad ciudadana; considerando para ello los dictados ordenadores de un Estado democrático de Derecho, tomando en cuenta que la libertad solo ha de verse restringida, limitada y/o afectada, cuando se identifiquen intereses jurídicos superiores, dignos y merecedores de protección punitiva.

A su vez, la literatura jurídico-penal contemporánea, al desviar su foco de atención al hecho, a la conducta o al acto humano, concibe que dicho aspecto de valoración ha de significar una mutación en la realidad fenoménica. Es decir, supone un cotejo antes y después de sucedido el hecho objeto de incriminación. Solo si se advierte un estado real de afectación o la puesta en peligro de la intangibilidad del bien, es que se puede reaccionar válidamente.

El hombre ha de ser objeto de un proceso de imputación, en tanto su proceder antijurídico haya significado una lesión y/o puesta en peligro de los intereses jurídicos –vitales del ser humano, de la sociedad y del Estado–, sin ese dato a saber, toda intervención punitiva ha de ser catalogada como ilegítima e injusta. Si lo que se pune son meras conducciones antisociales o estados de sospecha provistas de toda subjetividad, se ingresa a una faz oscura que se suponía desterrada luego de la caída del Antiguo Régimen, así como de una clase iconoclasta que cree ver en el Derecho penal un arma de opresión ciudadana y de censura a los políticos disidentes.

Es que el individuo, para lograr plenamente su autorrealización personal, requiere necesariamente que sus bienes vitales sean plenamente respetados, a su vez, que sus relaciones con el resto de los conciudadanos tomen lugar en un ambiente de libertad y seguridad, y que dichos contactos sociales no supongan un peligro para sus bienes jurídicos personalísimos; también, las funciones básicas y esenciales del Estado, según el axioma de una República democrática

de Derecho representativa, sean cabalmente prestadas, en bienestar único y exclusivo de la población, dando lugar a la vigencia de los bienes jurídicos institucionales. Por tales motivos, la sociedad contemporánea no solo maneja una identificación de bienes jurídicos –algunos– materiales, sino que la misma Constitución recoge intereses inmateriales, pero no por ello no dignos de protección penal, todo lo contrario, su legitimidad se basa precisamente en un reforzamiento de tutela de los derechos fundamentales. De ahí que se defina por la doctrina a los bienes jurídicos como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura, que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin.[54]

El TC no es ajeno a las consideraciones expuestas, al afirmar en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0012-2006-PI, en el fundamento jurídico 27, que:

> *Como lo ha sostenido este Colegiado en anterior oportunidad, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como ilícita, 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 de relevancia constitucional. Como resulta evidente, solo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional de España, criterio que comparte este Colegiado, (...) ha de considerarse necesario (...) que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho.*

---

(54) Roxin, Claus, *Fundamentos político criminales del Derecho penal,* Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 124.

No vamos a entrar a la discusión permanente e incansable, que si la verdadera misión del Derecho penal debe ser la protección de bienes jurídicos o la vigencia fáctica de la norma[55], pues solo la primera, a nuestro modesto entender, es la que permite definir una intervención racional del *ius puniendi* estatal, identificando intereses que según el programa constitucional son dignos de protección y de sistematizar las conductas prohibidas conforme un esquema de ordenación metodológico. Ello, sin dejar de reconocer que este principio medular del Derecho penal es continuamente avasallado por un legislador proclive al empleo irracional de la política criminal. No se puede despojar al injusto penal de su contenido material y de su intrínseca lesividad social. Como lo expone en la doctrina hispana TERRADILLOS BASOCO:

> *[...] denunciar los mecanismos a los que consuetudinariamente ha venido recurriendo el poder, para burlar las exigencias del citado principio, es abrir cauces para potenciar, desde la crítica, su vigencia. Pero afirmar que la política criminal pueda construirse prescindiendo de los límites que el principio del bien jurídico impone, es tanto como renunciar al fundamento democrático del sistema penal, al que se dota así –excepción hecha de las propuestas más rigurosamente abstencionistas– de una generosa manga ancha para intervenir más allá de las necesidades de tutela.*[56]

Convenimos, entonces, en afirmar que el principio de lesividad, determinado por la exclusiva protección de bienes jurídicos,

---

(55) En opinión de ROXIN, la infracción de la vigencia de la norma, mediante el cual JAKOBS distingue al delito, carece de un contenido empírico tangible y es una imputación pura. Tanto un delito oculto como un hurto descubierto no pueden conmover la vigencia de la norma como hecho psicosocial. Tampoco el ladrón cuestiona la vigencia de la norma sino que se apodera de una cosa ajena. Cfr. FERRÉ OLIVE, Juan; et al., *Derecho penal colombiano. Parte General...*, op. cit., p. 54.

(56) TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Garantías penales...*, op. cit., p. 268.

constituye una garantía de limitación al poder punitivo estatal y a su vez su fuente de legitimación[57].

El bien jurídico –como substrato material o entidad inmaterial– ha de significar un interés que sea reconocido por todos como un valor que requiere de una tutela jurídica intensificada a través del Derecho punitivo, no en base a percepciones, estimaciones morales o éticas de ciertas parcelas de la sociedad, sino como juicio generalizado de alarma colectiva, ante ataques humanos que perturban dicha entidad valorativa. Así, cuando se postula que la característica de que los intereses tutelados sean «generalmente preciados» viene a significar que la mayoría de la población siente la necesidad de que se les proteja, de lo cual se infiere que aquellas acciones repugnan al *mínimo ético-social necesario*[58].

Entonces, el principio de *ofensividad* se constituye en una garantía de primer valor en un Estado social y democrático de Derecho, donde la actuación del Derecho penal ha de sujetarse a criterios de racionalidad y ponderación. Por tanto, dicha guía material ha de proporcionarla el principio de *lesividad* como substrato material o inmaterial que enrumba la política criminal del Estado bajo confines democráticos, donde la necesidad por salvaguardar los bienes jurídicos no puede significar un vaciamiento total de las libertades fundamentales, como se pretende proponer en doctrinas maximalistas del Derecho punitivo.

Por otra parte, el daño y el peligro generados deben ser susceptibles de verificación y evaluación empírica, partiendo de las características de cada caso y de la consideración abstracta del contenido de la prohibición[59]. En la doctrina nadie duda que el

---

(57) Así, Terradillos Basoco, Juan, *Garantías penales...*, op. cit., p. 268.

(58) Quintero Olivares, Gonzalo, *Derecho penal. Parte General*, Aranzandi, Pamplona, 1999, p. 89.

(59) Terradillos Basoco, Juan, *Garantías penales...*, op. cit., p. 275.

Derecho penal *constituye el brazo más duro del ordenamiento jurídico, en cuanto a la posibilidad de afectar la libertad ciudadana, como reacción jurídica ante un hecho que es reputado como delictivo*; por tales motivos, el Derecho punitivo no puede sancionar cualquier conducta, sino a aquella merecedora de pena, *aquella que haya de manifestar una alta dosis de dañosidad social*, para los intereses jurídicos fundamentales.

Por tanto, el Derecho penal no puede ser visto como una palenque de la *moralidad y de la ética,* de sofocar toda exteriorización de reprobación social, de garantizar ciertos valores acuñados en sectores de la sociedad; para ello no sirve el Derecho penal, *su misión esencial es proteger los valores vitales del individuo y de la sociedad.*

El Derecho penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad[60]; de tal manera que su intervención en la esfera de libertad ciudadana se justifica en cuanto a la tutela de «bienes jurídicos», con arreglo al principio de *ofensividad.*

Al Derecho penal le corresponde proteger la normal convivencia de los individuos de posibles ataques, configurada por la Ley Fundamental, esto es, de evitar el comportamiento socialmente dañoso[61], y tal como lo prescribe el art. IV del Título Preliminar del Código Penal: para que un hecho sea merecedor de pena debe necesariamente lesionar o poner en peligro bienes jurídicos tutelados por la norma penal; a menos que el ordenamiento jurídico-penal lo convierta en «permisible», a efecto de salvaguardar un bien jurídico de mayor trascendencia valorativa (causas de justificación que eliminan la antijuridicidad penal de la conducta típica).

---

(60) Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal...*, op. cit., p. 45.

(61) RUDOLPHI, Hans-Joachim, *El fin del Derecho penal del Estado y formas de imputación jurídica penal,* en *El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor a Claus Roxin en 50° aniversario*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 82.

Para ROXIN, el Derecho penal desarrolla su finalidad última de mantenimiento del sistema social, a través de la tutela de los presupuestos imprescindibles para una existencia en común, que concreta una serie de condiciones valiosas, los llamados bienes jurídicos[62]. El bien jurídico se concibe como el límite material de las leyes penales, dicha perspectiva de política criminal garantiza que solo en su nombre se conminen con pena los comportamientos que generan la mayor perturbación social.

Desde el momento en que se aprecia el divorcio entre el Derecho y la moral, el Derecho penal encuentra su refugio interventor sobre la base de protección de bienes jurídicos. Estos bienes jurídicos deben permitir la participación del individuo en los procesos sociales y también los procesos económicos[63]. Esto implica que el Estado no puede intervenir penalmente para defender determinada ideología moral, religiosa, política (salvo cuando atentan contra derechos fundamentales del Estado de Derecho, es decir, contra los bienes jurídicos), ni tampoco en la defensa de una pura regulación del orden u organización de determinadas actividades sociales[64].

ROXIN estima acertadamente que el legislador no está facultado, en absoluto, para castigar solo por su inmoralidad, conductas no lesivas a bienes jurídicos. El legislador actual, aunque goza de legitimación democrática, no puede incriminar algo solo porque no le guste[65]. Desde esta perspectiva, el principio de lesividad, junto al de intervención mínima, suministra criterios de la intervención pública

---

(62) SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José, *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p. 101.

(63) Citado por SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José, *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 40 y ss.; ROXIN, Claus, *Sentido y límite de la pena estatal,* en *Problemas básicos del Derecho penal*, LUZÓN PEÑA, Reus (trad.), Madrid, 1976, p. 21.

(64) BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal...*, op. cit., p. 45.

(65) Citado por FERRÉ OLIVE, Juan; et al., *Derecho penal colombiano. Parte General...*, op. cit., p. 84.

punitiva que debe quedar circunscrita a las modalidades más graves de ataques a bienes sociales imprescindibles, y que superen el nivel de los conflictos interpersonales[66]. Por lo tanto, el bien jurídico debe expresar la lesión de un derecho participativo del individuo en los procesos de interacción social (personalísimo), los derechos difusos de la sociedad, por preservar estándares de calidad de vida (colectivos) y el correcto funcionamiento en la prestación de los servicios públicos (institucionales).

Tal como lo expone SILVA SÁNCHEZ:

> *[...] el principio de protección de bienes jurídicos importa la confluencia de una serie de principios garantísticos. Por un lado, la proporcionalidad: La intervención del Derecho penal no resulta proporcionada si no tiene lugar en aras de la protección de las condiciones fundamentales de la vida en común y para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas. De ahí que, según esto último el principio de fragmentariedad (protección fragmentaria de los bienes jurídicos) también pueda concebirse como una derivación del principio de proporcionalidad.*[67]

Son los principios rectores de legitimación del *ius puniendi* los que imponen que su intervención se derive de una necesidad de tutela legítima, en cuanto valores superiores de alcance constitucional, y desde una visión funcional, entendidos como una plataforma que condiciona una existencia social pacífica y un ambiente de libertad ciudadana. Estos principios derivan de una estricta necesidad, es decir, del fundamento «funcional», pero obviamente tienen un claro origen en la idea liberal de la mínima intervención indispensable, no en la actuación estatal sino en los medios más graves[68]; de reducir la

---

(66) TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Garantías penales...*, op. cit., p. 269.

(67) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 267.

(68) LUZÓN PEÑA, Diego, *Curso de Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 267.

violencia estatal a lo mínimo. Por ello, como estima STRATENWERTH debería ser empleada solo en los casos en que fracasen otros medios, especialmente los recursos jurídicos del Derecho civil o administrativo[69].

De todos modos, un Orden democrático de Derecho, que pretende privilegiar la libertad antes que la coacción estatal, debe realizar un proceso de selectividad de todas aquellas conductas que merecen ser alcanzadas por una pena, por lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos –penalmente tutelados–.

En resumen, la teoría del bien jurídico en la política criminal debe seguir siendo empleado como un mecanismo contenedor de la violencia punitiva estatal, desdeñando la penalización de conductas, alejadas de toda correspondencia con este valor fundamental del Derecho penal democrático, a su vez, legitimando la punición de comportamientos que cumplan en rigor con dicho presupuesto esencial de punición[70]. Dicho examen de lesividad y a su vez de legitimidad, se corresponde plenamente con la necesidad de poner un balance entre las libertades fundamentales que se pueden ver afectadas cuando se extiende vertiginosamente el poder penal estatal, en pos de reforzar la protección de los intereses sociales; una tensión irremediable de los tiempos actuales, donde la violencia y la amenaza hacia los intereses individuales y colectivos arremeten de forma incontenible.

---

(69) STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General*, edit. Edersa, Madrid, 1982, p. 73.

(70) En opinión de TERRADILLOS BASOCO, este carácter esencial, insustituible, de los bienes jurídicos a proteger impone al proceso de criminalización una orientación inequívocamente restrictiva: solo una radical descriminalización de la delincuencia de bagatela, de injustos meramente formales, de puras desobediencias, de irregularidades a las que puede poner eficaz coto el derecho privado o el administrativo sancionador, permitirá alcanzar cotas aceptables de legitimidad democrática. En *Garantías penales...*, op. cit., p. 277.

A tal efecto, el Derecho penal en su función preventiva y protectora ha de proceder de forma cauta y ponderada, evitando que una sobredimensión de los intereses sociales terminen por socavar por entero las libertades individuales, con ello, la plataforma legitimadora de un Derecho penal democrático. Por consiguiente, y tal como sostiene QUINTERO OLIVARES, «*[...] es imprescindible encontrar un equilibrio justo que satisfaga las necesidades sociales y las garantías democráticas entre la función de protección de la sociedad y la de protección de los derechos fundamentales del individuo. Y no creo, dice el autor, que sea esta una tarea imposible. Exige, eso sí, una base precisa y sólida establecida en la Constitución, contexto normativo en el que se expresan los derechos básicos de la persona*»[71].

5. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENAS

Si un punto de partida ha de conciliarse en el ámbito de definir el contenido y especie de la reacción jurídico-penal, es que dicha respuesta ha de ser acorde a la magnitud de la conducta –penalmente antijurídica–. Si algo debe predicarse con todo rigor jurídico, es que el Derecho penal ha de ser siempre una manifestación racional y ponderada del ordenamiento jurídico. De recibo, si postulamos que los fines del Derecho punitivo anclan en un sendero preventivo, no puede admitirse en serio que las consecuencias jurídico-penales se constituyan en resortes automáticos y esquemáticos, desprovistos de todo viso de racionalidad valorativa. Solo a través de concepciones retributivas de la pena o sostenidas en el marco de una intensificación de la prevención general negativa, es que puede postular la imposición de penas draconianas, esencialmente represivas.

Cabe recordar que el Derecho penal importa el núcleo más duro del Derecho público sancionador, por lo que el principio de proporcionalidad adquiere vital importancia, con el fin de cautelar

(71) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 94.

que la sanción punitiva no desborde los márgenes de razonabilidad que trasuntan desde las coordenadas de un Orden democrático de Derecho. Es en tal razón, que se sostiene que el principio de proporcionalidad se encuentra íntimamente ligado con el principio de culpabilidad, por tanto, con el principio de dignidad humana, en cuanto a un Derecho penal del acto y también con el principio de legalidad. También se identifica con aquellas potestades funcionales –tanto del legislador como del juzgador– de sujetar la aplicación del Derecho positivo a los valores consagrados en el Texto iusfundamental.

El apartado primero de la Ley Fundamental eleva a primer nivel la dignidad humana, conforme la totalidad del ordenamiento jurídico, es decir, que las formulaciones de política criminal no pueden resultar negadoras de dicho postulado fundamental, en el entendido que la prevención y sanción del delito no puede desbordar el contenido esencial del mismo, lo cual se cristaliza con la máxima kantiana, de que el hombre no puede ser un objeto de fines ajenos a su propia personalidad. En palabras de dicho autor –KANT–: «El Estado tiene que considerar al ciudadano como miembro colegislador, no solo como medio sino como un fin en sí mismo». Esta es la axiología personalista que se proclama tanto en los textos constitucionales como en los tratados y convenios internacionales sobre Derechos humanos.

Justo en la medida que exige ser interpretada, la expresión «dignidad humana» gana en precisión o cuando menos en afán de búsqueda de esta, al pasar de postulado filosófico a norma jurídica. El tránsito en cuestión se produce en la medida que los textos constitucionales y las declaraciones y pactos internacionales infieren el reconocimiento de derechos fundamentales, así como la exigencia de su incondicional respeto del reconocimiento de dignidad y del carácter inviolable que se le atribuye[72].

---

(72) MAIHOFER, Werner, *Estado de Derecho y dignidad humana,* GUZMÁN DALBORA, José, (trad.), Editorial B de F, Buenos Aires, 2008, p. XVII.

Consecuentemente, cuando se aboga por la sanción de penas indeterminadas, neutralizadoras e inocuizadoras, lo que se hace es hacer rajatabla con la dignidad humana, por ende, en franca vulneración del principio de proporcionalidad. Desde el punto de vista jurídico-penal, una consecuencia importante del respeto a la dignidad humana es la prohibición de castigos degradantes o de la utilización de drogas que permitan manipular al detenido[73].

La prohibición constitucional de penas inhumanas y degradantes contiene implícitamente un principio de proporcionalidad, ya que solo la pena proporcionada a la gravedad del hecho cometido es humana y respetuosa con la dignidad de la persona, es decir, no degradante[74].

El TC, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0012-2006-PI, en los fundamentos jurídicos 31 y 32, formula un interesante desarrollo dogmático sobre este principio, con lo cual se cohesiona perfectamente con la idea del ser humano como fin en sí mismo, indicando lo siguiente:

> *31. El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. Como tal, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución, por lo que teniendo en cuenta los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, según los cuales la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático a*

(73) GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *¿Cuál es la relevancia moral del principio de la dignidad humana?, en* Derechos fundamentales y Derecho penal, Advocatus, Córdova, 2006, p. 35.

(74) ZUGALDÍA ESPINAR, José; et al., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 221.

partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad.

32. Debido a la propia naturaleza del principio de proporcionalidad (es un mecanismo de control), su afectación siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional (en tanto estos últimos son fines en sí mismos). En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal.

La sanción punitiva no puede dosificarse conforme tasaciones mecánicas entre delito y pena, de que ante el delito de Homicidio lo que cabe es la pena de muerte; ello implica, una vindicta pública, del «ojo por ojo, diente por diente», postulable desde los confines de una radicalización absoluta de la pena. Si el Estado, a través del orden jurídico, pretende mantener y garantizar su legitimidad frente a los comunitarios, no puede rebajarse al mismo nivel de quien infringe el imperativo de conducta; de ser así, pierde el sostén ético y axiológico que debe preservar siempre frente a los ciudadanos, dando el ejemplo de una actuación provista de razón y Derecho. Predica ZAFFARONI que el Estado de Derecho –a diferencia del de Policía– tiene al menos una aspiración de superioridad ética que le impide ejercer el poder punitivo con conductas análogas a las criminales.[75]

---

(75) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura básica del Derecho penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 48.

Convenimos en indicar que la lucha incansable por mantener los dictados de un Estado constitucional de Derecho, por sobre aquellas tipologías doctrinales y legales, que desean prevalecer los fines sistémicos sobre los individuales. Es un cometido irrenunciable en la actualidad, que alcanza un estadio de gran relevancia, ante un legislador interesado a mantener a la población bajo una sensación psicocognitiva de seguridad subjetiva, sin preocuparse que dichas proyecciones de política criminal, resulten lesivas a los principios contenedores del Derecho penal, entre estos el principio de proporcionalidad[76].

En tal entendido, los efectos irradiantes del principio de proporcionalidad comportan un límite al legislador al momento de fijar la intensidad de los marcos penales imponibles, es decir, si bien el legislador cuenta con un espacio libre de definición normativa –punitiva–, dicho ámbito de proyección legislativa encuentra en este criterio contenedor de la violencia punitiva, un mandato que no puede desconocer, so pena de vaciar contenidos materiales de primer valor, como es el principio de culpabilidad por el acto, así como los fines preventivo-especiales de la pena. Esto quiere decir que las necesidades por acentuar la protección de bienes jurídicos sociales, de reforzar un marco de seguridad ciudadana, no puede conllevar la significativa relativización de los principios anotados, en tanto la prevención del delito no puede comportar una degradación de las garantías materiales. Dejar a pleno arbitrio del legislador, así como a los niveles de percepción ciudadana –alarma social generada por los efectos lesivos del delito–, la fijación de los marcos penales conduce

(76) Así, Ferré Olive y otros, al explicar que vivimos en una época en que desgraciadamente triunfa el punitivismo exacerbado, lo que supone el resentimiento de las garantías penales y procesales. La expansión se aprecia con frecuencia en los Códigos penales, sustantivos y adjetivos. En un momento así, la proporcionalidad se convierte en el último bastión defensivo contra cualquier exceso o abuso que se origine en la maquinaria punitiva estatal. Por este motivo, es un principio que debe ser tenido permanentemente en consideración. En *Derecho penal colombiano. Parte General...*, op. cit., p. 83.

a un sendero propicio de arbitrariedad y de irrazonabilidad. Manejar las dosimetrías penales acorde a las voces de la mayoría, arrastra a la tiranía, proscrito en un régimen democrático de Derecho. Si el significado de «democracia» equivaliese a «voluntad de la mayoría», quedaría ciertamente excluida toda posibilidad de fundar una axiología democrática y garantista del Derecho penal. Un Derecho penal «democrático», en tal sentido, se orientaría inevitablemente hacia formas de Derecho penal máximo, o sea, máximamente represivo, carente de límites y de garantías[77].

La finalidad de la norma jurídico-penal es esencialmente preventiva tanto en su plano general como especial, pero el límite siempre lo será el grado de reproche personal (culpabilidad) por el acto –penalmente antijurídico– atribuido a su autor y/o partícipe. No obstante, vemos que el TC, en la Sentencia recaída en el Exp. 00014-2006-AI/TC, en su fundamento jurídico 34, reconoce un amplio margen de discrecionalidad punitiva al Parlamento, tal como observamos en el siguiente fundamento:

> *El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador junto los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo. En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no solo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución.*

(77) FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo,* op. cit., p. 196.

> *Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Mientras que a dicho órgano le corresponde evaluar los elementos y circunstancias antes señaladas y de conformidad con ellas, establecer, entre otros supuestos, las penas aplicables para determinados delitos; al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses que se tratan de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma.*

Sin embargo, el máximo ente de control de la normatividad constitucional retoma el rumbo señalando en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0012-2006-PI, en los fundamentos jurídicos 14 y siguientes, que:

> *Conforme a lo antes expuesto, en el Estado democrático y social de derecho el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que pueden resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales y procesales ya mencionadas, dentro de la que destaca el principio de proporcionalidad, entre otros bienes constitucionales, los mismos que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Ello, sin lugar a dudas, no implica que la Norma Fundamental haya previsto de modo completo y detallado los contenidos del Derecho Penal, pues tal cometido sería de difícil realización. Por ello, el legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, goza de una «discrecionalidad relativa», según la cual posee un determinado nivel de autonomía, pero, a diferencia de la discrecionalidad absoluta que poseía en el Estado legal de Derecho, se encuentra vinculado por las mencionadas garantías, así como por los principios y valores de la Constitución.*

En efecto, si bien ha sido común entender que el Legislador penal, en función al contexto social y dentro de la política criminal del Estado, gozaba de la más absoluta discrecionalidad para establecer qué conductas debían resultar punibles, cuáles debían ser las penas que correspondían a estas conductas, cuáles podían ser las circunstancias agravantes o cuáles las atenuantes de las conductas penalizadas, entre otros aspectos. Hoy en día, debido a la fuerza vinculante de la Constitución, el legislador ve disminuida su discrecionalidad debido a la consagración constitucional de garantías, tales como el principio de legalidad penal, el principio de igualdad, el principio de lesividad o el mencionado principio de proporcionalidad. Así por ejemplo, en la tipificación de conductas el Legislador se encuentra prohibido de discriminar a las personas cuando tipifica determinadas conductas. Asimismo cuando determina los límites máximos o mínimos de la pena no puede establecer penas que resulten desproporcionadas respecto del ilícito cometido. A su vez, el Tribunal Constitucional español declara lo siguiente: «El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir (...) de «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo». En el ejercicio de dicha potestad, el legislador goza dentro de los límites establecidos en la Constitución de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática.

Es de verse también, que corresponde al juzgador efectuar un concienzudo test de proporcionalidad al momento de la determinación e individualización de la pena, pues en definitiva el órgano jurisdiccional no es un mero aplicador y tasador de la ley, todo lo contrario, tan excelsa y delicada misión ha de tomar lugar según criterios intelectivos de valoración, anclados en los principios

jurídico-constitucionales que atemperan la sanción punitiva acorde a los dictados de un Estado social y democrático de Derecho.

El test de razonabilidad y de proporcionalidad punitivo que toma mayor vigor en circunstancias difíciles como las actuales, donde el legislador no escatima esfuerzos por complacer a las graderías y así sancionar penalidades muy por encima del principio de culpabilidad por el acto y en evidente lesión a los fines preventivo-especiales de la pena. La dación de penas draconianas que no se corresponden con la entidad del injusto penal perpetrado, conforme se dio a la luz, con la inclusión de los delitos agravados (Decreto Legislativo N° 896), así como con la modificación del inc. 3 del art. 173° del CP vía la Ley 28704, colocó en la esfera de la actuación de los jueces una enorme responsabilidad, que basándose en el control difuso de la constitucionalidad normativa, pudieron graduar magnitudes penales conforme a los principios de lesividad y de culpabilidad. Tema posteriormente zanjado por el TC, vía Exp. N° 00008-2012-PJ/TC –declaró inconstitucional el inc. 3 del art. 173° del CP–, con la exhortación al Congreso para que, *conforme a sus competencias, pueda legislar de forma sistemática y con la gravedad de la pena que corresponda [...];* en atención a ello, y por otras consideraciones, se promulgó la Ley N° 30076 –publicada el 19 de agosto de 2013–, la cual recondujo el supuesto del inc. 3 del art. 173° al inc. 6 del art. 170° del Código Penal.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio, es el primer test de legitimación que ha de superar cualquier intervención penal, vinculando a todos los poderes públicos. Este principio debe ser respetado no solo en el momento de la creación del Derecho penal, sino también en el momento de aplicación por los jueces o tribunales e incluso en el momento de ejecución de las sanciones que en el caso concreto sean impuestas por aquellos[78].

---

(78) AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia...*, op. cit., págs. 23-24.

Cabe indicar que la determinación de la pena al que aluden los artículos 45°, 45°-A –individualización de la pena y sistema de tercios incorporado por la Ley N° 30076– y 46° –circunstancias de atenuación y agravación– del Código Penal es un procedimiento técnico, valorativo e intelectual por parte del juzgador, en la que la fijación de pena a imponerse debe ser consecuencia de una decisión debidamente razonada y ponderada. En tal sentido, la individualización de la pena ciertamente implica la sujeción a los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad –arts. II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código sustantivo– bajo la estricta observancia del deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales.

El principio de proporcionalidad de las penas, al igual que el resto de principios rectores comprendidos en el Título Preliminar del CP, se constituye en un principio político criminal de primer orden, en un Orden democrático de Derecho a fin de sujetar la reacción jurídico-penal a un mínimo de racionalidad. El TC sobre este principio, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 00010-2002-AI/TC, en el fundamento jurídico 197, ha sostenido lo siguiente:

> *En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que «la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho [...].*

Este principio legitimador del Derecho penal actúa como un límite de contención ante el ejercicio de la violencia punitiva destinado a tutelar la libertad y la dignidad humana. La imposición de

la penal importa la comisión de un injusto penal reprochable a un sujeto con capacidad de responsabilidad penal: injusto y culpabilidad constituyen la fuente material y espiritual de todo el sistema de punición que no puede ser vulnerado en aras de afianzar fines político-criminales que no se encuadran en el orden de valores antes anotado.

El principio de proporcionalidad, como principio independiente dentro de los principios de la sanción, recoge la creencia de que la entidad de pena, esto es, la aflicción que ella origina por su naturaleza e intensidad o por los efectos sociopersonales que desencadena, debe acomodarse a la importancia de la afección al objeto tutelado y a la intensidad de la responsabilidad concurrente[79].

Por el principio de proporcionalidad se conectan los fines del Derecho penal con el hecho cometido por el delincuente, rechazándose el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda relación valorativa con tal hecho, contemplado en la globalidad de sus aspectos[80]. En el primer ámbito de valoración se toma en consideración el grado de jerarquización del bien jurídico protegido. En definitiva, la vida es el interés jurídico de mayor valor seguido por otros bienes personalísimos, por lo que un delito de asesinato debe ser punido con más pena que un delito de Robo. Lo que sucede en la *lege lata* es que el Robo agravado seguido de muerte recibe una penalidad más drástica en relación al tipo penal de asesinato, pese a que el fallecimiento de la víctima en el primer supuesto es atribuible a título de imprudencia. Precisamente del principio de proporcionalidad se desprende la necesidad de que el bien jurídico tenga la suficiente relevancia para justificar una amenaza

---

(79) DÍEZ RIPOLLES, José, *La racionalidad de las leyes penales,* Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 162.

(80) SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* Bosch, Barcelona, 1992, p. 260; así, ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Fundamentos de Derecho penal,* op. cit., p. 263.

de privación de libertad en general, y una efectiva limitación de la misma en concreto[81]. En cuanto al segundo elemento es necesario remitirse a la esfera subjetiva del agente, o mejor dicho, a su fuero interno, donde la energía criminal desplegada por va a suponer una mayor intensidad antinormativa; el dolo supone una reprobación de mayor intensidad que el delito imprudente, lo que debe ser expresado en términos de penalidad.

La proporcionalidad tiene relación con el daño inferido al bien jurídico mismo y con la trascendencia social del hecho (daño social). El Derecho penal tiene un perfil motivador, formador de conciencia social, que sufre notorio desmedro con la ejecución del delito[82]. Al principio de proporcionalidad también se le vincula con los fines preventivos de pena.

En el marco de la determinación judicial de la sanción punitiva los fines preventivos juegan un rol preponderante a fin de graduar la penalidad de acuerdo a un baremo de justicia y de utilidad. Y ello no solo, aunque sí fundamentalmente, por razones de justicia, incluso aunque pueda resultar paradójico, por razones de eficacia[83]; donde el fin preventivo general de la pena asume una función agravante de pena, tomando en razón el interés protegido objeto de afectación, la jerarquía del bien jurídico, el grado de amenaza de la conducta, la energía criminal del autor, etc. Factores estos que deben anidar en la intimidación que debe generar la sanción hacia el colectivo, pero que no puede sobrepasar los márgenes legales previstos en el tipo penal en cuestión.

---

(81) CARBONELL MATEU, Juan, *Derecho penal: Concepto* y principios *constitucionales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 211.

(82) GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte General,* T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 46.

(83) CARBONELL MATEU, Mario, *Derecho penal: Concepto* y principios *constitucionales*, op. cit., p. 211.

Mientras que el fin preventivo especial juega un rol específicamente limitador, que no puede ser concebido en una autárquica posición de que a mayor pena, más posibilidades de rehabilitación social; a menor pena mejor, y si el agente no necesita ser sometido a un mayor tratamiento, la pena se cumplirá en libertad o incluso se le dispensará de ella, entonces, la prevención especial tiene un rol limitador que juega únicamente a favor del condenado.

En el caso de la prevención general positiva, esta supone la necesidad de pena, en cuanto se reafirma la vigencia misma de la norma, en cuanto, necesaria para mantener la cohesión del sistema jurídico con la ciudadanía, donde la justicia es un imperativo para mantener la fidelidad hacia el Derecho. La desobediencia de los mandatos o prohibiciones atenta al sentimiento de seguridad y a la conciencia jurídica de la sociedad. Esa lesión debe ser tomada en cuenta al determinarse la pena[84], o como dice SCHÜNEMANN, la necesidad penal preventivo-general depende de la medida de la amenaza al orden de paz social manifestada por el hecho punible[85]; dentro de una prevención general integradora o positiva, como es lógico, se produce una superposición entre el principio de proporcionalidad y el de justicia propio a la retribución (la sanción como el merecimiento justo –proporcionado– al injusto cometido y a la responsabilidad del sujeto)[86].

En nuestra legislación positiva la profesa y exacerbada postura neocriminalizadora del legislador significó un incremento sustancial de los marcos penales en el ámbito del Derecho penal patrimonial,

---

(84) GARRIDO MONNT, Mario, *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 50.

(85) Citado por STRATENWERTH, Günter, *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*, en *Cuadernos de conferencias y artículos, Universidad Externado de Colombia,* Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996, p. 28.

(86) BUSTOS RAMÍREZ, Juan., *Manual de Derecho penal. Parte General,* op. cit, p. 44.

concretamente el delito de Robo agravado (art. 189° del CP)[87], al haberse incorporado la pena de cadena perpetua en el marco penal imponible, así también, como en otros injustos comprendidos en el núcleo duro del Derecho punitivo. Habiéndose producido resultados en realidad irracionales y desproporcionados, de haber condenado con penas de 15 años de pena privativa de libertad a individuos por el solo hecho de haber sustraído dinero u otros bienes empujando a su víctima, lo cual resulta un exceso de punición, que a veces era corregido en las instancias jurisdiccionales supremas, aplicando este principio, que tiene que ver también con el rechazo a penas inhumanas y abiertamente lesivas a la dignidad humana. Con todo, el principio de proporcionalidad juega un rol preponderante como interdicción a la arbitrariedad judicial, poniendo en primer nivel los presupuestos que deben concurrir para imponer una pena y para fijar su contenido.

También se vincula el principio de proporcionalidad con la interpretación de la normativa penal. Así GAEDE, al sostener que desde una perspectiva constitucional no basta el respeto de los límites impuestos por el tenor literal, en el caso de una ley penal que autoriza intromisiones en los derechos fundamentales, una interpretación respetuosa del tenor literal, pero que excede los límites del fin legítimo de la ley debe calificarse de contraria al principio de proporcionalidad.[88]

Ahora bien, habiendo esbozado la línea argumental del principio de proporcionalidad de la sanción, pasaremos a describir la

---

(87) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. II, Idemsa, Lima, 2008, págs. 253-256.

(88) KARSTEN, Gaede, *Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo de fraude de subvenciones*, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?,* Edición española a cargo de RAFAEL ALCACER, María; ORTIZ DE URBINA, Iñigo, Marcial Pons - Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2007, p. 269.

modificación efectuada al art. VIII del Título Preliminar del CP, efectuada por la Ley N° 28730: «*La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia y de habitualidad del agente del delito. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes*».

Con la modificación producida, el legislador lo que ha hecho de *lege lata* es relativizar la vigencia del principio de proporcionalidad de la sanción cuando aparecen intereses político-criminales que nada tienen que ver con los fines que la Ley Fundamental le asigna al Derecho penal en un Orden democrático de Derecho. Concretamente, la reincidencia y la habitualidad suponen la desvinculación del Derecho punitivo con el principio de proporcionalidad, a fin de ejercer una violencia punitiva draconiana sostenida, esencialmente, en un Derecho penal de autor inclinado a una función exclusivamente represora.

En el caso de la reincidencia es importante recalcar que esta es una institución que tiene legitimación porque se le liga con un concepto de culpabilidad empírico-normativa, pero con otros matices e ingredientes. Empero, parece que para el legislador la *ratio* de esta institución radica en un Derecho penal de autor, pues si no fuese así, no habría tenido necesidad de incluir a la reincidencia en esta modificación normativa. Situación distinta acontece en el caso de la habitualidad, donde su fundamento es inobjetablemente la peligrosidad criminológica que se compagina en un Derecho penal de autor.

En opinión de ZAFFARONI, la reincidencia como agravante decae en el Derecho comparado, debido a su inconstitucionalidad. Desde el penalismo liberal del siglo XIX se ha observado que la agravación de pena por un delito anterior es una nueva pena por el mismo delito, que viola la prohibición de doble punición[89]. Por otro

(89) ZAFFARONI, Eugenio, *Estructura básica del Derecho penal,* op. cit., p. 266.

lado, indica que el delito del reincidente no es más culpable que el del primario. Por el contrario, por lo general puede ser una fuente de menor culpabilidad porque las anteriores intervenciones del poder punitivo pueden haber provocado en el agente un deterioro y una estigmatización que hayan elevado su estado de vulnerabilidad[90].

Lo que ha hecho el legislador es provocar la ruptura del Derecho penal con el principio de proporcionalidad de la sanción y con el principio de culpabilidad, despojando a la violencia punitiva de los límites que contienen una descarga irracional y excesiva, donde la ansiedad de la eficacia del modelo penal provoca la configuración de tendencias subjetivas de autor.

HASSEMER apunta que no es imaginable que se pueda, por ejemplo, renunciar en parte al principio de culpabilidad o al de dignidad humana, si esto ocurre en «tiempos de necesidad» perderá toda su importancia para nuestra cultura jurídica[91]. Percepción que se ha concretizado en nuestro Derecho positivo, con la modificación producida a este principio fundamental de legitimación del *ius puniendi*.

Dicho en otras palabras: la utilización política de la violencia criminal cotidiana por parte del legislador ha significado la desvinculación del Derecho penal de sus funciones ordenadoras sometidas a la idea del Estado social y democrático de Derecho, como los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* y proporcionalidad para asumir tareas meramente de percepción cognitiva, el afianzamiento de una sensación de seguridad cuyos alcances puramente simbólicos –por su inevitable ineficacia–, a lo único que van a conducir es a su desgaste nominal y a su deslegitimación como medio de control social formalizado.

---

(90) Loc. cit.

(91) HASSEMER, Winfried, *El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz*, en *Persona, mundo y responsabilidad*, MUÑOZ CONDE, Francisco; DÍAZ PITA, María del Mar (trad.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 96.

La maximización de la respuesta jurídico-penal se comprende en un mensaje apocalíptico de la violencia cotidiana, donde la fuerza de la razón que evocan los principios rectores es avasallada por una política criminal que se dirige fatalmente a hacer del instrumento punitivo un medio receptador de intereses políticos, ideológicos y moralistas. Por lo que se recurre a elementos superficiales, vagos e imprecisos que remueven los cimientos de un Derecho penal liberal caracterizado por el principio de estricta legalidad. Las figuras de comportamientos prohibidos han de ser objetivos y empíricamente verificables. No basta, pues, con la simple enunciación legal de la prohibición –mera legalidad– en un modelo garantista, el principio de estricta legalidad exige la reserva absoluta de la ley, que prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales, esto es, la posibilidad de su comprobación y refutación[92].

Con la vulneración del principio de proporcionalidad de la sanción, la libertad humana pierde su valor en un orden jurídico-estatal que, supuestamente, debería tutelarla de forma intensa. El Derecho penal se convierte en una fuente de expectativas sociales que desborda sus propias capacidades para hacer frente a la delincuencia. Como dice HASSEMER, un Derecho penal así concebido no podrá sobrevivir como un instrumento de solución estatal más o menos idóneo de los problemas en el marco del conjunto de los sistemas de control social[93].

No solo se vulnera el principio de proporcionalidad de la sanción, sino también el principio de legalidad material, pues a partir de su concreción normativa por parte de los tribunales se impondrán

---

(92) RODRÍGUEZ BARILLAS, Alejandro, *Terrorismo de Estado y Estado de Derecho,* en *Conflicto social y sistema penal,* DIEGO DÍAZ-SANTOS, María; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; FABIÁN CAPARROS, Eduardo (coord.), Editorial Colex, Madrid, 1996, p. 125.

(93) HASSEMER, Winfried, *El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz,* op. cit., p. 96.

penas que rebasen los marcos penales fijados en los tipos penales, con la consiguiente afectación del fin preventivo especial de la pena. También se ve contravenido el principio de proporcionalidad cuando el legislador procede a elevar a título de autoría actuaciones típicas de participación delictiva (instigación y complicidad), como es de observarse de la legislación penal de drogas, art. 296° del CP, cuando se penaliza los actos de favorecimiento, facilitación y/o promoción al consumo ilegal de drogas.

En similar sentido, el art. 153° (*in fine*), que penaliza el delito de Trata de personas, de cuya redacción normativa se colige que las conductas de desvalor importan los actos de *promoción*, *favorecimiento*, *financiamiento* o *facilitación*; de otra ejemplificación evidente es la acriminación del delito de Reglaje, al haberse elevado a la categoría de un injusto penal autónomo, actos en sí preparatorios de los delitos «fin» que el agente pretende cometer, conforme se devela de la estructuración normativa del art. 317°-A del Código Penal –incluido al catálogo punitivo merced a la sanción de la Ley N° 29859 de mayo del 2012, reformulado por la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto de 2013–.

Terradillos Basoco, analizando la reforma penal operada en España, apunta que las consecuencias materiales no pueden ser satisfactorias:

> *Criminalizando conductas alejadas de la conducta criminal que estaría al final de la colaboración o de la preparación, se expande el ámbito de responsables, pero se incentiva que administración policial y judicial se centren en el castigo de lo periférico, dejando de lado –por ser prueba menos fácil– lo esencial. Por otra parte, se rompe con la deseable proporcionalidad cuando se termina equiparando –por ser todos ellos actos de colaboración– entrenar militarmente a un grupo terrorista y facilitar alojamiento transitorio a un miembro de la organización. O, más claro aún, cuando se aplican graves penas previstas*

para la criminalidad organizada a grupos de personas que se asocian transitoriamente para cometer simples faltas.[94]

Un ejemplo grosero de la vulneración a este principio, la advertimos con la reforma del art. 440° del CP, vía la Ley N° 29407, donde el legislador deja la puerta abierta para que en casos de agentes reincidentes por faltas se pueda aplicar la conversión de penas, de limitativas de derecho a penas efectivas de privación de libertad.

Del contenido amplio del principio de proporcionalidad se da cuenta de tres subprincipios: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; habiendo señalado el TC, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0014-2006-PI/TC, sobre dichos criterios legitimantes de la proporcionalidad, lo siguiente:

> *Examen de idoneidad. Este examen exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin. En primer lugar, se debe verificar la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Esta verificación va a ser uno de los ámbitos en los que se va a manifestar el aludido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como el principio de lesividad. En efecto, la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales solo será constitucionalmente válida si esta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañosidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico, justifican que este bien sea merecedor de protección por parte de Estado.*

(94) TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Garantías penales...*, op. cit., p. 279.

En segundo lugar, el subprincipio de necesidad impone que la intervención del legislador en los derechos fundamentales, a través de la legislación penal, sea necesaria; esto es, que estén ausentes otros medios alternativos que revistan, cuando menos, la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo y que sean más benignos con el derecho afectado (...).

En tercer lugar, el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica que para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal (...).

6. PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

Conforme los postulados de un Derecho penal democrático, tomando en cuenta que la violencia punitiva importa una notable afectación a las libertades fundamentales, esta ha de ser reducida a su máxima expresión; es decir, que construyendo el Derecho punitivo, la esfera de la juridicidad más coactiva con que cuenta el orden jurídico se ha de intervenir de forma subsidiaria y/o fragmentaria[95].

Visto así las cosas, el principio de mínima intervención es percibido como expresión palmaria de la humanización del Derecho penal, en el sentido de que el maximalismo punitivo era la manifestación de la tiranía del poder monárquico, de un instrumento encaminado fundamentalmente a la opresión y represión ciudadana, como una forma de contener todo viso de disidencia política.

---

(95) Cuando se afirma que el Derecho penal tiene un *carácter fragmentario,* apunta ZUGALDÍA ESPINAR, se quiere indicar que este solo debe intervenir frente a aquellos comportamientos que atenten a las reglas mínimas de la convivencia social (esto es, a los bienes o valores jurídicos fundamentales de la persona y de la sociedad), siempre y cuando, además, dichos comportamientos se lleven a cabo de una forma especialmente grave. Cfr. *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 203.

Desconcentrar el poder político y jurídico distribuyéndolo a los otros poderes del Estado no solo significó la aparición de la división de poderes, sino también un contrapeso en las decisiones criminalizadoras, asumiendo dicha potestad el Parlamento de forma exclusiva, dando corsé al sistema democrático de Derecho.

Se dice que el Derecho penal solo ha de intervenir cuando el resto de mecanismos de control social con que cuenta el Estado y la sociedad se muestran como insuficientes para contener y prevenir determinadas manifestaciones de conducta, cuyo necesario desvalor ha de ser relacionado con un determinado bien jurídico –penalmente protegible–. Es así, que se deduce una relación armoniosa e íntimamente vinculable entre el principio de protección de bienes jurídicos con el principio de mínima intervención, «*[...]pues la ley penal solo ha de reprimir aquellos valores preciados por toda la comunidad, y a la vez, que dichos intereses jurídicos sean necesitados de tutela punitiva, siempre que el resto de instrumentos legales se muestren como ineficientes para la realización de tal labor; [...] las leyes penales en un Estado de Derecho democrático solamente se justifican porque prestan tutela a un valor que, por ser esencial, su respeto a las condiciones mínimas de convivencia reciben protección penal*»[96].

Las atrocidades cometidas por los gobiernos autoritarios y nacionalistas a mediados del siglo XX, sobre todo, el nacional-socialismo alemán en la Segunda Guerra Mundial propiciaron el desarrollo de una filosofía humanista, más revolucionaria aún, que la propuesta por la Ilustración y el Iluminismo, respaldada por la corriente del «constitucionalismo social», en cuanto a edificar las bases del *garantismo penal* que fue adquiriendo madurez a través de los años, esbozando un discurso ideológico que caló perfectamente en las orientaciones político-criminales contenidas en los tratados y

(96) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho procesal. Parte General*, op. cit. p. 95

convenios internacionales sobre la materia y en la consagración del constitucionalismo, como pórtico de los valores fundamentales –del individuo y la sociedad– que ha de perfilar toda la política jurídica del Estado, de particular relevancia, en materia penal.

En palabras de FERRAJOLI *garantismo* y *Derecho penal mínimo* son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo del Derecho penal, capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial– sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona.[97]

Es a partir de los dictados programáticos del *garantismo*, que el principio de mínima intervención adquiere armonía y correspondencia con las bases de un Derecho penal democrático, lo cual se traduce en lo siguiente: minimizar la intervención estatal, maximización de las libertades fundamentales; esto se asienta sobre todo en el marco de un Estado liberal de Derecho. ¿Por qué decimos esto? Porque según dicha estructura del orden jurídico, el reconocimiento de las libertades fundamentales adquiere carta de ciudadanía y a su vez repercute en el marco de actuación de la intervención punitiva estatal, en el entendido de que solo han de protegerse derechos subjetivos, sostenidos esencialmente en la individualidad humana.

Ahora bien, el asunto pasa por ajustar el principio de mínima intervención a las necesidades actuales de la sociedad; a tal efecto, debemos hacer la siguiente reflexión: una cosa es ahondar y abonar por un discurso punitivo sin fronteras, sin límites, desprovisto de toda legitimidad, apoyado en finalidades ideológicas y políticas y, otra muy distinta, reformular la política criminal, según las nuevas descripciones referenciales del Estado, la sociedad y persona. Es precisamente esta relación triangular, que nos otorga un escenario en

---

(97) FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, op. cit., p. 193.

realidad muy complejo, apareciendo nuevas interrelaciones sociales, un intercambio masivo de bienes y servicios, intensas actividades comerciales e industriales, dando lugar a una proliferación extensiva de las unidades empresariales, consorcios transnacionales, cuyo dato criminológico a tomar en cuenta es la generación de nuevos riesgos, peligros que antes no amenazaban la intangibilidad de los bienes jurídicos supraindividuales, por mor, la discusión está en si estos nuevos ámbitos sociales merecen o no ser protegidos por el Derecho penal. Resulta importante citar a BARATTA cuando señala que: «*[...] la dinamización de los bienes jurídicos posee por lo menos dos significados: primero, un desplazamiento en la relación entre Estado y sociedad, con referencia a la producción y protección de bienes jurídicos [...]; segundo, el estado de la prevención asume por sí mismo, ampliamente, la distribución de los bienes producidos en la sociedad civil, el control de su producción, así como la administración de los riesgos que acompañan a la producción*».

Sería un privilegio injustificado e ilegítimo que aquellas conductas perturbadoras de bienes jurídicos no sean objeto de acriminación, en evidente afectación al principio de igualdad, a sabiendas que los delitos económicos y ambientales son cometidos generalmente por personas portadoras de un alto estatus socioeconómico. Como bien se proclama en la doctrina, el principio de intervención mínima no puede utilizarse como coartada para configurar el Derecho penal de una forma clásica y obsoleta –digamos «liberal»– orientándolo a la reproducción sistemática de relaciones de dominio injustas y vinculándolo casi exclusivamente a la delincuencia violenta o contra la propiedad, esto es, a una criminalidad propia de los sectores sociales básicamente marginales[98].

Así, ZUGALDÍA ESPINAR sostiene que la tipificación y, sobre todo, la persecución efectiva de las instancias de control social de estas nuevas formas de delincuencia y de la «criminalidad de los

(98) ZUGALDIA ESPINAR, José; et. al., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 204.

poderosos» debe conducir a un Derecho penal de «nuevo cuño» –de intervención mínima desde luego–, aunque también, de «intervención distinta»[99]. Los bienes jurídicos, como enseña ROXIN, no tienen una eterna validez iusnaturalista, sino que se ven afectados por los cambios en la estructura constitucional y las relaciones sociales[100]. En definitiva, la teoría del bien jurídico ha sido objeto de una reformulación dogmática y de política criminal, fruto precisamente del fenómeno de la modernización del Derecho penal.

Quienes se muestran contrarios a la modernización del Derecho penal, se muestran obviamente contestes a esta expansión punitiva[101], mas quienes sostienen y definen su pensamiento en el dinamismo de las estructuras sociales y que el Derecho punitivo ha de tutelar siempre bienes jurídicos, sean estos materiales o inmateriales, en armonía con los fines preventivos de la pena, acogen favorablemente esta opción de política criminal. A decir de NAVARRO DOLMETSCH[102], la expansión implica el reconocimiento de tutela penal a bienes jurídicos que nunca antes habían sido protegidos por el Derecho penal, bienes principalmente de carácter colectivo.

Es así, que la doctrina es coincidente en afirmar que el Derecho penal moderno (de la globalización) tiene que ver principalmente con la tutela punitiva del orden económico y el medioambiente. Así, en la doctrina, cuando se dice que las formas más comunes dentro de este Derecho penal de la globalización tendrían relación con la delincuencia fiscal o tributaria, con la estabilidad

---

(99) Loc. cit.

(100) ROXIN, Claus, *Fundamentos político criminales del Derecho penal,* op. cit., p. 140.

(101) FERRÉ OLIVE y otros, indican es fuente de una importante polémica la violación al principio de *ultima ratio* que se realizaría en el marco del «*Derecho penal de la sociedad del riesgo*» a través de la conocida *responsabilidad por el producto.* Cfr. *Derecho penal colombiano. Parte General...,* op. cit., p. 87.

(102) NAVARRO DOLMTESCH, Roberto, *Reconfiguración del sistema de fuentes...,* op. cit., p. 165.

económica de los Estados, los fraudes en las relaciones económicas de traspaso, el narcotráfico y la protección del medioambiente[103]. Debe aclararse un punto, en cuanto al Derecho penal económico concierne, este ha existido mucho antes que se de el fenómeno de la globalización[104] [105], a través de las formas de acaparamiento y especulación, que toman lugar en economías planificadoras y estatistas alejadas de la integración económica mundial, el tema es que la apertura de los mercados nacionales propicia la aparición de otras conductas, cuyo específico desvalor, encuentra coto en procederes conductivos reveladores de una naturaleza compleja[106] tanto en los vehículos y medios de los que se sirven los agentes para perpetrar estas ilicitudes penales[107], como el indicador tanto cuantitativo como cualitativo de sus efectos perjudiciales; mientras que el narcotráfico constituye un flagelo criminal que existe tiempo atrás, lo que sucede es que las nuevas descripciones de la sociedad de la globalización permite que esta ilícita actividad se extienda

(103) NAVARRO DOLMTESCH, Roberto, *Reconfiguración del sistema de fuentes...*, op. cit., p. 165.

(104) Vide, TIEDEMANN, Klaus, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, 2ª ed., Manuel Abanto Vásquez (trad.), Grijley, Lima, 2007, p. 4 y ss.

(105) La criminalidad económica, apunta GRACIA MARTÍN, no es un fenómeno nuevo, pero si los intereses políticos y científicos actuales por las tendencias legislativas hacia la construcción y consolidación de un Derecho penal económico y del medio ambiente. GRACIA MARTÍN, Luis, *¿Qué es modernización del Derecho penal?*, en *Derecho penal contemporáneo: Revista Internacional*, N° 12, Legis Editores, Chile, 2005, p. 361.

(106) Entre estos, detalla GRACIA MARTÍN, están los abusos de poder en el comercio internacional, infracciones a las normas de tráfico económico nacional con el exterior, ilícitos en materia de transferencia de tecnología, criminalidad informática o mediante computadoras [...]. Vide, *El Derecho penal ante la globalización económica,* op. cit., p. 97.

(107) En referencia GRACIA MARTÍN, detalla que la delincuencia económica en general, y, dentro de ella, su macroscópica y más compleja dimensión ligada a la internacionalización y a la globalización de la economía, no se muestra ya como un fenómeno social de tipo marginal, sino, por el contrario, como uno de los que se lleva a cabo [...].Vide, *El Derecho penal ante la globalización económica,* op. cit., p. 99.

más allá de sus tradicionales campos territoriales de actuación[108]. Siguiendo a SILVA SÁNCHEZ diremos que el Derecho penal de la globalización no es todo el Derecho penal, sino aquel se limita más bien a la delincuencia económica u organizada y a las actividades delictivas conexas[109].

Resulta importante citar a GRACIA MARTÍN, quien explica que la dimensión más relevante de la globalización es la económica, no puede sorprender que la criminalidad de la globalización sea una de carácter, por un lado, fundamentalmente económico en razón de su contenido, y marcadamente empresarial, por otro, en razón no solo de que un importante volumen de los hechos delictivos que tienen lugar en este contexto están relacionados con actividades típicamente económico-empresariales, sino también porque las posibilidades de realización, incluso de hechos delictivos relacionados a actividades *ab initio* ilícitas están fuertemente condicionadas por la necesidad de utilizar sólidas redes logísticas y eficientes estructuras organizativas. Esto motiva la adopción y puesta en práctica de formas típicamente empresariales de actuación como las más adecuadas para la realización de los hechos delictivos en cuestión[110].

Un aspecto muy distinto a saber, es la «utilización política del Derecho penal», acá no estamos ante intereses jurídicos dignos de ser tutelados punitivamente o ante conductas que de forma autónoma expresen contenido de desvalor suficiente –como para merecer

---

(108) Así, GRACIA MARTÍN, al sostener que, [...] un buen número de conductas delictivas o de formas de realización del delito que se quieren ver como propias del proceso de globalización, no tienen en su causa en esta realmente, sino que se trata de la criminalidad tradicional o que ya estaba definida antes de la puesta en marcha de tal proceso. Lo único que ocurre es que ahora esa criminalidad tiene un espacio de mayores dimensiones para su desarrollo y unos medios para su realización. Vide, *El Derecho penal ante la globalización económica,* op. cit., p. 102.

(109) SILVA SÁNCHEZ, Jesús- María, *La expansión de Derecho penal...,* op. cit., p. 90.

(110) GRACIA MARTÍN, Luis, *El Derecho penal ante la globalización económica,* op. cit., p. 97.

un reproche social y jurídico intenso–, pues se emplea el recurso punitivo para supuestamente reivindicar grupos y/o sectores sociales marginados y/o vulnerables[111]. Como es de verse, en las tipificaciones penales de discriminación «Derecho penal simbólico»[112] y del Feminicidio se acuden a artificiosas y/o artificiales construcciones normativas, penalizando actos típicamente preparatorios; mediando anticipaciones penales, como es el caso del delito de Marcaje, orientados a reforzar las ideologías de la *seguridad ciudadana* y del control crimen, propios de un Estado de Policía, sin interesar que dichas irracionales intervenciones, pongan en franco riesgo las libertades fundamentales. Todo ello en un horizonte ciego y obtuso, cargado de una fuerte dosis de rentabilidad política que a lo único que conduce es a una sensación subjetiva de seguridad cognitiva. Esta «irracionalidad punitiva» toma mayor realce en coyunturas electoreras, donde el Derecho penal se convierte en un manojo de ofertas por más seguridad pública, teniendo una demanda lisa y llana a receptar dichas propuestas en puridad populistas. Los programas de los políticos en sus plataformas electorales ofrecen una serie de medidas con el fin de brindar seguridad a los ciudadanos, tales como el aumento de penas, el cumplimiento total de las penas privativas de libertad y, fundamentalmente, las restricciones a las garantías penales y procesales en general[113]. A decir de BARATTA, «*[...] el déficit*

---

(111) QUINTERO OLIVARES sostiene que un correcto entendimiento de la idea del bien jurídico y del principio de intervención mínima debe evitar que el Derecho penal sea utilizado como instrumento para imponer concepciones morales e ideológicas que solo siente un sector de la sociedad como regla necesaria de la moralidad de todos. En *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 96.

(112) Al respecto, ROXIN acota que las leyes penales simbólicas no sirven a la protección de bienes jurídicos. Entiendo por «tipos penales simbólicos» aquellas leyes que no son necesarias para la protección de una convivencia pacífica sino que persiguen fines extrapenales, como la tranquilidad del electorado o la presentación de una buena imagen del Estado. Vide, *Fundamentos político-criminales del Derecho penal,* op. cit., p. 129.

(113) DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte General,* T. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 76.

En resumen, la modernización del Derecho penal ha sido objeto de una merma significativa en el Perú, producto de la derogación expresa de los delitos económicos más importantes, dejando huérfana la protección preventiva de la norma jurídico-penal. Sin embargo, la criminalidad convencional, sobre todo la callejera y marginal, ha sido objeto de un endurecimiento punitivo, poniendo sobre el tapete un doble discurso, en cuanto a una política criminal coherente y sistemática.

II. LA COAUTORÍA EN LAS ORGANIZACIONES DELICTIVAS

1. INTRODUCCIÓN

El Texto Punitivo recoge la siguiente fórmula normativa, a la cual denomina coautoría: «*son autores quienes cometen conjuntamente el hecho punible*»; ello significa que la configuración o comisión del hecho punible importa una imputación recíproca de varios autores, donde cada uno tiene el codominio funcional del hecho y ello solo podrá verificarse cuando se advierta que la contribución y/o el aporte de cada uno de los coautores fue imprescindible para la realización típica del delito, pero no solo dicho dato a saber es fundamental, puesto que el cómplice primario también puede prestar una colaboración imprescindible para la materialidad del injusto típico, sino también que el coautor tenga la exclusiva potestad de frustrar la realización del delito, de no ser así, no podría decirse con corrección que detenta el codominio funcional del hecho.

El desarrollo científico de la moderna dogmática jurídico-penal define, por tanto, el alejamiento a posturas que pretendían sostener la coautoría, basada en una contemplación meramente literal del tipo penal (formal-objetiva), a partir de dicha consideración valorativa únicamente aquellos que intervienen directamente en la ejecución del delito, pueden ser considerados «autores». La orientación doctrinal en la actualidad es construir la imputación jurídico-penal sobre

la base de aspectos materiales y normativos, esto es, no necesariamente el verdadero autor del injusto ha de estar presente en los actos ejecutivos del delito, pues al contar con una relación de dominio sobre el autor inmediato, el hecho punible ha de ser atribuido a su esfera de organización, por lo que el autor ejecutor queda exento de responsabilidad criminal.

Entrando ya de lleno a la figura de la coautoría, se postula doctrinariamente que debe concurrir de forma conjunta y concluyente lo siguiente: 1) codecisión de realización típica, es decir, confluencia de voluntades criminales; 2) una contribución esencial e indispensable en la ejecución del delito, sin la cual no se haya podido materializar; 3) codominio funcional del hecho, lo cual significa la división de roles y/o tareas que en conjunto y de forma global determinan la realización típica del delito, es así que el hecho delictivo supone una imputación recíproca a cada uno de los coautores; y, 4) en cada uno de los coautores debe estar presente los elementos subjetivos del injusto típico. Así, en la doctrina nacional, mayoritariamente se alega que la coautoría requiere tanto de un elemento subjetivo como de un elemento objetivo: el primero constituido por el denominado mutuo acuerdo, y el segundo por la intervención del agente en la fase ejecutiva del delito, aunque en este punto se discute la admisión de aportes no ejecutivos[119].

No hay duda, apunta DONNA, de que el coautor es un autor, de modo que le corresponden todas las características del autor[120]. Conforme dichas proposiciones doctrinales, se señala que si bien el acuerdo común es elemento constitutivo de la coautoría, también lo es que no es suficiente la intervención en el acuerdo para apreciar

---

(119) MEZA HURTADO, Daniel, *Los requisitos de la coautoría en la Jurisprudencia de la Corte Suprema Peruana*, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 33, Lima, marzo del 2012, p. 73.

(120) DONNA, Edgardo, *La autoría y la participación criminal*, 2ª ed., Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 42.

responsabilidad a título de coautor, porque ello significaría hacer coincidir el elemento subjetivo y el objetivo de la autoría[121]. Bajo tal entendido debe quedar claro que, únicamente podrá ser reputado como «coautor», quien aparte de planear la realización del hecho punible con el resto de los coautores, preste una contribución imprescindible en la etapa ejecutiva del delito. En la coautoría debe haber coincidencia entre lo que se quiso por cada uno de los coautores y lo que hizo el grupo, sin que sea suficiente la coincidencia entre lo que quiso el interviniente y lo que hicieron los demás, pues aceptar esto implicaría admitir el solo desvalor de la acción y proscribir el de resultado, con un regreso a teorías subjetivas que se creía ya superadas[122].

Por tanto, se dice que la estructura de la coautoría se basa en el principio de división del trabajo, conforme a un plan común para la realización –conjunta– del hecho; es decir, en la acumulación de esfuerzos y correlación de contribuciones individuales que complementan la total realización del tipo. Existe, por tanto, una interdependencia funcional de los distintos aportes al hecho, que permite afirmar la existencia de un hecho en común realizado y perteneciente al colectivo de personas como tal. Por ello, la coautoría –escribe Pérez Alonso– se fundamenta en el principio de imputación recíproca y horizontal de esfuerzos y contribuciones, y no en el principio de accesoriedad propio de la participación[123].

Según lo anotado se infiere que, el coautor debe formar parte en la ejecución típica del delito, caso contrario no tendría sentido atribuir a este individuo el codominio funcional del hecho, a lo más sería considerado «partícipe»; de ahí que Stratenwerth indique que

---

(121) Suárez Sánchez, Alberto, *La autoría,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 371.

(122) Suárez Sánchez, Alberto, *La autoría,* op. cit., p. 371.

(123) Pérez Alonso, Esteban; et al., *Derecho penal. Parte General,* 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 713-714.

la cuestión de si alguien toma parte en la decisión común al hecho tiene que ser resuelta en vista del rol que él asume (voluntariamente) para la ejecución del hecho. Este rol tiene que estar constituido, de tal forma que «*haga que su aporte al hecho aparezca no como mero apoyo al obrar ajeno, sino como una parte de la actividad de todos, y las acciones de los demás, correspondientemente, como un complemento de su propia parte en el hecho*»(124). Y ese mero apoyo no puede ser comprendido desde una acepción esencialmente *formalista,* en cuanto a una intervención que se adecue literalmente a la composición normativa, pues un verdadero *codominio del hecho, significa algo más, en cuanto una participación que no necesariamente tome lugar en la etapa ejecutiva del delito.*

Punto importante a conocer, es que cada coautor no solo ha de prestar una contribución esencial para que el injusto penal pueda adquirir perfección delictiva, sino que a su vez debe ser consciente que su intervención –sumada a la de las demás– está configurando un hecho global, dando lugar a la llamada «imputación recíproca». En cuanto a la acreditación del componente subjetivo, JESCHECK sostiene que no basta con el consentimiento unilateral, sino que todos deben actuar en una cooperación consciente y querida(125).

2. LA CONTRIBUCIÓN DEL COAUTOR EN EL *ITER CRIMINIS*

Es de recibo que la doctrina es casi unánime cuando señala que la contribución del coautor en la realización del plan criminal ha de tomar lugar necesariamente en la etapa ejecutiva del delito, pues solo así se puede afirmar que este tiene el codominio funcional del hecho; sin embargo, en organizaciones criminales que cuentan con una estructura compleja en su soporte de actuación delictiva, las

(124) STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General,* I, op. cit., págs. 399-400.

(125) JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal,* op. cit., p. 941.

cosas acontecen de forma particular y singular, por lo que se debe apreciar atentamente si quienes se sitúan en la cúspide de la organización (empresas) puede responder a título de coautoría, siempre y cuando se cumplan con ciertos presupuestos a saber. El codominio funcional del hecho se sustenta en la división de los roles, que unidos como un engranaje perfecto, hacen del hecho punible un todo, susceptible de ser imputado de forma general a todos los coautores. En la Ejecutoria suprema recaída en el RN N° 5385-2006-Lima, se expone al respecto lo siguiente:

> *(La instrumentalización) no ocurre en el actor subordinado de una organización terrorista como en la que militan los coautores bajo juzgamiento, ámbito de codelincuencia en el que el dominio del hecho es codiminio o, dicho de otro modo, el dominio del hecho en su conjunto solo es poseído por el colectivo involucrado, pues se trata de una comunidad colectiva conectada objetivamente de cara a los propósitos y logros de daño a la sociedad, a quienes se puede objetivamente imputar el resultado previsto por el tipo penal tocado (...) Los ejecutores materiales de los hechos probados (...) son sujetos que plenamente responsables exhiben condiciones y aportan lo suyo en el marco de una división organizada de trabajo global, del que son coautores.*

Tomando en cuenta lo anterior, debe destacarse el hecho de que en agrupaciones delictivas –jerárquicamente organizadas y estructuradas funcionalmente bajo la división de tareas– se identifican sujetos que son los jefes o dirigentes encargados de tomar las decisiones y de dar configuración positiva a los hechos criminales que pretenden cometer y en otro lado se sitúan quienes son los encargados de ejecutar formalmente el tipo penal; siendo así, desde una visión formal-objetiva, solo los que aparecen en el escenario estrictamente ejecutivo podrán ser considerados autores, mientras los dadores de la orden serían instigadores o cómplices, lo cual puede resultar político-criminalmente insatisfactorio. Una visión material-normativa puede dar solución a estos casos, siempre que se encajen

ciertos elementos tanto objetivos como subjetivos, y que se advierta un control y/o dominio en la ejecución de los actos de la organización delictiva. Vemos así que la actuación de los jefes y líderes de la organización tomaría lugar en una fase típicamente preparatoria y no ejecutiva.

Al respecto, MUÑOZ CONDE –partidario de la teoría del dominio del hecho– es de la opinión que la figura de la coautoría se adapta mejor que otras categorías de autoría y participación a algunas formas de realización del delito, en las que el cerebro o principal responsable no está presente en la ejecución pero controla y decide su realización, al no exigir para la autoría la intervención de todos los coautores en la ejecución del delito, bajo el entendimiento de que el requisito de la coejecución no es más que la consecuencia de una teoría objetiva-formal que ya se ha mostrado insuficiente [...], incluso para explicar el concepto mismo de autoría; por consiguiente, dentro de una coautoría no solo cabe una coautoría ejecutiva, total o parcial, sino también otras formas de realización conjunta del delito en las que alguno o algunos coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución[126].

Se entiende así, que el fundamento de la coautoría es el llamado «dominio funcional del hecho», lo importante no es solo la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que alguien tenga de su realización, así no intervenga en su ejecución;[127] de manera que extiende la cualidad de coautoría en

(126) MUÑOZ CONDE, Francisco, *Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?*, en *Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, N° 14, 2001, op. cit., p. 192.

(127) Al respecto, MEZA HURTADO señala que en cuanto a la «esencialidad» del aporte, la doctrina indica que lo más importante no es el momento en el cual se ha efectuado dicho aporte, sino el modo en que se producen sus efectos. En *Los requisitos de la coautoría...*, op. cit., p. 76.

las actuaciones criminales características de grupos, organizaciones o bandas como un dominio funcional del hecho, basado en el reparto de roles y al que todos deben atenerse, conforme al cual unos tienen funciones de dirección, apoyo o vigilancia, mientras otros llevan a cabo las acciones propiamente ejecutivas del delito[128].

De forma general se argumenta en la doctrina especializada, que cada coautor responde penalmente por su propia conducta, sin embargo, la responsabilidad penal derivada de dicha conducta en ningún caso está limitada al ámbito de ejecución material llevada a cabo por el sujeto. Habrá que valorar tanto objetiva como subjetivamente. Dicho juicio normativo dependerá en gran medida del contexto en el que se enmarque la intervención judicial[129].

Resulta importante citar el RN N° 890-2010-Lima, el cual desarrolla la tesis de la coautoría sin intervención en la fase ejecutiva del delito de la siguiente forma:

> *La coautoría es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente, por lo que se señala que el dominio es común a varias personas, interviniendo cada uno de ellos de forma relevante, asumiendo por igual la responsabilidad de la realización del hecho delictivo [...] Se requiere de un reparto de funciones (principio de reparto funcional de roles) entre los que intervienen en la realización del delito (dominio funcional del hecho), dándose casos en los que algunos coautores no están presentes al momento de la ejecución, hecho que no los descalifica como autores (...) Desde el plano subjetivo, la coautoría implica la comunidad de intencionalidad y, desde el plano objetivo, supone una distribución de roles en el momento de la comisión del delito.*

---

(128) Muñoz Conde, Francisco, *Problemas de autoría y participación...*, op. cit., p. 192.

(129) García del Blanco, María, *La coautoría en Derecho penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 433.

Lo interesante a todo esto, es lograr establecer la estrecha y directa vinculación entre los actos preparatorios que aporta el líder de la organización, con los actos formalmente denominados como ejecutivos, que son cometidos por quienes estén en un plano de subordinación frente a los primeros; en tanto y en cuanto, los actos atribuibles a los miembros de la cúpula de la organización hayan sido necesarios e indispensables para la perfección delictiva del injusto penal en cuestión. Consecuentemente, no solo debe verificarse la posición que el agente (líder, jefe), ocupe dentro de la pirámide organizacional del aparato criminal, sino también que fije las condiciones para que los planes criminales puedan adquirir concreción, esto es, premuniendo de los datos, información, instrumentos, logística y otros elementos indispensables, a los autores inmediatos; lo que nos otorga la estrecha vinculación entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos y a su vez un plano de verticalidad entre unos y otros.

A decir de ROXIN, «[...] *el jefe de la banda podrá ser coautor cuando coopere de alguna forma relevante en la realización del hecho en la fase ejecutiva, como cuando el jefe de una banda de contrabandistas imparte por teléfono las órdenes a los grupos operativos, mientras que no podrá serlo aquel cuya actividad se limite a planear los delitos y deje a los demás la ejecución*»[(130)].

Para STRATENWERTH la planificación y organización de un delito ejecutado por varios deben fundamentar la coautoría, dicho a modo de ejemplo, aun cuando el organizador ya no esté durante la ejecución en comunicación telefónica con los autores, el plan predetermina la conducta del interviniente en el estadio de la ejecución, conforma los roles individuales y hace intervenir al organizador –por eso mismo– en el dominio del hecho. El suministrar los instrumentos, armas, etc., o indicar las oportunidades para cometer

(130) ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* op. cit., p. 308.

el delito, por el contrario, no significa una decisión anticipada acerca de si será ejecutado el delito y, en su caso, de qué modo, por tanto, queda como mera complicidad[131]; siguiendo dicha postura, se tendría que la cualidad de coautor no se define por su necesaria intervención en la etapa ejecutiva del delito, sino por su esencial contribución en ella.

De forma que, el jefe de la organización no solo debe saber con toda seguridad la forma en cómo se va a realizar el delito –por ello no deja en manos de los ejecutores la forma de realización típica–, sino que de haber aportado una contribución que enlace a las de la etapa ejecutiva, ellas darán cuerpo material a su ejecución; piénsese en los cárteles y mafias de la droga, donde los líderes de la organización no transportan ni poseen ni comercializan la sustancia prohibida, sino los órganos ejecutores, que se sitúan bajo una relación de subordinación, es más que evidente que dicho sujeto tiene pleno dominio y control en el desarrollo y ejecución de las actividades ilícitas que se idean y preparan desde la cúpula de la estructura criminal, por lo que aquél debe ser penalizado como un verdadero coautor.

Como anota DONNA, también es coautor quien objetivamente solo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común al hecho. Por eso, tiene que comprobársele en forma especial la participación en la decisión delictiva, para lo cual se invocará como indicio el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas del hecho. El «*minus*» de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compensado con un plus de participación especial en el planeamiento del delito[132]; se refiere al conductor de la organización, quien distribuye las tareas del resto de los miembros, traza los objetivos, por lo tanto, ostenta plenamente el codominio funcional del hecho.

---

(131) STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General,* I, op. cit., p. 404.

(132) DONNA, Edgardo, *La autoría y la participación criminal,* op. cit., p. 44.

3. EL ACUERDO PREVIO EN LA COAUTORÍA

Aspecto importante que debe destacarse en el presente caso, es la necesidad o no del «acuerdo previo» para que se pueda configura la coautoría, sabedores que algunos de los procesados se encontraban en una relación de subordinación frente a los otros, lo que nos obliga a reformular ciertos conceptos, que se quiera o no, desbordan una acepción meramente subjetiva, para adentrarse en una postura básicamente «normativa».

Así, cuando se postula que debe rechazarse la necesidad del mutuo acuerdo para considerar al sujeto autor del hecho realizado conjuntamente, afirmando, aunque pueda parecer contradictorio, que responderá del hecho en virtud del principio de responsabilidad personal de su propia conducta. La valoración jurídica que debe hacerse de dicha conducta dependerá del entorno en que se inserte[133]. Según dicha afirmación, en ciertas hipótesis no tiene por qué requerirse un acuerdo expreso entre cada uno de los coautores, sino que la valoración jurídico-penal, importará la suma de contribuciones de cada uno de ellos, siempre que sea esencial y determinante para la configuración típica del delito en cuestión. Al respecto, se indica que «[...] *la comunicación entre las personas, la transmisión de voluntades, de intenciones, de ideas, en multitud de ocasiones no necesita de una materialización formal, viéndose condicionada por las circunstancias del contexto en el que se mueven sus participantes*»[134]; siendo así «*[...] el aceptar el mando impuesto por una orden no exige una respuesta formal afirmativa, sino que bastará en muchos casos con la actuación conforme con lo mandado*»[135].

«*De hecho, ni siquiera es necesario que los sujetos que organizan su co-actuación mediante mutuo acuerdo se conozcan personalmente entre si*

(133) García del Blanco, María, *La coautoría en Derecho penal,* op. cit., p. 432.

(134) Ibídem, p. 435.

(135) Ibídem, p. 437.

–como anota JESCHECK*–, no es preciso que los coautores se conozcan entre sí, en la medida en la que cada uno de ellos resulte ya consciente de que junto a él va a colaborar uno u otros, y éstos se hallan imbuidos en la misma conciencia*»[136]. Es necesario, por tanto, tener conocimiento de que se va a ejecutar conjuntamente un plan delictivo con otros sujetos guiados por la misma finalidad delictiva, a los que no hay por qué conocer[137]. O como apunta MIR PUIG, que el caso limite es que el sujeto sepa que otro u otros están realizando un delito y contribuye a él por propia iniciativa. Si los demás advierten y aceptan, siquiera tácitamente su intervención, no hay duda de que existe coautoría –aunque no lleguen a conocerse–[138].

En la jurisprudencia nacional, pueden citarse ciertas ejecutorias que dan detalle de los esbozos doctrinarios invocados líneas atrás; por ejemplo en la recaída en el expediente RN N° 828-2007, en la cual se postula la doctrina del codominio del hecho:

> *Son coautores los que de común acuerdo toman parte en la ejecución del delito codominando el hecho, los agentes intervienen en la correalización de la acción típica. Salvo muy contadas excepciones, los condenados en general, adoptaron una decisión conjunta del hecho típico, que es lo que permite vincular funcionalmente los distintos aportes al mismo que llevaron a cabo; cada aportación objetiva al hecho en el estadio de ejecución está conectada a la otra mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta, y sus aportes fueron tales que sin ellos el hecho no hubiera podido concretarse. Su aporte durante la realización del delito, en su fase ejecutiva, tuvo un carácter necesario, difícilmente reemplazable, esencial o imprescindible; bien condicionó la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien redujo de forma esencial el riesgo de su realización [...]. Es de insistir, por lo demás, que lo*

(136) JESCHECK, Heinrich, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., p. 942.

(137) PÉREZ ALONSO, Esteban; et al., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 718.

(138) MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., págs. 387-388.

> *decisivo para la coautoría [...] no es la importancia de los aportes de todos los miembros de la organización en el momento de la ejecución, sino la importancia de su contribución, ejecutiva o no, en la realización del hecho.*

Consecuentemente, la dogmática jurídico-penal no puede sustentar el régimen jurídico de la «coautoría» en base a los criterios que resultan de aplicación en los delitos convencionales, sino que ha de reformular sus presupuestos de configuración conforme a las aristas criminológicas que se advierten en estas complejas estructuras criminales, lo cual, sin subvertir el principio de legalidad, puede proporcionar al operador jurídico salidas político criminales satisfactorias.

III. UNA PROBLEMÁTICA DE IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS ESTRUCTURAS O NIVELES SUPERIORES JERÁRQUICOS DE LA EMPRESA

1. INTRODUCCIÓN

Es sabido que una de las funciones más esenciales de la dogmática jurídico-penal es fijar con toda rigurosidad la responsabilidad penal del agente, en otras palaras, identificar claramente el grado de intervención delictiva de cada uno de los participantes en el evento criminal. Dicho esto, en tanto y en cuanto, la determinación del grado de imputación individual –responsabilidad (reproche culpable)–, es estrictamente individual, mientras que unos responderán penalmente como autores, otros lo harán como partícipes (instigadores y cómplices). Dicho factor de determinación juega un rol muy importante en el marco de la determinación e individualización de la pena, pues, en nuestro sistema de punición rige un sistema diferenciado, concatenado con un concepto restrictivo de autor.

Tomando en cuenta lo anterior, debe precisarse que la imputación jurídico-penal, ha sido construida sobre la base de una persona psicofísica considerada, es decir, sobre un individuo portador de inteligencia y libertad, quien al contravenir su correcta esfera de organización individual afecta ámbitos de organización ajenos, en cuanto

a la lesión y/o la puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente tutelados. Eso puede verse claramente cuando una persona mata a otra existiendo un móvil económico de por medio, ante el agente que incurre en la apropiación y/o sustracción de un bien mueble ajeno, o cuando el malhechor reduce los mecanismos de defensa de la víctima a través del despliegue de una violencia o amenaza intensa, a fin de tomar posesión de las pertenencias del ofendido.

Conforme dichas descripciones fácticas, construir la imputación jurídico-penal es empresa fácil, porque se puede identificar, sin mayores problemas, a quien o quienes se encuentran involucrados en sucesos delictivos. Este núcleo de la criminalidad forma parte del llamado *Derecho penal convencional*, propio del Estado liberal de Derecho, que tiende a tutelar intereses esencialmente personalistas, sobre todo aquellos referidos a los delitos patrimoniales tradicionales, como el Robo, el Hurto, la Estafa, etc. Sin embargo, dicha descripción criminológica no lo dice todo, es una descripción sociológica (criminológica) de la sociedad moderna, donde aparecen nuevos intereses jurídicos –dignos de tutela punitiva–, así como nuevos *riesgos*[139], y donde los hechos delictivos son cometidos de una forma más sofisticada y más difíciles de desentrañar y acreditar probatoriamente. Los medios tecnológicos e informáticos que se han desarrollado con un avance vertiginoso han propiciado una fuente importante de utilidad social y de progreso económico para todas las sociedades, pero a su vez sirven para que agentes del delito los usen en la comisión de ilícitos, cuyo desvalor (fraudes informáticos) es de gran intensidad y que provocan serios perjuicios económicos.

La nueva descripción de la sociedad revela un escenario muy complejo, merced a la forma de cómo toman lugar las interrelaciones

(139) Como lo describe MENDOZA BUERGO, los avances científicos y el desarrollo tecnológico han dado lugar a la denominada sociedad del riesgo, en la que surgen nuevas necesidades de control y de gestión de riesgos, junto a fuerte demanda social de seguridad. En *El Derecho penal en la sociedad del riesgo,* Cívitas, Madrid, 2001.

humanas, así como novedosas actividades socioeconómicas, donde la apertura de los mercados nacionales y la profusa actividad comercial entre las naciones ha significado la aparición de nuevos riesgos que ponen en peligro identidades materiales concretas, y también bienes jurídicos espiritualizados, configurando intereses jurídicos supraindividuales que no pueden ser prevenidos y combatidos con las mismas herramientas dogmáticas de antaño. Se produce así una reformulación de la plataforma de imputación jurídico-penal que trasvasa un contenido formal y natural del estado de las cosas, para asumir una suerte de normativización y de elaboraciones que de cuño representan entidades abstractas, que resultan necesarias para procurar que el Derecho penal materialice sus fines más vitales, en cuanto a la protección preventiva de bienes jurídicos.

En este «nuevo» Derecho penal confluyen, por consiguiente, el nuevo sistema del Estado social, con otro sistema de valores, y un nuevo sistema de Estado liberal, en el contexto de la sociedad tecnológica postindustrial. Esta evolución científica, tecnológica, socioeconómica y, paralelamente, del pensamiento político, ha llevado al legislador a proteger penalmente nuevos bienes jurídicos, a la doctrina y a la jurisprudencia a reinterpretar el sentido de algunos bienes jurídicos-penales tradicionales y por último, al sistema judicial a perseguir efectivamente y a condenar por la comisión de un delito de peligro, sin esperar a que se haya producido un resultado lesivo para la vida, la salud o la propiedad[140].

Por consiguiente, la modernización del Derecho penal, tiene que ver fundamentalmente, con el *Derecho penal económico* y con el *Derecho penal ambiental*, propiciando una extensión del ámbito de intervención del *ius puniendi*, en realidad inevitable, si es que se quiere

(140) YACOBUCCI, Guillermo, *Modelos de atribución de responsabilidad penal en la empresa*, en *Derecho penal empresario*, Dir. YACOBUCCI, Ed. B de F, Buenos Aires, 2010, págs. 5-6.

consolidar un verdadero Estado Social de Derecho[141]. En palabras de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ:

> *[...] es verdad que la consideración de los bienes jurídicos colectivos ha producido una expansión del Derecho penal, pero esto no puede significar ni que sea ilegítima la intervención penal para tutelarlos, ni que la teoría del bien jurídico sea incapaz de constituir un límite al ius puniendi. Ambos extremos deben desecharse. Hoy pocos dudan, en la necesidad de tutelar por medio del Derecho penal bienes jurídicos de carácter colectivo, que se consideran fundamentales para el desarrollo social, como el medioambiente, los derechos de los trabajadores, la libre concurrencia en el mercado, la salud pública y otros; dado que el modelo social del Estado en que vivimos, el aumento de riesgos para dichos bienes propios de las sociedades postindustriales, obligan al Estado a utilizar el recurso penal como gendarme mayor que garantice un umbral de legalidad mínimo en el despliegue de estos derechos fundamentales de tercera generación.*[142]

Una particularidad de estos nuevos fenómenos delictivos es que son perpetrados a través de fachadas y estructuras legales, que vienen a denominarse «personas jurídicas», de forma comercial «empresas», como estructuras –ideales y normativas– que constituyen el motor propulsor de las economías nacionales e internacionales; las actividades del comercio y de la industria no pueden imaginarse al margen de la empresa,

---

(141) PÉREZ ALONSO señala que la expansión del Derecho penal consiste básicamente en arrogarle –al Derecho penal– funciones que tradicionalmente no le han sido propias, bien porque pertenecían a otras ramas del ordenamiento jurídico o bien porque no lo permitían su naturaleza o finalidad; y con ello se le ha irrogado perjuicios que afectan a su credibilidad, eficacia y seguridad, ya que a la postre significa una ampliación de la intervención penal tanto de forma extensiva como de forma intensiva. PÉREZ ALONSO, Esteban, *Expansión, riesgo y principio de precaución en el Derecho penal*, en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas y otros estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2010, p. 147.

(142) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido*, en *Revista de Derecho*, N° 2, Universidad Católica del Norte, Chile, 2004, p. 273.

no en vano se puede decir –sin temor a equivocarse– que la descripción de la sociedad moderna tiene como referente a la empresa[143]. Estas unidades económicas-societarias definen el rumbo de las sociedades, al constituir el vehículo de un nuevo estilo de vida de los comunitarios, en cuanto a los usos y costumbres que van adquiriendo los consumidores y, como fuente importante de recursos económicos, financieros y tributarios, a la par como generación de una fecunda plaza laboral, que traduce su grandilocuente dinamismo y protagonismo en la actualidad.

Es así que estas personas jurídicas, algunas de alcance transnacional[144], se colocan a la vanguardia del sistema económico,

---

(143) Una concepción así diseñada, ha llevado a algún sector doctrinal español, a GÓMEZ-JARA DÍEZ, a propugnar el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial, como base teórica de un fenómeno social y jurídico de gran importancia en la sociedad moderna: la ciudadanía empresarial (*Coporate Citizanship*).
El referido autor señala que en efecto la decisiva influencia que los actores corporativos han ido desplegando en la configuración social ha provocado que se genere tácita o expresamente, un determinado estatus que, sin lugar a dudas, se ha consolidado a lo largo del siglo XX. Dicho estatus despliega importantes efectos, tanto en lo que a la responsabilidad penal individual de los miembros de los Consejos de Administración se refiere [...], como a la responsabilidad penal de la propia empresa. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en *El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Aranzandi, Navarra, 2006, págs. 27-28. De cierta forma se sigue al autor LAMPE (fuente), quien denomina *la responsabilidad penal en sistemas complejos,* en cuanto a la deconstrucción de los modelos de responsabilidad individual; un modelo así configurado, desborda de forma radical las bases de imputación jurídico-penal, en cuanto a un proceso de individualización de culpabilidad de los individuos, a quienes se les atribuye haber perpetrado el injusto penal.

(144) El fenómeno de la «globalización» repercute de forma significativa, en la forma cómo se organizan y estructuran estas unidades empresariales, en la medida que la apertura de los mercados, ha importado la extensión de las actividades de estas personas jurídicas, cuyas sedes principales se ubican en ciertos espacios territoriales, para instalar subsidiarias en diversos Estados, lo cual hace más difícil ubicar desde donde se toman las decisiones, considerando que cada filial contará con sus propios gestores y decisores del rumbo empresarial de la sociedad, problematizando aún más la construcción de la imputación jurídicô-penal. A decir, DE ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, el modelo organizativo propiciado por el cambio tecnológico y las nuevas necesidades de un mercado muy competitivo y cambiante, donde los riesgos se diversifican en la red, ya no se define como un conjunto de medios orientados a unos fines comunes, sino que la empresa-red está constitui-

incidiendo en concretas relaciones jurídico-comerciales entre las empresas competidoras, los consumidores y a su vez con el Estado, a través de obligaciones jurídico-tributarias; hablándose también de la denominada *responsabilidad social*, en cuanto a su intervención en el desarrollo socio-educativo y cultural de los pueblos donde asientan sus actividades empresariales. De modo que las personas jurídicas han de ejecutar o emprender sus actividades societarias con un fin lucrativo –legítimo en un Estado constitucional de Derecho– que ha de tomar lugar únicamente de forma lícita, la consecución de este objetivo bajo prácticas empresariales ilegales, reñidas con los postulados de una economía social de mercado, ingresan a la esfera delincuencial empresarial, mereciendo una pena como consecuencia jurídica, empero la sanción punitiva no puede recaer sobre la empresa, al significar una construcción normativa idealizada; de ahí que sea necesario que la dogmática jurídico-penal, elabore herramientas normativas capaces de sentar en el banquillo de los acusados a los reales promotores, gestores y conductores de estos comportamientos, cuyo alto contenido de desvalor determina que el Derecho penal haya de alcanzarlos con todo el rigor posible.

La responsabilidad criminal de los que intervienen en estas estructuras jerárquicamente organizadas, presenta sus propios problemas en el ámbito de la autoría y participación, porque la dogmática clásica está diseñada a partir de un delito concebido como una conducta individual y que generalmente tiene una sola víctima. Por ello surgen serias dificultades cuando a través de ella se quiere dar solución a casos más complejos, donde el hecho delictivo es realizado por un grupo de personas organizadas jerárquicamente y con división de funciones[145].

---

da por un sistema de redes interconectados, pero a la vez autónomos en sus fines. En una red horizontal, flexible, pero a la vez autónomamente regulada, con fines propios, pero vinculados a una gran empresa, difícilmente se puede establecer el núcleo de decisión de los comportamientos ilícitos. Cfr. *La cuestión de la responsabilidad penal...*, op. cit., págs. 268-269.

(145) Marín de Espinosa Ceballos, Elena, *La responsabilidad penal en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas*, en: La Responsabilidad criminal de las personas jurídicas, op. cit., p. 58.

Lógicamente, la empresa no puede responder por todos los sucesos lesivos y/o puestas en peligro que puedan generarse como consecuencia de sus actividades societarias, en el sentido, mientras que sus actuaciones se sujetan a los parámetros de los *riesgos permitidos, es decir, no supera el ámbito de lo permitidol, comercialmente hablando, no han de responder penalmente sus órganos de representación;* por ejemplo, cuando el consumidor se excede en la dosis prescrita por el médico, provocándose una afectación en la salud. Como nos recuerdan en la doctrina, los márgenes de permisión de riesgos en el ámbito de las actividades empresariales suelen ser muy amplios, ya que vivimos en una sociedad que necesita producir de forma competitiva con otros mercados[146]. Serán los usos y costumbres del mercado, los que nos definan los márgenes de lo permitido y de lo no permitido, como baremo a tomar en cuenta para la determinación del riesgo jurídicamente desaprobado. A decir de FEIJOO SÁNCHEZ:

> *[...] la dogmática jurídico-penal moderna está teniendo que evolucionar para poder tratar adecuadamente nuevos fenómenos de las sociedades contemporáneas frente a las que las respuestas tradicionales resultan insuficientes. Uno de estos fenómenos es, sin duda, que en las sociedades contemporáneas las organizaciones empresariales ocupan un lugar especial como actores de la vida social y agentes económicos. Las empresas y personas jurídicas son una nueva realidad emergente que ya no pueden ser tratadas como la suma de sujetos individuales, sino que suponen una nueva realidad social.*[147]

Es así que el legislador penal, consciente de que las personas jurídicas no son portadoras de responsabilidad penal (*societas*

---

(146) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* Reus, Madrid, 2007, p. 182.

(147) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* op. cit., p. 126.

delinquere non potest[148]), incluyó en el art. 27° del CP[149], una fórmula normativa capaz de penetrar en los órganos que toman las decisiones y que definen el rumbo de la empresa, esto es, el llamado «actuar en lugar de otro», mediando una cláusula de transferibilidad inserta en el ámbito de autoría y participación, cuya aplicación se circunscribe principalmente a los delitos «especiales propios»[150]. En consecuencia, las personas físicas que dirigen o controlan los órganos de representación de la empresa son sobre quienes deben recaer las sanciones punitivas; siguiendo el modelo de imputación jurídico-penal, son ellas las que ostentan el dominio social de la persona jurídica, al entablarse una relación jurídico-societaria entre estas y la empresa, por ende, solo estas personas están en capacidad

---

(148) La Corte Suprema argentina, en el precedente «Fly Machine S.R.L.», el juez Zaffaroni, hace un análisis muy interesante, indicando en su voto (considerando 5) lo siguiente: «[...] más allá de lo que pueda establecerse en ciertas leyes de la naturaleza penal, lo relevante en punto a las personas jurídicas es su imposibilidad de comportamientos en términos congruentes con la ciencia penal y los mandatos constitucionales sobre la materia. En esa línea, el requerimiento de conducta humana como presupuesto sistemático para la construcción del concepto de delito responde a una mínima exigencia de racionalidad republicana dentro del método dogmático jurídico-penal y su definición se halla condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca el *nullum crimensine conducta*»; citado por YACOBUCCI, Guillermo, *Modelos de atribución de responsabilidad...*, op. cit., p. 20.

(149) Art. 27° **del CP –Actuación en nombre de otro–:** El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada.

(150) Así, NIETO MARTÍN, al sostener que gran parte de los delitos económicos son especiales. Autores solo pueden ser aquellos –intraneus– que reúnan las características exigidas por el tipo (deudor, obligado tributario, beneficiario de una subvención, administrador de hecho o de derecho etc.). La construcción de una figura como delito especial supone una importante decisión valorativa por parte del legislador que entronca con el carácter fragmentario del Derecho penal. Cfr. *Autoría y participación en el Derecho penal económico*, (en línea), Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla - La Mancha, 2002, p. 1, [fecha de consulta: 20 de junio de 2014], disponible en: http://bit.ly/1u6LIx3.

de vincular jurídicamente a la empresa con terceros y con el Estado, de generar verdaderos estados de riesgos no permitidos, desencadenando situaciones peligrosas para los intereses jurídicos tutelados en este apartado de la criminalidad.

Conforme a esta imagen social y normativa, para algunos bastaría con elaborar una especie de *responsabilidad colectiva (compartida)*, bajo el entendido que la empresa al presenta un defecto de organización –propia de su propia estructura y envergadura societaria–, donde todos los que hayan desempeñado un rol determinante en dichas actuaciones deficitarias tendrían que responder penalmente, sin necesidad de proceder a la individualización de cada uno de los intervinientes. Una fórmula normativa así concebida, resulta desdeñable, pues el hecho de que la dogmática jurídico-penal, se afane en construir instrumentos adecuados para definir la imputación jurídico-penal en el marco de la empresa, esto no significa dejar de lado que el reproche de culpabilidad tiene que ver con un proceso de individualización de responsabilidades. Dicho esto, sabedores que las empresas se organizan a través de diversas secciones o departamentos, contando en su seno con personas cualificadas, dando lugar a la división del trabajo y a la identificación de específicos ámbitos de organización, donde cada uno ha de ejercer un rol social. Por tanto, no se puede formular una imputación jurídico-penal colectiva (a la empresa)[151], de manera que la solución pasa por determinar quien fue competente ante determinados sucesos que develan defectos de organización, y para tal fin se debe desentrañar la estructura organizativa de la persona jurídica, así como los órganos de representación que la integran.

---

(151) En opinión de Feijoo Sánchez, «[...] el Derecho penal vigente sigue considerando –con buen criterio– que el respeto de dichas normas esenciales es competencia de las personas físicas que actúan en el marco de la empresa. La disposición jurídica es una competencia exclusiva de las personas físicas y no de las personas jurídicas o colectivas». Cfr. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* op. cit., p. 131.

Así SCHÜNEMANN, al sostener que, del hecho reconocido que un delito cometido en la empresa frecuentemente no se puede imputar a la dirección –de la empresa–, no se puede extraer la consecuencia radical de que se debería eliminar la responsabilidad individual en empresas. Naturalmente, sería igual de incorrecto sobrepasar los límites de la imputación individual para poder responsabilizar penalmente a la dirección de la empresa por los delitos cometidos en su ámbito [...]. Sin embargo, es igualmente erróneo el otro extremo, consistente en negar toda posibilidad de responsabilidad de dirección de la empresa(152).

Por otra parte, si bien la fórmula normativa del «actuar en lugar de otro» significó un avance importante, en orden a garantizar la punición de la delincuencia económica, la variedad de casos que pueden presentarse en el marco de la «criminalidad empresarial», demostró que esta era insuficiente para poder resolver esta compleja problemática, demandando a la dogmática penal un mayor esfuerzo, en orden a articular instrumentos capaces de desentrañar todo este entramado delictual(153), sobre todo que, sin resquebrajar el principio de legalidad, se pueda garantizar que los verdaderos gestores de estas ilícitas actividades empresariales en el mercado (fraude en los consumidores, espionaje industrial, conductas monopólicas, abuso de poder de dominio, concertaciones ilegales, etc.), puedan ser pasibles de una sanción punitiva, y no

(152) SCHÜNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa,* en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, T. 41, 1988, p. 12 y ss.

(153) A decir de FEIJOO SÁNCHEZ, la dogmática tradicional resulta insuficiente para enfrentarse a la problemática de las actividades empresariales organizadas de forma compleja. No se ha tratado todavía de forma satisfactoria una característica central de las sociedades modernas como es la organización empresarial con su consiguiente reparto de funciones y distribución de tareas dentro de la organización. En este ámbito delictivo ya no encontramos un autor que tome la decisión y que ejecute dicha decisión. Cfr. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* op. cit., págs. 128-129.

aquellos de las estructuras más bajas, que se encargan únicamente de ejecutar las órdenes que vienen desde arriba, sean los que asuman la responsabilidad penal, por la deficiente organización empresarial[154].

El listado delictivo mencionado adquiere configuración real en un modelo económico (constitucional), cuyos postulados esenciales son la libre competencia, la propiedad privada, la libre contratación, el pluralismo económico y el principio de subsidiariedad, tal como se desprende del sistema adoptado por la Ley Fundamental de 1993. Por tanto, con el modelo económico anterior –contenido en la Constitución Política de 1979–, estos injustos penales económicos no podían adquirir materialidad típica; no obstante, fueron acogidos en el Texto Punitivo de 1991, tal vez augurando un cambio de rumbo del modelo a seguir. Dicho así, en un modelo económico basado en una economía social de mercado, donde son los privados los que dinamizan y dan cuerpo al mercado, si bien el Estado, no ha de intervenir como un agente económico, no es menos cierto, que ha de vigilar o controlar que estos agentes no realicen conductas que vayan en desmedro de los lineamientos básicos del modelo elegido, así como proteger a los consumidores, de acuerdo a la proclama constitucional prevista en el art. 65°.

Entonces, lo que se pretende con el presente estudio es exponer argumentos teórico-conceptuales que permitan construir herramientas dogmáticas, para definir la imputación jurídico-penal sobre las personas que integran los órganos societarios más importantes de la empresa.

---

(154) Vide,, al respecto, Marín de Espinosa Ceballos, Elena, *La responsabilidad penal en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas,* op. cit., p. 58.

2. LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL: LA EMPRESA COMO FOCO DE RIESGO

Si contemplamos la realización típica de los delitos patrimoniales convencionales, observaremos que las conductas prohibidas se realizan en el mundo fenoménico mediando la realización de actividad fisiológica-corporal, que el agente emprende en pos de tomar la esfera de custodia del bien. Por ejemplo, el autor de un robo ejerce la amenaza sobre su víctima mostrándole el arma de fuego y así se apodera del bien mueble; la descripción fáctica del caso propuesto se ajusta cabalmente a la literalidad normativa del art. 188° del CP; así también, cuando el agente del delito ingresa a una casa habitada mediando escalamiento o rotura de obstáculos y de este modo sustrae todos los electrodomésticos que se encuentran en su interior. En estos casos la imputación jurídico-penal toma lugar sin ningún problema, pues las conductas realizadas se emparentan fácilmente con los componentes de la descripción típica de la figura delictiva en particular.

Cuando nos insertamos en la «criminalidad empresarial» las cosas cambian de forma radical. La empresa comporta toda una estructura piramidal, definiendo entre sus órganos de representación relaciones de tipo vertical y horizontal, a su vez aparece una compleja red de áreas o departamentos donde cada uno de ellos asume una particular esfera de *organización societaria*. Por ejemplo, al área de *marketing* le corresponde diseñar la política de mercadotecnia; al área de economía y finanzas, elaborar los estados financieros; al área de *recursos humanos*, la selección del personal idóneo para el desempeño de una serie de actividades, etc. Por consiguiente, se establecen rigurosos ámbitos de organización, cuyo defectuoso desarrollo societario no puede reportar responsabilidad penal a las otras áreas, a menos que el órgano de arriba no haya procurado que el órgano de abajo cuente con las condiciones necesarias para un desarrollo óptimo de su ámbito específico de organización societaria.

A su vez, se observa que las corporaciones empresariales manifiestan una estructura organizativa compartimentada y fragmentada. Por ejemplo, las decisiones se toman desde varios centros referenciales de la persona jurídica; [...] denota comportamientos complejos en los que se produce una fragmentariedad en las decisiones y en la ejecución de actividades delictuosas: los centros decisionales están fragmentados y el *iter* formativo de la voluntad parcializada[155]. Puede que el entramado de toda esta red de toma de decisiones ocasionen que quienes se ubican a un nivel intermedio las trastoquen, la deformen a su propio interés y así determinen a quiénes se ubican en el último eslabón de la estructura empresarial a ejecutar acciones delictivas, incidiendo en la irresponsabilidad de quienes se sitúan en lo más alto de la estructura empresarial. Como pone de relieve Martínez-Bujan Pérez:

> *[...] en delitos, en los que se vulneran bienes jurídicos por medio de una actuación que se lleva a cabo para una empresa, surgen problemas específicos de imputación penal, derivados de una criminalidad organizada, que en el plano horizontal se estructura a través de la división del trabajo entre diversas personas, y en el plano vertical se apoya en el principio de jerarquía. Concretamente, tales problemas se deben fundamentalmente a la característica de escisión que se produce en el seno de la empresa, entre los sujetos que ejecutan inmediatamente la conducta delictiva (que en ocasiones no siquiera serán criminalmente responsables) y los sujetos realmente responsables de la decisión criminal, que han trazado el plan ejecutivo.*[156]

Por ejemplo, cuando los empleados de menor jerarquía de una empresa son los que vierten desechos tóxicos en un manantial, río

---

(155) Zúñiga Rodríguez, Laura, *La cuestión de la responsabilidad penal...*, op. cit., p. 270.

(156) Martínez-Bujan Pérez, Carlos, *Derecho penal económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 193-194.

o represa –contaminando este componente natural–, se diría que la responsabilidad penal recae exclusivamente sobre estos órganos ejecutores; sin embargo, se devela que la orden provino de uno de los directivos que conforma la cúpula empresarial, de la junta directiva, vale decir, la decisión transitó de arriba hacia abajo, conforme la cadena de mando que conforma la estructura organizativa de la empresa. Así también, la introducción de productos destinados al consumo humano corrompidos o falsificados (en estado de descomposición) al mercado de consumidores, a los repartidores de la persona jurídica no los puede hacer responsables penalmente, en tanto y en cuanto, el ingreso de tales bienes fue decisión de los directivos que ostentan el control o dominio de todas las actividades que realiza la persona jurídica, sean estas lícitas o ilícitas.

Por tanto, es misión de la dogmática jurídico-penal identificar a quienes han procedido a un desarrollo defectuoso de su ámbito específico de organización societaria –generar un riesgo no permitido– y que hayan actuado dolosamente. No olvidemos que según nuestra *lege lata* la delincuencia económica solo es punible a título de dolo.

Según lo anotado, las categorías dogmáticas de autoría mediata y de coautoría requieren ser formuladas en sus conceptos elementales, pues en el caso que nos ocupa, quien ejecuta formalmente el tipo penal puede actuar con dolo, dando lugar a un individuo que no puede ser considerado como instrumento, de forma que, la codecisión en el hecho es un punto que debe dejarse de lado para construir la imputación jurídico-penal tanto del individuo del mando superior como el ejecutor, quienes son coautores a pesar de ni siquiera conocerse; algo similar puede postularse conforme a una coautoría mediata, cuando el ejecutor obra sin dolo. No somos partidarios de una autoría mediata en estructuras organizativas de poder, al implicar esto una serie de presupuestos de configuración, que difícilmente pueden observarse en las corporaciones empresariales. Ante las características propias que configura esta nueva forma de criminalidad organizada, indica

ESPINOSA CEBALLOS, puede desarrollarse una nueva modalidad de coautoría (vertical y organizada) frente a la tradicional (horizontal y correlativa), que se determinaría por el criterio del dominio de la organización (jerárquica) frente al criterio del dominio funcional del hecho que define la coautoría tradicional (cumulativa)[157].

En los ejemplos citados vemos que los perjuicios que estas conductas provocan son de gran envergadura tanto para los bienes jurídicos colectivos, como para los individuales, por lo que elaborar respuestas dogmáticas adecuadas para construir la imputación jurídico-penal de estos gestores empresariales de la delictuosidad es un reto que debe asumir por entero la dogmática jurídico-penal. JIMÉNEZ BERNALES indica que los enormes daños materiales e inmateriales sufridos por la sociedad (verbi gratia, graves perjuicios para el orden económico e intereses individuales) a consecuencia de los diversos delitos cometidos por medio de la actividad empresarial, han llevado a determinar que la empresa puede constituir un objeto peligroso en manos de las personas que la integran[158].

Como bien apunta SCHÜNEMANN, en la criminalidad de la empresa la conducta delictiva es realizada por la empresa a través de sus miembros que lo conforman en perjuicio de terceras personas, es decir, el delito va dirigido al mundo exterior y lesiona bienes jurídicos e intereses externos[159].

No perdamos de vista, como se apunta en la doctrina, que el principal agente de riesgos para los bienes jurídicos colectivos de nuestros días es la empresa. Los delitos contra el medioambiente,

---

(157) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, *La responsabilidad penal en estructuras jerárquicamente organizadas,* op. cit., p. 64.

(158) JIMÉNEZ BERNALES, Juan, *La criminalidad empresarial como defecto de organización*, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 27, Editorial Gaceta, Lima, 2011, p. 182.

(159) SCHÜNEMANN citado por JIMÉNEZ BERNALES en *La criminalidad empresarial...*, op. cit., p. 183.

contra los trabajadores, contra la salud pública (responsabilidad por el producto) fraudes contables, etc., se cometen principalmente en el seno de las empresas, no solo dentro del comercio legal, sino también dentro de los tráficos ilícitos. Encontramos que existen empresas (reales, fantasmas, interpuestas, en cadena, etc.) que intervienen facilitando la impunidad de los hechos por el camuflaje dentro de la estructura de una persona jurídica[160].

Si la empresa constituye un objeto peligroso, ello determina la asunción, por parte de sus órganos de representación y gestión, de una serie de deberes y obligaciones, en cuanto a procurar implementar mecanismos encaminados a controlar o prevenir focos de peligro que puedan desembocar en riesgos no permitidos, susceptibles de ingresar al ámbito de protección de la norma jurídico-penal. A tal efecto, las personas que integran estos órganos de representación adquieren la calidad de «garantes», por lo que no solo han de responder penalmente por aquellas acciones que realizan en el seno de la empresa, constitutivas de un injusto penal económico[161], sino también por no haber adoptado las acciones necesarias para evitar o controlar la generación de estos riesgos no permitidos. Así, cuando se postula que el fundamento de responsabilidad derivada de productos, medios y procesos de producción puede sintetizarse en lo siguiente: quien realiza una actividad, una explotación industrial que genera riesgos para terceros (trabajadores, consumidores, para bienes colectivos, medioambiente, etc.), se compromete a adoptar las medidas necesarias para evitar resultados lesivos. Este compromiso de asegurar

---

(160) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *La cuestión de la responsabilidad penal...*, op. cit., págs. 266-267.

(161) A decir de FRISCH, para imputar responsabilidad penal del directivo de un delito de comisión de resultado es necesario acreditar que el sujeto actuante haya creado un riesgo desaprobado y que se realice en el resultado. En *Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división de trabajo*, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, op. cit., p. 101.

determinados riesgos que se desprenden de su actividad es la razón en virtud de la cual el ordenamiento jurídico permite su actividad y los riesgos que de la misma se derivan[162]. Según dicho presupuesto se manifiesta el principio de precaución, en cuanto a la exigencia de instaurar todos los mecanismos de seguridad indispensables para evitar la producción de riesgos no permitidos, como primer peldaño a identificar para considerar una conducta como penalmente relevante.

Al hablar de la criminalidad económica estamos, por tanto, asistiendo al denominado «*Derecho penal de la empresa*», *en tanto la delincuencia económica toma lugar preferentemente a través de las estructuras formales que se incardinan en la persona jurídica; [...] es la empresa la que se convierte en actor esencial a la hora de dirigir los costes de los conflictos de la economía con el sistema jurídico, sobre todo atendiendo a la idea de riesgos sociales que deben ser controlados a través del Derecho penal. Es aquí donde se sitúan las exigencias sociales que motorizan el desarrollo del «delito de la empresa»*[163].

3. LA CONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LA EMPRESA

Concibiendo a la empresa como una compleja estructura[164] organizativa de vértices piramidales, donde las decisiones toman lugar tanto de forma horizontal como vertical, el tema se torna complicado cuando hemos de determinar la responsabilidad penal de cada uno de los que intervinieron en la realización de un tipo delictivo de naturaleza económica.

---

(162) NIETO MARTÍN, Adán, *Autoría y participación en el Derecho penal económico,* op. cit., p. 16.

(163) YACOBUCCI, Guillermo, *Modelos de atribución de responsabilidad penal de la empresa*, op. cit., p. 5.

(164) Por estructura, GARCÍA MADARIA, entiende la definición formal de las interacciones estables que vinculan a miembros de una misma organización mediante la definición y asignación de roles, citada por JIMÉNEZ BERNALES en *La criminalidad empresarial como defecto de organización,* op. cit., p. 185.

De plano no podemos formular la responsabilidad penal desde una contemplación puramente fenoménica (objetiva). Según el ejemplo planteado en líneas precedentes, resultaría incompatible, desde una perspectiva material y normativa, que quienes se encargan de repartir el producto defectuoso tuvieran que responder directamente como autores. Como bien señala NIETO MARTÍN, cuando en una estructura empresarial se produce una conducta delictiva, casi intuitivamente, todos coincidiríamos en que la responsabilidad penal ha de atribuirse a quienes toman decisiones y detentan el poder(165).

La responsabilidad penal de quienes instrumentalizan la empresa, para cometer una serie de actos delictivos no puede examinarse sobre elementos formales y objetivos de autoría y participación, menos desde un plano naturalista, pues, como veremos seguidamente, los órganos máximos de la estructura societaria nunca ejecutarán formalmente el injusto penal económico, sino que su intervención se dará siempre en una etapa típicamente preparatoria(166) (167).

Debe añadirse, por tanto, que en la empresa, al margen de existir varios órganos, sean estos superiores, medios y puramente ejecutores, aparece también un ámbito extenso de delegaciones(168)

---

(165) NIETO MARTÍN, Adán, *Autoría y participación en el Derecho penal económico,* op. cit., p. 13.

(166) Al respecto, MARTÍNEZ-BUJAN Pérez escribe, que suma acá el fenómeno de las escisión que tiene lugar en las estructuras jerarquizadas entre los sujetos que ejecutan materialmente la conducta delictiva y los sujetos realmente responsables de la decisión criminal, que son quienes han trazado el plan ejecutivo. Cfr. *Derecho penal económico. Parte General,* op. cit., p. 197.

(167) Así, YACOBUCCI, al señalar que aunque el director no ejecute de propia mano ciertos comportamientos, hay un ámbito de autorresponsabilidad que es fuente legítima de atribución de consecuencias penales. Vide, *Modelos de atribución de responsabilidad...,* op. cit., p. 14.

(168) Este fenómeno de la delegación, escribe FEIJOO SÁNCHEZ, genera un tipo de responsabilidad que solo tiene lugar en las organizaciones que actúan de conformi-

y división de roles, donde los superiores delegan a sus subordinados la realización de ciertas funciones, es así que estos últimos asumen también la posición de «garantes»[169]. Examinemos un ejemplo: si la junta directiva delega la tarea de visar y controlar los libros contables al gerente general y para tal efecto, el gerente contrata a un contador que se encargará de elaborar los libros contables; si el primero le ordena al segundo a falsear los ingresos, dejando de lado ciertas ventas de la persona jurídica y así pagar menos impuestos, en evidente desmedro al fisco; mas, si es que los miembros de la junta directiva delegaron, en el marco del principio de confianza, dicha actuación societaria a una persona que contaba con toda la idoneidad y capacidad para desarrollar dicha tarea, no tienen por qué responder penalmente por el desenvolvimiento defectuoso de una esfera de organización ajena, a menos que una de las competencias de la junta directiva sea aprobar los estados contables de la persona jurídica y, claro está, cuando estos sabían del proceder antijurídico del gerente general,

---

dad con el Derecho (empresariales, estatales, burocráticas, etc.), en la medida en la que surgen deberes de selección, información, entrega o dotación de medios económicos y materiales, de preparación, instrucción o formación o de organización y coordinación entre otros que tienen que ver con una adecuada gestión de la delegación como fenómeno que en sí mismo puede encerrar peligros si no se realiza correctamente. En *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* op. cit., p. 189.

(169) Sobre esto, MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, indica «[...] que el mecanismo de la delegación no solo resulta perfectamente legítimo, sino que además posee una considerable importancia práctica para el debido funcionamiento de la empresa. Piénsese al respecto que no solo son delegables las actividades mecánicas, sino también los propios deberes de vigilancia. Por consiguiente, siempre que la delegación vaya acompañada de la dotación del necesario dominio [...], semejante mecanismo hace surgir una nueva posición de garantía, desde el momento en que quien asume un deber por delegación asume asimismo una responsabilidad especial, de tal suerte que en el ámbito de los delitos comunes puramente resultativos la infracción de dicho deber específico supondría también –si concurren los restantes requisitos– la responsabilidad penal en comisión por omisión por el resultado producido». Cfr. *Derecho penal económico. Parte General,* op. cit., p. 208.

pues al conservar una competencia residual han de responder por «comisión por omisión»[170].

Ello se vuelve más problemático cuando estamos ante organizaciones empresariales de compleja envergadura; cuanto más grande y compleja es la empresa, los deberes de los directivos pasan a ser más genéricos, apunta la doctrina especializada. Hay que tener en cuenta que el creciente proceso de descentralización y delegación de funciones y deberes desde el vértice superior a los elementos intermedios en las empresas, como consecuencia que estas no se corresponden ya exactamente con la idea de una pirámide estrictamente jerarquizada en la que el vértice superior sigue controlándolo todo[171]; [...] toda organización supone relaciones de confianza y, al mismo tiempo, en virtud de líneas jerárquicas, exigencias de control y vigilancia de los delegantes o superiores[172]. A decir de NIETO MARTÍN:

> *[...] debe tenerse presente que en la mayoría de empresas, sobre todo a partir de una cierta dimensión, el poder y la información necesaria para ejercerlo, se encuentra repartido entre un número relativamente grande de personas. Este reparto de poder tiene lugar en primer lugar horizontalmente: cada directivo de la empresa suele tener atribuida una parcela de responsabilidad (contabilidad, ventas, producción, salud laboral, etc.). Por lo que no puede decirse que todo sea asunto o competencia de todos.*[173]

---

(170) Al vulnerarse los deberes de control, supervisión y vigilia sobre los órganos subordinados, que nunca se pierde a pesar de la delegación, en cuanto al emprendimiento de una acción dirigida a evitar lesiones y/o puestas en peligro de bienes jurídicos.

(171) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* op. cit., p. 162.

(172) YACOBUCCI, Guillermo, *Modelos de atribución de responsabilidad...,* op. cit., p. 30.

(173) NIETO MARTÍN, Adán, *Autoría y participación en el Derecho penal económico,* op. cit., p. 13.

Pero si se delega funciones a personas que no cuentan con la competencia para ello, esta delegación no exime de responsabilidad al delegante[174][175]. El que delega mermando o empeorando las condiciones de seguridad existentes puede responder de los daños que se deriven de esa merma o de ese empeoramiento con respecto a la situación previa a la delegación[176].

Cuestión importante a saber es, que la rendición de cuentas y la presentación de estados financieros es solo una facultad del Directorio; es una obligación intransferible y por tanto implica responsabilidad. Como no se trata de encargo proveniente de la junta general, sino de mandato de la ley, la junta no podrá trasladarlo a otro órgano o persona[177]; esto quiere decir que no se puede delegar dicha atribución, y si así se hace, aparte de poder estar incursos sus miembros en una infracción de índole societaria, si estos estados financieros han sido

---

(174) MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, citando a FRISCH, alude que el directo designante está obligado a eliminar periódicamente aquellos peligros que, de haber existido desde un principio, se habrían erigido en un obstáculo para la designación del subordinado. En *Derecho penal económico, Parte General,* op. cit., p. 206; en ese mismo sentido, también véase JIMÉNEZ BARDALES, *La responsabilidad penal de los empresarios,* Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 33, Gaceta, Lima, 2012, p. 166.

(175) Cuando el empresario contrata a sus colaboradores y les asigna un puesto determinado o cargo, no está realizando propiamente una delegación, sino que está configurando –apunta RAQUEL MONTANER–. Esto implicaría que el empresario sigue siendo formalmente competente para todo lo que sucede en ella. Sin embargo –señala la profesora–, esa omnicomprensión debe ser dejada de lado en virtud de los criterios de tipo material, que determinan, a pesar de la gestión general que se les puede atribuir, que el empresario ha puesto en sus directores un dominio material con un determinado ámbito de competencia. Lo que queda en la esfera del empresario es su compromiso individual de control y contención de riesgos determinados que pueden surgir de objetos o personas sometidas a su supervisión; Vide, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal,* citada por YACOBUCCI, Guillermo, *Modelos de Atribución de Responsabilidad...,* op. cit., págs. 13-14.

(176) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* op. cit., p. 190.

(177) MONTOYA MANFREDI, Ulises, *Derecho comercial,* T. I, Grijley, Lima, 1999, p. 527.

dolosamente manipulados, de seguro que la responsabilidad penal alcanzará también a estos, al margen de la responsabilidad atribuible al órgano delegado. Al respecto la doctrina societaria es tajante, al acotar que solo se permite encomendar «determinados asuntos» y no todos, o sea que no puede haber delegación total[178].

Entonces para poder atribuir responsabilidad penal se debe advertir lo siguiente: que la toma de decisión fue adoptada y tomada por este órgano colegiado[179] [180] o si pese a saber que los órganos medios estaban ejecutando una actividad delictuosa, no hicieron nada para evitarlo, o al no haber proveído a los subordinados de los medios necesarios para contener focos latentes de riesgos, en la medida que ellos asumen la calidad de garantes, lo cual implica el deber de control y de fiscalización de lo que realizan sus subordinados, por ende, de neutralizar cualquier foco de riesgo que tenga trascendencia hacia afuera «omisión»[181]. Dichos deberes de control, supervisión o

---

(178) Loc. cit.; este mismo autor –MONTOYA MANFREDI–, señala que para la validez de la delegación permanente de alguna facultad del directorio y para la designación de los directores que hayan de cumplir con el encargo, se exige el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros del directorio.

(179) En tal sentido, MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, sostiene que «[...] en la medida que el delito cometido directamente por los subordinados sea la consecuencia del plan diseñado por los órganos de dirección o, cuando menos, haya sido provocado o favorecido por estos, cabrá siempre recurrir a las diferentes formas de participación [...]». En *Derecho penal económico. Parte General,* op. cit., p. 199.

(180) Si es que los órganos ejecutores del delito, son considerados autores, y se tiene que estos actúan bajo un error de tipo o en el marco de la obediencia debida, se concluiría que los miembros de los órganos superiores no podrían siquiera ser responsables a título de complicidad, en mérito al principio de accesoriedad limitada, al faltar la antijuridicidad en la conducta del autor; es a tal efecto, que resulta esencial construir la responsabilidad penal de los miembros del directorio como «autores», y la de los ejecutores, que si obraron con dolo habrán de responder como autores, mas como coautores, desde una contemplación distinta de la codelincuencia, en cuanto al factor codecisión refiere, basado en una relación vertical y no horizontal, característica tradicional de este título de participación delictiva; Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte General,* T. I, Idemsa, Lima, 2011.

(181) La omisión implica la no evitación de la causación de un resultado lesivo, pese a existir la exigencia normativa de haber ejecutado una acción destinada conju-

vigilancia obligan a adoptar algunas medidas de precaución, aunque no existan motivos concretos, indicios o evidencias de comportamientos antijurídicos, incorrectos o defectuosos por parte de los subordinados. En este caso resulta extremadamente complejo establecer de forma general para todo tipo de empresa cuáles deben ser los protocolos de actuación[182], dependerá de la delimitación de funciones de actuación societaria para poder determinar y fijar ámbitos de responsabilidad. Sin duda, los integrantes de los máximos entes societarios han de estar siempre informados de aquellas situaciones de generación de riesgos. Serán las normativas pertinentes las que definan los deberes de actuar de los órganos de representación. El principio de confianza puede proporcionar una delimitación importante al respecto, pero no puede aplicarse de forma general a todos los casos cuando la posición especial del sujeto societario con el bien jurídico proyecta la situación de garante.

4. RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS DE MAYOR JERARQUÍA DE LA EMPRESA (DIRECTORIO)

Cabe precisar que, los miembros del directorio no responden como partícipes de los hechos delictuosos atribuidos a la empresa, cuya ejecución formal haya sido efectuada por los mandos ejecutores. En este caso el dominio del hecho adquiere otra dimensión, en el sentido que el señor del hecho será aquel que ostente el dominio y

---

rar ese foco de riesgo; como expone SILVA-SÁNCHEZ, [...] supone la existencia de una prestación exigida por la norma. No hay omisión sin mandato normativo que imponga un determinado comportamiento y esta sea posible concretamente de realizarse. Esta prestación positiva justamente tiene por finalidad material la protección o realización de un bien jurídico especial. SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *El delito de omisión,* B de F, Montevideo, 2003, p. 182.

La teoría de la comisión por omisión lo que investiga y trata de resolver precisamente es bajo qué condiciones en estas circunstancias existe un grado de responsabilidad equivalente al que tiene la persona que personalmente genera un riesgo prohibido que causa o coadyuva a la causación del resultado, anota NIETO MARTÍN, en *Autoría y participación en el Derecho penal económico,* op. cit., p. 18.

(182) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* op. cit., p. 195.

control en las decisiones adoptadas en el seno de la persona jurídica, sean estas lícitas o ilícitas. Ostentan el poder de decisión quienes desde la cúpula de la estructura societaria han sentado las bases y las condiciones para que los órganos ejecutores materialicen el acto delictivo, sin saber estos últimos lo que estaban haciendo, pues no era de su incumbencia informarse el real contenido de los productos que repartían; solo los primeros han de responder penalmente, en cambio el comportamiento de los ejecutores ha de ser impune[183]. En palabras de SILVA SÁNCHEZ: «No deja de producir perplejidad la calificación de partícipe para quien domina de modo esencial el acontecer típico, en la medida en que posee toda la información acerca del hecho delictivo, controla las estructuras en que la comisión del delito tiene lugar y los cauces y medios de la misma»[184].

El Tribunal Supremo español en la Sentencia N° 1828-2002, del 25 de octubre, indica lo siguiente:

> *La organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta puramente ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su posible relevancia jurídico-penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por encima (especialmente si se trata de quienes detentan el control efectivo de la empresa o, como es en este caso, la jefatura en el proceso de producción). Se trata de que en este ámbito de relaciones jerarquizadas la conducta relevante sea la de aquel que es «responsable del ámbito de organización por ser el legitimado para configurarlo con exclusión de otras personas». Señalándose luego que el amplio dominio de todo el marco*

(183) Así, YACOBUCCI, Guillermo, *Modelos de atribución de responsabilidad...*, op. cit., p. 30.

(184) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español*, en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, SCHÜNEMANN, Bernd; DE FIGUEIREDO DÍAZ, Jorge, (coord.), Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 369.

y condiciones de la ejecución del hecho corresponde a aquellos que integran las posiciones más elevadas en la jerarquía (los denominados hombres de atrás), que se sirven de operarios puramente fungibles que incluso pueden no conocer el sentido último del hecho, y que difícilmente pueden por sí mismos poner fin al mismo.(185)

¿Por qué razones se puede fundamentar la responsabilidad penal de los miembros del *Directorio (junta directiva) como verdaderos «autores», a pesar de que estos no intervienen en la etapa ejecutiva del delito*? Como se ha venido sosteniendo, una empresa comporta una red compleja de estructura organizacional, situándose varios o diversos niveles de decisión compartimentada, donde los órganos máximos, al tomar las decisiones más importantes en el seno societario, por asunción de esta posición privilegiada, son los portadores del dominio o control de las actividades a ejecutarse en todo el entramado institucional corporativo. Dicho en palabras de MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ:

[...] el fundamento de la imputación de la responsabilidad de los directivos proviene del nacimiento de unos ámbitos específicos de competencia individual (fruto de la división funcional del trabajo y de la estructura jerárquica), al frente de cada uno de los cuales se halla una persona que pasa a poseer, así, una propia esfera de dominio sobre la organización interna de esta parcela de actividad. Por consiguiente, el órgano directivo asume un específico compromiso individual de control o de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos que puedan provenir de los objetos o de las personas sujetos a su supervisión, y con relación estrictamente a las actividades propias de la empresa y a hechos que él esté en condiciones de evitar de acuerdo con su propio ámbito de competencia en el organigrama empresarial.(186)

---

(185) Citada por FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* op. cit., p. 156.

(186) MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte General,* op. cit., p. 205.

Y para sostener la imputación jurídico-penal de los miembros de este órgano colegiado, «*[...] tiene que individualizarse la responsabilidad de los directivos, representantes u órganos de la empresa y probar que realizan el tipo objetivo y subjetivo del delito*».[187]

Ahora bien, lo que se pretende definir en este marco discursivo es la determinación de la responsabilidad penal de las decisiones colegiadas que se toman en el directorio[188] [189], conforme la estructura organizacional que la Ley General de Sociedades prevé en lo concerniente a las sociedades de capitales. Por ejemplo, las decisiones de mayor repercusión en cuanto al empleo de sustancias tóxicas para la elaboración de ciertos productos destinados al consumo humano o de falsear las leyendas de los envases de los mismos, son decisiones que normalmente se adoptan desde el seno de órganos colegiados, a menos que estas hayan sido delegadas a otros órganos societarios de inferior jerarquía. De ahí que resulte necesario fijar la forma de cómo se adoptan las decisiones en el órgano directivo de la empresa, en el sentido, de que el conjunto de los votos, que deciden, por ejemplo, introducir productos corrompidos al mercado, incide en un injusto penal que, considerado de forma global, importa la imputación recíproca del hecho a todos los que tomaron dicha decisión en el órgano colegiado. Es decir, la decisión colegiada involucra a todos quienes

---

(187) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *La cuestión de la responsabilidad penal...*, op. cit., p. 279.

(188) Como señala MONTOYA MANFREDI, el directorio es un cuerpo colegiado en el que se advierte la desvinculación entre el capital y la gestión, siguiendo el principio de que no se necesita ser socio para desempeñar la función de director, salvo que el estatuto lo exija. En *Derecho comercial,* T. I, op. cit., p. 519.

(189) Sobre este tópico, TIEDEMANN, entiende que: «[...] en las decisiones colegiadas (sobre todo en la responsabilidad penal por el producto) [...] se trata por un lado, de la cuestión causal de si existirían votos innecesarios y, por ello, penalmente irrelevantes debido a que ya existiría una mayoría dada gracias a los otros votos. Por otro lado, se trata de la problemática [...] de lo que tiene que hacer un miembro del órgano colegiado que ha quedado en minoría para impedir la ejecución de la decisión ilegal [...]». En *Derecho penal económico. Parte General,* Grijley, Lima, 2000, págs. 178-179.

votaron a favor de tal medida, inclusive a quienes votaron en contra o se abstuvieron, otra cosa importa que dicha negación a la decisión los puede eximir de responsabilidad frente a la empresa y frente a terceros.

A fin de fundamentar la responsabilidad o irresponsabilidad penal de los miembros del Directorio, hemos de remitirnos a la Ley General de Sociedades, cuyos artículos 153° y 169° disponen lo siguiente:

> *«El Directorio es órgano colegiado elegido por la junta general. Cuando una o más clases de acciones tengan derecho a elegir un determinado número de directores, la elección de dichos directores se hará en junta especial».*
>
> *«Cada director tiene derecho a un voto. Los acuerdos del Directorio se adoptan por mayoría absoluta de votos de los directores participantes. El estatuto puede establecer mayorías más altas. Si el estatuto no dispone de otra manera, en caso de empate decide quien preside la sesión [...]».*

Conforme la normatividad citada, se tiene que los acuerdos no requieren de la conformidad determinante de todos los miembros, bastando para ello solo «mayoría absoluta», lo cual significa que, en algunos casos, las decisiones serán adoptadas aun con el disentimiento de uno de ellos. Empero, una cosa es la responsabilidad societario y civil que los directores tengan que asumir al acordar acuerdos lesivos para terceros en contravención de determinadas normas comerciales y otra la de naturaleza penal, pues para esta última se necesita algo más, como se sostendrá líneas adelante. Así, cuando se dice, por parte de la doctrina comercial, que los directores son responsables ante la sociedad y los terceros acreedores de los contratos, créditos, préstamos o garantías celebrados u otorgados en contravención de lo que acaba de expresarse (*obligaciones del directorio*), así como por los acuerdos y actos contrarios a la ley o el estatuto, según su

participación en los acuerdos. La ley señala a quién corresponde el ejercicio de la pretensión, los requisitos para entablarla y las condiciones en que puede ser ejercitada[190].

El artículo 170° *in fine* de la Ley General de Sociedades establece que: «*El director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del Directorio debe pedir que conste en el acta su oposición. Si ello no se consigna en el acta, solicitará que se adicione al acta, según lo antes indicado*».

Entonces se diría, en principio, que aquel director que emite un voto en contra de la decisión del directorio salva su responsabilidad frente a la empresa y frente a terceros, mas eso no es tanto acertado, pues como afirma MONTOYA MANFREDI, «*[...] la obligación de responder no es solo por acción, sino también por omisión. De ahí que resulte responsable, el que conociendo las irregularidades cometidas por otros miembros del Directorio no las denuncia por escrito a la junta general*»[191]. Ello bajo el contexto de una irregularidad societaria y de naturaleza civil. Similar exigencia ha de predicarse en el caso del director ausente, aquel que no asistió a la sesión del directorio, en tanto lo acordado por este órgano colegiado también lo vincula a él, pues este, una vez que toma conocimiento del acuerdo, debe exteriorizar una voluntad contraria a través de actos unívocamente encaminados a tal fin, como es de cursar una carta notarial al directorio, manifestando su oposición al acuerdo.

Llevada dicha argumentación al ámbito estrictamente penal, debe considerarse que los acuerdos a tomar por el directorio, que impliquen la probable comisión de un injusto penal económico, se sitúan en una etapa preparatoria; *como hemos venido señalando, quienes forman parte de la cúpula de la organización societaria, no realizan actos*

(190) MANFREDI, Ulises, *Derecho comercial,* T. I, op. cit., págs. 531-532.

(191) Loc. cit.

típicamente ejecutivos, estos son cometidos por los órganos ejecutores del núcleo empresarial. Por tales motivos, para que se pueda estar frente a un hecho punible, las decisiones del órgano colegiado tienen que haber sido transferidas a los mandos medios y estos, a su vez, transferidos a los órganos ejecutores. Es mediando la suma de todas estas intervenciones que se obtiene el resultado final: *la realización del injusto penal económico, como obra de todos los que dieron un aporte para ello, siempre que su prestación se haya enmarcado en su esfera específica de organización societaria y que hayan obrado con dolo y en el caso de los miembros del directorio, su mayor responsabilidad se fundamenta en el dominio o control que ostentan en las actividades que se efectúan desde el engranaje que significa el aparato societario.*

En definitiva, la responsabilidad por el voto de los miembros de un consejo de administración de una empresa está subordinada al comienzo de los actos ejecutivos que deben realizar los subordinados. La adopción de un acuerdo delictivo por un colectivo, si no está expresamente tipificado en el Código Penal como un delito de conspiración, es en principio una conducta atípica, porque con el pensamiento no se delinque. Por tanto, manifestar la intención de cometer un delito mediante el voto, en la mayoría de las ocasiones no será punible como acto preparatorio, sin defecto, de que ello signifique una infracción de orden societario[192].

Acorde a lo anteriormente argumentado habría que añadir, que aquel director que salvó su voto, es decir, negándose a suscribir el acuerdo irregular (*delictivo*), estaría exento de toda responsabilidad penal, mas la cuestión no es tan simple, en el sentido que el miembro de este órgano máximo de la estructura societaria tiene la calidad de «garante» y como tal asume deberes de control, protección y tutela de los intereses societarios, así como de terceros que se puedan ver

(192) Marín de Espinosa Ceballos, Elena, *La responsabilidad en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas,* op. cit., p. 75.

involucrados cuando se adoptan acuerdos de naturaleza ilícita. Dicho esto, asumen la exigencia de realizar todo lo que está a su alcance para evitar la causación de eventos lesivos o puestas en peligro de bienes jurídicos –objeto de amparo punitivo–, y esto significa no el deber de denunciar el hecho ante las autoridades competentes[193], sino realizar acciones de salvamento, de evitar que las decisiones del directorio sean ejecutadas por los órganos encargados de hacerlo; inclusive, siguiendo el mismo supuesto fáctico, puede que haya votado en contra del acuerdo, pero luego haber contribuido positivamente en la materialidad del injusto penal. Así MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, al sostener que: «*[...] el miembro del Consejo de Administración que con su voto no apoyó el acuerdo delictivo, pero que posteriormente tampoco procedió a la impugnación del mismo es responsable del resultado lesivo. En este caso, su responsabilidad es por omitir la producción del resultado, esto es, porque pese a manifestarse en contra del acuerdo no hizo nada para evitar su ejecución, ya que no impugnó el acuerdo contrario a Derecho*»[194].

Para imputar objetivamente el resultado lesivo al miembro del órgano colegiado que votó en contra del acuerdo o que se abstuvo, no hay que atender al acto de votar sino al comportamiento posterior al voto. Es preciso comprobar que el miembro que no participó de forma activa en el plan, posteriormente, en un estadio más avanzado, se puso de parte de la mayoría y que, con esa participación omisiva, contribuyó en el resultado final. Esto es, para decidir sobre la responsabilidad criminal del miembro que no participó activamente en la decisión delictiva es necesario tener en cuenta la decisión colectiva, porque lo característico de la decisión colegial es que una vez constituida la mayoría, esta decide sobre el comportamiento posterior de la

(193) Así, TIEDEMANN, al expresar que la conducta de impedir, según la opinión probablemente mayoritaria, solo debe referirse a potestades previstas en el Derecho de sociedades, o sea, quedan excluidas, por ejemplo, las denuncias penales. Vide *Derecho penal económico. Parte General,* op. cit., p. 182.

(194) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, *La responsabilidad penal en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas,* op. cit., p. 76.

minoría y, por tanto, la decisión de la mayoría es también obligatoria para la minoría[195]. En cualquier caso, escribe TIEDEMANN, «*[...] un miembro del Consejo de vigilancia comete una omisión punible, debido a su posición de garante [...], cuando no impide que se produzca o se ejecute una decisión contraria al deber de lealtad*»[196].

Siendo así, la responsabilidad penal de los miembros del directorio que dieron un voto en contra del acuerdo que dio contenido a una conducta delictiva, no se sostiene por un comportamiento activo, sino más bien por una conducta omisiva[197], y en otros casos, en mérito a la realización de una conducta posterior al acuerdo, en base a un comportamiento activo.

5. CONCLUSIONES

La imputación jurídico-penal adquiere ribetes particulares en lo que a la criminalidad empresarial atañe, dado que las personas jurídicas constituyen estructuras corporativas muy complejas tanto en su nivel organizativo, como en la forma en que toman lugar sus actividades societarias. De plano, la formulación dogmática tradicional de autoría y participación no conlleva consigo soluciones político-criminales satisfactorias, por lo que acudir a nuevas herramientas dogmáticas o reestructurar las ya existentes importa una necesidad impostergable si lo que se pretende es concretizar los fines de la justicia material.

---

(195) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, *La responsabilidad penal en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas,* op. cit., p. 75.

(196) TIEDEMANN, Klaus, *Parte General del Derecho penal económico,* op. cit., p. 182.

(197) NIETO MARTÍN, explica que a la hora de atribuir responsabilidad resulta indiferente el carácter activo o pasivo del comportamiento, lo relevante es que se ha infringido una obligación con fundamento en el principio *neminem laedere* penalmente relevante y que consecuencia de la misma se ha lesionado un bien jurídico de manera culpable. Vide *Autoría y participación en el Derecho penal económico,* op. cit., p. 17.

La sociedad moderna o dígase la «sociedad del riesgo» no solo tiene que ver con la delincuencia tradicional, como el Robo, el Hurto, la Estafa y los Daños, sino que se apareja a esa criminalidad, que presenta características singulares, entre estas la delincuencia económica toma singular importancia, sobre todo, porque su materialidad típica se manifiesta a través de la empresa, es por medio de la persona jurídica, que las personas que conforman sus órganos de representación perpetran los injustos penales económicos, sea en afectación a la persona jurídica o hacia afuera, en lesión a intereses jurídicos de terceros (Estado).

Este engranaje corporativo, al cual identificamos como la empresa, muestra una estructura organizativa piramidal tanto desde un plano vertical, como horizontal, de tal modo que las órdenes son adoptadas desde los órganos máximos de la sociedad y son finalmente ejecutados por los órganos más bajos. Es así que se advierten sectores o secciones de diversa naturaleza que dan lugar a ámbitos específicos de organización societaria, de acuerdo a la idea de la división del trabajo y de la especialidad que rigen estas unidades socioeconómicas; de acuerdo a ello, cada sector responderá por los defectos de organización que se puedan manifestar en la marcha empresarial, por tanto, asumir la responsabilidad penal que ello acarree. Así también las delegaciones que comúnmente se efectúan en la empresa, empero siempre existirá una responsabilidad residual de quienes ostentan los cargos más altos de la estructura societaria.

Entonces lo que pretende la dogmática jurídico-penal es que la respuesta punitiva no solo alcance a quienes ejecutan formalmente el tipo delictivo en cuestión, sino que arrastre a los miembros de la cúpula de la organización societaria, quienes son los que ostentan el dominio o control de todas las actividades que emprende y efectúa la persona jurídica. Mediando dicha descripción criminológica es que se procede a compartimentar todos los actos necesarios para que estos hechos punibles se materialicen, donde los atribuidos al

directorio, por más que toman lugar en la etapa preparatoria, definen la responsabilidad penal de sus integrantes a título de autores (coautores, autores mediatos), al margen de la responsabilidad penal de los órganos ejecutores.

En resumen a estos tópicos de resolución dogmática, entendiendo que los directores y las personas que ejercen los órganos de representación de la empresa –en base a su especial ámbito de organización societario– se convierten en «garantes», por lo que se exige a ello una serie de medidas de precaución o contención de focos de riesgos que puedan presentarse en el decurso de la actividad empresarial, por consiguiente, la imputación jurídico-penal sobre estos se determina también por la modalidad de «comisión por omisión», pues tienen el dominio social y material del resultado típico.

IV. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Uno de los tópicos más sensibles de la «teoría de la pena» constituye el proceso de «determinación e individualización de la sanción punitiva», al converger una serie de intereses: los del agente, los de la sociedad y los del Estado. Cada uno de estos actores ostenta una determinada pretensión, lo cual imposibilita que todos se vean satisfechos con la respuesta jurisdiccional, máxime cuando la resolución de condena, algunas veces, podrá suponer la pérdida de libertad del autor o partícipe del hecho luctuoso. Esta síntesis penal constituye uno los pasajes más controvertidos e indisolubles del sistema, acota MAPELLI CAFFARENA[198].

Estas consideraciones nos conducen a una importante reflexión: que el juzgador, en este marco de la decisión, ha de atender a razones de justicia material y a los fines preventivos de la pena, concatenado con los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad; mas no perdamos de vista que en dicho espacio de concreción punitiva, cuando ya se ha determinado que el acusado es penalmente responsable del delito que se le atribuye, los protagonistas que permanecen en el diálogo comunicativo son el penado y el Estado, este último representado por el órgano jurisdiccional.

---

(198) MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito,* Cívitas, Madrid, 1996, p. 283.

Los miembros de la comunidad no participan en este diálogo, por la simple razón de que los fines preventivo-generales (negativos) que inciden en la psique de sus miembros solo han de estar vigentes al momento de la conminación penal, que se expresa en las tipificaciones de los delitos en particular. En la determinación y ejecución de la pena solamente han de valorarse los fines preventivo-especiales de la pena; lógicamente, en correspondencia con el principio de culpabilidad por el hecho[199]. A tal efecto, la conminación penal que se fija en los preceptos jurídico-penales es potestad exclusiva del Parlamento, conforme el ideario de política criminal asentado en el principio de legalidad, y para ello deberá valorar los principios fundamentales del Derecho penal, la jerarquía del bien jurídico tutelado, el grado de desvalor del injusto típico, así como el nivel de reproche culpable que recae sobre el agente. Todos estos factores han de ser conjugados en pos de desplegar un mensaje normativo, lo suficientemente idóneo para poder inhibir los estímulos delictivos de los comunitarios (coacción psicológica).

Como bien expresa García Arán, al juez no debe preocuparle la actuación posterior de los ciudadanos que no están –por el momento– sometidos a juicio, ni mucho menos incrementar la sanción al que en ese momento se juzga, lo que importaría es instrumentalizar al reo con fines de prevención general, es utilizar la fase judicial de determinación de la pena para conseguir fines a los que se consagra la conminación penal y que incluso deben formar parte de otros sectores de la política estatal ajenos al Derecho penal[200]. En palabras de Besio Hernández: «*[...] el principio de dignidad humana importa*

---

(199) Marín de Espinosa Ceballos, nos recuerda que en el proceso de individualización de la pena se pueden diferenciar tres fases, que alcanzan desde que el legislador señala en el marco de pena genérica que le corresponde a cada hecho delictivo, pasando por la imposición de la pena concreta, hasta que esta sea ejecutada. En *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 905.

(200) García Arán, Mercedes, *La prevención general en la determinación de la pena*, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, p. 520.

la prohibición de instrumentalización del individuo para la consecución de fines a él trascendentes, esto es, implica el imperativo kantyiano que se opone a la utilización de las personas como medios y no como fines en sí mismos»[201].

La otra tarea de concreción de la respuesta penal es misión exclusiva del Poder Judicial, importa una labor esencialmente de concreción punitiva, donde la pena fijada legalmente por el legislador, acorde a un marco penal determinado, ha de adquirir una determinación precisa y detallada, pues estamos ante una dosimetría que ha de imponerse a un individuo real, de carne y hueso. Esta pena concreta, como se apunta en la doctrina especializada, no podrá rebasar la medida de la culpabilidad y debe ir orientada, primordialmente, a la reinserción del sujeto[202]. Labor muy delicada que, en puridad, no ha sido objeto de un desarrollo doctrinario profundo en el Perú, donde la fijación de la pena partía casi de un esquema legalista, prescindiendo de los valores antes anotados, lo cual a la postre ha generado que se impongan magnitudes de pena holgadamente disímiles entre sujetos que ostentan similar culpabilidad y que han cometido hechos punibles de análoga gravedad. Y ello se apreció con mayor énfasis cuando en la *lege lata* no se reguló lo concerniente a la concurrencia de varias circunstancias atenuantes, atenuantes con agravantes o la confluencia de puras circunstancias de agravación[203]; vacío normativo que ha sido llenado en parte con la dación de la Ley N° 30076.

Lo anotado cobra relevancia en coyunturas sociopolíticas donde la criminalidad refleja un crecimiento imparable y la sociedad, por

---

(201) Besio Hernández, Martín, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 183.

(202) Marín de Espinosa Ceballos, Elena, *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 917.

(203) En cambio, la Codificación punitiva española sí lo hizo, al estipular en el art. 66° 1-3, que ante la concurrencia de una o dos circunstancias agravantes se impondrá obligatoriamente la pena en la mitad superior.

ende, reclama mayores cuotas de intervención punitiva, incidiendo en respuestas positivas por parte de los Órganos legislativo y judicial. Es así que la proyección legislativa y judicial discurriría por derroteros más punitivistas que libertarios, en el sentido de satisfacer las ansias criminalizadoras del colectivo, desencadenando por lo general, proyecciones de política criminal manifiestamente incompatibles con los criterios legitimadores del *ius puniendi* estatal. Esto no quiere decir necesariamente, que ciertos elementos a advertir no puedan ser valorados positivamente a fin de intensificar la magnitud punitiva, ello resultará legítimo mientras se aprecien ciertos factores que así lo abonen, a la vez de poner límites en estas potestades (judiciales); evitando con ello que las graduaciones punitivas no trasvasen el umbral que ha de predicarse siempre en un Estado constitucional de Derecho, en cuanto a la culpabilidad por el hecho y de no conmover el principio del *ne bis in idem*. Puntos de argumentación teórica y doctrinal que serán objeto de análisis en los párrafos siguientes.

Las diversas tipificaciones penales que se encuentran comprendidas en todo el glosario de la Parte Especial de la Codificación punitiva, responden a ciertos elementos singulares que los diferencian entre sí; esto es, el legislador, aparte de haber ubicado el tipo penal en particular en una determinada familia delictiva –según el patrón sistematizador del bien jurídico protegido–, ha definido la construcción típica, mediando la inclusión de ciertos elementos, algunos de ellos referidos al desvalor de la conducta, otros al desvalor del resultado, y otros circunscritos al reproche culpable que recae sobre el sujeto infractor de la norma jurídico-penal. Siendo así, es que se da cuerpo normativo a los preceptos penales prohibitivos y de mandato respectivamente, cuya determinación legal implica la subsunción del relato fáctico descrito en la noticia criminal con los alcances normativos del tipo penal.

Ahora bien, en el marco de una proyección de política criminal –esencialmente valorativa– es que el legislador procede a la construcción de tipos penales derivados o de «circunstancias de agravación»,

mediando la detenida contemplación de factores que aparecen en la realidad fenoménica delictual que importan una desvaloración de mayor intensidad del injusto típico o del grado del reproche culpable: sea por los medios de ejecución del delito, por los móviles que inspiraron al autor la perpetración del hecho punible, la forma de su ejecución típica o por las específicas relaciones subyacentes entre víctima y victimario –así como la condición especial del agente–. En el Acuerdo Plenario N° 1-2008, del 18 de julio de 2008, en su octavo fundamento jurídico se sostiene que: «Se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del quantum de pena aplicable al hecho punible cometido *[...]*».

Todos estos datos abonan a la tesis de que el *ius puniendi* estatal adquiere contornos de mayor severidad, apoyado en los principios de lesividad, culpabilidad y de proporcionalidad; por tales motivos es que el legislador define normativamente un marco penal de mayor dureza, en comparación con la conminación penal del tipo base.

Cuestión importante a saber, es que el legislador ha previsto o regulado «circunstancias modificativas de responsabilidad penal», que se encuentran cobijadas en las reglas de la Parte General, por tanto, susceptibles de ser aplicadas en cualquier delito.

A través de la Ley N° 30076 se ha establecido un nuevo método de determinación judicial de la pena[204], un proceso con diferentes fases que reduce el ámbito discrecional del juzgador, al tiempo que otorga un marco de predictibilidad para el justiciable. Estas etapas son: la identificación de la pena básica y la individualización de la pena concreta; las cuales serán analizadas en las siguientes líneas.

---

(204) Modificó el art. 45° e incorporó el 45°-A del CP.

El art. 45° del CP contiene criterios generales para la determinación de la pena, de manera que la graduación de la pena debe ser la resultante de la gravedad de los hechos cometidos, de la responsabilidad del agente y de su cultura y carencias personales. En tanto con la incorporación del art. 45°-A al *Corpus Iuris* Penal, se ha establecido un «sistema de tercios», cuya virtud es dotar al juez de herramientas para determinar la pena aplicable, la cual se efectuará desarrollando las siguientes etapas:

«*1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes*». En este estadio se fijan los parámetros sobre la pena básica, conminada o abstracta de cada delito en concreto –verbi gratia, en el Homicidio simple: «no menor de seis ni mayor de veinte años»–, luego esta es dividida en tres partes iguales –en el caso del homicidio será 14 años (168 meses), considerando que el extremo mínimo es 6 años y el máximo 20 años. 14 años que fraccionado en 3 partes iguales da como resultado 56 meses (4 años y 8 meses)–, donde el *tercio inferior* será de 6 años (pena básica del tipo) más 4 años y 8 meses, es decir, 10 años y 8 meses; el *tercio intermedio* será 10 años y 8 meses más 4 años y ocho meses, es decir, 15 años y 4 meses; el *tercio superior* oscilará entre 15 años 4 meses más 4 años y 8 meses, es decir, 20 años, que es el extremo máximo de la pena.

Acto seguido, el juzgador procederá a individualizar la pena concreta teniendo en consideración las atenuantes y agravantes en el caso específico (art. 46° del Código Penal). Teniendo lo anterior en mente, y en atención al lit. a inc. 2 del art. 45°-A del Código Penal, «cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente *circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior*», que siguiendo el ejemplo propuesto sería desde los 6 años a 10 años y 8 meses de pena privativa de libertad.

Por otro lado, de acuerdo al lit. b inc. 2 del art. 45°-A, «cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena

concreta se determina dentro del tercio intermedio», por ejemplo, si se da la atenuante prevista en el lit. c del inc. 1 del art. 46° del Código Penal y la agravante prevista en el lit. e del inc. 2 del mismo artículo, el tercio que deberá manejarse es el intermedio, que en el caso propuesto oscila entre los 10 años y 8 meses, hasta los 15 años 4 meses de pena privativa de libertad; con la salvedad de que el juez ponderará cuál de las circunstancias prevalece sobre la otra, o si ambas tienen el mismo valor. De cara a esta apreciación, BESIO HERNÁNDEZ indica que: «[...] sin perjuicio de otros criterios de medición que influirán en la decisión de la cuantía concreta de pena, es menester que el desvalor que con carácter general ha asignado el legislador, a la presencia de una o dos agravantes sea individualizado, en el caso concreto, sobre el entendido de que en cada supuesto de hecho existirán particularidades que importarán *sobre cuáles sean más o menos graves (importen un mayor o un menor desvalor del injusto) [...]*»[205].

En último término, según lo previsto en el lit. c inc. 2 del art. 45°-A, «cuando concurran únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior», por ejemplo, en el caso de Homicidio simple que estamos planteando, oscilará entre 15 años 4 meses y 20 años de pena privativa de libertad.

A continuación el art. 45°-A –concretamente en el inc. 3–, hace referencia a la concurrencia de *circunstancias atenuantes privilegiadas* y/o *circunstancias agravantes cualificadas*[206] (verbi gratia, arts. 46°-B –

(205) BESIO HERNÁNDEZ, Martín, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena,* op. cit., p. 282.

(206) Las circunstancias agravadas cualificadas fijarán nuevos parámetros para la determinación de la pena concreta; así, el Acuerdo Plenario N° 1-2008, en el fundamento octavo: «En cambio las circunstancias cualificadas, si bien pueden operar también con cualquier delito, como el caso del artículo 46° A del Código Penal, ellas disponen la configuración de un nuevo extremo máximo de la pena y que será el límite fijado para dicho tipo de agravante por la ley ("... *un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido"). Será hasta este nuevo máximo legal la pena básica y dentro de la cual el juez deberá determinar la pena concreta*».

reincidencia–, 46°-C –habitualidad–, 46°-D –uso de menores para la comisión de un delito–). Por su efectividad, las circunstancias pueden ser atenuantes o agravantes: son atenuantes aquellas que implican un menor desvalor de la conducta ilícita realizada o un menor reproche de culpabilidad sobre el agente, el cual merece un pena menor; mas, las agravantes implican un mayor desvalor del comportamiento antijurídico o mayor reproche de culpabilidad sobre el agente, ergo, merece la imposición de una pena más gravosa.

En mérito de lo antes señalado, la pena concreta se determinará «cuando concurran circunstancias *atenuantes, la pena concreta se determinará por debajo del tercio inferior»;* lo cual lleva a la paradoja de considerar que esta podría fluctuar por debajo de los dos días, toda vez que el art. 29° establece que la pena mínima privativa de libertad es de dos días; el cual resulta aplicable, por ejemplo, a los delitos que no tiene fijado un extremo mínimo.

En tanto, cuando concurran *«circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior»*, lo cual debe entenderse que es por encima del extremo máximo del tercio; por ejemplo, en el caso planteado, es decir el Homicidio simple, sería por encima de los 20 años; en atención a que las agravantes cualificadas establecen un nuevo marco básico; por ejemplo, en el art. 46°-B segundo párrafo se establece: «*La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal»;* vale decir, el juzgador tiene un nuevo ámbito de actuación, que en el Homicidio simple sería de 20 –donde quedan los tercios determinados– hasta los 30 años de pena privativa de libertad.

Finalmente, si se presentasen concurrentemente «*circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito*». A todo esto debemos advertir que, resulta complicado ponderar cuándo las circunstancias

atenuantes privilegiadas, por ejemplo, tendrían equivalencia a las agravantes cualificadas, si a todas luces se percibe que el sistema ha dotado de una fuerza de gravidez mayor a las agravantes, lo cual eleva a límites exponenciales las penas.

Sin embargo, algo que aún da bríos de la supervivencia del principio de la humanidad de las penas, es que 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, conforme al art. 46° inc. 2 del Código Penal. Esto es, garantías procesales como el *ne bis in idem* exigen para tales casos, que el juez aplique un test de compatibilidad sobre todas las circunstancias agravantes que concurren, es decir, que examine que cada circunstancia concurrente esté referida siempre a un factor o indicador diferente.

Estamos en completo desacuerdo ante cualquier postura que pretenda sentar la mayor severidad punitiva, conforme a los fines preventivo-generales de la pena. En el ámbito de la decisión individualizadora de la pena los protagonistas del diálogo comunicacional es el Estado y el penado, una posición en contrario significaría una medición de alto grado de abstracción e indefinición que, en algunos casos, podría llegar a márgenes intolerables de punición, pues delitos meridianamente graves, pero con una alta tasa de incidencia delictiva, en pos de ejercer mayores dosis de intimidación, llevarían siempre consigo penas máximas.

V. LA DUPLICIDAD DE LOS PLAZOS PRESCRIPTORIOS EN LOS INJUSTOS FUNCIONARIALES (PARA *INTRANEUS* Y *EXTRANEUS*), A LA LUZ DE LOS ACUERDOS PLENARIOS N° 1-2010 Y N° 2-2011

1. INTRODUCCIÓN

Dice la literatura que todo hecho humano deja una huella en el tiempo, en el caso de los crímenes, heridas muy difíciles de cerrar cuando recaen sobre bienes jurídicos fundamentales; horrendos actos delictuosos cometidos contra poblaciones enteras, contra pueblos y grupos étnicos inocentes, cuyo único error fue no comulgar con ciertos dogmas de los gobernantes o no ser portadores de determinadas características físicas (étnicas). Fue así que la humanidad se vio azotada por exterminios sistemáticos, que dejaron a su paso desolación y profundas heridas que trascienden más allá de la espiritualidad de quienes tenían que rendir sepultura a sus muertos.

La historia de la civilización es ello: la lucha del hombre contra el hombre. Las ansias del poder ciegan toda mente humana, incidiendo en la atemorizante intención de hacer todo lo que sea necesario para conquistarlo, detentarlo y a la vez para acapararlo el mayor tiempo posible. En este fatigoso combate no importan los sacrificios que se deban emprender con tal de lograr el objetivo, en algunos casos, ello importa negar la condición de persona humana –es decir la inherente «dignidad»– a no pocos individuos. A partir

de dicha consideración política, filosófica, y jurídica a la vez, es que la humanidad ha sufrido los más graves tormentos, producto de la codicia por el poder y por ese insano sentimiento de creerse los *nom plus ultra*, incluso autoproclamárse depositarios terrenales del poder divino.

Mediando estas circunstancias, los ciudadanos del mundo hemos sido testigos de masacres enteras, de violaciones sistemáticas a los derechos humanos, perpetradas desde las más altas esferas del poder gubernamental de turno, teniendo como víctimas a sus propios connacionales en el contexto de una «guerra mundial» e incluso en tiempos de paz[207]; barbaries que acaecieron (acaecen) en una sociedades que se rotulan como «civilizadas».

Es así que se procedió a juzgar a estos criminales mediando la tipología de los llamados «delitos de lesa humanidad», a través de los tribunales internacionales que se crearon a tales efectos[208], no como un acto de vindicta pública, sino como un asunto de justicia. Respuesta de un orden jurídico-internacional que debe ser vista desde un doble plano a saber: primero, con el reconocimiento de normas de *ius cogens*, en cuanto a la construcción normativa de bienes jurídicos de rango internacional, según los dictados del Derecho penal internacional; y, segundo, como expresión de infatigable lucha contra la impunidad.

---

(207) Al respecto KARPETS, indica que «[...] el actual periodo (1983) de desarrollo del imperialismo proporciona nuevos ejemplos monstruosos de genocidio que incluso no son manifestación de crímenes de guerra cometido en tiempos de paz, de pacífico desarrollo del Estado, lo que se reveló con especial fuerza en los trágicos acontecimientos de Campuchea». Cfr. *Delitos de carácter internacional*, op. cit., págs. 42-43.

(208) Vide, al respecto, FERRO TORRES, José, *Bien jurídico protegido en los delitos contra la vida y la integridad personal*, en *Dogmática y criminología: dos visiones complementarias del fenómeno delictivo - homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, Bogotá, 2005, págs. 208-209.

Entonces, ante hechos delictivos de tamaño desvalor antijurídico, la ofensa ante la sociedad será mucha mayor, es decir, la comunidad internacional ostenta un enorme interés de que dichos sucesos luctuosos sean efectivamente perseguidos y severamente sancionados, por lo que no podrá operar el acusado olvido[209]; ante estos crímenes debe impedirse la sanción de obstáculos y/o artificios legales que puedan obstaculizar los fines esenciales del Derecho y la justicia. Es así que la operatividad de la institución jurídica de la «*prescripción*»[210] ha de ser rigurosamente matizada, cuando de crímenes de lesa humanidad se trate; en el sentido, poner una valla temporal en la persecución de estas ilicitudes penales puede constituir un puente de impunidad que la comunidad internacional no estará dispuesta a tolerar; es en tal virtud que, desde el basamento *iusnormativo* de los tratados y convenios internacionales sobre la materia, se viene predicando tiempo atrás la «*imprescriptibilidad*» de dichas figuras delictivas; lo cual resulta justificado desde el plano de valores, desde el pórtico de los derechos esenciales, donde la justicia es un clamor que debe ser amparado por los órganos que imparten justicia. Orientación de política criminal que debe ser recogida por el legislador peruano y plasmada en el ordenamiento punitivo, en pro de garantizar en toda su esencia y esplendor el principio de legalidad.

Ahora bien, es sabido que, al igual que la dignidad humana, existen otros bienes jurídicos que merecen una especial y particular

---

(209) Así, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, al sostener que «[...] excepcionalmente una sociedad decida no olvidar jamás hechos que fueron para toda ella de una gravedad traumática; tal es el caso de la imprescriptibilidad de los crímenes cometidos por el nacionalsocialismo, decisión acordada por el Parlamento alemán en 1975, acogiendo el principio de la no prescripción de los delitos contra la humanidad». En *Manual de Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 766.

(210) Como nos relata BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, no siempre la prescripción ha sido aceptada como una vía de extinción de responsabilidad criminal; así citan a SALDAÑA, BENTHAM y a BECCARIA, sobre todo en los delitos graves. En *Lecciones de Derecho penal. Parte General,* 2ª ed., Editorial Praxis, Barcelona, 1996, p. 431.

protección punitiva, merced a su relevancia constitucional y a la axiología que encamina su actuación funcional en la población. Anclamos así en la «Administración Pública», como entramado institucional encargado de la prestación de una serie de servicios públicos; estamos frente a un interés jurídico de corte institucional y supraindividual a la vez, que se incardina en las bases fundacionales del Estado social y democrático de Derecho; en cuanto a la realización de prestaciones públicas a la ciudadanía, sobre la base del buen gobierno, del apego a la legalidad y el deber irrenunciable de prestar un servicio eficaz y eficiente a la comunidad. Y es cuando se contravienen dichos pilares constitucionales, que el funcionario y/o servidor público puede estar incurso en los injustos funcionariales comprendidos en el Título XVIII del Código Penal, siempre que realice los actos constitutivos del tipo penal en particular.

Se advierte así, un sujeto revestido de una cualidad funcional especial, que el legislador ha exigido en estas figuras delictivas, para ser considerado autor a efectos penales; lo cual guarda armonía y correspondencia con el fundamento material de estos injustos, puesto que el ejercicio del cargo público es precisamente lo que construye su vinculación con el objeto material del delito; ergo, si el sujeto no posee dicho ámbito de esfera funcional, no podrá quebrantar los deberes jurídico-institucionales, por tanto, detentar el dominio funcional, que también ha de exigirse, en orden a cautelar el principio de legalidad.

Dentro de este universo delictivo, especial relevancia asumen los injustos funcionariales que atacan el patrimonio estatal, en orden a definir el desvalor del resultado; verbi gratia, peculado[211], peculado por extensión y Colusión ilegal; empero, debe quedar en claro que no es el patrimonio estatal el objeto de tutela, sino *los principios*

(211) Para Uribe García, en la doctrina colombiana, el objeto jurídico lo constituye la fidelidad, rectitud y efectividad del servidor público, cuya relación funcional tenga con respecto a los bienes del Estado. Cfr. *Delitos contra la Administración Pública,* Ediciones UNAULA, Colombia, 2012, p. 233.

jurídico-constitucionales que guían la actuación de la Administración Pública, a la luz del Estado constitucional de Derecho. Es precisamente la excesiva *patrimonialización* –que se postula a veces por la doctrina y la jurisprudencia– la que termina por distorsionar el ámbito de protección de la norma, con ello el marco de lo prohibido, como sucedió con el delito de Colusión ilegal, producto de la dación de la Ley N° 29703[212] y sus sucesivas modificatorias, incluyendo la actual efectuada por la Ley N° 30111 del 26 de noviembre del 2013.

Conforme lo anotado, injustos funcionariales que afectan el erario merecen ser alcanzados por una pena de mayor intensidad, la cual se corresponde con los marcos penales previstos en los tipos penales pertinentes, dando lugar a un mayor ejercicio comunicativo de prevención general-negativa. Es así que el legislador, con la dación de la Ley N° 26314 de mayo de 1994, fue más allá, al reforzar la persecución penal-estatal contra estos delitos: «*En caso de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica*» (*preceptum legis* conservado en la actualidad con ciertos matices). Previsión legal que habría de adecuarse a la Ley Fundamental de 1993, en cuyo art. 41° *in fine* se estableció lo siguiente: «*El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado*». Mediando dicha orientación de política criminal se advierte la relevancia que dicho bien jurídico adquirió dentro del pórtico de intereses institucionales, conforme a la estructura social que soporta toda su trascendente actuación funcional.

Según la norma anotada, se instituye en la Codificación penal la «*duplicidad de los plazos prescriptorios*» en los delitos *funcionariales*, que debe ser interpretada y aplicada de común idea con lo reglado en el art. 83° *in fine* del Código Penal, considerando que la operación

---

(212) Vide más al respecto, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. V, op. cit., págs. 342-344.

hermenéutica de cualquier institución punitiva no puede tomar lugar de forma literal, sino que ha de atender a un plano teleológico. Lastimosamente, esta institución no fue correctamente entendida por los operadores jurídicos y se ha extendido la operatividad a otros delitos, que nada tienen que ver con el fundamento material de estos injustos, restringiendo su aplicación a pocas figuras delictivas.

En suma, el criterio interpretativo habría de ser esbozado por la pluma de la doctrina, sin integrar un concepto unificado, mas algo debía quedar en claro: no resulta suficiente con que el agente tenga la calidad de funcionario y/o servidor público al momento de la comisión del hecho punible, sino que ha de perpetrar el injusto en aprovechamiento, en abuso de las potestades funcionales inherentes al cargo público.

Ante los argumentos delineados los reparos surgieron de inmediato, porque se observaba en algunas causas penales la intención de algunos operadores jurídicos de aplicar la duplicidad de los plazos de prescripción –postura supraextensiva– a delitos contra la fe pública[(213)] (falsedad ideológica) y contra el patrimonio (estafa), por el solo hecho de que uno de los involucrados tenía la condición de funcionario y/o servidor público

¿Es que acaso un servidor público[(214)] no puede afectar el patrimonio estatal –desde una consideración individual y no

(213) En el RN N° 513-2010-La Libertad, se sostiene al respecto: «*Si bien se aplicó el plazo de prescripción agravada, cabe precisar que el delito de falsedad genérica no agravia el patrimonio estatal, pues su objeto de tutela penal es la fe pública –que posibilita la confianza en las expresiones y actos de las personas–, menos aún si se toma en cuenta su carácter residual, en la medida que solo puede aplicarse para supuestos que no tengan cabida en las demás formas de falsedad; y si bien su comisión podría generar un perjuicio tanto a particulares como a la Administración Pública, no es este el objeto de protección de la norma penal*». En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 34, abril de 2012, op. cit., págs. 143-147.

(214) Siempre y cuando se advierte que el engaño que provoca en el erario público, no es consecuencia del prevalimiento de las potestades del cargo funcional, sino el

institucional–? Por supuesto que sí, verbi gratia, aquel empleado público que cobra mes a su mes sus haberes sin cumplir con su jornada laboral diaria, estará incurso en el delito de Estafa genérica –art. 196° del CP– y, no en el delito de Peculado, pues aquel no tenía *disponibilidad jurídica* sobre dichos fondos. Al igual, que en el caso, del funcionario público que inserta datos en un documento público, sabiendo que son falsos, que no se corresponden con la verdad de las cosas, está afectando la veracidad y la función probatoria, que los soportes documentales han de garantizar en el tráfico jurídico y, el correcto funcionamiento de la Administración. Es así, que el servidor público que ingresa a la oficina contigua de su compañero de labores y se apropia de la impresora –que está bajo la esfera de custodia del primero– estaría incurso en el delito de Hurto y no de Peculado, por lo que pretender aplicar la duplicidad de la prescripción de la acción penal en este caso, importa todo un absurdo.

A decir de PARIONA ARANA, una concepción demasiado extensiva debe ser rechazada, pues las interpretaciones a las que lleva rompen ya el sentido de la norma e introducen de contrabando una ilegítima extensión de normas[215]; o, como explica ABANTO VÁSQUEZ, «*[...] una interpretación amplia no tendría límites y, por lo demás, desembocaría en una violación del principio de igualdad, pues se protegería desmesuradamente el patrimonio del Estado (y a los funcionarios públicos), sin que ello provenga de un mayor injusto penal [...]*»[216].

Así también es de verse en el caso del delito de Usurpación de funciones, pues bajo esta hipótesis del injusto típico, el agente

---

resultado de una actuación enmarcada en un ámbito de libre organización personal; así, cuando un servidor público cobra una remuneración mensual en una institución pública, a la cual no presta labor alguna, mas otra persona en su lugar, marca su tarjeta día a día.

(215) PARIONA ARANA, Raúl, *La prescripción en los delitos contra la Administración Pública*, en *Gaceta penal & procesal penal*, T. 10, abril de 2010, Lima, p. 156.

(216) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2° ed., Palestra, Lima, 2001, p. 93.

no está en condiciones de cumplir con los presupuestos materiales establecidos en el mencionado Acuerdo Plenario, al no contar con la vinculación ni ejercicio de actos de administración, percepción o custodia respecto de dineros del Estado; máxime, cuando en principio el usurpador no puede ser considerado autor del delito de Peculado[217]. Que pueda verse beneficiado con un reporte económico, merced a la intrusión funcionarial efectuada, es una cosa, otra muy distinta es pretender justificar el argumento de la mayor persecución a través de una posición vinculada esencialmente al bien jurídico tutelado. De no ser así, al legislador le habría bastado con señalar que la duplicidad en los plazos de prescripción se aplica a todos los delitos contra la Administración Pública, siempre y cuando el autor sea un funcionario y/o servidor público en pleno ejercicio de sus funciones.

En palabras de la Corte Suprema, conforme lo vertido en el Acuerdo Plenario N° 1-2010-CJ-116 de fecha 16 de noviembre de 2010, en su fundamento jurídico 12:

> *El legislador incrementó el plazo de prescripción –duplicó– en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Perú –'el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos'–. La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad*

(217) Cfr., al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte Especial,* T. V, op. cit., págs. 378-379.

del funcionario o servidor público hacía el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquellos. Esto implica un mayor desvalor de la acción –como conducta peligrosa para los bienes jurídicos– complementada con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.

Es precisamente la especial posición que ocupa el *intraneus* dentro del entramado institucional de la Administración, en cuanto a una esfera funcional específica de actuación pública, lo que le permite realizar típicamente las conductas que el legislador ha definido como «penalmente prohibidas». Tiene estrecha vinculación con el objeto material del delito –puesto a su disposición fáctica y jurídica– y, en vez de cautelar su adecuado uso y conservación, es objeto de un acto típico de apropiación o de indebida utilización en desmedro de los objetivos que estos deben cumplir, según la idea de estricta legalidad. Con el desvío de sus cauces legítimos de los caudales o efectos hacia afuera de la esfera de custodia de la Administración ya habrá tomado lugar el desvalor de la acción, a lo cual se añade la afectación de orden patrimonial, como dato subyacente al contenido del desvalor del resultado. Así también, cuando el sujeto público que conduce un proceso de contratación pública-administrativa, en evidente concierto con los licitantes, quiebra la imparcialidad que debe guiar dichos procedimientos, provocando una defraudación al erario público, que, en términos monetarios, va graduando la intensidad del desvalor del resultado.

Si bien el correcto funcionamiento de la Administración se ve seriamente mermada cuando se perpetran estos injustos funcionariales, no así la fidelidad, cuyo etéreo contenido, puede ser empleado para la construcción de meras desobediencias administrativas, pero no para revestir de sustantividad a injustos de tal naturaleza.

¿Cuáles son los delitos que cumplirían con la doble exigencia, en cuanto a una esfera especial de organización funcional (disponibilidad jurídica de los bienes y vinculación contractual del Estado con los particulares), así como la posibilidad de afectar el patrimonio estatal? De plano han de ser rechazados los injustos funcionariales como los de Abuso de autoridad y de omisión de actos funcionales, al constituir tipos de aplicación residual o subsidiaria, que no llevan consigo un detrimento patrimonial del Estado como estado del desvalor del resultado. Los delitos de Cohecho tampoco, en la medida que las prebendas, coimas y dádivas, provienen generalmente de fondos privados, y si un funcionario público coimea a otro funcionario, con dinero que ha obtenido de forma ilícita –producto del ejercicio de la función pública– igual no se admite la duplicidad, puesto que no se identifica la relación funcional entre el agente y el objeto material del delito.

Similar apreciación ha de verse en el caso de los delitos Concusión y de Exacciones ilegales, donde la ventaja, el dinero, etc., son también de los administrados, no hay una lesión patrimonial estatal, y si el agente ingresa el dinero a los fondos públicos para luego apropiarse de ellos, tampoco hay Peculado, al no formar parte formal del erario; así, en la decisión recaída en el RN N° 4553-2008-Lima, se indica lo siguiente lo siguiente: «*Si bien el artículo 80° in fine del CP establece que cuando el delito es cometido por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del Estado el plazo de prescripción se duplica, en el delito de Concusión el bien jurídico protegido es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, no pudiendo afirmarse que con su consumación el patrimonio general del*

Estado sufra desmedro alguno; por lo que no resulta al presente caso la mencionada duplicación».[218]

Igual valoración pende en aquellos injustos que tienen a la «Administración de Justicia» como bien jurídico tutelado a partir del Capítulo III del Título XVIII del Código Penal, pues en estas figuras delictuales el estado de desvalor no entraña una afectación al patrimonio estatal, sino a otros intereses jurídicos de consagración constitucional[219]. En la Ejecutoria contenida en el RN N° 1412-2009-Lima, se dice al respecto, que:

> *Debe precisarse que en el delito de encubrimiento real no resulta de aplicación la duplicidad del plazo de prescripción (artículo 80 in fine del CP), pues el bien jurídico que tutela es el normal y correcto desarrollo de la administración de justicia –la acción típica busca dificultar la acción de la justicia con el fin de favorecer al autor del hecho ilícito anterior ocultando las pruebas del delito– y no el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este; por lo que a la fecha han transcurrido en exceso los plazos de prescripción.*[220]

Pariona Arana –en la doctrina nacional– adopta una posición intermedia, sosteniendo que [...] la referencia legal a delitos que «afectan el patrimonio del Estado» debe ser entendida como: ataque directo al patrimonio del Estado. Esta concepción logra materializar la voluntad político-criminal del legislador, sujetándose a los marcos de la ley[221] [...]; deben tratarse, por ende, a delitos que afecten directamente el patrimonio del Estado. Sin embargo, este mismo autor, líneas adelante se inclina por una posición más extensiva que limitadora, al indicar que [...] la regla especial también será

(218) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 22, Lima, abril de 2011, págs. 96-98.

(219) Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte Especial,* T. VI, op. cit., págs. 183-192.

(220) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 15, septiembre de 2010, op. cit., p. 223.

(221) Pariona Arana, Raúl, *La prescripción en los delitos contra...*, op. cit., p. 156.

de aplicación a todos los demás delitos contra la Administración Pública, en los que, a pesar de que el tipo penal no considere como bien jurídico protegido primariamente al patrimonio del Estado, sí se desprende de su configuración fáctica, en el caso concreto, una afectación directa al patrimonio del Estado. Visto así, en este ámbito se podrían comprender casos como los delitos de corrupción de funcionarios, donde el contenido del acto de corrupción tenga como objeto defraudar al Estado, afectando su patrimonio gravemente, ya sea porque el Estado se desprendió indebidamente de su patrimonio o porque dejó de cobrar lo que le correspondía[222].

Resulta interesante el criterio de interpretación normativa planteado, mas de su real comprensión se advierte que se cae en la segunda interpretación –que el mismo autor reseña en su artículo– en cuanto a delitos que afectan directa o indirectamente al patrimonio del Estado; si bien se parte de una premisa verdadera: que como consecuencia de un acto de cohecho pasivo (propio) el erario público deja de percibir el ingreso de un dinero que por ley debe recabar; por ejemplo, el policía de tránsito que se abstiene de imponer una multa, por la coima que recibe por parte del conductor de un microbús, así también el servidor público que no multa a un establecimiento comercial, gracias a la ventaja recibida por parte del administrado. Empero, nótese que tal circunstancia puede también presentarse en otros delitos: en el delito de Concusión, por ejemplo, el funcionario competente que impele al administrado a que le entregue una ventaja indebida, cuando su obligación era cerrar el local comercial y como consecuencia de ello la Administración iba a recibir también un ingreso dinerario a resultas de la fiscalización edil. Inclusive en el delito de Omisión de actos funcionales, cuando un agente aduanero, sin recibir dinero alguno o prebenda, no consiga la cantidad exacta

(222) Loc. cit., p. 156; también cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano,* op. cit., págs. 93-94.

de los bienes incautados, producto de un acto típico de infracción aduanera, que importaría ingreso económico al erario público.

En fin, todo delito que deja de perseguirse por el Estado, producto de una serie de conductas (abstencionistas) de los funcionarios públicos –encargados de la persecución penal–, importa la imposibilidad de que el Estado deje de percibir la indemnización que se fija por concepto de reparación civil. Consideramos que el *sustento político criminal que fundamente materialmente la duplicidad de los plazos prescriptorios*, en el artículo 80° del Código Penal, refiere únicamente a *aquellos injustos funcionariales perpetrados por aquellos intraneus portadores de una particular esfera de organización funcional, que lo relacionan funcionalmente con el objeto material del delito (patrimonio) o cuya actuación pública compromete el erario público*; por lo que toda extensión a otros delitos (funcionariales), que no cuenten con tales características han de ser desdeñados del ámbito regulativo del último párrafo del artículo 80° del Texto Punitivo.

En el Acuerdo Plenario antes mencionado, en relación a los alcances del último párrafo del artículo 80° del Código Penal –referidos a la duplicidad de la prescripción–, no solo delimitó los delitos a los que están dirigidos (Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del Código Penal, delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos), sino que también fijó los presupuestos que deben concurrir a efectos de duplicar el plazo de prescripción, como son: a) que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito –funcionario o servidor público– y el patrimonio del Estado; b) que dicho vínculo implique que el funcionario ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos; y c) que la fuente de tales atribuciones o funciones sea una orden administrativa o verbal al funcionario o servidor que no las poseía.

De tales condiciones, queda claro, que la relación funcionarial entre el sujeto público y el objeto material del delito –construida

bajo una esfera de organización jurídico-institucional–, solo puede tomar lugar a través de las cualidades funcionales de administrador, perceptor y custodio; exigencias normativas del injusto, que se encuentran plasmadas en los delitos de Peculado y sus derivados[223], mas no en el caso del delito de Estafa. A su vez, define la necesidad imprescindible que el prevalimiento (abuso) de dicha condición funcionarial, es la que precisamente permite al agente del delito afectar al patrimonio del Estado, es decir, ambos elementos, la relación funcionarial entre el sujeto activo (funcionario o servidor público), es la que permite justamente que se provoque el estado de desvalor (de orden patrimonial), que el legislador ha fijado normativamente en el último párrafo del artículo 80° de la Codificación punitiva.

El estado de desvalor que se define en las consecuencias perjudiciales, que intrínsecamente dan fundamento a la duplicidad de los plazos prescriptorios, nos dan una lectura importante en orden a determinar si es que el delito de Malversación de fondos –art. 389° del CP– ingresa en este rubro delictivo, sabedores que el autor en este injusto funcionarial es un funcionario público que ostenta la cualidad de «administrador», y es que la Corte Suprema hace alusión en sus presupuestos de aplicación; sin embargo, debe relevarse, que tanto la Ley Fundamental, como la Codificación punitiva hacen mención a que el delito debe generar una *lesión de orden patrimonial* (estatal[224]), condición que no se cumpliría en el presente caso, si es que estimamos que en el delito de Malversación de fondos el bien jurídico protegido es la legalidad presupuestal, así como la buena marcha de la Administración en la ejecución de sus actuaciones funcionales en beneficio de la población; no se contaría, en el presente supuesto del

(223) Arts. 387°, 388°, 389° y la extensión de punición reglada en el art. 392° del CP.

(224) Lo cual no debe entenderse, como una preeminencia patrimonialista, en el contenido del interés jurídico-penalmente tutelado, puesto que son otros los principios jurídico-constitucionales, que adquieren prevalencia en el ámbito de tutela punitiva.

injusto funcionarial, con el basamento material que sustenta el reforzamiento de la persecución penal en el tiempo. Aspecto que ha sido objeto de pronunciamiento en el RN N° 3927-2011-La Libertad, cuando se dice que:

> *En el caso concreto, el delito en estudio es el delito de Malversación de Fondos, ilícito penal que presenta dos elementos que constituyen su estructura típica: a).-la relación funcional existente entre el sujeto activo y la administración del dinero o bienes; y b).- la aplicación definitiva diferente que se da a los fondos públicos, no siendo necesario para su configuración la lesión del patrimonio del Estado, pues en estos casos se cumple con la finalidad social, empero en forma no debida, ni preestablecida, consecuentemente el bien jurídico que se afecta con el delito de malversación de fondos es la regularidad y buena marcha de la Administración Pública en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos, por tanto, es de indicarse que en el presente caso no opera la duplicidad del plazo de prescripción a que se contrae el último párrafo del artículo 80° del Código Penal, sino el plazo de prescripción extraordinaria regulada en el artículo 83°, último párrafo del citado cuerpo legal.*

Resulta necesario añadir, que los delitos donde puede aplicarse la duplicidad de los plazos prescriptorios revelan una composición normativa que los define como «especiales propios», aquellos injustos penales que se encuentran glosados a partir del Capítulo II del Título XVIII del Texto Punitivo, es decir, delitos estrictamente funcionariales, y no aquellos que son reputados jurídico-penalmente como delitos «comunes», en tanto estos últimos pueden ser perpetrados por cualquier persona.

No obstante estar de acuerdo con parte de la argumentación propuesta por el Tribunal Supremo, es de verse que se excluyen de dicho ámbito normativo a los delitos de «Colusión ilegal» y de «Enriquecimiento ilícito», sabedores que los efectos perjudiciales

de ambas figuras delictivas pueden también afectar el patrimonio estatal; máxime, cuando el tipo penal contenido en el art. 384° del Código Penal –hasta antes de la modificatoria producida por la Ley N° 29703[225]– exigía como desvalor del resultado, la defraudación al erario público –que por lo general será medida en términos monetarios[226]–, identificando también un plano específico de esfera funcional, lo cual construye precisamente el desvalor de este injusto funcionarial, cuando el funcionario o servidor público que conduce o dirige un proceso de contratación pública administrativa (licitaciones públicas) se colude con los proveedores del servicio (licitantes), en evidente defraudación de los intereses del Estado. Apreciación que no conlleva reconocer al patrimonio estatal como bien jurídico tutelado –preeminentemente por el artículo 384° del CP–, al ser la eficacia y la eficiencia de los servicios públicos lo que la Administración debe prestar en beneficio exclusivo de la misma, lo cual se reafirma en parte con la modificación efectuada a dicho articulado vía la sanción de la Ley N° 29758, reafirmada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. N° 00017-2011-PI-TC (declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del art. 384° hecha a través de la ley N° 29703 y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión «patrimonialmente») [227] y las subsiguientes reformas introducidas con la Ley N° 30111.

Por su parte, el delito de Enriquecimiento ilícito si bien puede ser el resultado de actos antijurídicos que no necesariamente se vinculan a delitos estrictamente funcionariales, no puede descartarse

---

(225) Modificada, a su vez, por la Ley N° 29758, la cual relegó el término «patrimonialmente» a un segundo párrafo y como supuesto agravado, dado que no debía ser requisito, para la configuración de la forma básica del delito de colusión, la defraudación «patrimonial» al Estado.

(226) Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte Especial,* T. V, op. cit., págs. 353-354.

(227) Ibídem, págs. 348-353.

de plano que el incremento patrimonial del sujeto público provenga precisamente de dicho ámbito de la criminalidad funcional[228]; máxime, si según nuestro parecer, dicha figura del injusto puede ir en concurso delictivo con los tipos penales de Colusión ilegal, Peculado o Malversación de fondos, por lo que el patrimonio estatal puede verse también afectado –con su perpetración típica–. Bajo tal óptica, postulamos una tesis «limitada o intermedia», en cuanto al campo de aplicación de la duplicidad de los plazos prescriptorios, a diferencia de la Corte Suprema que sustenta una tesis minimalista.

Aspecto que nos resulta interesante es que la cualidad funcional de «custodio, perceptor o administrador», en la construcción material del injusto funcionarial, no solo ha de fundarse en la ley o resolución administrativa, sino, como dice el Tribunal Supremo, cuando *la fuente de tales atribuciones o funciones sea una orden administrativa o verbal al funcionario o servidor que no las poseía*. Dicha definición interpretativa repercute no solo en el tema que nos ocupa, sino también en el marco de la cualidad de autor en el delito de Peculado, que por lo general, basado en un criterio excesivamente formalista, se ha pretendido negar dicha condición al administrador «de facto», cuando la asunción de dicha posición obedece a una delegación verbal o en mérito a una orden administrativa, pues dicho funcionario público, en los hechos y con anuencia de las autoridades administrativas, se convierte en un verdadero custodio de los caudales o efectos públicos. Sin duda, cuando los caudales o efectos son de naturaleza privada no podrá aplicarse la duplicidad de los plazos de prescripción, si del delito de Peculado se trata. Empero, la Corte Suprema parece asumir una posición distinta, como se verá en seguida.

El Tribunal Supremo en el Acuerdo Plenario N° 1-2010-CJ-116, en el fundamento 17, indica lo siguiente:

---

(228) Lógicamente, tal condición debe ir constatada a un nivel probatorio.

Debe destacarse que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada:

A. En cuanto a la primera modalidad, se trata de bienes íntegramente del Estado.

B. La segunda modalidad se refiere a bienes de Sociedades de economía mixta donde el Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto del sector público como del sector privado y se comparte la propiedad de los bienes. Este tipo de Régimen Económico está reconocido en los artículos 40° y 60° de la Constitución Política del Perú y en el artículo 2° del Decreto Legislativo número 674, del 27 de setiembre de 1991, que contiene las normas sobre la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado.

C. La tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido.

Es de reconocer que los caudales y/o efectos, en la hipótesis delictiva del delito contenido en el art. 387° de la Codificación Punitiva, pueden ser del Estado o de particulares, y una muy distinta, extender la procedencia del objeto material del delito, en cuanto a la operatividad de los plazos prescriptorios, en la medida que el último párrafo del art. 80° del Código Penal prescribe a la letra que: «*En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica*».

A tal efecto puede reconocerse los bienes glosados –tanto en la primera como segunda modalidad– considerando que el Estado también participa en la actividad empresarial –a pesar de que la Constitución reconoce una economía de libre mercado–, sea en

asociación con los privados o con personería jurídica de Derecho privado; así, cuando el Decreto Legislativo N° 674 entiende por «inversión privada» aquella que proviene de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, distintas del Estado peruano, de los organismos que integran el sector público nacional y de las empresas del Estado[229]. Sin embargo, en la tercera modalidad no encontramos sustento para incluir los efectos privados, al suponer ello una inadecuación con la literalidad del articulado, dando lugar a una interpretación analógica *in malam partem*; según dicha apreciación, delitos como Cobro indebido y Concusión, donde también se advierte un aprovechamiento de una esfera especial de actuación funcionarial, deberían recalar también en dicho precepto legal.

2. LA DUPLICIDAD DE LOS PLAZOS PRESCRIPTORIOS PARA LOS PARTICULARES O FUNCIONARIOS SIN VINCULACIÓN FUNCIONARIAL (*EXTRANEUS*)

El evento delictivo no es siempre obra de una sola persona, en la medida que el injusto puede ser producto de la intervención de varios individuos; puede que se enmarque dentro de una coautoría, siempre y cuando los sujetos intervinientes compartan el codominio funcional del hecho y, a su vez, se cumpla con el resto de presupuestos que determina su configuración en un plano estrictamente dogmático. En atención a ello, el hecho delictivo puede ser homologado a una película, donde existen actores principales y secundarios; en el delito pueden aparecer en la escena criminal, personas que si bien no ostentan el dominio del hecho, sí contribuyen de forma esencial o accesoria para que el autor pueda alcanzar la perfección delictiva de su plan criminal; siguiendo entonces el principio teórico de «accesoriedad en la participación», así como un concepto restrictivo de autor, estos individuos han de responder ora como «cómplices»,

(229) Así, en el caso de Petroperú.

ora como «instigadores», tal como se desprende de los arts. 23° y siguientes de la Parte General de la Codificación punitiva.

A su vez debe recordarse que, las descripciones típicas glosadas por el legislador en toda la estructura normativa de la Parte General se dirigen al autor, en cuanto una conducta ha de ser ejecutada o desarrollada por el protagonista principal del evento, esto quiere decir, que las cualidades que se pueden exigir en determinados tipos penales «especiales» solo han de ser verificadas en la persona del autor y no en la del partícipe. Llevada dicha consideración se tiene que los injustos *funcionariales manifiestan un ámbito muy específico de actuación típica, donde solo los funcionarios públicos (intraneus) que se ubican en una posición especial en el ámbito de la Administración, están en posibilidad de quebrantar los deberes jurídico-institucionales inherentes al cargo público y, no los extraneus, que al carecer de dicha vinculación especial (funcionarial), no están en capacidad de hacerlo.* Afirmación que no supone reconocer a estos injustos funcionales como puros delitos de «infracción de deber»[(230)], pues es justamente la cualidad funcional que lo liga con el objeto de tutela punitiva, lo que permite al *intraneus* tener el dominio funcional del hecho; dominio que nunca lo poseerá el particular, así como el sujeto público desprovisto de dicha particular potestad funcionarial.

Consideración de relevancia, sabedores que, no en pocas oportunidades, los *intraneus* se servirán de algún aporte de los *extraneus,*

(230) A decir de la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N° 2-2011 (fundamento 9), el autor del delito –de infracción de deber– no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que ocupa un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

en orden a lograr la perfección delictiva; lo cual se observa claramente en delitos como Colusión ilegal o Cohecho. Así, cuando en la doctrina especializada se apunta que:

> *[...] en el caso de los delitos especiales propios [...] el elemento altamente personal fundamenta la existencia misma del delito y de la pena, por lo que, la ausencia de tal cualificación especial en el autor hace imposible la realización del hecho, transformándose en un hecho atípico, ya que no tiene un delito común subyacente al que referir la punición del partícipe. En este caso, se ha de mantener forzosamente la unidad en el título de la imputación, ya que el hecho realizado solo puede calificarse de una determinada forma y, además, porque no cabe otra posibilidad de exigir responsabilidad criminal al extraño que favorece a su ejecución, pues de lo contrario habría que declarar su impunidad, admitiendo una insoportable laguna de punibilidad».*[231]

Dicho lo anterior, queda claro que los *extraneus* no pueden ser autores de delitos como el Peculado y Malversación de fondos, pero ello no implica que su activa participación delictiva queda en un corsé de impunidad, en tanto su intervención puede ser calificada como «complicidad»[232], con arreglo al principio de «unidad en el título de la imputación», por lo que el particular puede contribuir a un hecho, cuya pertenencia es reconocida a un funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones, lo cual se corresponde también con criterios de justicia material. De manera que, los particulares no pueden responder por un delito distinto al del autor, ello quebraría el aforismo de que *lo accesorio sigue la suerte de lo principal.*

Cuando la persona calificada como idónea para ser la autora de uno de estos hechos, interviene en él con la participación de instigadores o cómplices «extraneus», estos responderán por el delito

---

(231) PÉREZ ALONSO, Esteban, *Derecho penal. Parte General,* op. cit., págs. 745-746.

(232) Vide, al respecto, SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *Autoría,* op. cit., p. 534.

cometido por el autor, porque sus comportamientos son complementarios al de aquel[233]. Así, QUINTERO OLIVARES indica que: «*[...] no hay ninguna regla que impida que sea lógico que los partícipes en delitos especiales propios o impropios respondan penalmente de acuerdo con el tipo realizado por el autor principal, sea cual sea el tipo. El partícipe no puede ser un autor principal, pero eso no tiene nada que ver; el título de imputación (delito por el que se responde) es el mismo para todos*».[234]

Ahora bien, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 2-2011, de fecha 6 de diciembre de 2011, en el fundamento jurídico 11 sostiene al respecto:

> *11. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores (...), pero se admite la participación del «extraneus» que no ostenta esa obligación especial como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva –en torno a la accesoriedad en la participación– en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del «extraneus».*
>
> *Esta posición sostiene lo siguiente:*
>
> *A. Un mismo hecho no puede ser reputados bajo dos tipos penales diferentes.*
>
> *B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de coejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible.*

---

(233) GARRIDO MONTT, Mario, *Etapas de ejecución del delito autoría y participación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984, págs. 394-395.

(234) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 638.

Para CUELLO CONTRERAS, en los delitos especiales «*[...] el extraneus que no puede responder como autor, puede hacerlo como partícipe, porque la participación es causación de un resultado a través de la conducta principal antijurídica del autor*»[235]. *En palabras de* DONNA, «*la participación de sujetos extraños en delitos especiales es posible. Si se trata de un delito especial, como por ejemplo un delito propio de un funcionario público, al partícipe le será aplicada la pena del intraneus, aunque debería ser atenuada*».[236]

Visto así las cosas, la doctrina se decanta, mayoritariamente, por fijar responsabilidad penal de los *extraneus* en los delitos especiales propios, sea cual fuere el fundamento dogmático que lo sustentó, consideramos que las reglas básicas de autoría y participación que rigen el sistema de punición, indican claramente que el particular no cualificado, al prestar una colaboración en la ejecución material del *injusto funcionarial,* permite que el *intraneus* pueda perfeccionar su plan criminal, de modo que su conducta ingresa a un legítimo ámbito de punición, que en definitiva no puede ser reconducida a un tipo penal común –como autor–, pues ello supondría una inexplicable escisión del hecho como «unidad» así como el debilitamiento, de lo que significa la accesoria intervención del partícipe, a un acto que pertenece principalmente al autor[237].

Lógicamente que el *extraneus,* al estar fuera del ámbito interno de la Administración y al carecer de la especial vinculación que el *intraneus* entabla con el objeto material del delito, no puede poseer el dominio funcional del hecho, sostenido sobre la particular esfera

---

(235) CUELLO CONTRERAS, Joaquin, *Autoría y participación en un sistema lógico-funcional*, en *Dogmática actual de la autoría y participación criminal,* op. cit., p. 229.

(236) DONNA, Edgardo, *La autoría y la participación criminal,* op. cit., págs. 104-105.

(237) Así, cuando una intervención esencial para que el sujeto público (agente), pueda sustraer el dinero (objeto material del delito) de las arcas de la administración, es calificada como autoría del delito de receptación.

de organización funcional, por ende, no puede ser reputado autor de estos injustos penales, lo cual incide de forma determinante al momento de fijar si puede o no ser comprendido en la fórmula de la duplicidad de los plazos prescriptorios.[238]

Son estos sujetos comunes –escribe HURTADO HUAILLA– que no tienen la calidad de funcionarios públicos, pero que participan en la comisión del delito contra la Administración Pública en perjuicio del patrimonio del Estado, a quienes se les denomina *extraneus*, y es sobre estos que surge la problemática de la aplicación de la duplicidad del plazo de prescripción, puesto que no existiría justificación de un mayor reproche de persecución para el inicio de la acción penal o la imposición de una pena, porque no detentan el poder especial que tiene el funcionario público de custodiar y proteger el patrimonio del Estado.[239]

Si fuésemos de la concepción que la duplicidad del plazo prescriptivo también puede aplicarse a los delitos patrimoniales que tiene como autor a un funcionario o servidor público y al Estado –como sujeto pasivo– (Estafa, Hurto[240], etc.), no habría problema alguno en admitir la duplicidad en los particulares, en tanto ellos están actuando en un ámbito del autor basado en una esfera de libre autoorganización personal, del cual ellos también pueden hacer uso; empero –como se ha venido sosteniendo– ello no es lo que justifica una mayor extensión temporal de la persecución penal estatal.

---

(238) Así, HURTADO HUAILLA, Ana, *La duplicidad de los plazos de prescripción que regula el artículo 80 in fine del Código Penal y el extraneus*, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 29, Lima, noviembre de 2011, p. 70.

(239) HURTADO HUAILLA, Ana, *La duplicidad de los plazos de prescripción que regula el artículo 80...*, op. cit., p. 70.

(240) Lo cual solo podría tener un sustento en consideraciones éticas o morales, es decir, consideraciones metajurídicas que no pueden servir para construir materialmente instituciones jurídicas, que implican una mayor dosis de injerencia punitiva; ello, no merced a argumentos de interpretación restrictiva, sino en la *ratio* y teleología que debe guiar la intervención del Derecho penal en un Orden democrático de Derecho.

En esa línea argumentativa, la duplicidad de los plazos prescriptorios –contenida en la estipulación normativa del artículo 80° del Código Penal –tiene como fundamento de política criminal, reforzar la persecución penal ante injustos que, al estar caracterizados por una especial esfera de actuación antijurídica (*pública*) –merced a la posición que el *intraneus* ostenta en el entramado institucional de la Administración– manifiesta un reproche de culpabilidad de mayor intensidad, sustentado también por la legítima defraudación de los comunitarios[241], ante sujetos públicos que asumen particulares deberes de protección, fomento, conservación y tutela de los caudales, fondos y efectos que son puestos a su guarda y protección. Y, sin duda, dichas exigencias normativas y sociales nunca la tendrán quienes se ubican fuera del ámbito de dicho marco de posición *funcionarial*, es decir, los *extraneus*. Así, cuando en la doctrina nacional se postula que la prescripción de la acción penal está vinculada a la política criminal que adopta el Estado; en ese sentido, apunta HURTADO HUAILLA, la previsión de la duplicidad del plazo de prescripción es la expresión de la política criminal de nuestro Estado, que en este caso, está dirigida a extender el plazo de prescripción hasta el doble como manifestación de un mayor reproche para aquellos funcionarios o servidores públicos que, teniendo el deber de custodia y protección de los bienes que conforman el patrimonio del Estado, cometen delitos en perjuicio de este.[242]

En el Acuerdo Plenario antes citado, en los fundamentos jurídicos 16 y 17, en cuanto a la lectura del Acuerdo Plenario N° 1-2010 y el art. 80° del Código Penal, se refiere lo siguiente:

---

(241) En postura de JAKOBS, en los delitos especiales, el significado garantista del requisito de un hecho principal se añade una significación material: sin un injusto del hecho principal un partícipe carece de las cualificaciones de autor del delito en cuestión no puede producir ningún injusto típico. Solo a través de la persona del autor se convierte la contribución del no cualificado en una decepción (de expectativas normativas). *Allgemeiner Teil,* 22/7.

(242) HURTADO HUAILLA, Ana, *La duplicidad de los plazos de prescripción que regula el...,* op. cit., p. 69.

16. *[...] es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada en él y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen por el poder que ostentan.*

    En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público, y, en ese sentido, no son merecedores de un reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción.

17. *Desde la perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el intraneus y extraneus derivada de la diferente condición y ausencia de deber jurídico especial. Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión del término de la prescripción, pues con ello se va a conseguir una justicia justa y un equilibrio punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente [...].*

Entonces, una vez identificada la intervención del *extraneus* en alguno de los delitos susceptible de ser encuadrado en el concepto definido en el Acuerdo Plenario N° 1-2010, el operador jurídico ha de fijar el inicio de los plazos prescriptorios conforme la pena conminada en el injusto penal atribuido al sujeto público, y si se realizan actuaciones investigativas del representante del Ministerio Público o de la PNP al tomar lugar la interrupción de los plazos prescriptorios opera automáticamente la prescripción extraordinaria. En tal entendido, transcurrido un periodo de tiempo significativo, puede que la acción penal solo esté vigente respecto al *intraneus*, no con el *extraneus*, lo que importaría únicamente la punición del autor y no la

del partícipe, lo cual es correcto desde un plano dogmático[243], mas no desde un plano de justicia material.

Cuestión importante y que no ha sido abordada en el Acuerdo Plenario, es que no solo los *extraneus* pueden intervenir como partícipes en los delitos funcionariales, sino que un *intraneus no cualificado* puede también asumir dicha calidad participativa; esto es, el empleado público que sustrae el dinero que está en la caja, cuyo perceptor es otro servidor público que lo deja a merced del primero para que este proceda a un acto típico de apoderamiento. En tal circunstancia, siguiendo en estricto un fundamento material y no formal de la duplicidad del plazo prescriptorio, es que postulamos la imposibilidad de aplicarlo a los *intraneus no cualificados*, pues ellos tampoco están en posibilidad de quebrantar los deberes jurídico-públicos que construyen estos injustos funcionariales de aquel ámbito específico de organización institucional. Una posición en contrario supondría una inexplicable extensión aplicativa sobre criterios excesivamente formalistas y literales que no se ajustan a la teleología que inspira la institución jurídica *in comento*. De todos modos, conocedores de la cultura positivista que impera aún en el país, sería conveniente que el Supremo Tribunal emita una interpretación al respecto y así evitar criterios interpretativos discrepantes.

(243) Una situación a la inversa sería lo problemático, dado que no se puede condenar a un cómplice sin autor; así, para acreditar la responsabilidad penal del primero de los mencionados, se debe demostrar previamente la responsabilidad penal del segundo, siguiendo en estricto el principio de accesoriedad en la participación.

VI. UN DISCURSO EN DEFENSA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SU INFLUENCIA EN LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA

1. EL DERECHO PENAL SECURITARIO

El contexto de la seguridad ciudadana, así como la ideología de la seguridad nacional, generan consecuencias notables en la proyección de la política criminal de cualquier nación. Cualesquiera sean las estructuras basilares de su modelo iusconstitucional vigente, la presencia de factores significativamente perturbadores inciden en una reformulación del estado de la cuestión. El orden normativo puede verse modificado de forma sustancial cuando se identifican estados de conmoción social; una suerte de histeria colectiva justificada, que recrudece por fenómenos criminales de gran intensidad que acaecen en el Perú, como el terrorismo, el narcotráfico, los asesinatos, la corrupción de funcionarios, secuestros, robos, entre otros de gran repercusión en el consciente colectivo.

Se puede decir entonces, que la descripción, análisis, valoración y contemplación del discurrir de la política criminal del Estado, tiene que realizarse bajo un plano histórico-social, donde las descripciones y caracterizaciones criminológicas –que se van sucediendo en el tiempo y en el espacio– inciden notablemente en la forma, los medios y los instrumentos que el sistema jurídico-estatal ha de emplear para combatir dicho flagelo social.

En la temática de abordaje son dos los puntos que deben distinguirse: primero, una política criminal que pretende ser prolija y eficaz, en cuanto a reducir los índices de criminalidad y que puede o no respetar, en rigor, los principios axiológicos que legitiman la intervención del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho; segundo, los efectos inmediatos esperados con la redefinición del rumbo de la política penal, en el sentido de que la clase gobernante, en su quehacer normativo (legislativo), no solo pretende frenar esa incesante delincuencia, sino también ansía réditos políticos, lo cual implica hacer demagogia pura y dura con la denominada «seguridad ciudadana».

Estas situaciones de inseguridad que la sociedad peruana soporta –y en general la mayoría de países– son las hélices que empujan la expansión incontenible del Derecho penal[244], donde los miembros de la sociedad, al constituirse en víctimas potenciales de esta iracunda criminalidad, asumen un protagonismo de relevancia[245];

---

(244) El Derecho penal aparece así, como una suerte de catalizador de demandas de seguridad cognitiva, que se incrementan significativamente ante la aparición de nuevos riesgos, producto del avance y desarrollo de la ciencia y de la tecnología. La forma de cómo los ciudadanos interactúan ahora, supone la posibilidad –no poco probable– de que se manifiestan conductas portadores de un riesgo para los bienes jurídicos. Sin embargo, esta nueva definición descriptiva de la sociedad moderna, si bien puede justificar el reconocimiento de nuevos bienes jurídicos –necesitados de tutela punitiva–, empero, respecto a los ya existentes, los reconocidos por el ordenamiento jurídico, son objeto de un reforzamiento de protección, sea con la intensificación de la respuesta punitiva o a través de la inclusión de modalidades agravadas, determinado ello por la forma y, sobre todo, el por qué se transmiten los hechos en los medios de comunicación social, los cuales –un sector importante de la prensa– magnifican, manipulan, distorsionan, y hasta lucran con los acontecimientos sucedidos, ello deviene en un estado de temor, de angustia, que es plasmado en la demanda de mayor amenaza punitiva –justificada por la poca, ineficaz, populista capacidad de respuesta de las autoridades–, la cual ancla en una normatividad que termina por socavar los principios rectores del Derecho penal.

(245) En opinión de Díez Ripólles, el protagonismo adquirido por los intereses y demandas de las víctimas en el diseño de la reciente política criminal intervencionista se presenta como una *reacción emancipadora* de las clases sociales más desfavorecidas frente a la criminalidad de los poderosos, sujetos que se encontrarían detrás del conjunto de comportamientos que se trata de atajar la actual

empero, lo cuestionable es que se lo ha convertido en un instrumento de *prima ratio*.

A lo dicho debe añadirse algo de suma relevancia, estas respuestas jurídico-penales que esboza el legislador ante coyunturas de enérgica demanda social, supone la puesta en escena de una «legislación de emergencia», cuya principal característica es la gradual relativización de las garantías materiales y procesales inmanentes al concepto del Estado constitucional de Derecho. Conforme a dicha orientación política, se pone en cuestionamiento su intrínseca legitimidad, así como su permanencia en el tiempo, al desnaturalizarse su excepcionalidad.

De ahí que debamos ingresar al terreno de la discusión un tema de ponderación respecto a cuál es la cuota necesaria de sacrificio garantista que el Estado debe deponer para combatir eficazmente esta cruenta criminalidad. En efecto, se identifica esta dialéctica, a veces irreconciliable, entre la protección de las libertades fundamentales individuales y la tutela de la sociedad; en puridad, esta empresa se torna en complicada cuando se debe esbozar un programa de política criminal encaminada a la eficacia, pero a su vez sin degradación de las garantías fundamentales. Estado de la cuestión que pone en serios aprietos a quienes izan la bandera, y enarbolan los estandartes, del excesivo garantismo.

Según lo anotado, no es nuestro menester avalar propuestas excesivamente punitivistas, como la que se extrae de este equívoco

---

política criminal expansiva; (...), lo que la población demanda son actuaciones enérgicas contra la delincuencia clásica, la que nace de los aledaños de la desocialización y la marginación, sectores sociales respecto a los que, además, se ha producido un notable desapego y desinterés por parte de las clases sociales medias mayoritarias; las exigencias de actuación sobre la delincuencia de los poderosos, sin desaparecer, ocupan un lugar secundario y, desde luego, no se percibe entre esas clases medias una pérdida del encanto que le producen los sectores sociales privilegiados y su pauta de comportamiento. En: *Estudios penales y de política criminal,* op. cit., p. 131 y 133.

concepto del Derecho penal del enemigo, sino que un discurso programático y realista permita arribar a consecuencias doctrinarias (dogmáticas) ajustables a las aristas de un Orden democrático de Derecho, donde los ciudadanos tienen derecho a convivir socialmente bajo un estado de seguridad y paz, y donde la tutela punitiva no solo es parte de una visión atomizada del ser humano, sino desde la faz social, en cuanto a posibilitar su participación en concretos ámbitos socio-económicos-culturales[(246)]; mas ello no puede significar el empleo terminológico propio del Derecho de guerra, acuñados en tiempos de excesiva ideologización de la respuesta penal, donde las razones del Estado –quienes representan el poder político-gubernativo– se superponen a los dictados del Derecho y la razón; justamente, cuando imperan las primeras es que se construye un modelo autoritario, maximalista, negador y abiertamente quebrantador de derechos fundamentales; a ese nivel no puede caer una Nación que se denomine civilizada y humanista. Este es el riesgo de sancionar normativas penales sin sopesar las consecuencias que provoca la ruptura de la política criminal y los límites legitimadores de un Derecho penal democrático.

Convenimos, por tanto, que los réditos que puedan obtenerse en la lucha contra criminalidades complejas mediante la utilización de una normativa draconiana y maximalista pueden verse deslegitimados, disminuidos, enturbiados cuando los que fueron objeto de una sanción por parte de los tribunales de justicia logran decisiones emblemáticas favorables en las cortes y tribunales internacionales.

---

(246) Así, SILVA-SÁNCHEZ, al sostener que el Derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos –de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes– ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal. En *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 25.

Téngase en mente que el Perú se encuentra adscrito a sistemas interamericanos y globales de justicia, por tanto, está supeditado a cumplir obligaciones de carácter internacional; de no ser así, no se habría derogado todo el andamiaje legislativo sancionado al inicio de la década de los noventa para procesar y juzgar nuevamente a confesos subversivos.

A nuestro entender, el Estado debe preservar siempre un nivel ético frente a la sociedad, no puede rebajarse a la misma condición del delincuente, no puede responder en la misma forma en que lo haría la criminalidad; no en vano los integrantes del comando clandestino (paraestatal) denominado «Grupo Colina» fueron procesados, juzgados y sancionados punitivamente, por los asesinatos cometidos en la lucha contra el terrorismo, así como un exjefe de Estado, por graves violaciones a los derechos humanos[247].

Se advierte, también, una falsa percepción de la ciudadanía, cuando el Estado hace uso de una legislación penal esencialmente criminaliza dora contra el estado de inseguridad ciudadana, pues no se toma en consideración, que la relativización de las libertades fundamentales puede significar a la postre, que cualquiera sea víctima de opresión estatal sin estar incurso en delito alguno. Poner el acento en dicho aspecto significa motivar una necesaria reflexión sobre los riesgos que se desprenden de una legislación penal de «emergencia», en cualquier sociedad construida basilarmente en el arquetipo de los derechos fundamentales.

En esa línea argumental, se puede señalar, con toda corrección, que, en las últimas décadas, el Perú –como otros países de la región– ha experimentado un sinnúmero de fenómenos legislativos en el ámbito concreto del Derecho penal, lo cual ha devenido en su empleo

---

(247) Vide, al respecto, SCHÜNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio,* op. cit., p. 178.

desmedido e incesante bajo el corsé de otorgar una mayor seguridad ciudadana; una suerte de politización, donde la norma jurídico-penal está orientada a fines comunicativos-cognitivos tendentes a canalizar o catalizar las desesperadas ansias de mayor penalización de la sociedad, sin interesar que sus esquelas normativas resulten abiertamente lesivas a las garantías fundamentales de un Derecho penal democrático.

Lo paradójico de todo esto es que la expansión que sufre el Derecho penal, por obra y cuenta del legislador, toma lugar en un contexto donde se postulaba a toda fuerza su modernización, expresada en la ampliación de su intervención en nuevas esferas sociales y económicas; de suerte que el nuevo y moderno Derecho penal estaría referido a la tutela punitiva del medioambiente y del orden económico, así como otros intereses jurídicos supraindividuales, lo cual se correspondería con el denominado «Derecho penal del riesgo». Sin embargo, el foco de atención de la política penal actual se centra en los delitos convencionales, bajo los parámetros de la doctrina de la «Seguridad Ciudadana», incidiendo en un plano disímil de actuación, puesto que por un lado se incrementan duramente las sanciones penales, se proscriben los beneficios penitenciaros y se incluyen nuevas circunstancias de agravación; mientras que en el núcleo del Derecho penal moderno procede todo lo contrario, al advertirse una desregulación jurídico-penal, que en el Perú ha significado la despenalización de un número significativo de los delitos económicos, verbi gratia, con la dación de los Decretos Legislativos N° 1034 y 1044[248]. Situación que abona poco a la consolidación de una verdadera democracia, en el sentido de que los protagonistas de la criminalidad de cuello blanco, los poderosos, son tratados con guantes de seda, mientras la delincuencia marginal recibe un tratamiento punitivo sumamente riguroso.

---

(248) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal económico*, Jurista Editores, Lima, 2009.

Como apunta DÍEZ RIPÓLLES, junto al concepto del «riesgo», el concepto de «expansión» ha venido siendo otra de las ideas motrices del debate sobre la modernización del Derecho penal. Con ella se quería expresar que la intención de las nuevas realidades delictivas procuraba ampliar los contenidos del Derecho penal; donde la irrupción del concepto «seguridad ciudadana» ha sentado las bases para un nuevo progreso en la conformación del marco analítico en el que podrá arraigar el modelo penal. En efecto, el concepto de «expansión» deja de referirse primordialmente a las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad del riesgo, las cuales pasan a ocupar, dentro del nuevo concepto de expansión, un lugar marginal, tanto cuantitativa como cualitativamente[249].

La fuerte dosis de «ideologización» del Derecho penal se demuestra cuando las reformas punitivas vienen a recoger los intereses programáticos (ideológicos) de ciertos sectores representativos de la sociedad, los cuales no siempre convergen con aquellos que tiende a tutelar el Derecho punitivo.

A decir de MIRANDA ESTRAMPES, este fenómeno conocido como *populismo punitivo o penal* se caracteriza por una inmediata y permanente llamada al Derecho penal para hacer frente a determinadas problemáticas sociales, caracterizadas generalmente por su repercusión mediática[250]. Y es que a los políticos, hoy en día, legislan para las galerías, entonan y perfilan un discurso encaminado a complacer las pretensiones punitivistas de la sociedad, a complacerlas sin mayor estupor[251], donde el contenido del lenguaje comporta un

---

(249) DÍEZ RIPÓLLES, José, *Estudios penales y de política criminal,* op. cit., p. 134.

(250) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El populismo penal, Análisis crítico al modelo penal securitario*, en *Temas de Derecho penal y procesal penal*, op. cit., p. 529.

(251) Así, MIRANDA ESTRAMPES, al sostener que en muchas ocasiones la actual redacción y aprobación de las leyes penales no obedece a una reflexión serena, racional y consensuada del legislador, sino que se realiza de forma precipitada e improvisada, al compás que marca la coyuntura política de un país o para dar

complexo de ideas trasnochadas, fuera de toda razón jurídica valedera, pues lo único que importa es lograr los efectos de una pura sensación cognitiva de seguridad[252].

No interesa los resultados reales, el rendimiento eficaz de la norma, únicamente la captación de un mensaje de dureza frente al crimen y la captación de una gran masa de electores. El Derecho penal se convierte así en un *arma política* que genera, a corto y medio plazo, fructíferos réditos políticos y electorales a los partidos políticos en el poder y también a la oposición[253]. No hace mucho tiempo atrás, en momentos de campaña electoral se pudo avizorar a algunos postulantes al Congreso de la República, que no dudaron en ofertar pena de muerte para los violadores, castraciones, castigos corporales y de retornar a los jueces sin rostro, lo que evoca una imagen catastrófica e irracional de cómo se pretende dirigir la política criminal en el Perú.

Con lo expresado no se quiere decir que el Derecho penal no debe ejercer rol alguno en la prevención delictiva, sobre todo, ante delincuencias tan graves como el terrorismo; todo lo contrario, debe intervenir decididamente y con todo rigor; no obstante, dicha actuación tiene que sujetarse a sus principios fundamentales. No podemos avalar la utilización simbólica, pedagógica, ética y política de la norma jurídico-penal, puesto que ello termina por generar su propia deslegitimación.

---

respuesta a las demandas de venganza procedentes de determinados sectores de la ciudadanía; vide, *El populismo penal...*, op. cit., págs. 532-533; dicho ánimo vengativo de la sociedad, es alimentado poderosamente por los medios de comunicación social, quienes se encargan de sobredimensionar el hecho, generando todo un espectáculo, donde la parafernalia y el morbo de las personas, constituyen las características que adornan esta actuación injustificada.

(252) Así, GONZÁLEZ CUSSAC, José, *El Derecho penal frente al terrorismo...*, op. cit., p. 65.

(253) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El populismo penal...*, op. cit., p. 533.

Es de notar que, la orientación de la política criminal viene proyectada no solo por condiciones criminológicas concretas, por una contemplación de la realidad social, sino también como un instrumento dirigido a apaciguar la sensación colectiva de inseguridad. A decir de SILVA-SÁNCHEZ, nuestra sociedad puede definirse como la sociedad de la «inseguridad sentida» (o como la sociedad del miedo). En efecto, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación general de inseguridad, esto es, la aparición de una forma especialmente aguda de vivir el riesgo[254]. Este riesgo de inseguridad ciudadana se ve lógicamente incrementado, cuando toma lugar un espiral de violencia de amplias magnitudes, como sucede con el fenómeno de la subversión.

El movimiento *expansionista del Derecho penal constituye un fenómeno político criminal imparable*[255], mas una cosa es definir ámbitos sociales legítimos de intervención punitiva –conforme a la nueva descripción de la sociedad moderna–, y otra muy distinta, hacer uso de una estrategia punitiva, en sí negadora de los derechos fundamentales de los individuos. Que el Derecho penal deba modernizarse, es una cuestión que, a nuestro modo de ver, resulta indiscutible (orden económico, medioambiente, etc.), pero trazar una legislación penal que desmantele las garantías esenciales del sistema penal es algo que no podemos conciliar, menos legitimar so pretexto de hacer frente a las amenazas que ponen en jaque la seguridad de los comunitarios.

En opinión de CANCIO MELÍA, vivimos en un auténtico clima punitivista, que se caracteriza por un incremento cualitativo y

---

(254) SILVA-SÁNCHEZ, Jesús, *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 32.

(255) En referencia, SILVA SÁNCHEZ, nos indica que no es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico –esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública– lo que debería resolverse en el nivel de los instrumental –de la protección efectiva–. En *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 21.

cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal[256].

El proceso de formación de las leyes jurídico-penales debe estar revestido no solo de un juego democrático, que todos los actores comprometidos estén en posibilidad de ofrecer sus propuestas, sino que deben pasar por un filtro de valoración axiológica en cuanto a los valores que dicho proceder legislativo debe respetar.

Cuando de criminalidad subversiva discutimos, en el umbral del tercer milenio cabe destacar que la escala terrorista que azotó al Perú en las décadas de los ochenta y noventa, ya no cuenta con la misma intensidad y magnitud, solo quedan ciertos focos subversivos que actúan en las zonas agrestes y alejadas de las metrópolis, desprovistos de la peligrosidad que los caracterizaron en tiempos pretéritos, sin embargo sí pueden resurgir o mutar a otras formas de criminalidad más violenta.

2. LA LEGISLACIÓN PENAL DE EMERGENCIA

La norma responde a una determinada coyuntura histórico-social, es decir, la sanción de una particular legislación importa la respuesta que el ordenamiento jurídico emite ante determinados hechos que aparecen en el contexto sociológico. Conforme se van apreciando ciertos comportamientos socialmente negativos, es que se procede a la penalización de conductas, que a consideración del legislador merecen ser catalogadas como delictivas.

Es de verse que, el fenómeno delictivo importa una manifestación propia del ser humano, que toma lugar en un determinado espacio temporal, resultando que revela varias aristas, lo que incide en reconocer variadas tipologías del injusto penal. Sin duda, la criminalidad del siglo XIX no es la misma del siglo XXI.

---

(256) CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo,* op. cit., p. 70.

El hombre, así como el Estado y la sociedad, constituyen elementos pasibles de una permanente mutación, desarrollo e incesante dinamismo. No estamos en el tiempo donde la riqueza consistía en tener tierras o latifundios, en los que se acentuaban los delitos contra el patrimonio, donde la clase servil contenía a los potenciales agentes del delito, sino que esta es una sociedad postindustrial, en la cual se han masificado los medios de comunicación social, los aparatos comunicativos, etc...., el desarrollo de la ciencia determina la aparición de la criminalidad informática, los delitos de manipulación genética, etc. En este asunto se deja de lado la visión antropológica y etiológica del crimen, para adoptar una perspectiva sociológica de la cual se advierte que el delito es una producción en sí de la sociedad

Ante esta realidad, la norma jurídico-penal está en la obligación de adaptarse a los nuevos tiempos, no existe ciencia alguna que sea estática e inamovible, mucho menos la ciencia jurídico-penal; es por ello que una de las misiones esenciales de la política criminal es ser «contemplativa», en esencia «valorativa», observar estos nuevos fenómenos sociales y así esbozar una reforma penal de *lege ferenda,* con arreglo a los principios de legalidad, lesividad y de culpabilidad; en tal merced, en el devenir del tiempo se ha ido construyendo una nueva imagen del Derecho penal, que no se corresponde con su imagen tradicional, lo cual no ha de suponer necesariamente que ello sea ilegítimo, pues dichos ámbitos de intervención tienden a justificarse según el rol fundamental del Derecho punitivo: la protección preventiva de bienes jurídicos.

En lo que respecta al delito de terrorismo, es menester remontarnos a los últimos años de la década de los setenta y comienzos de la de los ochenta, donde acaecieron dos aspectos a saber: una fuerte crisis del sistema capitalista (ultraliberal) producto de las anomias propias del modelo, el mismo que generó profundas desigualdades sociales y medios legales de explotación a las clases

menos favorecidas, inequidad en la distribución de la riqueza, el ensanchamiento de las brechas sociales; y la crisis del «Estado de bienestar[257]», la recesión económica producto de un excesivo populismo y clientelismo económico, dieron como resultado un Estado incapaz de poder satisfacer las demandas más elementales de la población. Surge así un discurso político e ideológico de extrema izquierda, antisistema, que propone la toma del poder mediante el uso de las armas, esto es, no se pretende lograr el poder a través del proceso eleccionario sino con el uso extremo de la violencia, configurando una descripción apocalíptica de lo que debe significar el debate de las ideas, la confrontación de programas políticos, pues lo que valía era la interiorización del mensaje con la fuerza de las bayonetas y el detonante de los explosivos.

Según los dictados de un Orden democrático de Derecho, las ideas y las posturas se debaten, se discute en base al diálogo permanente por parte de los actores comprometidos, este constituye el instrumento más poderoso, merced al cual se construye el Estado de Derecho, pilar de un orden basado en el respeto irrestricto a los derechos y libertades que la Ley Fundamental reconoce; siendo así, todo aquel medio que desconozca dichas vías, y que tienda a usar la fuerza, la violencia y la coacción, ha de ser repudiado y rechazado bajo todo contexto, ha de merecer el reproche jurídico-social más intenso que ese mismo ordenamiento consagra; donde el soporte ideológico y político, por el cual puede ir premunido dicha estrategia discursiva, no enerva en el más mínimo ápice la declarada antijuridicidad penal de dichos comportamientos.

---

(257) MIRANDA ESTRAMPES, analizando las causas de expansión del populismo punitivo, indica que las *políticas económicas* han producido un notable recorte en los niveles del Estado de bienestar (*Welfare State*), que empezó a resquebrajarse con la explosión de la denominada «crisis fiscal del Estado», fruto de un aumento del gasto público de forma más rápida que los ingresos. En *El populismo penal,* op. cit., p. 541.

Entonces, si bien el Código Penal de 1991 contaba dentro de sus esquelas normativas el delito de Terrorismo, específicamente en el Capítulo II del Título XIV, a partir de la asonada de violencia subversiva que se gesta al principio de la década de los noventa, es que el Gobierno de aquel entonces decide formular una Ley penal especial –DL N° 25475 de mayo de 1992[258]–. Por consiguiente, si se procedió a legislar de esa manera fue porque se quería formular una legislación penal con ciertas particularidades y especificaciones ajenas al Derecho penal «garantista», que se supone adquirió carta de ciudadanía con la sanción de la novísima codificación penal. A partir de dicho momento se dicta en el Perú todo un complexo normativo encaminado a enfrentar con toda energía y severidad al fenómeno subversivo, lo que se encuadraría en lo que conocemos como «legislación penal de emergencia».

Conforme lo anotado, cabe preguntarse si el Derecho penal debe responder de forma excepcional ante estas fenomenologías que alcanzan niveles estratosféricos de violencia, y si dicha excepcionalidad justifica que la normativa que se dictó en aquel tiempo deba permanecer de forma inexorable. Dicho de otro modo, las cosas así concebidas nos revelan la convivencia en la ordenación punitiva, de un Derecho penal del enemigo y un Derecho penal del ciudadano.

Entonces resulta que, la pretensión confesa es la construcción temporal y excepcional de esta clase de reacciones punitivas, de ahí que la realidad explana una curiosa «excepcional normalidad». Lo relevante es que esta normatividad temporal y excepcional, amenazadoramente, se viene convirtiendo en un orden jurídico estable y resueltamente normal. Este ámbito viene a constituir la base de un Estado autoritario de Derecho, caracterizado por inflexibilidad de

(258) Modificado por la Ley N° 29936, publicada el 21 de noviembre de 2012.

las leyes, especialmente las penales y, consecuentemente, la restricción de los derechos humanos[259].

Pero, ¿cuáles son las causales por las que un Estado constitucional de Derecho puede promover legítimamente estados de emergencia o de excepción?, y ¿acaso ello convalida, a su vez la posibilidad de dictar una ley penal de emergencia, conforme se desprende del contenido del DL N° 25475 y leyes conexas? Primero habría que decir que, el estandarte de esta legislación «excepcional» viene promocionado por la defensa del orden público o de la seguridad ciudadana, como bienes jurídicos que son encumbrados en la cúspide de intereses a tutelar por el orden jurídico. El art. 137° de la Constitución Política del Estado dispone lo siguiente:

> *El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:*
>
> 1. *Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2° y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.*
>
> *El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República [...].*

(259) PEÑA CABRERA, Raúl, *Delito de terrorismo,* op. cit., p. 47.

De la normatividad invocada se colige que en ciertas situaciones (de emergencia), cuando se esté en grave riesgo y la paz o el orden interno frente a circunstancias de grave conmoción pública, donde la tranquilidad se ve desestabilizada ante agresiones o ataques de naturaleza antijurídica, se suspenderá el libre ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales. Empero, unas cuestiones son las normas que regulan el ejercicio de los derechos fundamentales, otra muy distinta, el ámbito de intervención del Derecho penal frente a crímenes como el Terrorismo y el Narcotráfico; y otra –también de relevancia– es definir el marco temporal de su vigencia normativa, que, como bien se dice en el precepto constitucional, no puede exceder un tiempo prudencial, de no ser así, la permanencia indefinida de la legislación de emergencia implicaría quebrantar gravemente la estructura basilar del Estado constitucional de Derecho.

Continuando con este análisis, resulta importante distinguir dos aspectos: primero, la legitimidad de las leyes penales de emergencia y, segundo, cuáles son los límites que puede alcanzar dicha legislación en la derogación suspensiva de ciertos derechos y libertades fundamentales.

Donini, en la doctrina italiana, hace un apunte muy importante en cuanto a la tradición en todo el desarrollo del siglo XX, se coloca en una línea de rechazo de la posibilidad de disciplinar jurídicamente los «estados de excepción». El hecho es que siempre son invocados para derogar la normalidad del Derecho existente. Por lo tanto, se entrevé una verdadera incompatibilidad entre el Estado de Derecho y el Derecho penal de excepción, porque este último es expresión de la razón del Estado (subordinación de medios no predefinidos a los fines establecidos por el soberano), en lugar del principio de subordinación de los fines políticos al empleo de medios jurídicamente preestablecidos[260].

---

(260) Donini, Massimo, *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad,* op. cit., p. 195.

Sin duda, un tema es sobrellevar un estado de guerra con una nación beligerante y otro el combate y contención de los efectos devastadores de la delincuencia común, sea cual fuese su forma de manifestación (v. gr., terrorismo); en la medida que en el Derecho de guerra, al contrincante se le puede denominar «enemigo», mientras que el sujeto infractor de la norma (v. gr., agente terrorista) se le debe tratar como cualquier «ciudadano», al margen de las mayores cuotas de intervención que adquiere el Derecho penal. En el marco de una guerra no se necesita de una agresión para intervenir, es decir, a fin de neutralizar al enemigo se le puede anticipar de forma significativa y así reducir la posibilidad de ser agredido; en cambio ante delitos comunes, el Estado solo puede intervenir en la esfera de libertad ciudadana cuando se manifiesta la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico penalmente tutelado; la intervención estatal, en todo caso, mediante las fuerzas del orden, ha de materializarse cuando ya se detecte un foco evidente de conflictividad social.

No obstante, debe reconocerse también, que no se requiere de una guerra para que el Estado intervenga de forma enérgica ante quienes se manifiestan en contra de las bases elementales de un Orden democrático de Derecho, de quienes con su violento accionar ponen en riesgo la integridad de los intereses jurídicos fundamentales. Sin embargo, si bien el Estado y la sociedad tienen todo el derecho de defenderse ante estos ataques antijurídicos, no es menos cierto que esta lucha no pueda realizarse a cualquier costo, pues existen límites y contornos predefinidos que la Ley Fundamental y otras normas prevén. Lo importante a todo esto, es que estas emergencias sean configuradas jurídicamente de forma previa y a su vez que se defina normativamente los márgenes que aquella no pueda desbordar. A tal efecto, no podemos conciliar con posturas doctrinales fuera de la estructura del Estado constitucional de Derecho, donde la sanción de las leyes era una expresión pura del poder del gobernante (*legibus soluta*); si algo debe quedar claro y no susceptible de objeción, es que el Derecho no puede ser

subordinado a la política, so pena de establecer verdaderos regímenes autoritarios, de lo que se trata, por tanto, es de regular jurídicamente los «estados de emergencia».

No puede dejarse de lado que las leyes que puedan expedirse en los estados de emergencia son objeto de amparo legal y constitucional que, de cierta forma, obligan a su aceptación jurídica. Sin embargo, un asunto distinto son los márgenes de discrecionalidad que pueden manejarse para adoptarlos en los casos concretos, como los límites que deben ser respetados en la formulación de las normas que le dan contenido. Por tanto, las emergencias pueden ser legítimas, los que no son legítimos son los desarrollos normativos que se definen bajo su cobertura legal y constitucional. En definitiva, la emergencia no es ilegítima en cuanto tal, dice DONINI, nadie puede permitirse decirlo. En todo caso, las normas que la regulan careciendo de una reflexión previa –porque se ha optado por calificar las emergencias como «no legitimables»– tan solo pueden ser objeto de crítica jurídica negativa o de reflexión política[261].

Este «espacio libre del Derecho» deja completamente insatisfechas soluciones jurídicamente obligadas respecto de algunos fenómenos excepcionales verdaderos, porque perpetúa un dominio jurídicamente incontrolado de la política sobre el Derecho, deslegitimado injustamente más allá de los límites de aceptabilidad[262].

La Codificación punitiva de 1991, en su Exposición de motivos declara lo siguiente:

> *El proyecto consagra el importante principio de la co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito cuando prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo*

---

(261) DONINI, Massimo, *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad,* op. cit., p. 197.

(262) Loc. cit.

y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente (artículo 45). En esta forma nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, mea culpa que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. La Comisión Revisora conceptúa que la culpabilidad a la que se alude, disminuye o desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social.

Lo que proyecta la motivación de la ordenación penal, es que el delito, como hecho social, incide en una relación delincuente-sociedad, donde el primero desobedece las normas de convivencia; eventualmente producto de las fisuras de la estructura social, pues el sistema no está en posibilidad de ofrecer a todos las mismas oportunidades de acceso a la riqueza o prosperidad. Luego de la comisión del delito, quien ha cumplido su pena a totalidad no está en condiciones de reinsertarse a la comunidad (que falló), en tanto la estructura de la sociedad actual tiene los compartimentos cerrados, el estigma y la rotulación de «expenado» se constituye en un obstáculo real a la verdadera rehabilitación social[(263)].

Algunos ven al Derecho penal (sistémico-funcionalistas) como un instrumento de reafirmación cognitiva de las normas, como una suerte de estabilización fáctica y de enlace al Derecho; de tal forma, que si el sujeto quebranta una norma jurídico-penal, dejará de ser un soporte de seguridad cognitiva, por ende, normativa; de ahí que los

(263) En palabras de Díez Ripólles: la ideología de la distribución de riesgos entre individuo y sociedad, es a mi juicio, un discurso que se sirve de una terminología tecnocrática para ocultar la insolidaridad social que le inspira. El punto de referencia revelador de su naturaleza se encuentra en que la sociedad no admite, o restringe notablemente, sus responsabilidades en la génesis y abordaje de la delincuencia. En *Estudios penales y de política criminal,* op. cit., p. 140.

fines de la pena tengan que ver únicamente con el restablecimiento de fidelidad de las normas, de quienes se han mostrado como honestos frente al Derecho, mientras el sujeto infractor ha de asumir todos los costes de su contravención normativa, ya no es portador de derechos sino únicamente de obligaciones. Se olvida con esto la génesis del delito. Consecuentemente, resulta empresa fácil la convalidación de medidas punitivas orientadas a la segregación y neutralización del delincuente.

Siguiendo el orden de ideas, no es propiamente el *estado de emergencia* el que debe ser objeto de cuestionamiento, sino más bien los contenidos normativos que se pretenden encubrir y legitimar bajo la rotulación de la «emergencia». Por añadidura cabe indicar, que tampoco puede descartarse a rajatabla, que mediando los mecanismos e instrumentos legales que el orden jurídico consagra –propios del Estado constitucional de Derecho– se pueda también obtenerse resultados promisorios en la lucha contra crímenes como el terrorismo. Debe enfatizarse la idea de que el triunfo, más que con la formulación de las estrategias punitivas, está en las personas que la aplican y en el Estado, que permite la materialidad de las mismas[(264)]. Constituye una suerte de facilismo, donde en vez de hacer eficaces lo que ya se tiene, que se prefiera optar por el corte tangencial de las garantías (materiales y procesales) desde un norte inmediatista, en tanto a la postre los costes serán mayores, como se advierte de la legislación antiterrorista, que si bien permitió muchas condenas, ello se opacó luego con la necesidad de que estos agentes sean sometidos a un nuevo proceso y juzgamiento, conforme la dación del Decreto Legislativo N° 922[(265)]. SCHÜNEMANN, analizando los fines de la justicia penal, en cuanto a la vigencia del Derecho y la protección de los

---

(264) Vide, al respecto, FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo,* op. cit., págs. 244-245.

(265) Decreto Legislativo que, conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC, regula la nulidad de los procesos por el delito de traición a la patria y demás establece normas sobre el proceso penal aplicable.

bienes jurídicos, apunta que el Estado debe hallar formas de organización también para que la justicia penal pueda conseguir ese doble fin, sin tener que abandonar las conquistas del Estado de Derecho del Derecho penal[(266)] [(267)].

Siendo así, las cuotas de responsabilidad del delito que deberían repartirse equitativamente entre la sociedad y el sujeto infractor, se concentran en el segundo, esto significa que todas las consecuencias deben ser asumidas por aquel; es así que se abandona por completo el concepto de la corresponsabilidad de la sociedad en el delito. DÍEZ RIPÓLLES acota que la ideología parte del presupuesto de que individuo y sociedad deben compartir de forma razonable los riesgos del delito, sin que sea la comunidad la que termine haciendo todo el esfuerzo en la prevención de la delincuencia. Por individuo se entiende en este contexto a la persona que ha cometido o está en trance de cometer un delito. La consecuencia de ese postulado es que la sociedad rechace hacerse cargo de los costes derivados de los riesgos de la reincidencia delictiva, tanto de los procedentes de los delincuentes habituales, como de los que con menor intensidad crean los delincuentes ocasionales. El corte de ese riesgo ha de pasar íntegramente al propio delincuente[(268)].

---

(266) SCHÜNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio,* op. cit., págs. 181-182.

(267) Sobre ello, cabe reflexionar los altos costes –sociales, económicos y armados– que ha traído consigo para los Estados Unidos la intervención en Medio Oriente, donde son muchas las bajas de soldados norteamericanos, cuantiosos los gastos que cubre tal intervención armada y, no se puede pasar por alto, la aguda recesión económica que el país del norte ha padeciendo, con evidente cuota de impopularidad de sus gobernantes, así como de descrédito de tales políticas públicas, no solo internacionales, sino también locales; así, DÍEZ RIPÓLLES, al indicar que el acreditado fracaso del modelo estadounidense en su ámbito nacional original fue coetáneo a su exportación al resto del mundo. Algo semejante pudiera estar sucediendo con el tratamiento de la delincuencia organizada, la delincuencia callejera y el terrorismo. Cfr., *Estudios penales y de política criminal,* op. cit., p. 153.

(268) Ibídem, p. 139.

Un punto muy importante de la crítica hacia la *emergencia penal* es que no respeta el régimen de temporalidad que subyace de su naturaleza jurídica, pues, no obstante que la gravedad de los hechos que justificaron su adopción ha desvanecido o se han diluido de forma significativa, esta *normativa de emergencia* asume la calidad de *permanente*[269]. Dicha estimación la podemos identificar en el DL N° 25475, en definitiva, hoy en día, después más de dos décadas, no se vive la situación de zozobra subversiva que se padeció a inicios de la década de los noventa. En definitiva, los políticos se aprovechan de la demanda de mayor seguridad –por parte de la población– y así la política de endurecimiento punitivo, que si bien tiene a otros delitos como protagonistas, se extiende al delito de terrorismo, generándose una percepción cognitiva de mayor seguridad. Las apelaciones a la excepcionalidad temporal de su vigencia serán una mera coartada legitimadora, mientras no se aborden las causas que generan este tipo de delincuencia –anota Díez Ripólles–, abordaje que debiera permitir dentro de cotas razonables ese tipo de criminalidad[270].

Como bien apunta Terradillos Basoco, siempre resulta más fácil preconizar repuestas excepcionales, entendiendo por tales las que suponen un recorte sustancial del sistema de garantías penales, si se les disfraza de solución transitoria para hacer frente a fenómenos pasajeros. Pero la experiencia prueba que la ideología de la emergencia provoca una ruptura cultural que hace inviables ulteriores intentos de regreso a la «normalidad democrática»[271]; así Peña Cabrera, al señalar que la excepcionalidad tiene el efecto de causar la ruptura

---

(269) Así, Terradillos Basoco, al escribir que las etiquetas, no pueden [...] ocultar que lo «emergencial», de hecho y considerado el fenómeno *ex post,* lo es por su origen –identificado como coyuntural–, pero no por su naturaleza, que ha pasado a ser permanente. En *Sistema penal y Estado de Derecho,* op. cit., p. 219.

(270) Díez Ripólles, José, *Estudios penales y de política criminal,* op. cit., p. 155.

(271) Terradillos Basoco, Juan, *Sistema Penal y Estado de Derecho,* op. cit., p. 219. Al respecto, vide, Cancio Meliá, Manuel, *Sentido y límites de los delitos de terrorismo,* op. cit., p. 362.

de los principios básicos que normalmente presiden y orientan las actividades del Estado. En efecto, la resonancia se siente en las ramas más importantes del ordenamiento jurídico, incidiendo desfavorablemente al cumplimiento de los objetivos de los distintos ámbitos del Derecho[272].

Esta ruptura –que se evoca con insistencia– provoca a su vez, la deslegitimación misma del Derecho penal, como medio de control social institucionalizado, pero no por llevar la etiqueta de *emergencia,* sino que a su nombre haber dado nacimiento a preceptos legales abiertamente inconstitucionales.

En esta lógica de la «emergencia», que es una característica de las democracias occidentales en los tiempos modernos, viene secundada por las doctrinas de la «seguridad ciudadana» y de la «seguridad nacional», constituyen ideologías que se remontan tiempo atrás, donde el autoritarismo político no tiene mejor idea de encubrirse en estos conceptos para proceder a un recorte sustancial de las garantías y así poder perpetrarse en el poder; lo dicho encuentra pleno asidero en el Perú, pues la lucha contra la subversión, fue el emblema que el Gobierno –de aquel entonces– empleó y enarboló en su discurso programático, para justificar su permanencia en la administración gubernamental, es decir, situaciones de espiral violencia son bien aprovechadas por ciertos políticos para entronizarse en el poder. Lo sucedido con el nacionalsocialismo, el fascismo y las dictaduras militares en Latinoamérica revelan claramente esta tendencia política, que abraza ciegamente una orientación programática que no duda en obtener réditos ante coyunturas de tal naturaleza. Así, cuando se apunta en la doctrina argentina especializada, que es regla que junto con cada emergencia surja una burocracia nacional e internacional que procure demostrar eficacia para justificar su propia existencia y como es natural, uno de los objetivos primeros –por ser el más

(272) PEÑA CABRERA, Raúl, *Delito de terrorismo,* op. cit., p. 54.

sencillo, mostrable y mediático– es promover reformas legislativas penales de corte inquisitorial[273].

Retomando lo anotado, los «estados de emergencia» si bien pueden resultar legítimos en cualquier Orden democrático de Derecho, lo importante es definir con toda precisión sus causales y alcances, como de fijar parámetros normativos y contornos preconfigurados cuando se procede al desarrollo de las normativas en rigor. Como nos señala SUEIRO, una política criminal que no establece sus propios límites es necesariamente autoritaria[274]. Este último autor describe que hoy en día este modelo no se encuentra totalmente agotado, sino por el contrario, es interrogante de muchos si, tras formas aparentemente democráticas, no se estará intentando filtrar este viejo modelo, revistiéndolo de nuevos conceptos y nuevas palabras como fue el discurso de la seguridad nacional años atrás y el de la seguridad ciudadana y el Derecho penal del enemigo en la actualidad[275]. Así, DELMAS-MARTY, cuando escribe que la tendencia a un verdadero desdoblamiento del sistema penal (puesto que el modelo excepcional se superpone totalmente al oficial) es característica de la legislación posterior a la Segunda Guerra Mundial y se concreta en la marginación de la víctima, del grupo social y del delincuente, en el reforzamiento de los poderes de la Policía y en el relajamiento, cuando no en la desaparición, del sometimiento a la ley y a la autoridad judicial[276].

Los modelos de política criminal que las naciones democráticas recogen en el seno de su normatividad, fueron esbozados originariamente para ordenar una legislación consecuente con los principios rectores de un Derecho penal democrático, que no

---

(273) ZAFFARONI, Eugenio, *El enemigo en el Derecho penal,* op. cit., p. 182.

(274) SUEIRO, Carlos, *La política criminal de la posmodernidad,* op. cit., p. 289.

(275) Loc. cit.

(276) DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de política criminal,* op. cit., p. 109.

necesariamente ha de reflejar un excesivo «garantismo», pero sí, de encumbrar los derechos y libertades fundamentales en el pórtico de los valores esenciales; siendo así, la política criminal no puede significar el vaciamiento de las garantías sustantivas y procesales, que en rigor se constituyen en fuente y límite de la intervención punitiva estatal.

No es baladí entonces sostener que, bajo esta plataforma ideológica de la *emergencia* aparezcan las rotulaciones, los estigmas y las denominaciones propias del Derecho de guerra, nos referimos al «enemigo», quien, al haberse apartado de forma definitiva del Derecho, ya no está en posibilidad de seguir siendo portador de una seguridad cognitiva frente a los demás, por ello toma lugar un proceso de *despersonalización* que en la práctica supone despojar a todos estos *enemigos* de los derechos que son portadores los verdaderos ciudadanos, quienes sí se muestran respetuosos y obedientes frente al sistema jurídico. Se valen del descrédito del «garantismo», en términos de eficacia, en la lucha contra la criminalidad, claro, sin sopesar los verdaderos factores que imposibilitan la contención de dicha delincuencia(277).

Terradillos Basoco intenta recordar el papel protagonista que asume el concepto de «terrorista», el contrincante irreductible al que no se puede recuperar, sino destruir. La satanización del «enemigo» –que con sus actuales caracteres nace como respuesta a la criminalidad terrorista organizada– es el gran *alibi* justificador de los excesos del poder punitivo(278). El «Derecho penal del enemigo» hereda elementos importantes de la ideología de la emergencia, pero les da, confesadamente, carácter permanente(279).

---

(277) Vide, al respecto, González Cussac, José, *El Derecho penal frente al terrorismo...*, op. cit., p. 66.

(278) Terradillos Basoco, Juan, *Sistema penal y Estado de Derecho,* op. cit., p. 219.

(279) Loc. cit.

Se aprecia, por tanto, la vinculación evidente entre las estrategias penales de emergencia con la definición del enemigo en términos del Derecho penal, pues, precisamente, el ámbito que definen dichas etiquetas es lo que promueve el presunto sustrato legitimador para sancionar normativas que tienden a desconocer las garantías fundamentales de las que todo ciudadano es portador; pero como aquel ya no es considerado *ciudadano*, ya no tiene derecho a que se respeten frente a él tales garantías. Y mientras el escenario criminológico revele comportamientos sumamente peligrosos para la indemnidad de los bienes jurídicos colectivos, los postulados autoritarios de dicha visión forzada del Derecho penal encontrarán plena vigencia en el entramado normativo.

El recordado penalista nacional RAÚL PEÑA CABRERA esbozaba –sin asentir– lo que hoy quieren hacernos interiorizar como válido, que ante el Derecho penal del enemigo, al constituir una categoría conceptual que siempre ha estado presente en la legislación de todos los pueblos, no queda más remedio que justificarlo. Ya por el año 1992 dicho jurista señalaba que la preocupación por legitimar el orden público conlleva a la ampliación de los límites del poder. No se trata entonces de la legitimación económica que subyace y alimenta la legislación sobre el orden público, es decir, todo se convierte o pretende convertirse en el afianzamiento del ejercicio excepcionalmente autoritario del poder. Por eso indicó que no obstante todos los esfuerzos, la legitimación, en el sentido más general no logra su constatación. Acaece que no se trata solamente de «una organización de la fuerza», sino, fundamentalmente, de un despliegue permanente de esta fuerza organizada que representa el Estado autoritario de Derecho[280].

Pasados más de veinte años desde las declaraciones plasmadas por este afamado penalista, nos preguntamos: ¿Acaso la severa

---

(280) PEÑA CABRERA, Raúl, *Delitos de terrorismo,* op. cit., p. 51-52.

e inconsecuente legislación penal que se dictó en la década de los noventa y que, en cierta medida, permitió lograr un número de condenas, legitimó el sistema penal autoritario? De ninguna forma, no en vano el Estado peruano tuvo que responder frente a las decisiones de los tribunales internacionales y regionales ante demandas por la flagrante violación de derechos humanos; la CIDH –en su momento– declaró la incompatibilidad de varios preceptos legales, componedores de esta normativa, dando lugar también a ciertas decisiones del Tribunal Constitucional, que, en resumidas cuentas, obligó al Estado peruano a derogar parte de esta legislación y de someter nuevamente a dichos sentenciados a un proceso penal con todas las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Los modelos de excepción, por ende, define la convivencia de dos esquelas irreconciliables entre sí, la forma más evidente de tratar a ciudadanos de forma distinta: a unos en respeto a las garantías propias del Estado de Derecho y a los otros, mediante el desmantelamiento de todas las garantías. El grave riesgo es que, con el devenir del tiempo, lo excepcional tienda a cubrir todo el complexo del orden jurídico, con ello, la hipocresía adquiriría su verdadera faceta y el aniquilamiento del Estado constitucional de Derecho será una realidad para dar paso a una nueva era de la faz más oscura y autoritaria del Derecho penal, es en tal virtud que el jurista no puede hacer un silencio cómplice de ello, menos tratar de legitimar lo que no es susceptible de ser legitimado[281].

(281) Así, ZAFFARONI, al sostener que, en la medida que el Derecho penal (la doctrina), como programador del poder jurídico de contención del Estado de Policía, deje de cumplir esa función, o sea, en la medida en que legitime el trato como *enemigos* de algunas personas, renuncia al principio del Estado de Derecho y con ello acuerda espacios de avance del poder punitivo sobre todos los ciudadanos y abre el espacio al Estado de Policía, o sea, cede terreno en su función de contención o dique en permanente resistencia; *El enemigo en el Derecho penal,* op. cit., p. 169.

En palabras de ZAFFARONI, la introducción del *enemigo* en el Derecho ordinario –no propiamente bélico o de guerra– de un Estado de Derecho lo destruye, porque *borra los límites del Derecho penal invocando la guerra y los del Derecho humanitario invocando la criminalidad.* Aunque se lo haga o quiera hacer prudentemente, más tarde o más temprano, dependiendo de circunstancias políticas que la concedan más poder efectivo al soberano, desemboca en el Estado de Policía y se desplaza al Estado absoluto. Debe tenerse en cuenta que el espacio de poder efectivo al soberano suele verse limitado por la lucha entre agencias o corporaciones, pero siempre tiende a concentrarse y a verticalizarse[282].

El grave problema es que no se logra entender los fenómenos delictivos. Así por ejemplo, el terrorismo no puede ser frenado, combatido y reducido en todos sus contornos conductivistas con el solo uso del Derecho penal. La descripción actual de las cosas hace pensar equívocamente a la sociedad, que los delitos serán desterrados de la faz de la tierra con la varita mágica de la norma jurídico-penal, dejándose de lado los indicadores o factores que anidan en la comisión de hechos punibles, fisuras, anomias, contradicciones y desigualdades que no pueden ser resueltos con más Derecho penal sino mediante otros medios de control social.

3. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y EL DELINCUENTE TERRORISTA

3.1. EL TERRORISMO, EL DERECHO PENAL Y GUERRA EXTERIOR

Debemos empezar este análisis dogmático y político criminal, señalando que el fenómeno «subversivo o terrorista» importa un grave atentado contra las bases coexistenciales de toda sociedad que aspira a vivir bajo un ambiente de paz y tranquilidad; bienes jurídicos

(282) ZAFFARONI, Eugenio, *El enemigo en el Derecho penal,* op. cit., p. 168.

que se ven gravemente afectados cuando esta demencial delincuencia genera –producto de su violento accionar– un estado de zozobra y pánico en el colectivo. Dicha situación repercute en la vida cotidiana de todos los ciudadanos, pues la inseguridad desencadena angustia, temor y miedo de ser víctimas de estos delincuentes sangrientos. Este fue el clima que se vivó en el Perú en la década de los noventa, donde todos los peruanos padecieron una suerte de paranoia permanente, pues los viles y cobardes atentados terroristas se produjesen en lugares próximos a su ubicación. El Tribunal Constitucional rememoró esa época en el fundamento jurídico primero de la Sentencia recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC, del siguiente modo:

La acción terrorista en nuestro país se convirtió en la lacra más dañina para la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona y para la consolidación y promoción de los principios y valores que sustentan la vida en democracia. Los execrables actos de violencia terrorista, que han costado irreparables pérdidas de miles de vidas humanas y la significativa depredación de los bienes públicos y privados, expresan la magnitud y el horror sumo que generan las conductas brutalizadas, en su afán de «construir», para sí, una sociedad donde se asiente el fanatismo irracional, la exclusión, la intolerancia y la supresión de la dignidad humana como condición básica y elemental para la convivencia dentro de la comunidad.

De esta manera, el delito de Terrorismo constituye, en la actualidad, uno de los crímenes más graves que puede azotar a toda comunidad de gentes[(283)]; lo mismo que determina que la política criminal del Estado tenga que perfilar una estrategia punitiva, en puridad, severa; es decir, todo Orden democrático de Derecho ostenta plena legitimidad para formular una política penal enérgica ante

(283) A decir de SCHÜNEMANN, el terrorismo es concebido como un fenómeno especial solo cuando se encuentra fuertemente pronunciada la soberanía en el interior del Estado; *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio,* op. cit., p. 177.

estos hechos de alto grado de desvalor, pues vaya que el reproche social y jurídico adquiere magnitudes de gran intensidad. De ahí que estimamos procedente y legítimo que se sancione mediante leyes penales especiales –tal como ocurrió con la dación del DL N° 25475–. Reafirmamos, con toda contundencia, que delitos de esta naturaleza merecen una respuesta jurídico-penal que se corresponda con los principios de lesividad, de proporcionalidad y de culpabilidad.

Conciliamos, entonces, en la idea de que toda sociedad cuenta con pleno Derecho de defenderse ante estas agresiones ilegítimas, mediante los instrumentos y mecanismos que la ley y la Constitución prevén al respecto, tal como se desprende la proclama garantista contenida en el art. I del Título Preliminar de la Codificación Punitiva, al sostener lo siguiente: «*Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad*». En esta evidente dialéctica de las libertades fundamentales individuales y la defensa de la sociedad, dar un punto medio no es empresa fácil, mas debe reconocerse que la política criminal también debe proponer una línea penal más dura cuando a graves crímenes se refiere; pero dicha dureza nunca debe significar un desmoronamiento total del contenido esencial de los derechos fundamentales –lo que es inaceptable e inadmisible desde cualquier consideración anclada desde el Estado constitucional de Derecho–.

Como se apunta en los foros académicos, el fenómeno del terrorismo, lamentablemente, centra el debate político internacional y a la vez constituye una suerte de frontera, puesto que en su análisis y propuestas de solución se ponen a prueba las convicciones últimas acerca del individuo y del Estado, de los derechos y el poder; en definitiva se plasma el viejo debate entre libertad y seguridad, y por consiguiente se debate nuestra propia forma de vida, nuestro orden de convivencia[284].

---

(284) González Cussac, José, *El Derecho penal frente al terrorismo, Cuestiones y perspectivas,* op. cit., p. 58.

Cuando se ensayan estas legislaciones penales de emergencia, dando lugar a un recorte sustancial de ciertas garantías fundamentales, las restricciones incidirán sobre todos los ciudadanos *desviados* y *no desviados*, por lo que el modelo a seguir no solo supone una política que incide sobre quienes infringen la norma, sino que sus consecuencias abarcan todo el universo de personas.

En cualquier caso, lo cierto es que el terrorismo constituye una amenaza para los fundamentos y, por tanto, la propia supervivencia del sistema establecido, conforme a lo anotado por CARBONELL MATEU; de ahí que también resulta lícita y plenamente justificada una respuesta penal sumamente dura para los hechos que podamos encuadrar bajo dicho rótulo. No parece razonable negar la evidencia de la necesidad de una política también penal, y hasta fundamentalmente penal, antiterrorista[285].

Dicho lo anterior, queda en evidencia que el terrorismo se erige en una amenaza latente a la estabilidad social y jurídica de cualquier nación, por lo que esta ofensa a los valores más elementales –de toda sociedad civilizada– requiere una respuesta penal acorde y proporcional a los intereses jurídicos que se ven lesionados; verbi gratia, el cuerpo, la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, la intangibilidad de los bienes, etc. Debiéndose advertir que la criminalidad que se gesta en estas organizaciones delictivas es de naturaleza «común», vale decir, que delitos de esta envergadura no pueden ser calificados como «delitos políticos»; como mal pudo verse amalgamado por ciertos sectores de la sociedad civil y política cuando se les pretendió conceder la rotulación de «delincuentes políticos» y de «insurgentes» a estos avezados y sangrientos criminales, que no dudaron en cegar la vida de miles de peruanos y de destruir el patrimonio estatal y de los privados; mal haría la juridicidad y el legislador, de otorgarles tremendo privilegio. Aquí estamos frente a una delincuencia común, donde los motivos, la

(285) CARBONELL MATEU, Juan, *Terrorismo: Algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal,* op. cit., p. 49.

ideología o el corsé filosófico que se haya pretendido revestir a estas conductas antijurídicas, en nada inciden en su tipología como crímenes comunes, por ende, sus acciones han de ser procesadas, juzgadas y sancionadas bajo las leyes de la codificación penal común.

Tal como lo sostuvimos, en un Orden democrático, las ideas, los programas ideológicos y políticos, han de ser confrontadas, debatidas y discutidas en base al diálogo y a la comunicación discursiva que ha de estar desprovista de todo viso de violencia. Por tales motivos, toda posición ideológica que se pretenda imponer mediante el uso de la fuerza o vías de hecho, al desbordar los cánones de la legalidad, ha de ser rechazada, por ende, susceptible de ser sancionada, siempre que con dicho proceder conductivo se haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico penalmente tutelado.

Ahora bien, vemos que cuando se hace mención al delincuente terrorista, se procede a echar mano a la cualidad de «enemigo»[(286)] [(287)]

---

(286) CARBONELL MATEU, señala, naturalmente [...], el terrorista no es el único enemigo: el Derecho penal de autor va a ser aplicado a todos el que no reúna las características típicas –la tipicidad juega aquí un papel radicalmente contrario al que le corresponde al Derecho penal liberal– del ciudadano homologado: el inmigrante solo será acogido si pertenece a una casta social y, sobre todo, económica, que el convierta en igual, en un auténtico ciudadano; *Terrorismo: Algunas reflexiones sobre el concepto y tratamiento penal,* op. cit., p. 49.

(287) Según una *lógica binaria,* escribe DONINI, no existen matices entre el enemigo y el amigo, o entre el ciudadano y el enemigo; se trataría de dos categorías incomunicables, de lógicas irreconciliables; una de diálogo y otra de guerra, una respetuosa de todos los derechos fundamentales y políticos, la otra no; *El Derecho penal frente a los desafíos...,* op. cit., p. 131. A nuestro entender, la pena debe importar un diálogo entre el Estado, el delincuente y la sociedad, donde la magnitud de la respuesta ha de conciliar todos estos intereses, mediando criterios de proporcionalidad y conforme los fines preventivos de la pena, por lo que en el caso del *enemigo* del Derecho y la sociedad, ese diálogo ya no existiría, pues ya con respecto al primero, la pena no despliega fin alguno, solo sus efectos tienen que ver con el resto de los actores, de estabilización del sistema, la vigencia efectiva de la norma y la conformación de una sensación cognitiva de seguridad ciudadana, donde la sanción punitiva ha de significar la neutralización y segregación absoluta al agente infractor, dando paso a la inocuización, a todas aquellas sanciones que no despliegan finalidad ulterior alguna a la persona del penado, que en nuestra legislación positiva encuentran eco, con la inclusión de la pena de cadena perpetua.

(288) (289) que, precisamente, se emplea por esta doctrina penal para dar patente de corsé al denominado «Derecho penal del enemigo»(290) (291) y si tal concepto es el que generalmente se ha utilizado cuando acontece una guerra exterior, debemos fijarnos si es que el terrorismo define dicha situación, esto es, si un Estado constitucional de Derecho puede hacer uso de las acepciones propias del derecho de «guerra exterior» para hacer frente a la subversión y así definir como *enemigos* a todos aquellos que se han apartado definitivamente del Derecho(292); por tanto, ya no merecerían ser portadores de los

---

(288) SILVA-SÁNCHEZ, atendiendo a la definición propuesta por JAKOBS, anota que el enemigo es un individuo, que mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no solo de manera incidental; *La expansión del Derecho penal...,* op. cit., p. 164.

(289) Hablar de un *Derecho penal del enemigo* es una contradicción o un juego retórico, afirma GONZÁLEZ CUSSAC, puesto que en sentido estricto solo cabe hablar de «enemigo» dentro de una situación de guerra, y entonces lo que debe aplicarse no es el Derecho penal ordinario, sino la normativa internacional sobre «usos y costumbres de la guerra»; *El Derecho penal frente al terrorismo,* op. cit., p. 89.

(290) En la doctrina española CARBONELL MATEU, indica que la política antiterrorista constituye [...] un terreno perfecto para el Derecho penal del enemigo. La complejidad del fenómeno; las conexiones de todo tipo que encierra, económicas, políticas, sociales, culturales, etc., hacen que la lucha contra el terrorismo se dirija a todo el entramado que rodea –o que pertenece a– la organización o banda armada; *Terrorismo: Algunas reflexiones...,* op. cit., p. 51.

(291) A decir de JAKOBS, quien no es persona puede ser dirigido por amenazas y reclamos, pero no puede ser obligado por una norma, lo que lleva a GRACIA MARTÍN a sostener que consecuentemente, y aun cuando ello no sea algo que pueda afirmarse con rotundidad, JAKOBS parece negar el carácter de «Derecho» a las regulaciones «jurídicas» de guerra contra los enemigos. Así cuando contrapone el Derecho penal del ciudadano al del enemigo, aclara que la voz «Derecho» significa, en ambos conceptos, algo claramente diferente; *Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo,* op. cit., p. 261.

(292) Para SILVA-SÁNCHEZ, quien postula un «Derecho penal de tercera velocidad», este no puede manifestarse sino como el instrumento de abordaje de hechos «de emergencia», siendo expresión de una especie de «Derecho de guerra» en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción; *La Expansión del Derecho penal...,* op. cit., p. 166; sobre la vinculación de esta postura teórica-conceptual con el Derecho penal del enemigo, ver, DÍEZ RIPÓLLES, José, *Estudios penales y de política criminal,* op. cit., págs. 147-149; SUEIRO, Carlos, *La política criminal en la posmodernidad,* op. cit., p. 287.

derechos y garantías que se comprenden en el programa político criminal del «Derecho penal del ciudadano[293]», con la salvedad de que aun dichos *enemigos de guerra* son portadores de ciertos derechos, tal como se tiene de la Convención de Ginebra, por lo que no pueden ser tratados como objetos[294]. Definir dicho aspecto conceptual no es un tema de *baladí*, pues ello nos podrá dar ciertas luces respecto a la denominación de *enemigo* –que tanta discusión ha generado en la doctrina–, y que ha hecho sostener que el *agente terrorista* es un *enemigo*, por tanto, ha de ser tratado como tal, despojándosele de una serie de garantías que vienen a contradecir la estructura basilar del Estado de Derecho, en tanto premisa fundamental –según sus dictados– es que todos los ciudadanos deben ser tratados por igual.

---

(293) SILVA-SÁNCHEZ, escribe que el tránsito del «ciudadano» se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas; *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 165.

(294) Declaración que resulta útil para rechazar lo aberrante que resulta la prisión de Guantánamo, donde los presos están confinados cual animales, ni dichos seres vivientes merecen tan cruel y degradante trato. Bajo el corsé del discurso ideológico de la *seguridad nacional o la seguridad ciudadana* (*control crime*), la necesidad por desplegar un máximo de orden y de seguridad, incide en definir ya no penas, sino más bien medidas de seguridad basadas en la *peligrosidad,* donde lo que define la temporalidad de la sanción penal no es la gravedad del hecho, así como la culpabilidad del autor frente a su conducta, sino que tanto tiempo se requiere para asegurar a la sociedad de este sujeto peligroso, ya no hay certidumbre, pues todo se basa en un juicio apriorístico y probabilístico; sobre ello, resulta importante citar a JAKOBS, quien sostiene que en la contraposición entre un Derecho penal del ciudadano y un Derecho penal del enemigo se trata en ambos casos de *tipos ideales,* esto es, de especificaciones conceptuales que en la práctica no se encontraran apenas con pureza, aun cuando, en lo que se refiere al Derecho penal del enemigo, la base de Guantánamo se aproxima a un tipo prototípico, y en contra de una opinión difundida, este acontecimiento se incluye totalmente en la problemática, en tanto que después de un delito de extraordinaria gravedad se pretende, entre otras cosas, el aseguramiento ante hechos ulteriores; *Persona y Enemigo. Teoría y Práctica del Derecho penal del Enemigo,* op. cit., p. 47; en cambio, para SCHÜNEMANN, la anulación de la posición de sujeto de Derecho de todos aquellos ciudadanos que han sido caracterizados como enemigos, lo representa los Estados Unidos de Norteamérica, lo han practicado en Guantánamo, e Israel lo practica en Palestina aun más radicalmente a través de una guerra selectiva no disimulada, con asesinatos de presuntos terroristas y de aquellos que se encuentran en su cercanía; *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio,* op. cit., p. 180.

A la par se observa que estas tendencias expansivas del Derecho penal, que ahora se remiten a definiciones propias de doctrinas de antaño, encuentran un sitial privilegiado en la lógica de la «emergencia» y de la «Seguridad Ciudadana», lo que en la práctica significará que la rotulación del *enemigo* se irá extendiendo progresivamente a otro tipo de delincuentes, sobre todo, a los protagonistas del Derecho penal nuclear, el secuestrador, el violador, el asesino, etc. Siempre enmarcado en la exageración de los hechos por parte de los medios de comunicación social y en una demanda de la sociedad como víctimas potenciales(295).

A decir de FERRAJOLI, la etiqueta «terrorismo», como sinónimo de pulsión homicida irracional, sirve para caracterizar al enemigo como no-humano, no-persona, que no merece ser tratado con los instrumentos del Derecho ni con los de la política. Es el vehículo de una nueva antropología de la desigualdad, marcado por el carácter tipológicamente criminal, demencial e inhumano, asociado al enemigo, y, de este modo, también de una nueva y radical asimetría entre «nosotros» y «ellos»(296). La rotulación como «enemigo» no se reduce a constatación de una actitud personal. Significa el comienzo de una declaración de guerra(297).

Es sabido que los delitos de terrorismo tienden a tutelar la «tranquilidad pública»(298), como aquel estado de paz y de sosiego,

---

(295) Como destaca GONZÁLEZ CUSSAC, la percepción de la delincuencia se mide a través de dos conceptos: la preocupación por el delito, que representa la opinión de la población respecto al nivel delictivo que se sufre en su entorno; y el miedo al delito, que supone la aprehensión particular que tiene cada ciudadano de ser personalmente víctima de un delito; *El Derecho penal frente al terrorismo...*, cit., p. 61.

(296) FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantlsmo,* op. cit., p. 240; Vide, al respecto, GRACIA MARTÍN, Luis, *La Modernización del Derecho penal y el Derecho penal del Enemigo,* op. cit., pp. 269-270.

(297) FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo,* op. cit., p. 220.

(298) A este respecto, GONZÁLEZ CUSSAC, afirma que, en relación directa con los delitos de terrorismo, parece necesario mantener la noción de seguridad públi-

que tiende a perturbarse cuando se manifiestan acciones violentas, como las que toman lugar en seno de las organizaciones terroristas; estamos ante comportamientos tendientes a desestabilizar el «orden interno»; precisamente, cuando aparecen dichas circunstancias disvaliosas, es que el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar el estado de excepción de «emergencia», conforme se establece en el apartado primero del art. 137° de la Ley Fundamental. Y si se trata de un caso de «guerra exterior», se procede a decretar excepcionalmente el «estado de sitio», de acuerdo al inc. 2 del mismo precepto constitucional.

Por otro lado, tenemos en el Título XV del Código Penal, a aquellos injustos que atentan al «Estado y a la defensa nacional», definiendo un interés jurídico a proteger distinto. A decir de PEÑA CABRERA, los delitos contra el Estado y la defensa nacional atacan a aquel, en cuanto es una entidad soberana dotada de personalidad jurídica en la que se estructura la vida política de una colectividad. En el orden interno lo caracterizan los principios a que responde la organización política de la vida de la comunidad[(299)]; así, analizando el art. 325° del CP (atentado contra la Integridad Nacional), hemos sostenido que para que pueda presentarse una fuerza capaz de someter la República a un Estado extranjero, debe contar con un poderío bélico importante, máxime, si las organizaciones terroristas o subversivas no tienen por cometido que una potencia extranjera asuma la conducción del país, sino de tomar ellos mismos el poder sobre la base del poder de las armas. Cuando estamos ante acciones subversivas, lo que se atenta es la «tranquilidad pública»[(300)].

---

ca, históricamente vinculada a un concepto de orden público reelaborado desde presupuestos democráticos y conforme al desarrollo de nuestra jurisprudencia constitucional; *El Derecho penal frente al terrorismo,* op. cit., p. 69.

(299) PEÑA CABRERA, Raúl, *Código Penal comentado,* op. cit., p. 373.

(300) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., págs. 579-580.

FERRAJOLI, siguiendo a GENTILI, señala que, un acto de guerra es un conflicto entre Estados y, precisamente, entre ejércitos públicos, es decir, entre fuerzas estatales reconocibles como públicas[301]. Según dicha descripción conceptual nos queda claro, que para que se esté en un estado de «guerra exterior», previamente debe haber una declaración de ambas naciones beligerantes, produciéndose un enfrentamiento bélico directo a través de actos de agresión y de defensa –que toman lugar de forma pública y notoria–, no hay ocultamiento en las acciones violentas. Por su parte, las acciones violentas (terroristas) que se manifiestan en luctuosos atentados contra ciudadanos y políticos, se encubren bajo el manto del anonimato, provocados de forma clandestina, por lo que aquí no se produce un enfrentamiento directo, lo que sí puede darse es una persecución o una intervención militar o policial cuando los custodios del orden son emboscados por los senderistas o ante una incursión policial encaminada a identificar un foco subversivo. Considerando además, que, ante todo hecho punible –por lo general–, la intervención de las agencias de persecución penal toma lugar *post patratum delictum*, luego de haberse consumado el hecho punible, a menos que se trate de un delito flagrante, donde la repulsa policial obedece a la necesidad de tutelar los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos, así como los de orden colectivo.

Convenimos, por tanto, que los criminales de guerra actúan de forma distinta a los agentes terroristas, en la medida que estos últimos proceden a ejecutar sus planes criminales bajo el corsé del secreto, donde la clandestinidad –bajo la cual proceden– les permite precisamente cometer sus fechorías con alto grado de impunidad. FERRAJOLI escribe que el terrorismo consiste en una violencia dirigida a sembrar el terror entre víctimas inocentes, por obra no ciertamente de una fuerza «pública», sino de organizaciones ocultas que

(301) FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo,* op. cit., p. 244.

actúan clandestinamente y están escondidas desde el principio, como hacen siempre los criminales[302].

El criminal de guerra no oculta la cara, no usa pasamontañas como los terroristas, más bien se identifica como la fuerza pública adversaria y así acomete a sus enemigos; los miembros de Sendero Luminoso y del MRTA actuaban encapuchados –tal como sucedió en la toma de la embajada del Japón–, como todo delincuente que quiere evitar ser reconocido y capturado por las fuerzas del orden. Siguiendo a FERRAJOLI, diremos que las guerras las hacen los Estados; suponen confines y territorios, ejércitos regulares y enemigos ciertos y reconocibles. Los ataques terroristas, por el contrario, pertenecen al género de las emboscadas perpetradas por organizaciones ramificadas y clandestinas[303].

Conforme la línea argumental esbozada, se concluye que el agente terrorista, al no resultar un adversario típico de una guerra exterior, no puede ser llamado *enemigo*, lógicamente desde una acepción jurídico-penal que se le pueda llamar así desde un plano puramente político es otra cosa, en tal virtud, no se puede apelar a tal concepto, como una vía legítima, para formular una normativa claramente incompatible con los principios elementales de un Derecho penal democrático[304].

A propósito del fenómeno terrorista, el Tribunal Constitucional analizó el art. 3° de los Convenios de Ginebra, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC, (fundamentos 227 y 228) del siguiente modo:

---

(302) Loc. cit.

(303) FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, op. cit., p. 239.

(304) Vide, al respecto DÍEZ RIPÓLLES, José, *Estudios penales y de política criminal*, op. cit., p. 146.

En principio, desde el punto de vista estrictamente normativo, debe considerarse que la hipótesis fáctica de aplicación de la citada norma es la existencia de un conflicto armado no internacional que haya surgido en el territorio de un país contratante, en cuyo caso, a las partes en conflicto le están prohibidos los actos que ella describe; en ese sentido, en forma previa a cualquier pronunciamiento que se refiera a esta norma, ello requiere de una previa determinación de si los hechos provocados por el accionar de las organizaciones subversivas tienen o no la calidad de conflicto armado, lo que ciertamente al Tribunal Constitucional no le compete; a lo que debe agregarse que las prohibiciones reguladas en la citada norma internacional están referidas a actos concretos, lo cual tampoco puede ser objeto de pronunciamiento por este Tribunal dentro de la acción de inconstitucionalidad, ella está sujeta al juicio de constitucionalidad entre dos normas: la constitucional y la norma legal.

No obstante, y sin que ello signifique reconocimiento de calidad de conflicto armado, pues se trata simplemente de la represión de un delito reprochable por el ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional advierte que la legislación antiterrorista nacional cuestionada no vulnera las disposiciones de la normativa internacional en referencia, pues no autoriza, a sus agencias del control punitivo, ninguna de las prohibiciones taxativamente establecidas en la citada norma, máxime que en el fundamento precedente (XI de la presente sentencia) se consideró inconstitucional el artículo 20° del Decreto Ley N.° 25475, por cuanto el modo de ejecución de la pena venía aparejada de aislamiento e incomunicación del delincuente, lo que suponía trato cruel e inhumano.

A tal efecto, resulta importante invocar y confrontar las ideas de Carl Schmitt, a quien se le liga bastante con el contexto ideológico de la definición del «enemigo», en el contexto de una excepcionalidad que se aparece en los estados de «guerra» y que a su vez es relacionado con el régimen fascista dictatorial del nacional-socialismo.

Por eso, DONINI afirma que la sombra de Carl Schmitt se proyecta sobre este tema. Nadie como él ha indagado y legitimado los estados de excepción y la reducción de la lucha política como forma de guerra[305] [306].

Las sociedades se fundan, se crean en base al consenso comunitario y sobre el ideal del pacto colectivo, donde cada uno de los miembros renuncian a una porción de su libertad individual para configurar una especie de voluntad corporativa; siendo así, la política constituye una fuente inmanente de decisiones, entre las cuales está la de definir quiénes se convierten, en ciertos casos, en miembros *hostiles al régimen*, *los disidentes*, *los opositores*, *los incendiarios*, como quiera que se le llame... orientan la decisión política y así se convierten en adversarios, en contrincantes; sería propio de la esencia del ser humano, como una especie de una doble faz de una misma moneda, el «amigo-enemigo».

Para Schmitt la enemistad guía las acciones de la política, la enemistad en el ámbito público y político se caracteriza por buscar la eliminación del contrincante. La distinción amigo-enemigo no es simbólica tiene que tener un ámbito real sobre que proyectarse y ese ámbito es la política[307]. La distinción amigo-enemigo es profunda y extrema para Schmitt, el enemigo es aquel que es existencialmente otro, no esencialmente, así es posible la enemistad, la esencia de lo político no es la enemistad como tal, sino la distinción entre amigo y enemigo, y supone la existencia de los dos. La idea de enemistad como motor último de la política muestra para algunos la perspectiva

---

(305) DONINI, Massimo, *El Derecho penal frente a los desafíos...*, op. cit., p. 132.

(306) Como señalaba HOBBES, un daño infligido a quien es enemigo declarado no puede calificarse como castigo, sino que habrá de ser considerado como un acto de hostilidad.

(307) GUTIÉRREZ LÓPEZ, María, *El Concepto de lo Político en I. Berlín y C. Schmitt,* op. cit., p. 3.

pesimista de la naturaleza humana[308]. Sin la neutralización de los enemigos (*extraños*) con la guerra no podría haber paz entre los ciudadanos (*iguales*): si el estado perdiese la guerra, no podría garantizar su paz interior, y el Estado, en esta concepción, siempre tiene *enemigos* (*extraños*) que le hacen la guerra y contra los que no existe otra alternativa que responderles con la guerra. Por lo que, ZAFFARONI apunta que frente al *enemigo* en la guerra, para Schmitt no existe ningún límite impuesto por la humanidad, porque esta no tiene enemigos[309].

La «guerra» sería para SCHMITT una necesidad irremediable para proteger la unidad política, como manifestación soberana de un pueblo que puede darse o no; es decir, se muestra como una disposición del Estado, mas no como una salida indefectible. La política como guerra o la guerra como política son la salida conceptual de la radicalización de esa idea, pero no la salida inevitable de la idea misma. Es suficiente para la categoría del político, según SCHMITT, que esté presente el pensamiento de la lucha (no necesariamente de la guerra) como escenario al menos posible de la contraposición política[310].

Como puede observarse de esta definición o mejor dicho la relación entre la *política* y la guerra, a quienes representan la primera, es decir, al soberano, al gobernante le corresponde declarar los estados de guerra, por tanto, él define quienes pueden ser reputados como los *enemigos* del régimen[311], tal como sucedió en la nacional-socialismo, pues a todos aquellos que no pertenecían a la raza aria: los judíos, semitas y otros, tenían la condición de *enemigos*, frente a ellos se podía proceder a dictar normas que hacían alusión a un estado infra, de una categoría de *no ciudadanos*, entonces, la decisión del soberano

(308) Loc. cit.

(309) ZAFFARONI, Eugenio, *El enemigo en el Derecho penal,* op. cit., p. 136.

(310) DONINI, Massimo, *El Derecho penal frente a los desafíos...,* op. cit., p. 133.

(311) Así, ZAFFARONI, Eugenio, *El enemigo en el Derecho penal,* op. cit., p. 139.

de declararlos como *enemigos*, viene plenamente convalidado como vía para proteger el orden público, la paz social o el orden jurídico, pero bajo un esquema donde los intereses sistémicos se superponen drásticamente a los intereses individuales. No en vano se le llamó a este autor ser un politólogo nazi. Importa una suerte de autoritarismo estatal, donde la voluntad del soberano está por encima de la voluntad de la ley; así, cuando se proclama que más que la ley, quien decide (aparte de definir) ese estado, la ley permanece subordinada al soberano y a la política, y por tanto –siguiendo a HOBBES– *auctoritas non veritas, facit legem*[312].

Como se expone en la doctrina, en Schmitt se superponen guerra y política, porque la guerra es necesaria para crear y mantener la paz interna, porque exige que todos se unan frente al enemigo y no luchen entre sí[313].

No obstante reconocerse en la doctrina de Schmitt que los Estados, mejor dicho, quienes encarnizan el poder, cuentan con plena potestad para declarar la *guerra* ante todo acto de hostilidad que ponga en peligro la identidad política del régimen, se postula en la doctrina italiana, que Schmitt no dice, en modo alguno, que el «enemigo» no sea una persona. No lo ha escrito nunca ni siquiera para la guerra en sentido estricto, acusando a los sostenedores de la idea de la «guerra justa» de llegar igualmente aberrantes discriminaciones entre los enemigos. Profesa un concepto que podríamos llamar agonístico (pero no deportivo del enemigo: el enemigo es una persona injusta, inmoral y menos un criminal[314].

FERRAJOLI, analizando el Derecho penal como «guerra», luego de los atentados del 11 de septiembre del 2001, indica que es

(312) DONINI, Massimo, *El Derecho penal frente a los desafíos...*, op. cit., p. 135.

(313) ZAFFARONI, Eugenio, *El enemigo en el Derecho penal,* op. cit., p. 137.

(314) DONINI, Massimo, *El Derecho penal frente a los desafíos...*, op. cit., p. 133.

el esquema *schmittiano* de la oposición «amigo»/»enemigo», que se ha impuesto, sobre todo, en los Estados Unidos. Un esquema, sin embargo, que no es precisamente, como pretendía SCHMITT, el paradigma de la política, sino el de la guerra, que es la negación de toda política racional tanto en las legislaciones internacionales, como en las internas, donde no por casualidad acaba por secundar, en nombre de la emergencia, la disolución del Estado de Derecho, basada en la difusión del miedo y en la demanda de lealtades y de consenso apriorístico a cualquier árbitro y abuso(315).

Son las conveniencias políticas (oportunistas) del régimen de turno las que, avalado en el propio régimen constitucional, determinarán quiénes son sus *enemigos* y ante ellos, amén de conservar y proteger el orden político, se les puede declarar la guerra, pues dichos actos de hostilidad se oponen a la paz pública, por ende, a la estabilidad del sistema jurídico. Por tanto, los intereses estatales-sistémicos se oponen a todo concepto de ser humano, que justamente se instituye en la piedra angular de los Estados de Derecho. Y, si, en dicha concepción teórica-política, se hace o no alusión a un *proceso de despersonalización del enemigo,* es algo que finalmente no interesa, en tanto el paradigma del Derecho penal del enemigo vendría a constituir un desarrollo más depurado –filosóficamente hablando– de las teorías del Estado elaboradas a mediados del siglo XX.

Para ZAFFARONI, *la admisión jurídica del concepto de enemigo en el Derecho (que no sea estrictamente de guerra) siempre ha sido lógica e históricamente el germen o primer síntoma de la destrucción autoritaria del Estado de Derecho*, puesto que se trata solo de una cuestión de cantidad de poder y no una cuestión de calidad(316). La base misma de este planteamiento *schmittiano* contradice el fundamento

(315) FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo,* op. cit., p. 240; Vide, al respecto, ZAFFARONI, Eugenio, *El enemigo en el Derecho penal,* op. cit., p. 141.

(316) ZAFFARONI, Eugenio, *El enemigo en el Derecho penal,* op. cit., p. 150.

del Derecho constitucional tal y como lo entendemos, es decir, un Derecho menos de reglas que de principios que fundamentan y delimitan la política cuya actuación pasa a ser «Derecho», es sometida a una verificación a la luz de un control superior al del Parlamento, es decir, un Tribunal Constitucional de una Corte Suprema[317].

En resumen, estimamos que una postura de la Teoría del Estado, esencialmente *decisonista*, donde la decisión de declarar como *enemigos* a ciertas personas que resultan una amenaza para la estabilidad del régimen político (constitucional), es desnudamente incompatible con la idea actual del Estado constitucional de Derecho, donde el soberano (gobernante) únicamente puede tomar las decisiones (*declaración de guerra*), merced al espacio configurado que le ofrecen la ley y la Constitución, donde el uso del poder (político criminal) no puede superponer los intereses político-estatales por sobre los de la persona humana; su visión filosófica se quiebra y rechaza, por ende, una calificación de tal naturaleza (*enemigo*).

4. CONCLUSIONES

Convenimos en que el Derecho penal nació para poner freno a todo viso irracional de violencia punitiva, de sustituir a la venganza privada y luego a la vindicta pública, para dar lugar a un mecanismo tendiente a ofrecer una respuesta racional frente al crimen y a humanizar los mecanismos de control social. Sin duda, cuando hablamos de Derecho penal hacemos alusión a una expresión de violencia, pues la pena comporta un ejercicio coactivo sobre los bienes jurídicos fundamentales, empero, dicha violencia será *legítima* siempre y cuando ofrezca las soluciones más pacíficas posibles frente a la conflictividad social producida por el delito, donde la racionalidad de la decisión de la justicia se basa esencialmente, en su ser portador de un cierto nivel de ética; ello significa que el Estado no se puede rebajar a la

(317) DONINI, Massimo, *El Derecho penal frente a los desafíos...*, op. cit., p. 135.

condición del delincuente, de ser así no habría escollo alguno para legitimar la tortura en las investigaciones penales y de proceder al castigo corporal. Si llegamos a este dramático escenario no solo estaríamos ante una involución y a un proceso de deshumanización de la sociedad, sino estaríamos lapidando a lo que debemos concebir por «Derecho penal»[318].

Cuando el resorte punitivo del Estado deja de ser una reacción racional y temperada, sostenida sobre la base de una justicia humana, entonces no cabría concebírselo como Derecho penal; puede ser muchas cosas, menos un instrumento racionalmente encaminado a resolver los problemas sociales más graves.

Por otro lado, la pena, según la orientación dogmática definida por JAKOBS, sería la de restablecer la confianza colectiva hacia la vigencia de la norma[319], dando lugar una visión puramente instrumental de la sanción punitiva, olvidando que esta también debe cumplir un rol respecto al sujeto infractor. Que se requiera mantener una lealtad al Derecho y que la desobediencia normativa supone desautorizarla, no hay mayor problema en reconocerlo y por supuesto que la pena cumple una función de prevención general positiva, en cuanto a la cohesión entre la sociedad y el orden jurídico, que se

---

(318) FERRAJOLI, relata que este reconocimiento de la antinomia entre Derecho y guerra, entre pena y venganza se remonta a los orígenes de la civilidad jurídica, cuando el nacimiento del Derecho penal fue representado, en la mitología griega, con la institución del Areópago por Atenea, que puso fin al ciclo de venganza de sangre; *Democracia y garantismo,* op. cit., p. 241.

(319) En opinión de TERRADILLOS BASOCO, la distinción entre mantenimiento y establecimiento de la norma resulta poco útil a los efectos pretendidos. La consolidación de los derechos humanos es, en efecto, endeble. Pero, en el nivel actual de organización de cada Estado y de la comunidad internacional, nada autoriza a afirmar que el recurso a la guerra contra quien desconoce esos derechos sea la única opción; nada impone que el establecimiento de la vigencia de la norma tenga que tomar la forma de acto bélico. Porque ya no puede hablarse de momentos iniciales; ya no se procede *ab initio,* sino desde el Derecho, todo lo débil que se quiera, pero existe, con sus instrumentos y procedimientos propios; *Sistema penal y Estado de Derecho,* op. cit., págs. 223-224.

materializa a partir de la seria confirmación de la pena, a través de la sentencia de condena que impone la pena; empero no podemos reducir las tareas del Derecho penal a dicho norte, sabedores de la utilidad que la pena debe reportar a todos los protagonistas de tal conflictividad social generada por el delito; según dicha descripción conceptual, la instrumentalización del Derecho penal se orienta a una visión transpersonalista, donde la necesidad por cautelar el orden jurídico –como subsistema– coloca a un nivel *infra* el programa defensor de los derechos humanos.

El asunto pasa también por reconocer que dichas definiciones jurídicas que hacen alusión a las características particulares del agente delictivo, donde aparte del desvalor del injusto típico, añade su *peligrosidad frente al sistema jurídico y ante la sociedad,* tendrían cierta semejanza con las medidas de seguridad[320], que conforme a doctrinas de antaño, habrían de aplicarse incluso sin necesidad de verificar la comisión de un hecho punible, es decir, penas predelictivas. El Derecho del enemigo, señala SILVA-SÁNCHEZ, sería ante todo el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos[321]. Se propugna la revitalización de un Derecho de medidas asegurativas para este tipo de delincuentes, con la vuelta a la acumulación y cumplimiento sucesivo de pena y medida y la potenciación de los internamientos de seguridad antes y después del cumplimiento de la pena[322]; lo que demostraría que se estaría apelando a concepciones formuladas por el «positivismo criminológico»,

---

(320) Apunta DONINI, que las *medidas de seguridad personales* son un ejemplo paradigmático de Derecho penal orientado al autor (además de al hecho, siempre presupuesto), cuya peligrosidad se afirma (en el pasado se presumía) como un dato naturalístico, son una comunicación simbólica o cultural con el sujeto que sufrirá la eventual «sanción». Con la peligrosidad no se dialoga, porque es un «estado de naturaleza», aunque socialmente condicionado en las causas; *El Derecho penal frente a los desafíos...,* op. cit., p. 141; Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte General,* T. II, op. cit., págs. 297-303.

(321) SILVA-SÁNCHEZ, Jesús, *La expansión del Derecho penal...,* op. cit., p. 165.

(322) DÍEZ RIPÓLLES, José, *Estudios penales y de política criminal,* op. cit., p. 146.

mediando un esquema ajeno y contrario a un «Derecho penal del acto», donde la reacción punitiva –en principio– solo ha de medirse en relación al contenido material del injusto típico.

El encuadramiento teórico-conceptual que pone el acento en la *peligrosidad del autor,* cuya magnitud e intensidad dependerá no realmente de su exterior personalidad, sino más bien de cuan tan grave es el delito que se le imputa, a su vez que tanta seguridad *cognitiva* requiere el colectivo social para volver a confiar en la vigencia del ordenamiento jurídico.

De las metas que la pena ha de alcanzar, conforme al programa político criminal pregonado por el positivismo criminológico, se señala en la doctrina, que ha desaparecido casi totalmente la de corregir o resocializar al delincuente, siendo la inocuización, dentro o fuera de prisión, el objetivo que marca en todo momento su proceder[323]. En efecto, ahora el objetivo es permitir la imposición de penas que trasciendan el fundamento de una culpabilidad por el acto, definiendo la aplicación de sanciones indefinidas (pena de cadena perpetua) y de proscribir la admisión de los beneficios penitenciarios en caso de agentes que cometen delitos graves, sobre todo, aquellos compaginados en la idea del «Derecho penal nuclear»; orientación tendiente a la segregación absoluta de los delincuentes, dando lugar a una perniciosa inocuización.

A todo ello cabe indicar que, esta estrategia punitiva, cubierta bajo la denominación del «Derecho penal del enemigo» cuenta a su favor con dos elementos: primero, con la proclividad del legislador de proyectar la política criminal, conforme los estados de emotividad y de percepción cognitiva (de inseguridad) del colectivo social, aunado a una incesante e irrefrenable criminalidad convencional,

(323) Ibídem, p. 150; Así, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El populismo penal,* op. cit., p. 575.

donde el *enemigo* ya no solo es el agente terrorista, sino también el *habitual, el reincidente*, todo aquel que ya no puede ser portador de una mínima seguridad cognitiva; y, segundo, ante la opacidad del «garantismo», al cual se le acusaría de ser demasiado indulgente y benigno frente a la delincuencia más grave. Aspectos que deben ser rigurosamente abordados, en el sentido, de que la política criminal no se puede desvincular de los principios legitimantes de un «Derecho penal democrático»[(324)], donde el legislador no puede funcionalizar la norma jurídico-penal para fines puramente socio-pedagógicos, así como de corte *populista*; es precisamente ello, lo que ha incidido en el divorcio evidente entre los principios rectores de la Parte General del Código Penal con las figuras delictivas glosadas en su Parte Especial.

Finalmente, que no es el garantismo el culpable de la situación, si fuere así, cabría preguntarse por qué la expansión *punitivista* del Derecho penal, que tomó lugar hace ya más de un quincenio, con la dación de los Decretos Legislativos N° 895, 896 y 897, no han rendido los frutos que se esperaba. Es sabido, pues, que no se han podido rebajar los índices de la criminalidad en el Perú, en tanto no se han aparejado otras medidas de política social y de persecución penal, en puridad, eficaces en la misión preventiva de la delincuencia; donde la función preventivo-general (negativa y positiva) se encuentran plenamente devaluada, la amenaza punitiva no disuade, no intimida a los cada vez más avezados delincuentes.

En palabras de ZAFFARONI, estas reformas son absolutamente ineficaces para proveer alguna seguridad frente al *enemigo* de turno, pero son inmediatamente aprovechadas por las agencias ejecutivas de cada país para sus propios objetivos sectoriales –desde eliminar y

(324) Preferimos apelar a esta acepción que al «Derecho penal del ciudadano», pues ello malinterpretado puede dar cabida elaborar, normativamente, un Derecho penal para un no-ciudadano (inmigrante, el no amigo, etc.).

controlar a la masa de excluidos hasta crear nuevas cajas de recaudación o cobrar protección–[325].

Por su parte, FERRAJOLI apunta que la respuesta al terrorismo será tanto más eficaz cuanto más *asimétrica* resulte. Para ello hace falta que no se eleve al aparato terrorista a la categoría de Estado beligerante y que sus agresiones sean reconocidas como crímenes y no como actos de guerra; que no se le dé respuesta con la lógica primitiva de la guerra y del Derecho penal del enemigo, perfectamente simétrica a la del terrorismo, pues también se opone a la lógica del Derecho y se proyecta inevitablemente sobre personas inocentes[326]. En otras palabras, no debe plantearse un terrorismo desde el Estado.

Entonces, los paliativos a la problemática en discusión deben engarzarse en medidas en realidad eficaces. Con más Derecho penal y con más penas no se podrá lograr la ansiada pacificación de la sociedad, lo único que se va lograr es la consolidación de un «Derecho penal autoritario», indeseable para quienes cultivamos y defendemos el «Estado constitucional de Derecho».

---

(325) ZAFFARONI, Eugenio, *El enemigo en el Derecho penal,* op. cit., págs. 182-183.

(326) FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, op. cit., p. 245.

VII. LA AUTORÍA MEDIATA EN ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS DE PODER, A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

1. LÍNEAS INTRODUCTORIAS

Toda teoría importa un cuerpo teórico-conceptual integrado por una serie de presupuestos a saber, es decir, su aplicación a los casos concretos requiere, por parte del operador jurídico, de corroborar cada uno de sus componentes de configuración legal, ello significa cotejar rigurosamente los medios de prueba –obrantes en el procedimiento– con cada una de las aristas que construyen dicha teoría; por tales motivos, no basta con invocar cada uno de estos elementos en la decisión judicial, sino que su concurrencia debe estar debidamente probada, acreditada con las aseveraciones fácticas cristalizadas en el material de probanza de cargo, de forma que la exigencia constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales no se verá colmada con la mera invocación de los factores que deben subyacer en cualquier clase de teoría jurídica (dogmática), sino que deberá ser complementada dicha labor de valoración con el cotejo en singular de cada uno de los presupuestos de configuración con las piezas instrumentales que conforman el basamento de la acusación fiscal.

Es necesario, por tanto, pasar revista a la naturaleza jurídica de la autoría mediata en estructuras organizativas de poder, así como

a los elementos que la componen; labor de hermenéutica indispensable, en la medida que esta teoría no resulta de fácil aplicación, al requerirse una suma de variables que han de concurrir en forma simultánea, donde cada uno de estos presupuestos a saber, debe estar debidamente respaldado con el acervo probatorio que así lo amerite, en cuanto a los medios de pruebas que den cuenta de la concurrencia de cada uno de ellos.

No estamos ante casos singulares, ante injustos personales o delitos cometidos por una pluralidad de personas que se agrupan ocasionalmente para lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos fundamentales del individuo y la sociedad; ni siquiera la existencia de un grupo criminal organizado da necesariamente patente de corsé a esta variante de autoría. De ahí que esta teoría haya surgido para resolver los casos más trascendentes de la historia contemporánea, donde estructuras gubernamentales o paraestatales(327) se situaron en un contexto de dominio y de poder sobre determinadas poblaciones y –aprovechando dicha posición– es que ejecutaron de forma sistemática, innumerables y plurales violaciones a los derechos humanos –genocidio, homicidio, lesiones graves, desapariciones forzadas de personas, secuestro, tortura, etc.–; organizaciones de gran empoderamiento criminal, que tienen como particularidad que las órdenes delictivas se impartían desde la cúpula de la misma, desde lo más alto del aparato criminal, de personas portadores de un gran poder decisión, quienes finalmente no se ensucian las manos de sangre(328),

(327) Ferré Olive, Nuñez Paz y Ramírez Barbosa, indican que esta teoría fue formulada atendiendo a los abusos cometidos dentro de sistemas totalitarios, en particular los llevados a cabo por el nacionalsocialismo alemán; *Derecho penal colombiano. Parte General*, op. cit., p. 512.

(328) A decir de Rusconi, podemos decir que la teoría del dominio por organización prescinde de aquellos límites causales que, de un modo prejuiciosamente fáctico, hacían depender la posibilidad normativa de imputar autoría de la cercanía del sujeto con el desenlace lesivo; hoy hemos comprendido que ello no es rigurosamente necesario ni certero, en ciertos contextos organizacionales, incluso podemos afirmar que cuanto más lejos se encuentre el autor mediato del hecho

pues al contar el aparato delictivo con un engranaje y cohesión perfecta entre sus mandos, garantiza que dichas órdenes sean ejecutadas a cabalidad, sin murmullos o algún tipo de objeción por parte de los ejecutores materiales[329] [330].

Entonces la política criminal internacional reconoce que resulta insatisfactorio, que quienes se sitúan detrás del escritorio –dictadores o líderes de organizaciones terroristas, el autor detrás del autor–, sean partícipes del delito, que en realidad es obra de ellos, en tanto si estos no colocasen las condiciones necesarias para que el aparato pueda funcionar de forma autómata[331] y a cabalidad en la ejecución de las órdenes impartidas, esta simplemente no podría existir; por ende, sostener la autoría mediata de los jefes de la organización es un punto central de esta teoría y una vía adecuada para dar un duro revés a estas estructuras criminales que tanto daño provocan no solo a los Estados, sino a la comunidad internacional en su conjunto.

---

lesivo, más posibilidades institucionales posee de ejercer un dominio del suceso observado a la luz del total escenario de comprensión del hecho típico. Normalmente, incluso cuando el sujeto más lejos del hecho aparece es porque más arriba se encuentra en la cadena de mandos y con ello acrecienta sus chances de quienes más abajo se hayan presentado institucionalmente como autores inmediatos mayor grado de fungibilidad tienen frente a quien controla los niveles más altos de la jerarquía administrativa; *La imputación de autoría y sus límites a la luz de las necesidades de la moderna política criminal de protección de los derechos humanos*, en *Gaceta Penal & Procesal Penal,* T. 21, marzo del 2001, op. cit., págs. 271-272.

(329) Así, Suárez Sánchez, Alberto, *Autoría,* op. cit., págs. 325-326.

(330) Así, Castillo Alva, al indicar que por su dimensión, capacidad, disposición de medios, estrategias y recursos, nivel de adaptación y cobertura estas organizaciones se encuentran en condiciones de cometer delitos graves y de consecuencias devastadoras, como de lograr el cumplimiento de sus objetivos de modo más eficiente y rápido; *Autoría medita por dominio de aparatos organizados de poder, El dominio de la organización*, en *Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, op. cit., p. 579.

(331) Kai Ambos indica que, la automaticidad del aparato fundamenta el dominio sobre el ejecución directa del hecho y, así parece, también sobre los ejecutores directos; *Dominio por organización ("Organisationsherrschaft"), Estado de la discusión*, en *Dogmática actual de la autoría y participación criminal,* op. cit., p. 71.

Dicho lo anterior, para que se pueda identificar un aparato de poder criminal de tal envergadura, se requiere identificar mandos medios y órganos ejecutores, como la única alternativa para asegurar que las órdenes que se den desde la cúpula de la organización se ejecuten con rayana seguridad. Lo importante desde un plano de política criminal es que se puede sancionar con el mismo rigor y severidad tanto al ejecutor material que obra con dolo, como al autor detrás del autor, quien tiene y posee el dominio de la organización(332). Y, de hecho, ello trae lugar una nueva variante de autoría mediata, aceptada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, tal como se advierten en las Sentencias recaídas en el Exp. AV 19-2001 (Cantuta - Barrios Altos), el Exp. N° 560-03 (Abimael Guzmán - delito de terrorismo), la emitida el 7 de abril de 2009 en torno al Exp. N° 10–2001/Acumulado N° 45–2003–A.V. (Alberto Fujimori – La Cantuta y Barrios Altos).

En suma, se descarta las tesis de la coautoría y de la instigación, por no poder solventar con suficiente rigor dogmático explicativo los casos propuestos(333). Como se señala en la segunda de las resolucio-

(332) En palabras de BOLEA BARDON, tanto los que actúan ejecutando las órdenes, como los que las dictan desde arriba, son autores. Los ejecutores materiales responden como autores por haber resuelto ejecutarlas en la mayoría de casos sin actuar siquiera coaccionados. Pero los mandos dirigentes también responden como autores por ordenar la comisión de hechos punibles, pudiendo contar con su efectiva realización, sin necesidad de convencer a cada persona individual. Y ello, porque, o bien se actúa en el seno de organizaciones que operan al margen de la ley, o bien no se actúa, por lo menos aparentemente, en contra del ordenamiento jurídico vigente en una determinada sociedad [...]; *Autoría mediata en Derecho penal,* op. cit., p. 374.

(333) Este es un punto importante a tratar, sabedores que las bases dogmáticas tradicionales de la autoría mediata han concebido siempre que el ejecutor material del hecho punible ha de ser considerado un «instrumento», al obrar sin dolo, desprovisto de consciencia y voluntad, con ceguera antijurídica o coaccionado, empero, esta nueva visión de ver las cosas, no puede ser visto como una solución teórica carente de legitimación positiva, pues en el caso de nuestro CP, el art. 23°, en el marco de su literalidad normativa, no hace alusión alguna, al que autor inmediato deba obrar dolosamente, por lo que la presente estructuración dogmática, no resulta un instrumento que contravenga la ley o que venga car-

nes mencionadas: «[...] *los ejecutores materiales se consideran autores directos y Guzmán Reynoso, como autor mediato de los delitos por dominio de la organización, por ejercer el control político y militar del grupo terrorista desde su posición en el Comité Central*»(334); y en la última de las mismas: «La autoría mediata del imputado en los hechos acusados, conforme al Capítulo II de la Parte III y a lo expuesto en los parágrafos anteriores de este Capítulo, está suficientemente acreditada. Se cumplen definitivamente los elementos fácticos y jurídicos, que como presupuestos y requisitos posibilitan tal nivel y modalidad de imputación de responsabilidad penal»(335).

Cuestión de relevancia que determina desestimar la objeción de que el instrumento en la autoría mediata debe actuar sí o sí con dolo, pues como se dirá líneas adelante, es la misma naturaleza de la corporación criminal que permite concebir al ejecutor material como un «instrumento», dada su acusada fungibilidad; así Kai Ambos, al indicar que el verdadero instrumento no es la persona individual,

---

gada de puras consideraciones de política criminal; lo importante a todo esto es identificar un ejecutor material que no puede ser observado cómo alguien, cuyo dominio sobre la acción sea el definidor de la resolución delictiva; como bien indica Roxin, el ejecutor individual no juega un papel decisivo para el accionar de la organización, porque esta puede disponer de muchos ejecutores obedientes, en cambio –dice el autor, líneas más adelante– el sujeto de atrás posee el dominio de la organización, es decir, una posibilidad de ejercer influencia que le asegura, a través del aparato de poder del cual dispone, la producción del resultado sin que él tenga que ejecutar de propia mano el hecho. Esta seguridad que se tiene del resultado es la base del dominio del hecho; *Dirección de la organización como Autoría Mediata,* en *Cuestiones de Derecho penal, proceso penal y política criminal*, ARA Editores, op. cit., p. 48.

(334) Así, cuando en la misma resolución, en el acápite (4.5.4), se señala lo siguiente: «*en el caso materia de este pronunciamiento, la autoría mediata por dominio de organización que se imputa a Guzmán Reinoso y sus coprocesados parte por determinar si el denominado Partido Comunista del Perú, conocido como «Sendero Luminoso» se configuró como un verdadero aparato organizado de poder donde la cúpula dirigencial pueda responder a título de autor mediato en tanto sus militantes de base o cuadros intermedios fueron los ejecutores materiales o autores inmediatos de los delitos que se les atribuye*».

(335) Ver p. 653 de la Sentencia.

sino un mecanismo de poder que funciona de modo prácticamente automático: «el aparato»[336].

En la doctrina se dice que en este aparece el «autor de escritorio», quien si bien no participa por sí mismo en la ejecución del hecho, es el verdadero señor del acontecer, en la medida que en las estructuras de organización que él utiliza le aseguran que sus disposiciones serán llevadas a cabo por «instrumentos» sustituibles a discreción[337]; [...] sin perjuicio que su dominio del hecho, depende necesariamente de autores inmediatos[338]. En palabras de ROXIN, aquí es autor mediato todo aquel que está colocado en la palanca de un aparato de poder –sin importar el nivel jerárquico– y que a través de órdenes puede dar lugar a delitos en los cuales no importa la individualidad del ejecutante[339].

2. LOS PRESUPUESTOS DE CONFIGURACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA EN ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS DE PODER

2.1. LOS COMPONENTES DE LA TEORÍA EN PARTICULAR

- ***Organización estructurada***

Según el fundamento 726 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 19-2001[340]: «*La tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados tiene como soporte fundamental la «existencia previa de una organización estructurada [...]*»; para poder hablar de una verdadera estructura organizacional debe advertirse

(336) AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por Dominio de voluntad en virtud de aparatos organizativos de poder,* op. cit., p. 15.

(337) STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General,* I, op. cit., págs. 393-394.

(338) ROXIN, Claus, *Problemas actuales de la dogmática penal,* op. cit., p. 224.

(339) Ibídem, p. 224.

(340) Caso Alberto Fujimori Fujimori - Barrios Altos y La Cantuta.

un orden jerárquico, es decir, relaciones de mando y orden de corte vertical, donde cada nivel organizativo se le tiene encomendado la realización de determinada «labor», que sumada al resto, dan por resultado la perpetración de un *injusto sistémico de organización*. Para esto se requiere tener estructuras sólidas de actuación, perfectamente compartimentadas, de una ancha base estructural-operativa[341].

Como se señala en la Sentencia, el fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el mecanismo funcional del aparato; esto es, su «automatismo» o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí solo. Esto comporta la posibilidad ineludible de que las órdenes que se planifican desde la cúpula de la organización puedan ser transmitidas con eficacia, de modo que la maquinaria criminal opere automáticamente. En estos casos, generalmente, el delito es diseñado o planificado por los jefes o directivos, los cuales dan órdenes o instrucciones a los mandos intermedios para que la retransmitan, a su vez, a otros subordinados que van actuando en cadena, siendo finalmente la orden constitutiva de delito ejecutada por aquellos que se encuentran en los últimos eslabones de la cadena[342].

La Corte Suprema, en la Ejecutoria del Exp. N° 19-2001-09-AV, sostuvo que las características principales de esta organización serían las siguientes: La «asignación de roles», lo cual importa una división de funciones; y, segundo, «desarrollo de una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes», es decir, presenta un sistema o funcionamiento por sí solo. Consecuentemente, el autor

---

(341) Así, Kai Ambos, al sostener que la organización tiene que estar estructurada jerárquicamente y debe ser grande, de tal manera que la influencia represiva para la actuación que parte del vértice de la organización pueda ser transmitida de manera anónima a todos los miembros –tanto los conocidos personalmente como los que no–, con la firmeza suficiente; *Sobre la "organización" en el dominio de la organización,* op. cit., p. 36.

(342) Zugaldía Espinar, José; et al., *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 777.

mediato estará confiado en que su orden o designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato, este funcionamiento automático del aparato será, pues, lo que garantice el cumplimiento de la orden:

> *En tal virtud, una característica importante de esta clase de estructuras organizadas jerárquicamente y que pone de relieve su estricta verticalidad, es, pues, (i) la "asignación de roles". Esta expresión resulta más ideográfica que aquellas que usa comúnmente la doctrina penal contemporánea para explicar la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones. Es más, tales referencias podrían confundir la autoría mediata con supuestos de coautoría. En este sentido, ROXIN ha precisado que "tampoco puede hablarse de "división del trabajo" –lo que en la actualidad de manera general se considera como elemento central de la coautoría– cuando el detentador de poder deja a órganos ejecutantes toda la realización de su orden" 1075. Es importante destacar también como otra característica de estos aparatos de poder con estructuras jerárquicas organizadas, el que (ii) desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes. El fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el "mecanismo funcional del aparato" 1076, esto es, su "automatismo" o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo. En consecuencia, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato. Será, pues, este "funcionamiento automático del aparato" lo que realmente garantice el cumplimiento de la orden 1077. Por tanto, no será indispensable que exista una disposición expresa y que esté contenida en un documento, por la que el nivel superior estratégico ordene directamente el cumplimiento de una función específica al ejecutor inmediato. Sin embargo, ello no significará que aquél se aleje por completo del actuar concreto de*

la organización, sino, más bien, que su presencia se advierta en la configuración u operatividad de una serie de mecanismos que interactúan al interior y desde el exterior de la estructura de poder, los cuales permiten que el aparato permanezca activo y cumpliendo sus designios delictivos [...].

En la Ejecutoria superior recaída en el Exp. N° 560-03, la Sala Penal Nacional (caso Abimael Guzmán) sostuvo que:

Sin duda alguna ha quedado debidamente comprobado que el Partido Comunista del Perú, conocido públicamente como Sendero Luminoso, es una organización clandestina que práctico el secreto tanto del colectivo como de sus integrantes, sean estos militantes, cuadros o dirigentes, jerárquicamente estructurada y fuertemente cohesionados sus miembros mediante su llamada base de unidad partidaria, con una clara distribución de funciones, pudiéndose identificar claramente los niveles de decisión, la programación de sus actividades ilícitas y el control de la organización, todo lo cual nos permite inferir que se trata de un verdadero aparato organizado de poder.

[...] El acusado desde la cúspide del aparato dominaba todos los aparatos de la organización, los que recibían las directivas o consignas para ejecutar las acciones armadas a través de las llamadas retransmisiones por parte de los dirigentes del Comité Central o de enlaces que bajaban a los diversos comités.

- ***Poder de mando***

Esto importa que, la persona del autor mediato debe detentar con un poder real en la operatividad y funcionamiento de la organización, el dominio del aparato criminal; como tal nunca interviene en la etapa ejecutiva del delito, tomando lugar su intervención a un nivel preparatorio; entonces, cuando se advierte tal circunstancia no se requiere, en lo más mínimo, la cercanía entre estos autores con los ejecutores, no en vano se expresa que la responsabilidad por el hecho individual crece en la organización en la medida que aumenta

la distancia del nivel de ejecución, esto es, con la ubicación elevada del nivel de mando [...][343]. Así, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 19-2001 (fundamento 729): «*El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando órdenes, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato. Es decir, sin que sea necesario que quien ordena debe además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores*».

Debe advertirse una estructura debidamente jerarquizada, la cual se guie por códigos de obediencia y subordinación y, a su vez, que la misma formación de la estructura criminal –desde el comienzo o en el decurso del tiempo– manifieste de forma unívoca su objetivo de cometer una serie de delitos; según dicho aspecto a saber, es imperativo que los ejecutores materiales estén predispuestos a la realización del hecho punible, de no ser así, se dará otra figura pero no lo autoría *sub examine*; el nivel de mando se debe manifestar tanto en la cúspide de la organización, como en los mandos intermedios. Según tal entendimiento, las órdenes que se imparten desde dichos niveles de poder no son objeto de cuestionamiento por parte de los subordinados, y eso define justamente el automatismo en la operatividad funcional del aparato criminal. Tiene que haber transmisión de órdenes sea de forma verbal o escrita; lógicamente, en estructuras escudadas detrás de las instituciones públicas se adoptará la segunda variante, por tanto, estas podrán venir encubiertas.

A decir de Kai Ambos, es cierto que la pertenencia (voluntaria) a la organización puede justificar una elevada disposición al hecho como parte individual, pero el dominio del hecho se fundamenta solo en el dominio sobre la organización –comprendido en términos colectivos– y solo a través de este se medirá sobre los ejecutores del

(343) Ambos, Kai, *Dominio por organización...*, op. cit., p. 80; Vide, fundamento 13 del Exp. N° 560-2003.

hecho[344]; [...] es decir, el dominio se da por parte de quien emite la orden, no sobre la voluntad del instrumento, sino a través del efectivo control del riesgo que lo da el dominio sobre el aparato organizado, cuya realización en la lesión al bien jurídico aquel tiene el deber de evitar[345] [346]. A esto añade, el profesor Kai Ambos, que quien ordena, tiene en sus manos la organización por medio de la cual, en definitiva, es controlado mediatamente el ejecutor material. En esta influencia indirecta sobre el ejecutor reside también una diferencia decisiva con la inducción. El poder sobre la organización de quien da las órdenes, hace al ejecutor por ello y en tal medida intercambiable y sin importancia[347]. Influencia que, por tanto, no es «directa», lo cual podría, en su caso, apelar a una instigación, sino que es ejercida por la propia cohesión y estructura de la organización, es el poder de mando que le permite asumir el control sobre las acciones a emprender por los brazos ejecutores de la organización.

Bajo tales consideraciones, la aplicación de la autoría mediata en estructuras organizativas de poder no solo requiere acreditación fehaciente e indubitable del poder de mando del autor mediato, sino que a ello debe aparejarse la probanza de que, a partir de dicha posición de dominio sobre sus subordinados, era quien impartía las órdenes de arriba hacia abajo de la estructura de mando, de ejecutar los actos penales imputados; a su vez, si bien es cierto que no es requisito ineludible que se tenga evidencias de que el delito –por ejemplo, de

---

(344) Ambos, Kai, *Sobre la "organización" en el dominio de la organización*, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 40, Lima, octubre del 2012, p. 27.

(345) Suárez Sánchez, Alberto, *Autoría,* op. cit., p. 335.

(346) Así, Meini, alegando que el dominio sobre el ejecutor, que permite considerar al sujeto de detrás autor mediato, no es un dominio directo –y no puede serlo desde el momento en que el hombre de detrás no conoce a quien domina–; sino uno indirecto, pero suficiente, tal igual al que se tiene sobre los restantes elementos de la maquinaria, que se logra a través del dominio directo sobre el aparato; *La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización,* en *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, N° 4, Grijley, Lima, 2003, p. 286.

(347) Ambos, Kai, *Dominio por organización...,* op. cit., p. 79.

desaparición forzada de personas– haya sido una práctica sistemática de esta organización criminal, por lo menos debe haber un mínimo de vinculación con otros actos punibles de similar naturaleza, de no ser así, no podríamos asumir la calidad de una estructura delictiva adaptada y cohesionada para perpetrar una serie de hechos punibles. En la Sentencia expedida en el Exp. N° 861-08, la Corte Suprema tuvo el siguiente pronunciamiento:

> *Si bien es cierto el encausado, desde la cúspide del aparato organizado de poder (la Comandancia General del Frente Patriótico Militar), tenía la capacidad de dar órdenes a través de una cadena de mando hasta los niveles inferiores, y existía un grado de subordinación de los involucrados en la lucha contrasubversiva, este hecho, por sí solo, no es suficiente para atribuirle autoría mediata por dominio de la organización, por la detención y posterior desaparición del agraviado, pues ello supondría atribuirle una responsabilidad objetiva, recusada por el ordenamiento penal.*[348]

- ***Desvinculación o apartamiento total del Derecho positivo***

A criterio de Roxin, cuando el Estado actúa de modo criminal, la conducta incriminada no puede ser cubierta por el Derecho positivo; en este caso, señala el jurista alemán, el aparato funciona como una totalidad por fuera del orden jurídico[349]. En la Sentencia del Exp. N° 19-2001-09-AV (fundamento 733), se anota que el apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional.

Una desvinculación, como la esbozan otros autores, en el caso de la criminalidad estatal, no debe ser total, sino referirse a ciertos

---

(348) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 41, Lima, noviembre de 2012, p. 119.

(349) Roxin, Claus, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, op. cit., p. 407.

márgenes de actuación; un grupo militar puede en simultáneo operar de forma clandestina eliminando enemigos políticos y, a su vez, resguardar el territorio nacional. No se puede perder de vista que, en los regímenes dictatoriales (*de facto* o *de iure*) pueden haberse sancionado normativas que de cierto modo avalen estas prácticas lesivas, y que todavía, en tales contextos históricos, no existan legislaciones internacionales que las rechacen, no obstante ello, sí se estará ante esta figura de autoría mediata, porque lo que la fundamenta, necesariamente, es la existencia de un aparato de poder de operatividad autómata, así como la reprobación de la comunidad internacional en su conjunto, sea o no con aval de una determinada legislación positiva.

Desde otra perspectiva, se sostiene que la superación del criterio de desvinculación del Derecho del aparato de poder, que no resulta razonable para fundamentar el dominio por organización en la criminalidad estatal, se basa en el dominio que ejerce el Estado sobre la relación de reconocimiento entre ciudadanos[350]; sería ya la misma posición estatal de ventaja, de dominio sobre los individuos, un dato suficiente para fundamentar la existencia del aparato de poder, empero, igualmente, un patrón de actuación antijurídica de la organización, un predicado importante en el armado de la configuración del mismo.

En opinión de Kai Ambos, si el aparato está fuera del ordenamiento jurídico, si no es en sí mismo el ordenamiento jurídico o parte de él, el dominio del hecho por parte de los hombres de atrás es aún mayor que en el caso del aparato desvinculado del Derecho. Es este mismo autor, que define la diferencia entre la llamada desvinculación del Derecho en sentido restringido y aquella en sentido amplio: reside manifiestamente en que en aquella infracción es más clara y

(350) Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica - Universidad de Alcalá (Documento de Trabajo N° 08-2010), op. cit., p. 9.

palpable que en esta y por ello se puede hablar de una barrera normativa a la ejecución de la orden que se debe eliminar[351]; en puridad, este elemento en muy relativo[352], porque por más que los actos que registran una franca violación a los derechos humanos tuviesen una normatividad internacional que la repruebe jurídicamente, quienes la cometieron –en su percepción– actuaban correctamente, máxime, si puede que algunos Estados no se hayan adherido a las mismas, suscribiendo dichos documentos internacionales.

- ***La fungibilidad***

La posibilidad ilimitada de reemplazar al autor inmediato es lo que garantiza al hombre de atrás la ejecución del hecho y, adicionalmente, le permite dominar el desarrollo de los acontecimientos, sin este factor a saber, no se puede hablar con corrección de un verdadero dominio de la organización[353]; factor que debe ser entendido con la debida razonabilidad, como se indicará en las líneas siguientes.

El actor inmediato solo es un «engranaje» reemplazable en la maquinaria del aparato de poder[354]. El ejecutor es, en la medida en que se escarbe un poco en el dominio de su acción, al mismo tiempo y en cada instante, un instrumento cambiable en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva coloca al inspirador junto a él en el centro de los acontecimientos[355]. La decisión libre y responsable del ejecutor no modifica en absoluto la situación y no representa nin-

(351) AMBOS, Kai, *Dominio por organización...,* op. cit., p. 91.

(352) En cambio, para ROXIN, es un elemento que fundamenta la autoría mediata; *Dirección de la organización...,* op. cit., p. 51.

(353) DONNA, cita en su obra la sentencia del 26 de julio de 1994, en virtud de la cual sostuvo que: «el autor de detrás debe ser considerado autor mediato, así como todo aquel que en el marco de la jerarquía transmite las órdenes delictuales porque la fungibilidad del ejecutor brinda el dominio del hecho al autor de escritorio»; en *Derecho penal. Parte General,* T. V, op. cit., p. 383.

(354) ROXIN, Claus, *Problemas actuales de dogmática penal,* op. cit., p. 224.

(355) DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte General,* T. V, op. cit., p. 380.

gún impedimento esencial para establecer la autoría del hombre de atrás[356]; la valoración exhaustiva del resto de sus presupuestos lleva a esta inferencia, en cuanto a la estructura organizativa y el automatismo en su operatividad funcional.

Estos brazos ejecutores podrán ser considerados como elementos «fungibles», siempre y cuando su actuación esté determinada por el dominio de la organización, por el automatismo que encierra su intrínseca operatividad funcional, y esto a pesar de que actúen dolosamente; no es, por tanto, el nivel de conocimiento sobre la naturaleza de los actos en que se ven involucrados lo que define dicha cualidad jurídica, sino su posición en el engranaje del aparato criminal y en la posibilidad de ser sustituidos, por lo que ante ejecutores que poseen conocimientos especiales, la figura correcta será la instigación y no la autoría mediata. En todo caso, [...] se requiere que la organización disponga de una reserva suficientemente grande de personas a las que se pueda recurrir en caso necesario si no, el individuo no es sustituible[357] [358].

En la Sentencia del Exp. N° 19-2001 (fundamento 737), se expresa un tema de relevancia: «[...] si bien se representa a la fungibilidad como una facultad de absoluto control del nivel estratégico superior, ella se cimienta, en realidad, en la propia configuración que tienen los niveles intermedios y ejecutores que se integran en la estructura criminal de poder que aquél controla totalmente»; es decir, para que se pueda hablar de dicho elemento, sobre él debe asentarse

---

(356) Ambos, Kai, *Dominio del hecho por organización,* op. cit., p. 229.

(357) Stratenwerth, Günter, *Derecho penal...,* op. cit., p. 394.

(358) Así, en el Exp. N° 560-2003 (SL): «*En el caso de Sendero Luminoso sus organismos de Dirección en el I Congreso afirmaron que contaban con 17,000 combatientes y posteriormente sostuvieron que eran 33,000, con lo cual la organización contaba con un amplio «stock» de ejecutores, a los que la propia organización y luego los abogados en los alegatos han llamado «maquinaria de combate», a ello debe sumarse que cuando la organización lo requería se podían formar equipos con miembros de distintos destacamentos*».

toda una plataforma estructural de poder, de cuyos contornos se pueda expresar una operatividad de tal nivel, que haga de sus miembros piezas intercambiables o sustituibles, que no necesariamente deben estar presentes en el escenario delictivo, sino en un marco de reserva, de plena disponibilidad para la organización[359] [360] [361].

En la doctrina especializada se es de la opinión que esta fungibilidad no es la esencia de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder, en efecto, el hecho de que ejecutor sea intercambiable y esté dispuesto a cumplir las órdenes criminales dadas desde la cúspide de la maquinaria no es suficiente para afirmar que se trate de un instrumento en el sentido restrictivo del término; empero, esa posibilidad de reemplazo sí puede ser tenida como un dato fáctico de que el ejecutor comparte el dominio del riesgo con el hombre de atrás, pues revela que la orden de todas maneras se cumplirá, que hay automatismo en su acatamiento, lo cual indica el dominio del superior jerárquico sobre toda la organización y que el ejecutor tiene plena libertad para no acatarla y negarse a cumplirla, lo cual evidencia su libertad de actuación y excluye la coacción[362].

---

(359) En expresión de FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, [...] que en el momento de la comisión del hecho no están presentes todos los eventuales instrumentos fungibles, pero ello no es obstáculo para predicar su sustituibilidad. Presencia y fungibilidad no son términos equivalentes; vide, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, op. cit., págs. 125-126.

(360) Para AMBOS, la fungibilidad puede fundamentar un dominio a lo sumo en sentido general, pero no es la situación concreta del hecho. Por más que el hombre de atrás pueda dominar la organización, no domina directamente a aquellos que ejecutan el hecho concreto; *Dominio por Organización...*, op. cit., p. 73.

(361) Es así, que autores como Kai AMBOS, postulan una fungibilidad abstracta o bien, posterior en vez de concreta y que entienda normativamente el principio de responsabilidad; *Dominio del hecho por organización,* op. cit., p. 230; una fungibilidad inclinada hacia la abstracción no puede significar, de ningún modo, plantear juicios especulativos, en el sentido de que si se trata de una estructura organizativa, de hecho, podría contar con elementos de tal naturaleza, pues en el proceso penal debe acreditarse necesariamente que el aparato estaba conformado por un número significativo de personas, que permita advertir tal fungibilidad.

(362) SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *Autoría,* op. cit., págs. 335-336.

Según la posición planteada, este es un elemento imprescindible de esta clase de autoría mediata; lo contrario supondría que a aparatos criminales con un mínimo de organización y de integrantes se les pueda aplicar esta teoría, lo que significaría su desnaturalización.

En la Ejecutoria suprema del Exp. N° 560-03 (caso Abimael Guzmán), se sostiene sobre este elemento lo siguiente:

> *En relación a la fungibilidad de los ejecutores de los hechos delictivos no cabe duda que este elemento de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, en este caso, no estatal, aparece nítidamente por el simple hecho de que la dirigencia nacional del PCP-SL aprovechó la disciplinada estructura de la organización subversiva siendo conocido que incluso sus militantes firmaron las llamadas "cartas de sujeción al Presidente Gonzalo" que no era otra cosa que una declaración formal y solemne de sometimiento incondicional a la voluntad de su líder y su organización y una suerte de renuncia a su propia identidad civil.*

El hecho de que el ejecutor material sea considerado o reputado normativamente como un «instrumento»[363], no importa apartarlo de su relación personal frente al delito, que al actuar con conciencia y voluntad (dolo)[364], lo hace portador también del dominio del evento típico, pero a un nivel marginal en comparación con el autor mediato, en tanto y en cuanto, solo este último está en capacidad de frustrar la realización delictiva[365] y no el primero de

---

(363) Para Roxin, el instrumento es la organización, y, para su intervención exitosa, la existencia de muchos ejecutores posibles no es una mera hipótesis, sino una realidad que garantiza el resultado; *Dirección de la organización...*, op. cit., p. 52.

(364) En la sentencia expedida en el Exp. N° 560-2013, se dice sobre esto, que: «*El dominio de la organización no niega la libertad con la que actúa el ejecutor material en la realización del delito, pero lo hace bajo los vínculos de disciplina, sujeción y espíritu de grupo a los que se encuentra sometido, situación que lo lleva a asumir la decisión y perpetración del hecho punible*».

(365) Suárez Sánchez anota al respecto, que el dirigente del aparato no solo tiene un dominio negativo al poder interrumpir la realización del delito, sino un dominio objetivo y positivo, porque domina el curso causal del riesgo, y

ellos. Y ello importa reconocer que el autor inmediato podrá decidir no cometer el hecho punible, sino estaría coaccionado; es, en cierta forma, libre; empero, si esto sucede el autor mediato podrá agenciarse de otro individuo, para así lograr el acometimiento criminal. En expresión de SUÁREZ SÁNCHEZ, [...] la presión que pueda recibir por parte de arriba al aceptar que sea utilizado como instrumento para la ejecución de órdenes no anula todas las alternativas de actuación y permite que sea apreciada como autónoma su decisión(366).

La autonomía de la voluntad del ejecutor inmediato no se pierde, y ello no quita nada a la autoría mediata del jefe máximo de la organización(367), en tanto esta se fundamenta en la operatividad autómata de la estructura criminal, en su engranaje que permite su cabal funcionamiento. De ahí que se diga en la doctrina, que la disposición del aparato convierte al ejecutor en un instrumento arbitrariamente intercambiable. En el seno del aparato en el que se incluye, no puede obviarse tal carácter(368).

La acreditación de los presupuestos de la autoría mediata en estructuras organizativas de poder, en este caso del factor «fungibilidad» de los ejecutores materiales –a un nivel justificativo y argumentativo–, no puede tomar lugar desde un juicio genérico y apriorístico (puramente teórico), sino que debe sustentarse con los medios de prueba que así lo comprueben, que la organización contaba en su seno con un contingente importante de ejecutores materiales, susceptibles de ser intercambiados y con la plena disponibilidad de ejecutar una serie de delitos. Y esto no quiere decir que se necesita su plena identificación,

---

solo él puede evitar que se concrete en la lesión al bien jurídico [...]; *Autoría,* op. cit., p. 337.

(366) SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *Autoría,* op. cit., págs. 336-337.

(367) Kai AMBOS señala que quien ordena tiene la organización en su mano, a través de la cual, en definitiva, el ejecutor material es dominado de manera mediata; *Dominio del hecho por organización,* op. cit., p. 231.

(368) FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, *La autoría medita en aparatos organizados de poder,* op. cit., p. 126.

sino por lo menos una individualización razonable, *contrario sensu*, si es que se quiere predicar la responsabilidad penal de los involucrados, tendría que postularse otra variante de autoría y participación. Por consiguiente, estimamos que este factor no puede ser relativizado o dígase debilitado a extremos, donde en algunos casos pueda prescindirse de aquel, por lo que su acreditación es imprescindible.

- ***La predisposición del autor material a la comisión del hecho punible***

SCHRÖEDER, en su teoría del «autor detrás del autor» («*der täter hinter dem täter*»), incluyó el presupuesto de la *disposición al hecho* y se refiere al término «condicionalidad» para hace alusión al desencadenamiento, de la por demás ya segura decisión al hecho, para que especialmente sea también suficiente la señal de ejecución del hombre de atrás[369]. En la Ejecutoria del Exp. N° 19-2001-09-AV, (fundamento 741), se dice que, «[...] *en términos concretos, esta categoría alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito [...]*».

En palabras de ROXIN, [...] aquél que ejecuta el último acto realizador del tipo, en un aparato de poder organizado y apartado del Derecho, está bajo otra situación que un particular abandonado a su suerte. El primero está sometido a una serie de influjos que son específicos de la organización y que, si bien no excluyen de ninguna manera su responsabilidad, sí hacen que esté más dispuesto al hecho que cualquier delincuente potencial y que, visto en su totalidad, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho por parte de los hombres de atrás[370].

De hecho, una verdadera estructura criminal –que tiene como soporte fundamental su engranaje operativo-funcional– requiere de

(369) SCHROEDER, Friedrich, *El salto de la teoría a la práctica del "autor" detrás del autor,* en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. N° 22, Lima, abril del 2011, p. 52.

(370) ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual,* op. cit., p. 530.

individuos que estén dispuestos a acometer cierta clase de hechos punibles, al estar identificados plenamente con la organización[371]; pero este es un rasgo que también pueden advertirse en hechos punibles singulares, ajenos a una organización delictiva, como son los sicarios, aquellos que incluso ofertan sus servicios por los medios de comunicación social y, al ser contratados por el hombre de atrás, poseen la peculiaridad de poder desistirse de cometer el hecho punible, no en vano cuentan con el dominio del hecho; cosa que no sucede en los aparatos organizativos de poder, donde los ejecutores no cuentan con el dominio negativo del evento, es decir, en sus manos no está la posibilidad de frustrar la realización delictiva.

Si esto es así, ¿se puede hablar de una disposición incondicional individual? Si la respuesta fuera positiva, entonces el ejecutor material siempre estará dispuesto a ejecutar el delito, lo cual no es tanto así, puesto que, ante circunstancias en que este se niegue a actuar, justamente se tiene en la fungibilidad, la posibilidad de que sea otro el que acometa el plan criminal. Así, Roxin, al indicar que lo específico del dominio de la organización es el hecho de que la realización del tipo esté asegurada con independencia de la existencia o no existencia de una disposición incondicional del individuo[372]. Es a tal efecto que se concluye que en el seno de un aparato de poder, los subordinados (ejecutores inmediatos) a uno o a varios hombres de atrás no solo no están dispuestos incondicionalmente a llevar a cabo el delito que se le ordena cometer, sino que, y en consecuencia, tampoco podrán ser caracterizados como *omnimodo facturus*, desde el momento en que esta figura igualmente exige tal incondicionalidad en la decisión[373].

---

(371) Cfr., Roxin, Claus, *Dirección de la organización...*, op. cit., p. 55.

(372) Citado, por Fernández Ibáñez, Eva, *La autoría mediata...*, op. cit., págs. 218-219.

(373) Ibídem, p. 235.

La elevada disposición a la comisión del hecho punible, como fundamento, opera en realidad como una característica de esta clase de autoría[374]. Al respecto, interesante, la posición de PARIONA ARANA en la doctrina peruana, al señalar que no siempre en estos supuestos los ejecutores directos están predispuestos a cometer los delitos, ya que pueden haberlo hecho, por ejemplo, para evitar inconvenientes personales, por lo que la falta la disposición del ejecutor no impedía el cumplimiento de la orden [...][375] [376]; de recibo, la distinción fundamental entre la autoría mediada convencional y la sostenida en estructuras organizativas de poder, encuentra coto en la subjetividad, en la libertad de obrar el autor material, pues como se ha venido postulando, en la segunda de las mencionadas este no puede actuar bajo error sobre los hechos o coaccionado[377], en tanto el fundamento es el dominio de la organización, no el dominio de la voluntad. Si a un soldado se le obligaba a matar a un judío, bajo amenaza de asesinarsele a su esposa, este obrará coaccionado, impelido por un miedo insuperable, donde a pesar de haber dolo, no se comprueba un examen positivo total de culpabilidad, por lo que la autoría mediata convencional es la figura aplicable y no la figura *in examine*.

3. CONCLUSIONES

La criminalidad organizada es sin duda la gran amenaza a las sociedades actuales, la realidad actual de las cosas hace vislumbrar un panorama aún más desolador, la delincuencia avanza a un ritmo vertiginoso, las respuestas político-criminales de los Estados, en puridad, no resultan eficaces para contenerla, inclusive la sobrecriminalización está generando resultados inversamente proporcionales a los gastos y deseos de erradicarla.

---

(374) Vide, ROXIN, Claus; *Dirección de la organización...*, op. cit., p. 55.

(375) PARIONA ARANA, Raúl, *Autoría mediata por organización,* op. cit., págs. 62-71.

(376) Cfr., TORRES JIMÉNEZ, Lucas, *Temas controvertidos sobre autoría y participación,* op. cit., págs. 198-199.

(377) Vide, al respecto, ROXIN, Claus, *Dirección de la organización...*, op. cit., p. 49.

Criminalidad que se manifiesta a través del accionar de estructuras fuertemente cohesionadas sobre la base de su operatividad, donde la jerarquía –representada por los diversos niveles de mando– permite que las órdenes que se imparten desde la cúpula de la organización sean ejecutadas con éxito por elementos de menor jerarquía. Estas poderosas estructuras criminales, por tanto, cuentan con individuos que, si bien no intervienen en la etapa ejecutiva del delito –sino en un estadio muy anticipado a su comisión–, son portadores del llamado dominio de la organización, al contar con un poder de mando sobre las jerarquías subordinadas, que permite asegurar que sus órdenes sean cumplidas a cabalidad, merced a su automatismo operativo y a la gran cantidad de miembros que pueden asumir la función ejecutores de los delitos que se planifican desde lo más altos de dichos aparatos delictivos.

Es a tal efecto que, con el pensamiento del gran penalista alemán Claus Roxin, irrumpió en la dogmática penal una nueva variante de autoría mediata, denominada por su creador como «Autoría mediata en aparatos organizados de poder», cuyo cometido político criminal esencial fue sentar en el banquillo de los acusados a quienes desde el máximo puesto de poder de la organización criminal dirigieron las acciones que dieron lugar a la violación sistemática de derechos humanos no como instigadores ni como cómplices, sino como verdaderos autores mediatos, a pesar de que los ejecutores materiales de los mismos asumen también responsabilidad como autores inmediatos.

La teoría mencionada ha generado un gran debate en la doctrina más representativa, sobre todo, en Europa occidental y en Latinoamérica, donde una postura es reacia a su aceptación, formulando otras propuestas dogmáticas (instigación, coautoría, etc.[378]),

(378) Vide, Ambos, Kai, *Dominio del hecho...*, op. cit., págs. 226-228; Donna, Edgardo, *Derecho penal. Parte General,* T. V, op. cit., págs. 388-391.

que, en puridad, no han podido salvarse de las objeciones formulas por sus defensores. En cambio, quienes la aceptan han ido esbozando nuevos criterios para su aplicación, planteando distintas sustentaciones teóricas que, en algunos casos, supone relativizar o en su defecto, prescindir de algunos de sus principales fundamentos, como lo es el «apartamiento del Derecho» y la «fungibilidad de los ejecutores», que si bien puede partir de válidos argumentos, en el caso de valorar cada uno de ellos en su exacta dimensión (fáctica o normativa), puede resultar riesgosa cuando se pretende obviar totalmente uno de ellos, en la medida que esto implicaría aplicar este prototipo de autoría mediata a estructuras criminales que en realidad no merecen dicho tratamiento jurídico-penal.

Por consiguiente, consideramos que los operadores jurídicos deben tener mucho cuidado al momento de optar por esta teoría, pues en vez de asegurar una justa punición pueden desencadenar una inadmisible impunidad, olvidando que existen otras tipologías de autoría[379] y participación que podrían resolver estos casos, sin ningún problema; verbi gratia, la criminalidad empresarial.

No obstante lo señalado, esta teoría ha permitido la sanción de exgobernantes, de líderes de organizaciones subversivas, de miembros de juntas militares en el Perú y en Argentina[380] [381], lo cual avizora una lectura positiva de cómo la dogmática penal puede instituirse en una herramienta eficaz para los fines político-criminales esenciales de nuestros tiempos, que es evitar todo viso de impunidad sin quebrantar el principio de legalidad. Solo así se puede configurar un verdadero estado de confiabilidad de los ciudadanos y del sistema jurídico en su conjunto.

---

(379) Vide, al respecto, coautoría en organizaciones delictivas.

(380) Así, es de verse el caso de la junta militar que había tomado el poder en Argentina, el año 1974; Donna, Edgardo, *Derecho penal. Parte General,* T. V, op. cit., págs. 384-385.

(381) Así, Roxin, Claus, *Dirección de la organización como...,* op. cit., p. 56.

VIII. EL USO DE MENORES DE EDAD Y DE PERSONAS QUE PADECEN DE ANOMALÍAS PSÍQUICAS Y OTRAS ALTERACIONES MENTALES, EN LA COMISIÓN DE DELITOS, COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE ¿AUTORÍA MEDIATA O INSTIGACIÓN? FUNDAMENTO MATERIAL DE LA AGRAVACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Es sabido que las circunstancias de agravación se construyen normativamente a partir de un doble baremo a saber: primero, en orden a identificar un mayor contenido en el injusto típico, sea por el desvalor de la acción o por el desvalor del resultado, acorde al principio de lesividad; y, segundo, conforme al grado de reproche culpable atribuible al autor o partícipe. Es así que se ha seguido el glosario definido como criterios para la determinación e individualización de la pena, conforme se desprende de los contenidos legales, previstos en los artículos 45°, 45°-A y 46° del Código Penal; a ello, ha aparejado el legislador otras circunstancias agravantes, unas de estas basadas en la cualidad funcional del autor, otras, en mérito a la proclividad personal del agente a cometer hechos punibles (reincidencia y habitualidad –Derecho penal de autor–).

Es de verse así, que el listado contemplado en los artículos mencionados no colma las diversas situaciones que pueden tomar lugar en el mundo fenoménico y que, de hecho, pueden develar factores o circunstancias que ameriten ser catalogadas como agravantes;

algunas de ellas se encuentran fijadas bajo tal denominación, pero en el marco normativo de las figuras delictivas en particular, tal como se advierte en las composiciones típicas (agravadas) de los delitos convencionales, como el Hurto, el Robo, el Secuestro, la Violación sexual, los delitos de TID; donde sus inclusiones en los apartados correspondientes de la Codificación penal han obedecido, en los más de los casos, a ciertas coyunturas de conmoción pública, producto de la forma, medios y circunstancias de como se ha cometido un determinado delito, cuya masiva y extendida y difusión por parte de los medios de comunicación generaron la inmediata respuesta del legislador, haciendo este uso de la función política y simbólica del Derecho penal.

El Perú se ha visto afectado por una oleada insospechada de criminalidad, donde se registran una gran cantidad de homicidios por lucro (art. 108° del Código Penal [382]), cuyos protagonistas son, en considerable número, menores de edad. Según esta descripción criminológica, aparece el interés de las autoridades políticas de prevenir y combatir eficazmente este tipo de criminalidad, donde los agentes no dudan en cegar una vida humana a cambio de cierta cantidad de dinero.

El asunto consiste en si la reacción jurídico-penal ha de focalizarse en quienes cometen formalmente el hecho luctuoso, es decir, el menor de edad, o ante quienes se aprovechan de la inmadurez (psicológica) de estos para acometer los más viles crímenes; lo que, conforme el artículo 46°-D incorporado al Código Penal por la Ley N° 30030 (publicada el 4 de junio del 2013), importa incidir en el adulto que instrumentaliza al impúber para que este lesione o ponga en peligro un bien jurídico. El fundamento de la agravación residiría en el hecho de emplear –para la comisión de hechos punibles– a

(382) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. I., Idemsa, op. cit., págs. 60-62.

personas que no están en capacidad de comprender cabalmente la naturaleza luctuosa del hecho, así como de las consecuencias que se pueden derivar de su perpetración; supone identificar una persona portadora de vulnerabilidad, de lo que precisamente se vale el agente, para involucrarla en sucesos delictivos.

2. ¿AUTORÍA MEDIATA O INSTIGACIÓN?

De acuerdo a lo descrito, si de las personas que intervienen en el escenario delictivo, la que realiza el hecho punible de propia mano es portadora de un defecto de organización personal (menor de edad o inimputable), toma lugar la llamada «autoría mediata», la cual se encuentra reglada como una variante de autoría, en atención a la previsión legal contenida en el art. 23° del Código Penal[383], donde la responsabilidad penal ha de recaer en el «hombre de atrás», mientras que el «de adelante» se encuentra exento de responsabilidad penal.

No en vano se fija en los incs. 1 y 2 del art. 20° del Código Penal, que los que sufren de anomalía psíquica u otra clase de enfermedad mental, así como los menores de edad, están exentos de responsabilidad penal. Sin embargo, en lo que respecta a los menores de edad (solo en los adolescentes), el Código de los Niños y los Adolescentes, en lo pertinente al «Adolescente infractor de la Ley penal», establece en el art. 183° lo siguiente: «Se considera adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal». Según dicha declaración normativa, para que los adolescentes (mayores de 14 años de edad) infractores de la ley penal (que cometen delitos), puedan ser objeto de las sanciones que dicho Cuerpo legal estatuye, previamente se debe acreditar su responsabilidad en el hecho, en el procedimiento que al efecto se encauce en la jurisdicción especial (de familia).

(383) Ibídem.

Se expresa de este modo, que un importante sector de la doctrina establece una distinción en cuanto a la responsabilidad del niño y la del adolescente infractor (mayor de 14 años). Mientras que los primeros están completamente exentos de responsabilidad penal, los segundos podrían tener cierta capacidad para responder por sus delitos(384). Si bien esto puede encerrar una contradicción, debe ponerse atención en que no puede imponerse sanciones (socioeducativa) que impliquen privación de libertad, si previamente no se ha establecido la responsabilidad del sujeto infractor; que esta no sea de naturaleza penal es una cuestión distinta, llámese de cualquier otra naturaleza, pero al final será siempre una responsabilidad, que en definitiva será punitiva, en tanto y en cuanto el Derecho penal es la parcela del orden jurídico privativa de esta especie pública, que es la posibilidad de privar a un individuo de su libertad personal. La imputabilidad penal del adolescente infractor mantiene el mismo fundamento que la del adulto, pero tendrá un referente y destinatario distinto: una ley penal especial. La responsabilidad del menor frente al delito será, por tanto, penal (igual a la del adulto) lo que no quiere decir necesariamente que las consecuencias jurídicas sean las mismas(385).

Lo dicho tiene una connotación importante en el caso que nos ocupa, en el sentido de que no puede predicarse de forma general que todo menor de edad es un instrumento en las manos de un adulto, en tanto la sociedad actual muestra claramente que los adolescentes están en capacidad cada de alcanzar un desarrollo genésico pleno de forma más temprana, merced al desarrollo científico y tecnológico, en cuanto a la mayor aprehensión y contacto de estos en las diversas

(384) CÁMARA ARROYO, Sergio, *La reforma de la justicia juvenil en el Perú: Imputabilidad penal e internamiento del adolescente infractor,* en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 46, Lima, abril 2013, p. 56.

(385) Ibídem, p. 62.

actividades de la vida social[386]; en efecto, ante personas de 16 años de edad, que de forma voluntaria ejercen este tipo de actos luctuosos, no se puede argumentar que son verdaderos sujetos irresponsables o inimputables; conocedores que la ley parte de una presunción legal *iure et de jure*, que no admite prueba en contrario, basado en una consideración de política criminal[387] [388].

Siguiendo dicha afirmación, en cierta constelación de casos, cuando se esté ante esta circunstancia: un menor de edad que asesina por encargo de un adulto, será en verdad un típico caso de instigación y no de autoría mediata; lo que no implica propugnar una rebaja de la minoría de edad como eximente de responsabilidad penal, como se está proponiendo en varios sectores de la sociedad peruana, simplemente de fijar un desarrollo dogmático, acorde con las naturaleza de las cosas.

---

(386) Así, CÁMARA ARROYO, al sostener que, el concepto de adolescencia no puede ser encorsetado a una cuestión puramente biológica, sino que mantiene una marcada significación cultural. Ibídem, p. 58.

(387) En ese sentido, CÁMARA ARROYO señala que, toda determinación del límite mínimo de edad responsabilidad penal no se corresponde con ninguna deducción científica acerca del grado de madurez del menor, sino que se trata de una cuestión de política criminal; *La reforma de la justicia juvenil...*, op. cit., p. 59; Así, GÓMEZ RIVERO, citada por BOLEA BARDON, para quien la *ratio* de la presunción de que parte el legislador de que el menor carece o tiene disminuida su capacidad de culpabilidad, no se basa en la imposibilidad de que el caso concreto pueda tener madurez, sino en necesidades político-criminales que aconsejan evitar su ingreso en prisión. *La autoría mediata en Derecho penal,* op. cit., p. 328.

(388) Como apunta CUELLO CONTRERAS, la razón por la cual someter al menor y al joven a un régimen distinto al penal cuando ha cometido un delito estriba en la conveniencia político-criminal, que por tratarse de alguien que se encuentra en una fase crucial de la vida (crisis de la pubertad), es fácil que lleve a cabo actos de rebelión de naturaleza antisocial que, aunque se le pueden imputar, es más conveniente no hacerlo, al menos en los mismos términos en que se imputan al autor adulto, porque se trata de una crisis pasajera en la que, sin necesidad de intervención del Estado tan drástica como la penal, desaparecerán sin dejar huella con la simple evolución hacia la adultez, y porque la intervención estatal, que alcanza desgraciadamente también al Derecho penal juvenil, sí la deja, estigmatizando al menor –casi siempre procedente de los estratos más bajos de la sociedad– que muy pronto fue sometido al Derecho penal (incluido el de menores), iniciándole en la denominada «carrera criminal» [...]; *El Derecho penal español. Parte General,* op. cit., p. 971.

Como bien se expone en la doctrina nacional, considerar al adolescente infractor como inimputable de forma automática, como es la delincuencia en los menores de edad, es una patología[389].

Ahora bien, el articulado entonces toma como circunstancia de agravación cualificada, el hecho de que el sujeto activo *utilice, bajo cualquier modalidad, a un menor de 18 años o a una persona que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión para la comisión de un delito, en cuyo caso el juez puede aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado en el tipo penal;* esto es, identificándose dos personas, un impúber o total inimputable que, por ejemplo, comete el delito de Asesinato y un adulto, que lo utiliza para tal fin; se configurará la circunstancia en cuestión, siempre que estemos ante un real *instrumento, pues, como se ha venido señalando, si se trata de un adolescente ya habitual en este tipo de conductas, se trataría en realidad de una instigación, por ende, no sería susceptible de aplicación el art. 46°-D.*

En el caso de los llamados «inimputables», debe tratarse de personas plenamente incapaces de poder dirigir su conducción de vida, conforme al sentido y alcance de las prescripciones legales; en definitiva, estos son, a todas luces, un instrumento del hombre (adulto) de atrás, situación, por tanto, que no siempre se advertirá cuando es un menor de edad quien ejecuta formalmente el hecho luctuoso, porque no es igual determinar las lesiones a bienes jurídicos ajenos efectuados por un menor de cinco años, que los cometidos por uno dieciséis, se formula en la doctrina colombiana[390].

(389) CÁMARA ARROYO, Sergio, *La reforma de la justicia juvenil...*, op. cit., p. 58.

(390) SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *Autoría,* op. cit., p. 318.

Como apunta SUÁREZ SÁNCHEZ, la decisión del legislador de no aplicar pena al inimputable no implica calificar automáticamente de autoría mediata la actuación del interviniente en el delito, porque con ello no está disponiendo que siempre se puede instrumentalizar al inimputable, sino que por razones político criminales ha decidido exonerarlo de responsabilidad penal(391). Por su parte, BOLEA BARDON, en la doctrina especializada, es de la concepción, que los menores van a ser considerados plenamente responsables de los riesgos que ellos mismos crean, siempre que les sea objetiva y subjetivamente imputables, independientemente de que el Derecho les declare exentos de responsabilidad criminal(392).

A nuestro parecer, para estar ante un típico caso de autoría mediata deben concurrir dos aspectos a saber: primero, que la persona de adelante, es decir, el autor inmediato, sea un menor de edad y, segundo, que este ejecutor formal del tipo penal, no esté en capacidad de comprender el carácter luctuoso del hecho o simplemente que no sepa lo que está haciendo(393), de forma que no pueda adecuar su conducta según el sentir conductivo de la norma en cuestión; si este, en cambio, comprende la naturaleza del acto que está cometiendo y sabe de las consecuencias que se derivarán de aquel, tendrá entonces el dominio del hecho, configurando ello una manifestación ordinaria de instigación(394). Así, cuando se sostiene que existirá autoría

(391) Ibídem, p. 316.

(392) BOLEA BARDON, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal,* op. cit., p. 328.

(393) Como afirma MIR PUIG, si el inimputable desconoce por razón de su situación personal que realiza la situación típica, actuará sin dolo típico [...], siendo este un caso de autoría mediata, por un instrumento no doloso; *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 554.

(394) BOLEA BARDON, siguiendo a GÓMEZ RIVERO, anota que el límite entre la inducción y autoría mediata se situará allí donde la alteración en la capacidad de culpabilidad del autor no le impida, en el caso concreto, comprender el sentido típico y antijurídico de la acción que realiza [...] como un factor que le impida motivarse de acuerdo con los mandatos normativos; *La autoría mediata en Derecho penal,* op. cit., p. 330.

mediata si se trata de un adolescente a su vez inimputable por padecer carencias en el ámbito intelectual o volitivo, y por ello actúa sin dominar el hecho; en todos los demás casos nos encontraremos ante supuestos de participación (determinación delictiva)[395].

Para BACIGALUPO la inimputabilidad en el instrumento no ofrece problemas, pues admitida la accesoriedad limitada, puede resolverse también como un supuesto de inducción, si bien el auténtico sentido del hecho le da la calificación de autoría mediata. Sin embargo, si el inimputable ha conservado el dominio del hecho a pesar de su inimputabilidad solo habrá inducción[396] [397]. De forma clara, QUINTERO OLIVARES sostiene que, si el inimputable (menor de edad) actúa conscientemente, aunque sea inimputable por voluntad de la ley, deberá tratarse el hecho mejor como supuesto de inducción, toda vez que un menor puede actuar consciente y dolosamente, lo que lo desfigura como simple instrumento, aunque no pueda ser «culpable» por inimputable[398].

Bajo tal consideración, los elementos anotados deben ser constatados caso por caso de forma concreta, y no desde un criterio de validez general de forma automática, como lo sostiene un sector de la doctrina[399] [400]; evidentemente, cuando menores de catorce

---

(395) FERRÉ OLIVÉ, Juan; et al., *Derecho penal colombiano. Parte General,* op. cit., p. 510.

(396) BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 371; así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; et al., *Curso de Derecho penal. Parte General,* op. cit., págs. 385-386.

(397) Cfr., CALDERÓN CEREZO, Ángel; CHOCLÁN MONTALVO, José, *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 394.

(398) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 619.

(399) Así, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 668; FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 599.

(400) De similar postura, PEÑA CABRERA, Raúl, en la doctrina nacional, pero desde un baremo penológico; *Tratado de Derecho penal, Estudio programático de la Parte General,* 3ª ed., op. cit., p. 432; aspecto de todas maneras tiene trascendencia al momento de definir la responsabilidad del adolescente, quien al no ser

años se trata, al estar exentos aquellos de toda sanción, conforme la ley de la materia, no queda otra opción que aplicar la autoría mediata, con la particularidad que habría un autor sin sanción, por lo tanto, sin responsabilidad penal. En general, tratándose de hechos cometidos por menores de edad, será conveniente tener en cuenta la edad concreta del menor, sobre todo, comprobar si es un niño[401].

3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS (PENALES Y CIVILES) Y RESULTADOS SOBREVENIDOS

Cuestión a subrayar, al igual que hemos sostenido en las agravantes regladas en los arts. 46°-A, 46°-B y 46°-C, es que aumentar la pena por encima de los marcos legales fijados en las figuras delictivas de la Parte Especial, supone hacer rajatabla con el principio de proporcionalidad por el hecho y con una culpabilidad jurídica por el acto cometido[402]; a nuestro entender, circunstancias como esta solo deberían facultar al juzgador a imponer el máximo de pena previsto en el delito en cuestión.

Igual crítica ha de hacerse con respecto al subtipo agravado comprendido en el segundo párrafo del dispositivo legal *in examine*, cuando se determina que si el *agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le otorgue particular autoridad sobre el menor o le impulse depositar en él su confianza, el juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado por el tipo penal.* Según dicha previsión, se apela a la institución de la condición de «Garante», para incidir en una penalidad de contornos más intensos, en el sentido que el agente se aprovecha de la particular posición

un verdadero *instrumento* es objeto de una sanción, que en puridad es de orden punitiva.

(401) Bolea Bardon, Carolina, *La autoría mediata en Derecho penal,* op. cit., p. 334.

(402) Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, Alonso; *Derecho penal. Parte General,* T. II, 4ª ed., Idemsa, Lima, 2013.

de ventaja que ostenta frente al impúber[403] para involucrarlo en la comisión de hechos luctuosos, lo que manifiesta la infracción de los deberes más elementales de las relaciones paterno-filiales u otras semejantes, que es precisamente mantener al menor al margen de conductas de tal naturaleza.

No siendo suficiente con la drasticidad de la sanción punitiva, en orden a fortalecer los fines preventivo-generales de la pena, es que el legislador apareja a la sanción principal, la suspensión del ejercicio de la patria potestad, conforme lo dispuesto en la ley de la materia –el art. 75° del CNA–[404]. Sanción complementaria, que también se encuentra conminada en los delitos de lesiones (arts. 121°-B y 122°-B[405][406]), de manera que cuando dicha fijación normativa esté ya definida en el tipo penal de la Parte Especial, esta regulación general ya no resulta de aplicación, con arreglo al último párrafo del dispositivo legal *in comento*[407]; de forma análoga ha de proceder, por ejemplo, cuando el *prevalimiento de la posición de cargo, autoridad o relación de parentesco, se encuentra ya fijado en los componentes normativos de una figura delictiva de la Parte Especial;* así es de verse, en los arts. 170° y 297° del Código Penal.

---

(403) Situación que no es necesario regular en la hipótesis de la utilización de personas que sufren de graves trastornos mentales, en la medida que su instrumentalización en la perpetración de hechos punibles, se sostiene justamente por las deficiencias orgánicas y psíquicas de que estas son portadoras, sin ser necesario el vínculo parental u otro similar, para alcanzar tal ilícito propósito.

(404) La suspensión procede por habérsele abierto proceso penal al padre o a la madre por delitos previstos en los arts. 173°, 173°-A, 176°-A, 179°, 181° y 181°-A, acorde al inc. h de este articulado; precepto legal que fuera modificado por el art. 2° de la Ley N° 29194 de enero del 2008; se advierte así, que los delitos de homicidio y sus derivados, no están contemplados en este inciso, por lo que al resultar lo dispuesto en el art. 46°-D, una norma de remisión, no se podrá aplicar la llamada suspensión cuando se emplee al menor en el asesinato de una persona, lo cual requiere de una reforma de *lege ferenda* en tal sentido.

(405) De acuerdo a la dación de la Ley N° 29282 de noviembre del 2008.

(406) Vide más al respecto, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., págs. 265-273.

(407) No es aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante se encuentre prevista al sancionar el tipo penal.

Cuestión importante que trae a la luz el art. 46°-D, es que, *si durante la comisión del delito o como consecuencia de este el menor sufre lesiones graves, incapacidad permanente o muere, y el agente pudo prever el resultado, el juez puede imponer una pena hasta el doble del máximo legal fijado para el tipo penal.* Es ya moneda corriente en las últimas reformas de política penal, que se haga uso de la figura *de la preterintencionalidad, para así imponer una pena más severa, dejando de lado las figuras concursales delictuales que, luego de la reforma producida por la Ley N° 28730, también pueden dar como resultado una penología más grave*[408].

Siendo así, se determina la producción de un resultado lesivo (desvalor del resultado) que recae sobre los bienes jurídicos fundamentales del impúber, en cuanto a la afectación a su integridad corporal o fisiológica y en el caso más grave, cuando este muere en el decurso de la ejecución típica del delito o como consecuencia de su perpetración[409]; resultando que dichos estados de desvalor han de ser atribuidos a título de culpa al agente, pues al menos pudo haber previsto la rayana probabilidad[410] de que el menor, al activar, por ejemplo, el detonador del explosivo, podría salir herido; pero si este fue plenamente consciente de que llevar los explosivos hasta un determinado lugar o de llevar en alguno de sus órganos sustancias prohibidas, le causaría su muerte o lesiones graves, no se podrá aplicar esta fórmula normativa, al haber actuado el agente con dolo, por lo que se deberá recurrir a la figura del concurso delictivo, verbi gratia, lesiones u homicidio, al margen de poder hacer uso del art. 46°-D, según lo estipulado en el primer párrafo.

---

(408) Tanto en el caso del Concurso real como en el Concurso ideal de delitos.

(409) Siempre que estemos ante un verdadero instrumento, más aún cuando el menor actúa como un instigado y el adulto como un instigador.

(410) Si hubiese sido más diligente, si hubiera examinado con mayor rigor las circunstancias concomitantes del caso, habría tomado verdadera conciencia sobre el riesgo jurídicamente desaprobado creado por su conducta.

El tema está ahora en manos de los operadores jurídicos, que han de aplicar estas circunstancias con mucha cesura y ponderación, pues si como hemos señalado, cuando se produce la muerte del menor y el agente pudo prever este resultado, sería con respecto a ello un homicidio culposo y si a la par se usó a este en un Homicidio simple, que se logró cometer, podría el juzgador imponer 30 años de pena privativa de libertad, dejando de lado el art. 111° del Código Penal, de lo contrario se llegaría a extremos punitivos en franca lesión al principio del *non bis in idem* y al principio de proporcionalidad.

Finalmente, en ningún caso la pena concreta puede exceder de 35 años de pena privativa de la libertad; empero si el delito para el cual se emplea al impúber para su comisión, prevé como sanción la pena de cadena perpetua (Robo agravado seguido de muerte) y el agente (adulto) es calificado como autor mediato, ya no resulta factible aplicar este artículo, pues sobre dicha pena ya no es posible aumentar una mayor dosis de agravación.

4. CONCLUSIONES

El norte de la política criminal en el Perú se mueve conforme a una contextualización coyuntural, es decir, son los sucesos que conmueven la opinión pública los que determinan finalmente la proyección de la reforma normativa (penal); descripción fielmente revelada en el caso de la inclusión del art. 46°-D al Código Penal (con la dación de la Ley N° 30030 del 4 de junio del 2013) por suscitarse de forma habitual Asesinatos, teniendo como protagonistas en lado delictivo a menores de edad, iniciados o dedicados a la infame actividad del sicariato.

Según dicha situación, se procedió a reglar una nueva circunstancia de agravación (cualificada) que recae sobre aquel agente que emplea a un menor edad u otro inimputable en la perpetración de un hecho punible; siendo el fundamento del plus de penalidad, el instrumentalizar a una persona para cometer un delito, que por su

vulnerabilidad (falta de madurez) sería fácil de introducir en este tipo de actividades ilícitas. Un aspecto así concebido se advierte en el art. 46° inc. 2 lit. j del Código Penal (*Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable*); sin embargo, el legislador para hacer gala de su excesivo simbolismo normativo (efectos sociopedagógicos) lo reguló pormenorizadamente, además para agravar la pena por encima del marco legal imponible, en franca vulneración al principio de responsabilidad por el hecho.

Al margen de lo expuesto, nos dudamos en afirmar, que no en todos los casos podrá aplicarse esta circunstancia de agravación, en razón de que no todos son en realidad un instrumento en las manos del hombre de atrás, porque la predicada inimputabilidad es una ficción legal (decisión de política criminal) presuntiva, que no se corresponde con la realidad cultural y sociológica del estado de las cosas, donde menores de dieciséis años de edad saben perfectamente lo que están haciendo y conocen de las consecuencias de sus actos, ergo, son penalmente responsables, pero son encausados en la jurisdicción de familia y, sometidos a sanciones que también importan una privación de libertad.

Es así que no puede postularse de forma automática una autoría mediata, sino que debe valorarse caso por caso, y si no se cumplen los factores antes anotados, la solución correcta es la instigación; ello significaría la imposibilidad de aplicar esta agravante, en tanto no estamos ante un instrumento, sino ante un adolescente de pleno dominio de su esfera de organización personal, lo que no debe significar una postura reduccionista de la imputabilidad, como se pretende en los foros políticos. *La libertad le viene dada al hombre no por la ley, sino por su configuración de vida en sociedad.*

IX. EL MODELO DE POLÍTICA CRIMINAL DE SEGURIDAD CIUDADANA

1. INTRODUCCIÓN

No resulta exagerado hoy en día, postular que los modelos de política criminal han adquirido direcciones u orientaciones notablemente opuestas a las concebidas hace pocas décadas, es decir, basta dar un vistazo a las legislaciones penales contemporáneas de otras latitudes para darnos advertir un viraje sustancial a partir de cómo fueron planteadas las políticas públicas encaminadas a prevenir toda manifestación de delictuosidad.

Queda en la memoria el objetivo de consagrar un Derecho penal mínimo[411], basado en una intervención reductora del *ius puniendi* estatal sobre el ámbito de libertad ciudadana; se apela a dicha filosofía garantista, sobre esquemas teórico-conceptuales que se construyen a través de descripciones sociológicas y estatales que nada tienen que ver con el esquema actual de las sociedades modernas.

---

(411) A criterio de PÉREZ PINZÓN, «Derecho penal mínimo» es la denominación que se da a aquellas corrientes que buscan la máxima reducción de la intervención penal, la mayor ampliación o extensión de los límites de los derechos y garantías y la rígida exclusión de otros medios de intromisión coercitiva comenzando por los instrumentos extradelito o extrajuicio; *Derecho penal mínimo* y Derecho *penal garantizador,* en *Derecho Penal – Homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera*, op. cit., p. 492.

Garantismo y Derecho penal mínimo son, en efecto, términos sinónimos, acota FERRAJOLI, que designan un modelo teórico y normativo de Derecho penal capaz de reducir la violencia de la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial– sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona[412].

Aunque no se quiera reconocer, por parte un sector importante de la doctrina, son precisamente las siguientes esquelas argumentativas sobre las que se amparan las ideologías securitarias para deslegitimar este modelo de política criminal y salen airosos en esta pretensión, al estar respaldados por el clamor ciudadano. Según dicho estado de la cuestión, se manifiesta una evidente expansión del Derecho penal, en cuanto a una inflación del catálogo punitivo, sustentado no siempre por una justificación legitimadora, más bien por razones que trasvasan todo umbral de racionalidad; MAIER, advierte, al igual que un sector representativo de la doctrina, sobre los peligros políticos que encierra el desarrollo posmoderno del Derecho penal mejor expresado, de la ley positiva o de la legislación actual, a la par que una propuesta de solución que se vincula estrechamente a un programa político criminal[413].

De hecho, el Derecho penal, como toda parcela científica de la juridicidad y como medio de control social, ha de ajustar su radio de acción conforme las nuevas descripciones criminológicas de la sociedad; por tanto, no se puede sostener válidamente que el Derecho penal liberal del siglo XIX es o puede ser el apropiado para los tiempos modernos, al develarse nuevos escenarios legítimos de intervención punitiva, que fueron plasmados en las nuevas tipificaciones penales de finales del siglo XX, mediando la inclusión de nuevos bienes jurídicos.

---

(412) FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo,* op. cit., p. 193.

(413) MAIER, Julio, *El futuro del Derecho penal,* en *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*, op. cit., p. 355.

De tal suerte, que el debate doctrinario y político se encuentra realmente desenfocado, en la medida que lo que se está poniendo en juego en estos nuevos modelos de política criminal, no es si el Derecho penal debe asumir nuevas cuotas de intervención, en cuanto a la protección de novedosos intereses jurídicos –sobre todo, de naturaleza supraindividual–, pues estos ya fueron recogidos ampliamente por las Codificaciones penales, que a la postre ha significado la vigencia irremediable de un Derecho penal simbólico, el cual solo ha servido para decorar las Codificaciones punitivas, al tener efectos nulos en la praxis judicial, producto de las grandes influencias de los grupos de poder (criminalidad económica y empresarial) y las personas que ostentan el poder penal decisorio de la legislación[414]. Máxime, cuando los procesos de integración comercial han supuesto, en casos como el de Perú, una completa o total desregulación de los tipos penales que acogen la delincuencia de la modernidad, que graves estragos y perjuicios ocasiona en ámbitos tan relevantes como la economía, el mercado y el sector financiero, con evidente lesión al derecho de los consumidores. En puridad, la discusión gira en torno a otros asuntos, en cuanto a la exagerada protección de los bienes jurídicos fundamentales.

Es así que se deduce, en primer lugar, que el gran debate de nuestros tiempos no gira en torno a la modernización del Derecho penal, merced a lo acontecido últimamente en el plano político criminal concerniente a la criminalidad económica y empresarial (delincuencia transnacional), sino sobre los valores programáticos sobre los cuales debe diseñarse el modelo político criminal. Cuando se ha sostenido en algunos textos sobre la materia, sobre la denominada

---

(414) Así, Díez Ripólles, al sostener que; por un lado se tiene la impresión de que los poderosos, mediante asesoramientos técnicos solo accesibles a personas con su nivel económico o respaldo político, han sido capaces de explotar hasta límites abusivos las garantías del Derecho penal y procesal penal, logrando así eludir en gran medida la persecución penal, la condena o el cumplimiento de las sanciones; *La política criminal en la encrucijada,* op. cit., p. 71.

expansión del Derecho penal en las sociedades posindustriales, no se trata en realidad de un fenómeno llevado a la nuevas tareas de intervención del *ius puniendi* estatal, en cuanto a la protección de bienes jurídicos colectivos y de figuras dogmáticas similares, sino de la desmedida e intensiva intervención de este en el marco de los delitos convencionales; en resumidas cuentas, la verdadera expansión del Derecho penal no tiene que ver con sus nuevas cuotas de prevención en esferas distintas de la criminalidad convencional o clásica(415), sino sus exasperada y grandilocuente participación ya no en la prevención, sino en la marcada represión de los delitos que se comprenden en el llamado Derecho penal nuclear.

En palabras de DÍEZ RIPÓLLES, resulta sintomático que la discusión teórica sobre la indebida expansión del Derecho penal no verse, como pudiera imaginarse un profano, sobre las continuas reformas legales encaminadas a endurecer el arsenal punitivo disponible contra la delincuencia clásica, sino que, muy por el contrario, tenga como primordial objeto de reflexión la conveniencia de asegurar la nueva criminalidad una reacción penal notablemente suavizada en su componentes aflictivos(416).

2. LA LEGITIMACIÓN FILOSÓFICA DEL DERECHO PENAL

El Derecho es una ordenación reglada por el legislador, cuya base racionalizadora, radica precisamente en constituir una respuesta jurídica ponderada y atemperada, que, con la cesura de la razón y la justicia, implica imponer modelos de conducta en los ciudadanos,

(415) DÍEZ RIPÓLLES, sostiene, con no poca razón, que la delincuencia clásica, esto es, la que gira en torno a los delitos contra intereses individuales, especialmente los de la vida e integridad, propiedad, y libertad en sus diversas facetas, que durante siglos ha constituido el grueso de los asuntos abordados en la jurisdicción penal, ha superado el riesgo de pérdida de protagonismo que en algún momento se pensó iba a sufrir; *La política criminal en la encrucijada,* op. cit., p. 70.

(416) Ibídem, p. 72.

cuya legitimidad reposa en una consideración esencialmente ética; y si el Derecho penal importa una injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales, esta coacción necesaria e inderogable solo será justa en la medida que se dirija a proteger bienes jurídicos; para ello, no puede instituirse en un resorte de respuestas automatizadas, conforme la naturaleza de los comportamientos que pretende sancionar. Parafraseando a NINO, diremos que la existencia de un orden jurídico apoyado en la coacción se justifica solo en tanto y en cuanto él sea necesario y eficiente para preservar derechos individuales básicos, son que sus operaciones dirigidas a tal fin menoscaben a su vez tales derechos[417].

El Derecho penal, podríamos decir, se justifica si y solo si, además de prevenir los delitos –cosa que conseguirían hacer igualmente bien los sistemas policiales desregulados y los de justicia privada– logra también minimizar la violencia de las reacciones frente a los delitos[418]. No puede olvidarse que las sanciones punitivas tienen como destinatario a un hombre y no a un objeto animado, a un ser con expectativas y pretensiones, que por más que haya vulnerado las bases del contrato social, aún sigue siendo portador de ciertos derechos subjetivos. GRACIA MARTÍN, siguiendo a SCHÜNEMANN, indica que el mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto, sino a un hombre real de carne y hueso[419].

Si en algo la ciencia penal es coincidente, es que el Derecho penal nació como negación a la venganza privada, como proceso evolutivo de la civilización, tomando como punto de partida el principio de humanidad, por lo que el *ius puniendi* solo puede servir para reafirmar la libertad del hombre, no como acicate de su vulneración.

---

(417) NINO, Carlos, Ética y d*erechos humanos,* op. cit., p. 446.

(418) FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo,* op. cit., p. 194.

(419) SCHÜNEMANN, Bernd, *La relación entre ontologismo y normativismo;* GRACIA MARTÍN, Luis, *Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo,* op. cit., p. 293.

El hombre solo será libre si el Derecho ordena su regulación a garantizar dicha libertad y ello en términos punitivos significa que la pena solo ha de encaminarse sobre fines preventivos y no bajo cometidos estrictamente represivos.

La clave de un Derecho penal democrático es articular respuestas en base al diálogo, a la comunicación entre sus protagonistas, de suerte que se pueda llegar a respuestas encaminadas a la vía de la pacificación; este debe ser un cometido irrenunciable en un modelo *ius constitucional*, que tiene como pórtico fundamental la dignidad humana y los valores que de ella dimanan. Las garantías incorporadas en las constituciones, se configuran no solo como fuentes de justificación externa o política de la existencia del Derecho penal, sino también como fuentes de legitimación jurídica y política de las concretas decisiones penales[420].

El Derecho penal –como ciencia o como medio de control social– adquiere una serie de tareas, roles o funciones que se vuelven más complejas ante contextos de particular violencia, en el sentido de que si su labor primigenia es de garantizar la seguridad, cuando hay una imposición o sanción punitiva, esta se torna empresa difícil cuando su intervención toma lugar de forma más intensa, dando lugar a una verdadera dialéctica –muy difícil de resolver– entre la libertad individual y la seguridad del colectivo.

HASSEMER hace alusión a la tensión entre libertad y obligatoriedad, entre las garantías de los derechos fundamentales de una ciencia y las expectativas que se dirigen hacia esa ciencia. La ciencia del Derecho penal no puede eliminar esta tensión ni ello debe ser tampoco su objetivo, al contrario debe mantenerla. Esto significa que debe proteger la libertad que le es propia como ciencia y al mismo

(420) FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo,* op. cit., p. 197.

tiempo justificar la obligatoriedad que emana de su objeto[421]; esto es lógico como ciencia, pero como disciplina práctica debe atemperar esta tensión, este conflicto, a través del programa garantista que sostiene toda su construcción teórica-conceptual.

Entonces, si el sujeto que infringió la norma jurídico-penal, es excluido totalmente del diálogo, de la comunicación, se vacía de contenido el programa legitimador de la sanción, pues esta ha sido creada para asegurar ámbitos de libre configuración humana y no en su exclusión definitiva, en su expulsión, en la segregación absoluta que hoy se le quiere dar como tarea a la pena.

Cuestión importante a definir, es que las decisiones penales en una democracia no pueden estar sometidas a la voluntad popular, en tanto que ello significaría caer en la barbarie y en el salvajismo, prototipo de la venganza privada. Como bien señala FERRAJOLI, un Derecho penal «democrático», en tal sentido, se orientaría inevitablemente hacia formas de Derecho penal máximo, o sea, máximamente represivo, carente de límites y garantías[422].

A decir de GRACIA MARTÍN, la «idea» del Derecho es [...] la lucha por formas distintas de de imposición del orden social. Esto, sin embargo, conlleva necesariamente a que la fuerza y la coacción física ya no puedan ser válidas por sí solas, como medios de imposición del orden social, sino que tienen que ser sometidas a límites[423].

Conforme la línea filosófica kantiana, el hombre es un fin en sí mismo, que no puede ser nunca utilizado como medio por nadie [...] y este es el límite y contenido de la política criminal en cualquier orden social y jurídico que reconozca el principio de humanidad.

---

(421) HASSEMER, Winfried, *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal...* en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, op. cit., p. 31.

(422) FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo,* op. cit., p. 196.

(423) GRACIA MARTÍN, Luis, *Modernización del Derecho penal...,* op. cit., p. 275.

Nadie duda que es cada vez más acentuada la dialéctica entre la seguridad y la libertad; todos aspiran a más cuotas de seguridad social, llevada en un contexto de incontenible violencia, sin embargo, ello no puede suponer inclinar la balanza de forma absoluta al primero de los mencionados, pues eso convierte al Derecho punitivo en puro maximalismo.

No en vano se predica en la doctrina, que bajo el lema: «*libertad, toda la que sea posible; represión, solo la estrictamente necesaria*», las modernas sociedades, inspiradas en principios democráticos y en la reglas del Estado de Derecho, deben desarrollar programas de reacción frente al delito que mantengan lo mejor posible el difícil equilibrio entre la libertad y seguridad, consiguiendo al mismo tiempo unos niveles de eficacia aceptables en la reducción o contención del problema de la criminalidad[424].

3. FACTORES DE INCIDENCIA EN EL MODELO POLÍTICO CRIMINAL DE SEGURIDAD CIUDADANA

Sin duda, como lo hemos descrito, existe un total descrédito del modelo garantista, no necesariamente a lo que se conoce como Derecho penal mínimo, pues si hacemos una rigurosa lectura al Código Penal de 1991, advertiremos que, si bien fue construido en base a una plataforma filosófica, imbricada en una posición humanista, de proscribir tratos inhumanos y penas crueles –teniendo como premisa la *resocialización e integración del delincuente en el seno de la sociedad, es decir, un sujeto de derecho, al cual habría que darle una nueva oportunidad, la cual habría de tomar lugar a través de programas de reinsertación social*–; no es menos cierto que, a su vez, asumió la función de proteger a la sociedad frente al delito, conforme se consagra

(424) HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y a la política criminal,* op. cit., p. 163.

en el numeral primero del Título Preliminar del Código Penal, lo cual implica hacer uso de una enérgica respuesta del Derecho penal, sobre todo, ante aquellos injusto penales de alta dosis de gravedad, aplicando penas de hasta los treinta y cinco años de privación de libertad y en en casos extremos, carcelería perpetua.

Este modelo de política criminal, tiene como base constructora la corresponsabilidad de la sociedad en el delito; de seguro, los hechos luctuosos se germinan y se gestan de forma multiplicada, en mérito a las grietas, fisuras y desigualdades que se advierten en el sistema socioeconómico, en el reparto de la riqueza y en las altas tasas de desempleo, en lo que respecta a la criminalidad marginal y convencional. Según dicho programa, apenas el penado cumple su deuda con la sociedad, ha de adquirir de forma automática su «rehabilitación», tal como se señalaba en la redacción primigenia del art. 69° del Código Penal.

Por otro lado, el legislador reconocía que la pena de prisión de libertad, de carcelería, despliega en verdad efectos criminógenos, y no preventivos (especiales), tal como se simboliza en los preceptos legales del Código Penal y de la Ley Fundamental; no en vano dio carta de ciudadanía a las penas limitativas de derecho y a los sustitutivos penales (suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio y exención de pena). Décadas atrás, en foros internacionales se admitía que la cárcel no podía generar la ansiada y utópica resocialización, así como lo paradójico que resulta pretender proteger las libertades ciudadanas, coartando la libertad individual de otro ciudadano[425].

---

(425) En palabras de ZAFFARONI, que el Derecho penal encierra una paradoja, la misma que consiste en que su finalidad es tutelar un ámbito de libertad de los individuos; garantizar la libre disposición de sus bienes jurídicos. Para lograr ello el Derecho penal utiliza las penas (o las medidas de seguridad) que son privaciones de la libertad a ciertos individuos; *Política Criminal Latinoamericana,* op. cit., p. 22.

La sanción punitiva habría de tomar lugar conforme un baremo de cesura y de proporcionalidad, de manera que la reacción penal, en cuanto a su gravedad y determinación temporal, no podía sobrepasar la gravedad del injusto penal cometido, tal como se tiene del principio de responsabilidad por el hecho (proporcionalidad[426]), definido en el art. VIII del Título Preliminar del Código Penal. Se fijó así, como sanción máxima a imponer, pena privativa de libertad de 35 años, lo cual se ajustaba a la humanidad de las penas, así como al fin preventivo especial de la pena. Si esto no sirve para hacer freno a la delincuencia, los fines preventivo-generales de la pena se vuelven predominantes, sobre todo, en su variante de intimidación, así como la idea de la inocuización y la segregación toman más auge donde la pena ya no es una respuesta temperada sino un mero castigo sobre un confín retributivo. Así, DÍEZ RIPÓLLES, al indicar que la eficacia de lo primero exige catálogos de penas que guarden proporción con la gravedad de la conducta realizada, al margen de las características del delincuente. El desarrollo de lo segundo supone olvidar la exigencia de proporcionalidad cuando estemos ante delincuentes reincidentes, cuya confrontación exige largas condenas de prisión en buena medida ajenas a la evolución del interno[427] [428].

Es así también que se determinó, que ante la posible aplicación de varias figuras delictivas en simultáneo, cuando el agente

---

(426) A decir de PÉREZ PINZÓN, el derecho penal tiene una doble función: Prevención general del delito y prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La ley penal se dirige a minimizar la violencia de la delincuente y la violencia de la venganza o de otras posible reacciones informales; *Derecho penal mínimo...*, op. cit., p. 496.

(427) DÍEZ RIPÓLLES, José, *La política criminal en la encrucijada,* op. cit., p. 68.

(428) A decir de MAIER, con respecto a la reincidencia, si ella conduce a la agravación de la pena privativa de libertad para el autor por el hecho punible cometido, producirá, por una parte, un enfrentamiento con el Derecho penal de culpabilidad a favor de un derecho penal por la conducción de vida y, por la otra, una discriminación imposible de cohonestar; la existencia, en verdad, de dos estatutos penales, ambos relativos a la pena privativa de libertad, uno para autores no reincidentes y otro para reincidentes; *El futuro del Derecho penal,* op. cit., p. 374.

en una sola acción u omisión o en pluralidad de ellas, quebranta la misma norma varias veces o normas de diversa naturaleza, regía el sistema punitivo de exasperación, sostenido también sobre los fines preventivo-especiales de la pena. Las figuras concursales regladas en los arts. 48° y 50° del Código Penal recogían esta fórmula punitiva en su redacción primigenia.

De recibo, el Derecho penal solo habría de intervenir de forma subsidiaria, esto es, únicamente cuando el resto de parcelas de la juridicidad no se muestran como eficaces para prevenir o contener ciertas conductas cuyo desvalor define a un interés jurídico digno y merecedor de protección punitiva de acuerdo a una visión material del bien jurídico; implica tomar en serio la advertencia que las infracciones reprimidas con pena privativa de libertad son la última *ratio* de la política social.

Para acercarse a este ideal cabe una revisión de toda la Parte Especial que suprima las prohibiciones o mandatos amenazados con pena privativa de libertad, a fin de establecer sinceramente un Derecho penal mínimo[429]. Sin embargo, al Derecho penal se le ha encargado en los últimos años, la defensa de ciertos valores, si bien de raigambre constitucional, como el principio de igualdad, no encuentran asidero dentro de un decidido presupuesto de ofensividad, así como de fortalecer ciertos valores ético-sociales de sectores influyentes de la sociedad.

Ahora bien, ¿qué es lo que ha sucedido desde mediados de la década de los noventa, en consideración las profundas reformas normativas que han tomado lugar en el seno del Texto penal? Lo podemos graficar del siguiente modo: el fracaso de la política criminal en el Perú, pues en los últimos años los índices de la criminalidad clásica han ido aumentando en forma progresiva e irreprimible, equiparable,

---

(429) MAIER, Julio, *El futuro del Derecho penal*, op. cit., p. 372.

tal vez, a los índices de natalidad. Cada vez más peruanos –y también extranjeros– se ven incursos en la comisión de hechos punibles de toda índole, y se ha cuestionado por tal situación al Derecho penal –los políticos de turno y los medios de comunicación social–; un planteamiento morigerado de la intervención punitiva que ha hecho que en nuestra sociedad cunda la inseguridad ciudadana. Algo tan falaz como la careta que enrostran los políticos en sus discursos electoreros; la Política Criminal no solo tiene que ver con Derecho penal, sino con otros medios de control social que se incardinan en las políticas públicas, las cuales han sido dejadas de lado por los gobernantes.

Según el contexto descrito, se cae en un abismo, en un fatalismo de las ideas, pues si lo único que se quiere es mantener cautivo al votante, mediante un cálculo estrictamente electorero, lógicamente lo que menos interesa es resolver el verdadero problema, pues para ello se requiere de una verdadera creatividad y reingeniería de las cosas, sino en el facilismo que significa la huida hacia el Derecho penal.

Entonces, el modelo político criminal de «seguridad ciudadana», de tolerancia cero frente al crimen, sostenido sobre la rigidez de la ley y el orden (control crimen), implica una ruptura latente entre la política penal y la dogmática jurídico-penal, esto quiere decir, que las proyecciones de reforma normativa se elaboran y conducen, fuera de todo control jurídico, al margen de la doctrina y de la juridicidad; en este proceder reformador, no interesa lo más mínimo si la modificación del precepto legal, se ajusta o no a los cánones de un Derecho penal democrático, si es que se cumple con el test de razonabilidad, en lo que al principio de lesividad concierne; del mismo modo el principio de culpabilidad por el hecho, así como el principio de proporcionalidad, ya no son los filtros que determinan la gravedad de las sanciones punitivas, sino más bien la personalidad peligrosa del agente y los sentimientos de venganza de la sociedad.

Por lo que sigue, ninguna responsabilidad puede emanar de las características personales del autor; asimismo, ninguna medida que implique internamiento coactivo puede surgir de la peligrosidad social[430]; o como se expresa en otras tribunas doctrinarias [...] la idea de proporcionalidad es un principio normativo general que debe ser tenido en cuenta a la hora de imponer algún tipo de sanción o adoptar alguna medida restrictiva de derechos, aunque no siempre sea fácil determinar, dada la heterogeneidad de los objetos a comparar, la gravedad o intensidad de una sanción en relación con la gravedad del delito cometido[431].

La pena ha dejado de ser una reacción razonada y ponderada del ordenamiento jurídico, se ha convertido en el receptáculo de intereses políticos oportunistas, y en la oportunidad de aplacar los deseos de venganza de las víctimas. Por supuesto, en este fatigoso proceder normativo (reformador), los medios de comunicación social y los gestores atípicos de la moralidad asumen un protagonismo de primer orden, al encargarse de magnificar y sobredimensionar las noticias de sangre, de provocar e incentivar el morbo en la psique de los ciudadanos, conformando grandes masas de víctimas potenciales, quienes se van a sumar y respaldar a aquellos políticos, que ni bien acontecen estos hechos luctuosos, lo primero, lo único que hacen, es anunciar más Derecho penal, mayor energía en las sanciones, mayor criminalización, cárcel para todos, el encierro como neutralización de los delincuentes asesinos, secuestradores, rateros y violadores; pero cuando se trata de fiscalizar licitaciones o contratos, investigar actos de corrupción, inhabilitar o eliminar inmunidades, lo que hacen es sentar alianzas con las fuerzas políticas partidarias imperantes para asegurar la impunidad de quienes se han servido del aparato público

(430) PÉREZ PINZÓN, Álvaro, *Derecho penal mínimo*..., op. cit., p. 501.

(431) HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología*..., op. cit., p. 163.

para enriquecerse, a expensas de mantener en el atraso económico, cultural y social a los más de los peruanos.

Como se expresa en la doctrina, la preeminencia de los espacios dedicados a la crónica criminal en los más diversos medios de comunicación, donde ya no es extraño que ocupe los primeros titulares, tiene que ver sin duda, aunque no exclusivamente, con el eco que tales informaciones suscitan en capas amplias de la población[(432)]. Conforme a esto, toma lugar un sentimiento de inseguridad, lo que en definitiva es lo que incide en el diseño del modelo político criminal de «seguridad ciudadana»[(433)]; a decir de MAIER, siguiendo a ROXIN, la pena estatal aparece en el imaginario general como el remedio más natural para las enfermedades sociales, ha ganado más terreno la privación de libertad, incluso exagerada y anticipada, como mecanismo de combate o lucha contra la delincuencia, la extensión de su amenaza a ámbitos y formas delictivas antes desconocidas, y la agravación de su amenaza con la intención declarada de aportar algo a la seguridad común, a la meta poco confesada, pero existente entre pretensión «pretenciosa», de eliminar el delito. La seguridad general ha desplazado a la seguridad individual[(434)].

En este clima del fatalismo punitivo, el temor, la angustia y el miedo aprisiona y secuestra la mente de los ciudadanos, quienes ante tal pavor de ser próximas víctimas de estos demenciales hechos de criminalidad, demandan de forma inmediata más Derecho penal, y ante un legislador proclive a canalizar tales demandas, toma lugar esta irracional y desenfrenada reforma legislativa penal, que se manifiesta con la portentosa forma de nuevas figuras delictivas y de nuevas circunstancias agravantes, sustentadas, no en los principios

---

(432) DÍEZ RIPÓLLES, José, *La política criminal en la encrucijada,* op. cit., p. ,75.

(433) Vide, al respecto, RICO, José; CHINCHILLA, Laura, *Seguridad ciudadana en América Latina,* op. cit., p. 20.

(434) MAIER, Julio, *El futuro del Derecho penal,* op. cit., p. 369.

legitimantes de un Derecho penal democrático, sino en el aplacamiento de los sentimientos de seguridad (subjetiva) del pueblo.

Mediante esta descripción de las cosas, el legislador ampara su reforma normativa no en los indicadores principistas del Derecho penal (criminológicos), sino en factores puramente sociológicos, psíquicos y claramente políticos; no de cuanta pena se requiere para que el agente pueda rehabilitarse socialmente, sino cuanta pena se necesita para lograr tranquilizar a los miembros de la sociedad. Por consiguiente, la norma jurídico-penal es rebajada a factores esencialmente socio-cognitivos-comunicativos (pedagógicos), de rendimiento nulo en la verdadera contención del crimen, pues para ello se requiere hacer uso de todo un complejo multifactorial, que en puridad ancle en una prevención primaria de la delincuencia.

La política criminal en el Perú se convierte así, en una puesta en escena de la ley penal meramente de coyunturas, de contextos histórico-sociales, basta que sucedan ciertos hechos que conmuevan la opinión pública, verbi gratia, los desmanes, lesiones y muertes que se producen en los estadios de fútbol, merced a las barras bravas, que en realidad son agrupaciones delictivas, desprovistas de todo control policial y gerencial de los clubes que las promueven, así como los asesinatos que se acometen por los llamados sicarios, muchos de ellos jóvenes adolescentes, que por pocas sumas de dinero están dispuestos a cegar la vida de muchos inocentes.

Esta incesante e irrefrenable forma de legislar en el Perú, no solo puede ser explicado, en base a factores sociológicos, políticos y comunicativos, sino también acusada a la misma dogmática penal, cuyo excesivo refinamiento y elaboración argumentativa intrasistemática, hace de esta un instrumento poco fiable para los políticos, que en vez de hacer una alianza con los sectores más representativos de la juridicidad, lo que hacen es romper todo viso de coordinación parlamentaria; en efecto, se recogen de forma inmediata

las demandas penalizadoras de varios sectores representativos de la sociedad, desprovistos de todo filtro de racionalidad, en cuanto a su faz deontológica, axiológica y material[435]; no son, por tanto, los criterios legitimantes del Derecho penal los que encauzan el diseño de la política criminal, sino más bien los réditos electoreros, así como la tranquilidad de los miembros de la sociedad lo que mueve la dirección de la reforma normativa. De recibo, los políticos se aprovechan del descrédito de las agencias de criminalización primaria[436], para hacer uso y gala de esta asistemática y defectuosa técnica legislativa; los peruanos poco confían en las agencias judiciales, penitenciarias y también policiales, lo que determina anclar en una propuesta profusamente normativa.

Es a través de elaborados discursos políticos, sostenidos sobre la creación artificial de bienes jurídicos, que se encamina todo el programa reformador, no es un basamento material el que sirve de soporte justificativo a este proceder normativo, sino los sentimientos colectivos de inseguridad ciudadana; mientras estos sentimientos se muestren más intensos, la norma penal también alcanzará una mayor cuota de intervención, llegando al maximalismo punitivo, lo cual rompe el esquema del principio de mínima intervención.

Bajo este esquema descriptivo, no ha de sorprendernos la inclusión de la pena de cadena perpetua en la legislación, la reviviscencia de instituciones anacrónicas como la reincidencia y la habitualidad, como la proscripción de los beneficios penitenciarios, así como la incorporación de todo factor o circunstancia que permita elevar la pena por encima del marco penal imponible. Lo curioso a todo esto, es que los tribunales de justicia muy poco aplican estas instituciones, ora por desidia, ora por su innegable ilegitimidad, por más que vengan refrendados por decisiones jurisprudenciales de los más altos

(435) Cfr., PÉREZ PINZÓN, Álvaro, *Derecho penal mínimo*..., op. cit., p. 496.

(436) Así, DÍEZ RIPÓLLES, José, *La política criminal en la encrucijada,* op. cit., p. 75.

tribunales del país, sea en doctrina jurisprudencial o bajo el corsé de los «precedentes vinculantes»; decisiones judiciales, que también apelan a los sentimientos de alarma social o de los intereses de las víctimas, para justificar esta irrazonable política criminal.

En la doctrina se señala que este replanteamiento deviene de la utilización del Derecho penal como herramienta efectiva para fundamentar una determinada política de gobierno, constituye una percepción que ha dejado de ser un riesgo para convertirse en una realidad, relativizando al máximo el principio de necesidad, utilizando al Derecho penal como un arma que se emplea bajo los falsos fundamentos de protección de la sociedad, generando una inflación del instrumento punitivo[437].

Un empleo desmesurado y excesivo del aparato punitivo del Estado, a lo único que conduce es a su desgaste nominal, a su propia deslegitimación como medio de control social, reduciéndolo a funciones marcadamente simbólicas y promocionales; donde sus consecuencias no han de advertirse en lecturas concretas de la reducción de la criminalidad, sino en sus efectos comunicativos con estos espadachines de la seguridad; en suma, es una caja de resonancia, un receptáculo de sensaciones y de cogniciones puramente subjetivas y de oportunismo político. Así, SILVA-SÁNCHEZ, al sostener que [...] si el mismo se dirige a prohibir conductas que no albergan una gravedad cualificada, y que consecuencialmente no coloquen en peligro bienes jurídicos penalmente relevantes para el individuo y la sociedad, el Derecho penal dejara entonces de cumplir su función de motivación, generando por ello que este comunique a la sociedad que no está cumpliendo con su función preventiva, convirtiéndose este en un instrumento simbólico, que se erigirá por consideraciones de oferta y demanda de sentimientos momentáneos, que más temprano

(437) CASTRO CUENCA, Carlos; et al., *Derecho penal en la sociedad del riesgo,* op. cit., p. 135.

que tarde enseñará que al mismo escapan los criterios de certeza y severidad del castigo, llevando a su completa deslegitimación[438].

El Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho[439], no puede servir para tutelar los intereses morales de ciertos sectores de la sociedad, para reivindicar las desigualdades sociales, tampoco para garantizar la estabilidad del régimen gubernamental, menos para sofocar todo foco de disidencia política; su modesta función ha de ser siempre la protección de bienes jurídicos necesitados y merecedores de tutela penal, siempre que el resto de parcelas de la juridicidad se muestren ineficientes como medios de contención y de prevención de estas conductas disvaliosas.

En este contexto complicado, la dogmática jurídico-penal sigue desempeñando un rol fundamental como dique de contención ante toda manifestación que pretenda desbordar su ámbito legitimador, imprimiendo cesura y razonabilidad a la respuesta jurídico-política, imponiendo límites precisos a la política criminal y, lo que es más importante, salvaguardando los valores humanos más esenciales, dando cuotas de consenso y de diálogo a fin de que el Derecho penal se constituya en realidad en un mecanismo de verdaderas garantías para las libertades fundamentales; como bien se pone de relieve en la doctrina, lo que no puede producirse es una pérdida de identidad de la Dogmática jurídico-penal como instrumento garantista de los principios fundamentales del Derecho penal del Estado de Derecho, pues con esas malas consecuencias la dogmática jurídico-penal debería ser

---

(438) SILVA-SÁNCHEZ, Jesús, *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 77.

(439) El Estado social y democrático de Derecho, apunta PÉREZ PINZÓN, entre otros aspectos, reconoce que lo más importante es el hombre, el individuo, y que en una democracia es ineludible plantear el mayor alejamiento posible del hombre, respecto del Estado, aun cuando se acepta el intervencionismo. Preténdase, entonces, asegurar de la mejor manera la libertad, limitando la injerencia del Estado en la vida ciudadana. Por ello a este tipo de filosofía constitucional corresponde el denominado Derecho penal de libertad; *Derecho penal mínimo...*, op. cit., p. 494.

calificada como una Dogmática «fracasada»[440]. Adicionalmente a ello, acuñando una ciencia que pueda proponer cambios legislativos, que no pueden basarse en puntos de vista arbitrarios-subjetivos, como acota ROXIN, irrelevantes legislativamente, sino que deben elaborar los principios constitucionales, especialmente el principio del Estado social y de Derecho, la absoluta vigencia de la dignidad del hombre, el significado de los derechos fundamentales y los resultados de una reforma internacional[441].

4. EL MODELO DE POLÍTICA CRIMINAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

La política criminal es entendida como una ciencia, un conjunto de teorías que sistematizan y aglutinan una serie de conceptos, de variables que se encamina a proponer salidas o alternativas pacíficas a la conflictividad social desencadenada por el delito; es equivoco pensar que la política criminal tiene como único norte, elaborar respuestas jurídicas para extirpar el delito de la sociedad, es decir, de que este teorema solo ha de sustentarse en razones represivas. Nada mas falto a la verdad, en tanto y en cuanto la política criminal, que de cuño fue elaborándose en los últimos tiempos, fue tomando como substrato basilar el respeto irrestricto de los derechos fundamentales, y ello, en el marco de las políticas públicas, significa que el ser humano no puede ser empleado para fines ajenos a su propio ontologismo. La Ley Fundamental se decanta por esta proposición humanista, al declarar que la *defensa de la persona humana y su dignidad son los valores supremos del Estado y la sociedad*, inspirado tal vez desde la filosofía kantiana –que impregna el discurso jurídico– y limitando así, la intervención del *ius puniendi*, a zonas tolerables y permisibles.

---

(440) MUÑOZ CONDE, Francisco, *Dogmática penal afortunada y sin consecuencias*, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, op. cit., p. 239.

(441) ROXIN, Claus, *La ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro*, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, op. cit., p. 412.

ZIPF denomina al principio de humanidad, como «concepto básico de persona» y «defensa de la dignidad de la persona como deber fundamental»[442]. En la doctrina se apunta, que la Política criminal es una disciplina que busca elevarse a los primeros principios rectores del Derecho penal, a ese Derecho que rige más allá de los lugares y los tiempos, como habría dicho CARRARA. De la ciencia ideal por naturaleza, ya que todas sus actividades se verificarán a través de abstracciones. Y se comprende la importancia de la valoración dentro de la misma[443].

Dicho esto, la Política criminal se ve influenciada por los mismos principios que se encuadran en el marco del ejercicio del Derecho penal, verbi gratia, de mínima intervención, de subsidiariedad, de última *ratio;* esto es precisamente, lo que define el modelo político criminal de los Estados constitucionales de Derecho, y que de recibo, se ha hecho total rajatabla. Se postula falazmente, que la política criminal –de la ley y el orden a la seguridad ciudadana– no tiene que estar ligada a estos criterios rectores, por lo que en su afán por alcanzar verdaderos réditos frente a la criminalidad, puede hacer uso de todo mecanismo e instrumento que pueda ser útil frente a ello.

En esta hipertrofia del Derecho penal, el modelo de política criminal de la seguridad ciudadana, importa una abierta desvinculación o ruptura de los principios legitimadores del Derecho punitivo con el diseño de estas políticas penales, donde los primeros son totalmente abandonados para adoptar decisiones basadas en las demandas de la sociedad y en las exigencias de los medios de comunicación, como se ha recalcado anteriormente.

Como bien se expone en la doctrina, en lo atinente a las consecuencias políticas, la criminalidad y el sentimiento de inseguridad

---

(442) ZIPF, Heiz, *Introducción a la Política Criminal,* op. cit., p. 42.

(443) CUERVO PONTON, Luis, *Política Criminal,* op. cit., p. 84.

suelen originar presiones de la población sobre autoridades públicas con la finalidad de generar cambios en las modalidades de intervención frente al problema. Estas presiones suelen concretarse en exigencias de medidas más represivas tanto en el plano legal (aumento de las penas, instauración de la pena de muerte), como en el plano policial (otorgamiento de más amplios poderes a los cuerpos policiales)[444].

En palabras de Díez Ripólles, el afán por satisfacer, antes y más que el otro, las más superficiales demandas populares, ha metido a los partidos mayoritarios y sus acólitos, en una atolondrada carrera por demostrar que son los más duros ante el crimen, y a una sorprendente proximidad de propuestas político-criminales, que a algunos de ellos le supone la pérdida de su identidad ideológica[445].

Puede afirmarse que el «populismo» y la «irracionalidad punitiva» son lo que mueven y dinamizan esta frenética reforma legislativa, donde los teóricos y juristas no cumplen rol alguno, aunque no faltan los que salen a las tribunas de los medios de comunicación para avalar estas iracundas formulaciones de política criminal; son ahora los gestores atípicos de la moralidad, los medios de comunicación social los que promueven estas absurdas penalizaciones, que por su acusada ilegitimidad no pueden *por mor* justificar válidamente estas reformas normativas, empero eso es lo que menos importa y lo vemos hoy, en las últimas reformas normativas.

En resumidas cuentas, las tendencias represivas de la población, generalmente atribuidas al incremento de la criminalidad y al miedo al crimen y a una respuesta estatal ineficiente, y su impacto en el proceso de democratización de América Latina, están imponiendo

---

(444) Rico, José; Chinchilla, Laura, *Seguridad ciudadana en América Latina,* op. cit., p. 40.

(445) Díez Ripólles, José, *La política criminal en la encrucijada,* op. cit., p. 82.

el replanteamiento de las políticas oficiales de seguridad ciudadana actualmente aplicadas[446].

Los peligros que encierra el maximalismo o populismo punitivo, no solo ha de ser apreciado desde un plano dogmático-principista, en cuanto a eclosionar con los valores fundamentales de todo Derecho penal democrático, sino que a ello se apareja un peligro creciente, que esta expansión penal propicia un debilitamiento de las seguridades individuales de las personas, pues la anticipación del umbral de intervención importa, qué duda cabe, mayores cuotas de injerencia en el ámbito de las libertades fundamentales de los individuos; como señala MAIER, cualquier prohibición nueva no solo provoca una disminución del ámbito de libertad jurídica del ciudadano o vecino, sino, además, supone una ampliación correlativa a de las facultades de prevención e intervención de los órganos oficiales (Policía) encargados de perseguir la realización de la sanción establecida en la norma, con la particularidad de exigencias de fundamento menores a la certeza sobre la infracción, necesarias judicialmente para aplicar la sanción, poderes que resultan difíciles de controlar en tiempos reducidos[447].

5. CONCLUSIONES

La política criminal en el Perú se ha instituido en el receptáculo de una serie de proyecciones –políticas, ideológicas y culturales–, de cuyo cuño se han producido y siguen produciendo incesantes reformas legislativas, que día a día mueven, sobre todo, las articulaciones del Texto punitivo. Esta orientación se expresa en la configuración de un modelo de política criminal sostenido bajo el corsé de la seguridad ciudadana; donde la pluma del legislador se manifiesta

(446) RICO, José; CHINCHILLA, Laura, *Seguridad ciudadana en América Latina,* op. cit., p. 41.

(447) MAIER, Julio, *El futuro del Derecho penal,* op. cit., p. 378.

generalmente en el núcleo más duro de la criminalidad, en delitos que atentan contra los bienes jurídicos fundamentales. Formulación normativa que cuenta con anuencia y respaldo ciudadano, justificado, en parte, porque se lo han presentado y vendido por todos los medios, como la panacea a la situación de inseguridad actual.

Entonces lo más inmediato es incidir en mayores cuotas de intervención del *ius puniendi* estatal, dejando de lado principios legitimadores, criterios rectores que limitan su actuación en un Orden democrático de Derecho, aquellos que el legislador consagró en el Título Preliminar del Código Penal y que en tiempos actuales han sido prácticamente trastocados en pos de otorgarle legitimidad a esta insensata política penal.

Vemos entonces que el debate doctrinario, en realidad, no tiene que ver con la modernización del Derecho penal, en cuanto a la protección de nuevos bienes jurídicos, así como el empleo de nuevas herramientas dogmáticas, sino que, al estar totalmente desenfocado, este se encamina a otros planos; donde no es el jurista o el doctrinario quien pone la agenda, sino el político, pues a través de estas incansables reformas punitivas es que ha de tomar lugar el análisis científico, llevado al campo más duro del Derecho penal.

Legitimar este modelo de política criminal en las calle y plazas es empresa fácil, mas en los foros jurídicos y académicos importa una tarea harta complicada.

De recibo, esta palmaria manifestación punitivista viene arrastrada por la enorme influencia que asumen ciertos sectores representativos de la sociedad y por un portentoso poder de los medios de comunicación, en la medida que son estos actores los que presionan y demandan mayores criminalizaciones, las cuales son canalizadas por el legislador, dando muestra de la poca reflexión que ello demanda. Cuando se intensifica la participación del Derecho penal, gradualmente se reduce la tutela de las libertades fundamentales;

porque las ansias de mayor seguridad, a la larga se convierten en percepciones puramente subjetivas, en tanto la tensión se agudiza, no se resuelve; el Derecho punitivo por sí solo, es un instrumento incapaz de contener esta demencial delincuencia. Lo económico –en todos los sentidos– que resulta el uso de ingentes dosis de Derecho penal, contrasta negativamente con los mayores esfuerzos que supone barajar verdaderas políticas sociales, destinadas a la inclusión y la generación de nuevas fuentes de trabajo, así como fortalecer la operatividad y logística de los órganos de persecución penal.

Según este esquema, y refrendando lo antes dicho, la política criminal en el Perú ha terminado por desbordar el umbral de legitimidad del Derecho penal. Nada de esto interesa a los grupos de poder político mayoritario, pero, a los que cultivamos la ciencia jurídico-penal, sí, nos preocupa, y enormemente; en consecuencia, hay que de transmitir un mensaje de atención, y por qué no, también de optimismo, pues la cordura y la cesura deben prevalecer en los debates de los próximos proyectos, para alcanzar salidas eficaces y legítimas a esta problemática.

Concluimos precisando que, esta forma de hacer política criminal en el país, lo que hace es dar plena vigencia a los postulados que la Criminología crítica formuló décadas atrás, de que el Derecho penal sigue constituyendo el instrumento reproductor de las desigualdades sociales, donde los usuarios frecuentes del sistema penal son los delincuentes de los estratos socioeconómicos más bajos, del llamado lumpenproletariado, mientras los protagonistas de escandalosos casos de corrupción (política), son sustraídos de las redes de represión penal, merced a las componendas de las fuerzas políticas partidarias. Situación que nada abona en la construcción de un verdadero Estado constitucional de Derecho, donde la ley penal debe ser aplicada a todos por igual.

X. EL CRIMEN ORGANIZADO: UN FENÓMENO DE EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL Y SU GRAVITANCIA COMO DERECHO PENAL SIMBÓLICO EN EL MARCO DE LA LEY N° 30077

1. INTRODUCCIÓN

La criminalidad organizada es un fenómeno sociológico que se ha incrementado significativamente de manera paralela y directamente proporcional al propio desarrollo de la sociedad postindustrial, este genera graves riesgos para la vida social y para el propio Estado de Derecho, y su implicancia se extiende a distintos ámbitos del sistema penal[448/449].

---

(448) En la actualidad, una de las grandes amenazas a las sociedades modernas es sin duda el «crimen organizado»; flagelo de los más graves que azotan a la humanidad en su conjunto, pues pone en jaque el desarrollo socioeconómico de todos los países, sean de desarrollados o en vías de desarrollo; esto lo manifestamos, en la medida que la proliferación de estas estructuras criminales obstaculizan el progreso sostenido de naciones como la peruana, provocan un pavor justificable en los comunitarios. CUESTA ARZAMENDI sostiene que [...] puede decirse hoy sin exageración que la criminalidad organizada alcanza una dimensión sin precedentes y afecta a la totalidad de los países, produciendo una criminalidad grave y creciente que amenaza aspectos fundamentales de la vida económica, social e institucional y que una amplia mayoría de la población considera que debe ser combatida con prioridad.

(449) NicolásGARCÍA RIVAS, citado por DELGADO MARTÍN, Joaquín,*La criminalidad organizada,* Bosch, Barcelona, 2001, p. 21.

Las repercusiones sociales, económicas y culturales son de tal magnitud, que los países se ven en la imperiosa necesidad de articular respuestas jurídicas unificadas, es decir, si el crimen se organiza, a los Estados democráticos no les queda otra opción que hacer lo propio para concretar políticas anticriminales universales y regionales; [...] se busca así la "homogenización" del sistema penal sobre la base de los modelos ensayados por los EE.UU. de América en su particular guerra contra determinadas modalidades del crimen organizado, algo que no deja de plantear múltiples problemas(450). Esto significa también, avanzar denodadamente en convenios de cooperación judicial internacional y a la par, en la edificación de un «Derecho penal internacional»(451).

No vamos a detenernos demasiado en analizar las causas y/o factores que anidan en esta problemática: la «corrupción», la «globalización», las «precariedades institucionales» y «democráticas»(452), así como las simétricas desigualdades que se observan en nuestras latitudes geográficas, empero ello nos da una lectura importante, en orden a fijar su prioridad en las agendas políticas y jurídicas. No puede pensarse en un verdadero progreso de nuestros pueblos si no se ataca estas organizaciones de raíz; enefecto, comprender el fenómeno delictual implica escudriñar en las causas que permiten su gestación y desarrollo. Con esto queremos poner énfasis, en que

(450) CUESTA ARZAMENDI, José,*El Derecho penal ante la criminalidad organizada...*, op. cit., p. 86.

(451) A decir de CANCIO MELIÁ, uno de los factores desencadenantes de la internacionalización del Derecho penal parece estar en el desarrollo (y en la percepción social) del crimen transnacional; vid.*Internacionalización del Derecho penal y de la Política criminal: Algunas reflexiones sobre la lucha jurídico-penal contra el Terrorismo*. En *Derechopenaly modernidad*, Ara Editores, Lima, 2010, p. 350.

(452) Así DELGADO MARTÍN, al indicar que, los Estados con una falta de consolidación del sistema democrático, así como con un deficiente desarrollo de sus infraestructuras económicas, son terreno propicio para la actividad de unos grupos criminales que se aprovechan de la debilidad de las instituciones públicas, explotando sus puntos vulnerables [...]; *La Criminalidad organizada,* op. cit., p. 23.

los instrumentos jurídicos (nacionales e internacionales) no deben de anclar en un nivel puramente normativo (*punitivo*), antes bien en gestas políticas sociales de largo alance. Son justamente estas grietas las que permiten el auge de las portentosas organizaciones criminales; las «anomias», como las llamaba DURKHEIM, son, con toda propiedad, tierra fértil para que aparezcan en todo su esplendor estas grandes corporaciones criminales.

Como apunta ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, la criminalidad organizada es un tema complejo para la sociedad, porque refleja sus debilidades, la cara más amarga de sus fisuras y contradicciones. En una sociedad que se desenvuelve dentro de las simbologías, en la que el mensaje es trascendente, reconocer la existencia y peligrosidad de la criminalidad organizada supone destapar, cual «efecto dominó», una serie de déficit sociales, económicos, culturales de nuestra sociedad «del bienestar»[453].

Así es de verse también que, a estas corporaciones delictivas se les asocia con la delincuencia «transnacional»[454], es decir, aquella que trasvasa, que desborda las fronteras nacionales, extendiendo su red operativa y logística a una gran cantidad de países; esto significa que la globalización, la apertura de los mercados nacionales e internacionales, así como el vertiginoso avance de la ciencia y de la tecnología traen consigo la posibilidad de que estructuras criminales se sirvan de la modernidad para perpetrar sus crímenes.

---

(453) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura,*Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis,* op. cit., p. 1.

(454) A decir DEL ROSAL BLASCO, en la doctrina española, uno de los rasgos característicos del vigente fenómeno de la criminalidad organizada, es su transnacionalidad, es decir, su capacidad de ser un fenómeno global, que supera los límites de las fronteras territoriales de los Estados; *Criminalidad Organizada y nuevas tecnologías: algunas consideraciones fenomenológicas y político criminales,* op. cit., p. 149.

La «globalización» por su parte, ha traído consigo repercusiones no solo en el ámbito financiero, económico y comercial, sino también en la esfera jurídica, pues resulta claro que los negocios de comercio internacional deben ir revestidos de un corsé de seguridad jurídica, en cuanto a la garantía de los Estados contratantes. La globalización se dice es un fenómeno principal pero no excluyentemente económico, que se caracteriza por la creación a escala casi mundial de redes de intercambio como nunca antes las habíamos conocido, sobre la base de una nueva comprensión de las dimensiones temporal y espacial(455). Como apunta GRACIA MARTÍN, la globalización es un complejo proceso de homogeneización de amplias dimensiones de la vida de los hombres y de los pueblos, que como el mismo término sugiere, se desarrolla a escala mundial, total o global. Al mismo tiempo, sin embargo, en el mundo contemporáneo se llevan a cabo también procesos de integración supranacional de Estados, que en cierto modo, pueden ser caracterizados como globalizaciones parciales o regionales, y que de cualquier manera guardan similitudes con el proceso mundial o total de globalización(456). Ya en sustancia, se afirma en la doctrina que [...] la globalización ha abierto cauces para que formas tradicionales de delincuencia alcancen una dimensión hasta ahora desconocida(457). Además, acometer empresas criminales que puedan trascender las fronteras nacionales con perspectivas de rentabilidad, exige la adopción de complejas estrategias, solo abordables si se cuenta con estructuras organizativas sólidas(458). Si es que estamos ante un fenómeno delincuencial que trasvasa enormemente

(455) NAVARRO DOLMETSCH, Roberto,*Reconfiguración del sistema de fuentes del Derecho penal y amenaza de crisis del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización,* op. cit., p. 156.

(456) GRACIA MARTÍN, Luis,*El Derecho penal ante la globalización económica,* op. cit., p. 83.

(457) Cfr., al respecto, BLANCO CORDERO, Isidoro,*El delito de Blanqueo de capitales,* op. cit., págs. 54-55.

(458) TERRADILLOS BASOCO, Juan,*El Derecho penal de la globalización: luces y sombras.* En *Sistemapenaly Estado de Derecho*, op. cit., p. 52.

los espacios territoriales nacionales para afincarse en varios terrenos operativos, la tarea ahora es el planteamiento de una política criminal internacional capaz de afrontar eficazmente tal delincuencia transnacional.

En resumidas cuentas, el fenómeno del «crimen organizado» importa una compleja red de actuación delictiva, que por su fastuosa estructura organizacional requiere de un estudio por separado, y a su vez formulaciones político-criminales singulares, que llevados a un plano normativo, ha supuesto en el Perú la dación de la Ley N° 30077; lo cual no quiere decir que la *lege lata* no haya recogido esta tipología criminal, tal como se desprende del mismo Código Penal, que establece en su artículo 317° el tipo penal de «Organización a delinquir[459]»;asimismo, cuando el mencionado Cuerpo legal, en muchas de sus figuras penales tradicionales, regla la circunstancia de agravación referida a la pertenencia a una organización *destinada a cometer determinada clase de delitos*[460]; aunado a ello, en el ámbito procesal, al inicio del nuevo milenio se sanciono la Ley N° 27378 (Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada[461]), como otras instituciones jurídicas emparentadas. Siendo esto así, no puede postularse que la *lex lata* era huérfana en tal sentido, lo que parece ser es que la norma penal sigue constituyendo la panacea de una serie de comunicaciones hacia el colectivo, incidiendo en una reforzada forma de ver las cosas, que a la postre lo que puede generar es un estado de verdadera inseguridad jurídica –lo cual será objeto de examen líneas más adelante–, generada por evidentes entrecruzamientos normativos, de manera que a

---

(459) Vide, Peña Cabrera Freyre, Alonso,*Derecho penal. Parte Especial*, T. IV, op. cit., págs. 427-460.

(460) Que precisamente ha significado también una modificación de estas acriminaciones agravadas.

(461) Cfr., Peña Cabrera Freyre, Alonso,*Los procesos penales especiales y el Derecho penal frente al Terrorismo,* Idemsa, Lima, 2012.

esta forma de legislar *punitivamente* la relacionamos con una expansión grandilocuente del Derecho penal y a su vez con el fenómeno del «Derecho penal simbólico».

En puridad no estamos en desacuerdo con que la Ley recoja de forma expresa una conceptualización de lo que ha de entenderse como «crimen organizado», nuestro temor –fundado– es que bajo tal rotulación se pretenda recalar todo tipo de expresión criminal, sin interesar que no cumpla con los presupuestos que se recogen en la legislación internacional, incidiendo en una confusión conceptual[(462/463)], que a la postre genera una tremenda problemática en su aplicación, pues no olvidemos que la plataforma de concreción de toda ley sustantiva es el marco procedimental, por lo que debe tenerse mucho cuidado al momento de definir qué conductas son las que pueden refundirse bajo tal denominación; un afán criminalizador que puede desembalsar en puniciones absurdas o en impunidades injustificables. Situación que anida también en la configuración de regulaciones punitivas, que se acercan peligrosamente a las raíces de un «Derecho penal del enemigo», cuyas aristas justamente se construyen a partir de variables criminológicas, donde la peligrosidad del autor es lo que define el desvalor del comportamiento y no la sustantividad material del mismo. No en vano en la legislación comparada –concretamente en España–, luego de la reforma operada por la LO 5/2010 en materia de criminalidad organizada, se dice en la doctrina que, constituye

(462) Así González Rus, al indicar que una expresión de ello, es partir de una visión extravagante de la criminalidad organizada, que permite castigar todo lo que, aún lejos, pueda relacionarse con la misma, hasta llegar a lo grotesco en el afán pancriminalizador; *La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuestas de reforma,* op. cit., p. 17.

(463) Importante lo que acota Prado Saldarriaga sobre este punto, de que persiste la necesidad de construir un concepto operativo de criminalidad organizada. El cual si bien no reflejará la magnitud y variedad que definitivamente encierra este fenómeno criminal, servirá cuando menos para distinguir mejor sus características más constantes y así diferenciar a la criminalidad organizada de cualquier otra estructura delictiva semejante: *Criminalidad organizada y Lavado de activos*, Idemsa, Lima, 2013, p. 48.

una de las más claras expresiones del tan (teóricamente) denostado «Derecho penal del enemigo»[464].

El listado delictivo es importante, empero debe estar rigurosamente concatenado con los elementos y/o factores que deben concurrir para estar ante un verdadero «crimen organizado». Empresa que realizaremos líneas adelante.

Es de recibo que, al «crimen organizado» se le asocia primero con las organizaciones subversivas y/o terroristas, que vienen estructurados con un soporte logístico, material y humano de gran envergadura; mas antes de estos se identificaban los cárteles de la droga: corporaciones delictivas que comercializan una cantidad significativa de sustancias prohibidas a lo largo de varios países, y que mueven ingentes cantidades de dinero[465], cuya permanente movilidad se hace posible merced a la corrupción que se incuba en el aparato gubernativo del Estado; a ello debe aparejarse, las organizaciones dedicadas a la Trata de personas, así como aquellas que se abocan al Lavado de activos[466]. A decir de Blanco Cordero, el blanqueo de capitales se encuentra estrechamente ligado a la criminalidad organizada. Desde un punto de vista criminológico, la expansión de este fenómeno refleja el desarrollo de los comportamientos delictivos; en concreto, el paso que va de la criminalidad individual y local a otra

(464) González Rus, Juan,*La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuestas de reforma,* op. cit., p. 16.

(465) Según información de la Procuraduría Antidrogas, el Lavado de activos en el Perú mueve aproximadamente 6500 millones de dólares al año, de los cuales 4748 millones provienen del narcotráfico (Fuente: Diario Correo, 29 de diciembre del 2013).

(466) Como pone de relieve Zúñiga Rodríguez, la liberalización de capitales a nivel mundial ha supuesto también la liberalización de capitales oscuros provenientes del crimen organizado y ha hecho tenue la línea que separa la criminalidad económica con la criminalidad organizada. El blanqueo de dinero se considera la "madre" del crimen organizado, la criminalidad económica, la corrupción política [...], vid. *Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad,*op. cit., p. 8.

más corporativa, crimen organizado, frecuentemente practicada a un nivel internacional[467].

2. DEFINICIÓN DE «CRIMEN ORGANIZADO»

Antes de pasar al esbozo conceptual del término mencionado, hemos de reparar en un punto importante, que lo que se pueda decir desde un plano *criminológico* es a todas luces distinto a lo que se debe plantear desde un plano *penal sustantivo* en sentido estricto. No olvidemos algo de relevancia, que la Codificación penal, así como los desarrollos doctrinarios hacen alusión a *delito* y no a *crimen*; con ello no queremos sostener que se trate de fenómenos distintos, ambos evocan una misma idea, en el sentido de referirse a una conducta[468] que vulnera y/o pone en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados[469], sino que con el primero se incide en una idea más extensiva de la lesión que reporta el comportamiento prohibido. No en vano se acude al término «crimen» para indicar una ofensa de más gravedad, en virtud a ello, en los tratados y convenios internaciones se emplea este título para tipificar las ofensas más graves contra la humanidad.

---

(467) BLANCO CORDERO, Isidoro,*El delito de Blanqueo de capitales*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 54.

(468) Así, cuando en la doctrina española, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, precisan que la primera condición requerida para que un hecho sea calificado como delito es que se trate de la manifestación de un comportamiento humano; *Curso de Derecho penal. Parte General*,op. cit., p. 179.

(469) Con ello, toda acción u omisión susceptible de encajar —tanto en su faz objetiva como subjetiva— en los contornos normativos de un determinado tipo legal, que luego ha de ser confrontado con todas las permisiones y justificaciones que se extraen del ordenamiento jurídico en su conjunto; así, hacemos hincapié en que el aspecto personal del agente, en cuanto a su imputabilidad y otros factores subyacentes—que se refunden en la idea de la *culpabilidad*—están al margen de ambos conceptos, pues su comprobación lo que hace es determinar la naturaleza de la sanción a aplicar y, en algunos casos, el procedimiento a seguir, así como la jurisdicción competente.

En todo caso, la expresión «crimen» es un concepto más enérgico de la ley y la sociedad respecto a aquellas conductas más perturbadoras del orden social y jurídico y, de hecho, expresa un lenguaje de fuerte significado comunicativo frente al colectivo social. Apelar a los efectos sociocognitivos de los términos del lenguaje, es algo usual en un legislador muy afanado en que la sociedad reciba mensajes determinados en tiempos socialmente convulsionados.

Valga de todas maneras la advertencia que, cuando las definiciones normativas recogen caracterizaciones, particularidades y propiedades del *ser delincuente*, nos acercamos más a la ciencia criminológica(470), que a la ciencia penal (*jurídica*). A tal efecto cabe indicar que, las estructurales criminales, a las cuales se da patente de corsé normativo, no solo tienen que ver con una acusada actuación operativa que se traduce en la potencial lesión de una serie de bienes jurídicos, sino que la solidez de su estructura organizacional, su jerarquización (*vertical y horizontal*), así como el nivel operativo que se comunica entre sus miembros, desborda una concepción en propiedad *punitiva*(471). Cuando se ancla en posiciones funcionales dentro del aparato criminal, de asunción de poderes directivos (*jefes, líderes, cabecillas, etc.*), ingresamos al campo «criminológico»; así Terradillos Basoco, al mencionar a la concurrencia de sujetos, el alto grado de dañosidad, sus objetivos inmediatos e instrumentales –criminalidad económica–(472); esta delincuencia económica genera influencias poderosas en el ámbito político, de ahí que no muestre perplejidad alguna, de que la sanción de algunas leyes vayan

(470) Como apunta Blanco Lozano, la Criminología es la ciencia que estudia globalmente el fenómeno delictivo, el delincuente y la víctima, abarcando a su vez diversas disciplinas científicas que pueden incidir en tal sentido; *Tratado de Política criminal,* T. I, op. cit., p. 68.

(471) Cfr., Cuesta Arzamendi, José,*El Derecho penal ante la criminalidad organizada...,* op. cit., p. 87.

(472) Terradillos Basoco, Juan,*Cuestiones actuales de Derecho penal económico y de la empresa,* op. cit., p. 45.

direccionadas para favorecer particulares intereses económicos de los «poderosos[473]».

Pongamos el acento en algo de relevancia, no toda estructura delictiva compuesta por una pluralidad de personas, encaminadas a obtener fines lucrativos a través de la perpetración de una pluralidad de delitos, puede ser concebida como «crimen organizado», sino que este debe responder a una serie de criterios a saber. De ahí que, adelantándonos, somos de la firme convicción que un grupo delincuencial para que pueda ser refundido bajo la definición indicada, debe contar con todo un andamiaje estructural que le permita, precisamente, perpetrar una pluralidad de delitos, esto implica la existencia de una plataforma organizacional basada en una estructura piramidal, sostenida sobre relaciones jerárquicas, tanto de plano horizontal como vertical; no concebimos a una criminalidad organizada, donde todos sus miembros estén al mismo nivel de dirección[474], tiene que identificarse una cúpula, un mando superior desde donde se planifican todas las acciones; mandos medios, transmisores de la orden; y mandos operativos, quienes materializan los planes criminales; por ende, ha de subyacer un mando que ejerza el poder y otros que los ejecuten. Solo así se podrá estar ante agrupaciones de personas que, en su accionar conjunto, puedan generar el estado de alarma social que se supone debe identificarse en estas organizaciones criminales. Como bien anota DELGADO MARTÍN, la idea clave para entender a la delincuencia organizada es la sofisticación, es decir, se trata de grupos que cuentan con una organización frecuentemente compleja, que suelen importar de la economía legal[475]; bajo tal postulación se aprecia la circulación de sumas importantes de activos que tienden a

(473) Vide al respecto, DELGADO MARTÍN, Joaquín,*La criminalidad organizada,* op. cit., p. 27.

(474) Un plano así diseñado puede ejecutar una pluralidad de hechos punibles, como una organización dedicada a estafar a clientes crediticios, pero no está en posibilidad de extender su red de actuación criminal a nivel internacional.

(475) Ibídem, págs. 24-25.

distorsionar las variables de un economía social de mercado, que de recibo van aumentando en mercados abiertos como el peruano.

Ahora bien, pueden, sin duda, proyectarse variadas definiciones sobre el tópico en cuestión, empero, si bien existe un esfuerzo normativo internacional por estandarizar el concepto, de todos modos se identifican ciertas distinciones, que en realidad parten de la realidad nacional de cada país, así como de la técnica legislativa a adoptar[476].

Punto de inicio lo constituye la «Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional», que en sus primeros articulados dispone a la letra que: *Por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delito graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden* material[477]; mientras que para la INTERPOL *Cualquier grupo que tiene una estructura corporativa cuyo objetivo primario es obtener dinero a través de las actividades ilegales, y sobrevive a menudo en el miedo y la corrupción.* Por otra parte, la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, en cuanto a la lucha contra la delincuencia organizada, la define como *aquella que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa.*

La Unión Europea entiende por «organización delictiva», aquella asociación estructurada de más o dos personas, establecida durante un periodo de tiempo, que actúe de manera concertada con

(476) Vide, Zúñiga Rodríguez, Laura, *Criminalidad organizada...*, op. cit., p. 1.

(477) Convención de Palermo, ratificada por el Perú mediante DS N° 88-2001-RE, del 20 de noviembre del 2001, de entrada en vigor desde el 29 de septiembre del 2003.

el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de la libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio para obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.

En la jurisprudencia española se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 25/09/85, que declara que *no ha de identificarse con la mera coparticipación o codelincuencia al ser varias las personas que participen, y colaboren, en la ejecución del delito, sino que requiere, además, que esté suficientemente acreditada la intervención de un conjunto de personas que dispongan de medios idóneos y desarrollen un plan previamente concertado y con una cierta permanencia, y jerarquización, con distribución, más o menos definida entre ellos, de funciones (en el mismo sentido numerosas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como las de 10 de marzo, 5 y 22 de mayo y 28 de junio de 2000)*[478].

En un sector doctrinal se indica que, en contraposición con la delincuencia tradicional, habitual u ocasional, el crimen organizado es una «empresa» jerarquizada que genera múltiples beneficios; luego, su móvil delictivo, como queda dicho, es puramente económico, y no solo para el que ejerce el mayor cargo en la organización, cada escalón tiene en común respecto al anterior el mismo móvil criminal, en sus distintas proporciones dinerarias, cada concepto aquí reflejado describe los condicionantes que identifican su razón de ser, esto es, gravedad, asociación, estructura y personalización[479].

---

(478) J. Fernández, *Crimen organizado*, en *Artículos doctrinales. Derecho penal*, (Noticias jurídicas, octubre 2008), op. cit., p. 5.

(479) Ibídem, p. 3.

En cuanto a los medios empleados por estos aparatos criminales, no podemos circunscribirlos a instrumentos de alto potencial lesivo, en cuanto al uso sistemático de armas fuego o de guerra, asimilables en la delincuencia tradicional y/o convencional como el Homicidio, Secuestro o de lesa humanidad, sino que la misma descripción criminológica nos devela una delincuencia que utiliza otros métodos más sutiles y a la vez imperceptibles, como es la delincuencia económica, ligada a los grandes fraudes comerciales, a los sabotajes comerciales, al Lavado de activos, la delincuencia ambiental (minería ilegal[480]), etc.; algunas de estas han ido emergiendo como consecuencia de la *globalización económica*. Así también, la «corrupción organizada», como estructura y estratagema de un grupo cohesionado de personas; como bien anota López Barja de Quiroga, el crimen organizado vive y se desarrolla, en gran medida, gracias a la corrupción[481].

Detengámonos en el móvil, en el propósito que persiguen obtener estas organizaciones criminales, que si bien por lo general será el lucro, adviértase los portentosos tentáculos de la corrupción política organizada o de las mafias dedicadas a la Trata de personas, TID, Lavado de activos y otras afines, sin embargo, puede que en ciertas estructuras terroristas, este no sea el fin principal[482], sino más bien uno de orden político, aunque en la actualidad existe un entrecruzamiento de propósitos, merced a las alianzas que se gestan entre estas estructuras criminales y otras de diversa naturaleza. No confundamos los objetivos con los medios, pues estructurar organizaciones subversivas, importa agenciarse de

---

(480) Se estima en 3000 millones de dólares anuales, el monto de las exportaciones de oro ilegal, según el cálculo realizado por la empresa Macrocosult, por encargo de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía.

(481) López Barja de Quiroga, Jacobo,*Posición de la Unión Europea...*, op. cit., p. 117.

(482) Vide al respecto, Terradillos Basoco, Juan,*Cuestiones actuales de Derecho penal económico...*, op. cit., p. 47.

fuertes sumas de dinero. Así, en la doctrina, CUESTA ARZAMENDI, cuando se estima que es preferible separar la criminalidad organizada lucrativa de la terrorista políticamente impulsada; aunque, como recuerda PRADEL, muchas veces las soluciones ensayadas frente al terrorismo acaban integrándose en la política criminal contra las organizaciones criminales de tipo lucrativo[483/484]. Para J. FERNÁNDEZ, el terrorismo, aun teniendo los condicionantes del crimen organizado, en cuanto a su estructura y jerarquía, se distancia principalmente en los fines que persigue, y en los daños victimológicos que produce, si unos (grupos terroristas) se financian para la subsistencia de sus grupos y para la proyección de sus acciones bajo justificaciones políticas y ocasionan perjuicios irreparables, como es la pérdida de vidas humanas, los otros (redes del crimen organizado) buscan el beneficio económico como único fin, viven por y para el crimen como medio de subsistencia, causando en la víctima daños materiales, económicos y personales, estos últimos de menor proporción, si tenemos en cuenta que las víctimas fallecidas como consecuencia de actos derivados del crimen organizado son menos cuantiosas[485].

Si se pretende combatir eficazmente el terrorismo, no parece la mejor opción desligar a esta delincuencia del «crimen organizado», no tanto por un cabal entendimiento científico, sino más bien por

---

(483) CUESTA ARZAMENDI, José, *El Derecho penal ante la criminalidad organizada...*, op. cit., p. 88.

(484) En opinión de PRADO SALDARRIAGA, la omisión del terrorismo internacional del listado y cuadros, se suele justificar precisando que aquel conversa rasgos de autonomía en función a notables diferencias estructurales y finales que lo distinguen frente al conjunto de las manifestaciones de delincuencia organizada incluidas, principalmente por carecer el terrorismo de una motivación lucrativa; *Criminalidad organizada y Lavado de activos*, Idemsa, Lima, 2013, p. 37.

(485) J. FERNÁNDEZ, *Crimen organizado*, en *Artículos doctrinales. Derecho penal*, op. cit., p. 1.

las incidencias legales que importa su inclusión[486/487/488]. Con ello, también debe darse la precisión que, el hecho de cobijar ciertos comportamientos delictuales en tal conceptualización no debe significar la articulación de una respuesta diametralmente diferenciada del Derecho penal, pueden flexibilizarse los criterios de imputación jurídico-penal, más no el desmantelamiento de las garantías penales sustantivas y procesales asentadas en la cúspide de valores constitucionales.

Bajo la Ley N° 30077, se considera organización criminal *a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley*. Se aprecia de la Ley que no se ha hecho mención al móvil, a los fines que persigue la organización, pudiendo ser aquella que solo quiere alcanzar objetivos político-ideológicos, es decir, no necesariamente o puramente «económicos[489]», por lo que se ha apartado de los textos internacionales sobre la materia, que los circunscriben a dicho factor, lo que, a nuestro parecer, se muestra político-criminalmente correcto.

---

(486) Con estos nos referimos al abanico de medidas que pueden adoptar las agencias de persecución penal en el decurso de la investigación, como se desprende de la Ley N° 30077.

(487) Vide, al respecto López Barja de Quiroga, Jacobo,*Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado,*op. cit. p. 116.

(488) Así, Terradillos Basoco, al indicar que basta con observar bajo la superficie para advertir que, en multitud de los casos, la financiación del terrorismo exige complejas estructuras económicas que entran de lleno en el concepto de criminalidad organizada. El terrorismo se estructura como empresa, aunque no publicite los nombres de sus directivos. Y como tal, utiliza los canales legales de financiación, con independencia del origen de los fondos; *Cuestiones actuales del Derecho penal económico...*, op. cit., p 47.

(489) Vide, González Rus, Juan,*La criminalidad organizada...*, op. cit., p. 19.

En el caso de la legislación penal española el tema es más preocupante, pues su definición legal (delito de Asociación ilícita para delinquir), conforme el Título XXI (Delitos contra la Constitución), Capítulo IV sobre delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, Sección I, artículo 515° inc. 1, dispone a letra que: «*Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada*»(490); mientras que el delito de «organización criminal», en el marco de la LO 5/2010, en el artículo 570° inc.1, es definida como: *la unión de más de dos personas cuyo fin sea la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas*. Dicha reflexión toma lugar por dos aspectos a saber: primero, al no requerirse la estabilidad y la vocación de permanencia de la organización, y segundo, al haberse incluido las faltas. No resulta concebible que se funde todo un engranaje estructural para cometer hechos de tan bajo nivel de desvalor. Como bien se acota en la doctrina de dicho país, [...] no se requiere ni la estabilidad de la unión ni la constitución por tiempo indefinido ni el reparto de tareas o funciones dirigidas a la comisión delictiva: poco parece para legitimar la imposición de una pena de tres años de prisión a quienes todavía no han llegado realizar siquiera un acto preparatorio de un delito concreto(491). Nótese que esta caracterización criminal parte de la consideración de la pertenencia al aparato delictivo como dato suficiente para legitimar la incriminación, sin que sea necesario que se constate la perpetración de delito alguno, como sí debe verificarse en el caso de la *lege lata* peruana. No obstante, como pone de relieve D. FERNÁNDEZ, la doctrina jurisprudencial ha establecido una serie

(490) Sobre su escasa aplicación en España, ver CHOCLÁN MONTALVO, José, *Criminalidad organizada. Concepto. La Asociación ilícita. Problemas de autoría y participación*, op. cit., p. 255.

(491) GONZÁLEZ RUS, Juan,*La criminalidad organizada...*, op. cit., p. 25.

de requisitos para poder imputar a las redes del crimen organizado el delito de Asociación ilícita: *Pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; y, el fin de la asociación ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, debiendo tener en cuenta que dicho delito se consuma desde el momento en que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codelincuencia o coparticipación en los delitos de posterior comisión*[492].

3. DELITOS COMPRENDIDOS

A la par, la Ley nacional *in comento*ha seguido la tónica de reglar un listado delictivo de aquellos injustos penales susceptibles de encuadrar el concepto aludido, lo cual no es cerrado –como habría de pensarse–, pues en el último párrafo del art. 3° se dispone que: «*Los alcances de la presente Ley son de aplicación a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal y a cualquier otro delito cometido en concurso con los previstos en el presente artículo*». Entonces, si un delito no está comprendido en el listado, massí incluye la circunstancia agravante de pertenencia a una organización criminal, podrá ser encuadrado bajo esta definición, así como aquellas otras figuras delictivas que entren en concurso, como Lesiones, Falsedad ideológica, Homicidio, Interceptación telefónica, Violación de domicilio, Violación de la intimidad, etc. No se especifica qué clase de «concurso delictivo», sea este real o ideal, por lo que en principio podría ser cualquiera; sin embargo, conviene hacer una aclaración: será el aspecto procesal el

(492) D. Fernández,*Crimen organizado,* op. cit., p. 4; Cuesta Arzamendi, José,*El Derecho penal...,* op. cit., p. 90.

que arrastre la otra figura delictiva, de manera que no son aplicables aquí las consecuencias jurídico-penales que se contraen de la Codificación punitiva, y lo más importante, que este hecho punible debe ser el medio, el instrumento que ha de servirse el agente para poder materializar el delito «fin», una especie de «concurso medial», v. gr., la interceptación telefónica o a la violación de la intimidad, para poder recabar la información y secuestrar a la víctima, o el insertar datos falsos en documentos de identidad para tramitar visas u otros documentos que sirven para salir del país (Trata de personas, Tráfico ilícito de inmigrantes, Pornografía infantil).

En la legislación internacional se ha seguido en cambio el quantum de pena, basado en el principio de proporcionalidad, que redunda en una técnica de economía legislativa(493), que a la postre no genera problemas con el principio de legalidad, en la medida que si tiempo después un delito adquiere necesidad de ser sancionado con una pena más grave, puede ser subsumido en expresión de «crimen organizado», en cambio el método enunciativo requiere imperiosamente de una reforma de *lege ferenda*.

A nuestro entender, el punto central consiste en que la organización criminal predique su «internacionalización», es decir, no solo que su operatividad delictiva se extienda a varios países, sino también la coordinación con otras agrupaciones criminales(494); los cárteles de

(493) López Barja de Quiroga, anota que en el campo internacional se tiende [...] al seguimiento de un criterio mixto, en la línea de los tratados de extradición, consistente en la combinación del "método de eliminación" (mediante la exigencia de concurrencia de ciertas características específicas integradas en una "definición general") con el "método de enumeración" de delitos, que han de alcanzar además una determina gravedad (proporcionalidad) manifestada en el hecho de que merezcan una pena al menos cuatro años de privación de libertad; *El Derecho penal ante la criminalidad organizada...*, op. cit., p. 90.

(494) Así, Cordero Blanco, al indicar que las grandes organizaciones criminales, si bien originadas en un Estado, operan normalmente más allá de las fronteras nacionales, en diversos Estados, aprovechando las oportunidades de enriquecimiento rápido que ofrece el mercado mediante el recurso a actividades delictivas. Dato básico de estas organizacio-

la droga, por ejemplo, han de agenciarse con corporaciones delictivas foráneas, que en ciertas latitudes con banca *ofshore* (paraísos fiscales) se encargan del Lavado de activos; [...] conviene destacar que múltiples organizaciones criminales buscan conscientemente la internacionalización de su actividad para utilizar la frontera como protección contra la acción estatal(495).

Para CUESTA ARZAMENDI, por organización debe entenderse un aparato organizado de poder, estructurado y de cierta importancia, que actúa de alguna manera con una programación delictiva y con división del trabajo, con fines de obtención del poder y/o lucrativos(496).

4. LISTADO DELICTIVO

- Homicidio calificado o Asesinato, de conformidad con el artículo 108° del Código Penal.
- Secuestro, tipificado en el artículo 152° del Código Penal.
- Trata de personas, tipificado en el artículo 153° del Código Penal.
- Violación del secreto de las comunicaciones, en la modalidad delictiva tipificada en el artículo 162° del Código Penal.
- Delitos contra el patrimonio, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 186°, 189°, 195°, 196°-A y 197° del Código Penal.
- Pornografía infantil, tipificada en el artículo 183°-A del Código Penal.

---

nes es su carácter fundamentalmente transnacional, por lo que la doctrina las denomina «organizaciones criminales transnacionales»; *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 54.

(495) DELGADO MARTÍN, Joaquín,*La Criminalidad organizada,* op. cit., p. 29.

(496) CUESTA ARZAMENDI, José,*El Derecho penal ante la criminalidad...*, op. cit., p. 111.

- Extorsión, tipificado en el artículo 200° del Código Penal.
- Usurpación, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 202° y 204° del Código Penal.
- Delitos informáticos previstos en la Ley penal.
- Delito contra la propiedad industrial, tipificado en el artículo 222° del Código Penal.
- Delitos monetarios, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 252°, 253° y 254° del Código Penal.
- Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás delitos tipificados en los artículos 279°, 279°-A, 279°-B, 279°-C y 279°-D del Código Penal.
- Delitos contra la salud pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 294°-A y 294°-B del Código Penal.
- Tráfico ilícito de drogas en sus diversas modalidades, previstas en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal.
- Delito de Tráfico ilícito de migrantes, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 303°-A y 303°-B del Código Penal.
- Delitos ambientales, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 310°-A, 310°-B y 310°-C del Código Penal.
- Delito de Marcaje o reglaje, previsto en el artículo 317°-A del Código Penal.
- Genocidio, Desaparición forzada y Tortura, tipificados en los artículos 319°, 320° y 321° del Código Penal, respectivamente.
- Delitos contra la Administración Pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382°, 383°, 384°, 387°, 393°, 393°-A, 394°, 395°, 396°, 397°, 397°-A, 398°, 399°, 400° y 401° del Código Penal.

- Delito de Falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427° del Código Penal.
- Lavado de activos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6° del Decreto Legislativo N° 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

5. PRESUPUESTOS DE CONFIGURACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO SEGÚN LA LEY N° 30077

En primer lugar, que se trate de *cualquier agrupación de tres o más personas*; es decir, puede tratarse de cualquier estructura organizacional (*delictiva*) conformada o no por una entidad piramidal de mando, ello importa que se puede estar ante una organización criminal de complejo engranaje, llevado al campo de la «transnacionalidad», como agrupaciones de alcance operativo y logístico local, regional o nacional. Y esto lo refrendamos cuando la misma Ley indica que *cualquiera puede ser su estructura y ámbito de acción*, definiendo agrupaciones criminales de todo calibre; en ese sentido, no se vaya a pensar que es necesario acreditar todos los presupuestos que, por ejemplo, se predican en la hipótesis de la autoría mediata en estructuras organizativas de poder, puede o no haber ejecutores fungibles en la ejecución delictiva[497].

La pluralidad de agentes es lo que de cierta forma nos va a indicar el alcance operativo de la organización criminal, si está compuesta por solo tres o cinco personas, su operatividad se limita a una circunscripción territorial no muy extendida, que lejanamente puede ser concebida como parte del crimen organizado[498]; así lo refrenda

(497) Vide, Peña Cabrera Freyre, Alonso,*Derecho penal. Parte General,* T. I,op. cit., págs. 581-585.

(498) Así, J. Fernández,*Crimen organizado,* op. cit., p. 5.

la propia experiencia criminal. Debe existir una cadena de mando que, al ser de pocos miembros, será solo de corte horizontal.

En segundo lugar, *que se repartan diversas tareas o funciones.* Este factor es importante en orden a definir la presencia de una verdadera agrupación criminal, que por sí mismo lo asemeja al régimen de la coautoría, pero es oportuno precisar que en estas corporaciones delictivas,es posible que los miembros de la cúpula de la organización intervengan a un nivel preparatorio del plan criminal, como sucede en la «criminalidad empresarial[499/500]»; en otras palabras, aquí lo que ha de comprobarse es el control y/o dominio de los actos ejecutivos emprendidos por los mandos más bajos de la estructura criminal, que no se hubieren cometido si los miembros de la cúspide más alta no colocaban los instrumentos y herramientas indispensables para ello. Siendo así, no nos cabe duda que todos los integrantes que intervengan en la comisión del hecho punible han de responder como coautores, únicamente podrán ser consideraros partícipes, aquellos que colaboran mediando una prestación importante o accesoria, pero que en definitiva no forman parte de la estructura criminal.

En tercer lugar, la organización criminal compuesta por la pluralidad de agentes, deben operar *con carácter estable o por tiempo indefinido*. La vocación de «permanencia» constituye un ingrediente importante en pos de distinguir la organización delictiva de las bandas criminales u otras agrupaciones similares[501]; quienes se reúnen de forma esporádica o dígase *ocasional* para cometer hechos punibles, no pueden ser vistos como parte del crimen organizado, puesto que la «estabilidad» que ha de verse en la forma sistemática y prolongada de la perpetración delictual, define la asimilación conceptual. Esto

---

(499) Así, en los delitos económicos, ambientales y el Lavado de activos.

(500) Cfr., al respecto CUESTA ARZAMENDI, José,*El Derecho penal...*, op. cit., p. 94.

(501) A decir de PRADO SALDARRIAGA, se trata de la característica que mejor reproduce la imagen material del potencial criminógeno de la delincuencia organizada; *Criminalidad organizada...*, op. cit., p. 61.

a su vez comporta señalar que, la operatividad delictual puede ser «indefinida» o «transitoria», pero nunca «ocasional» y/o «esporádica». En algunas corporaciones delictivas, sobre todo las económicas y patrimoniales, ello podrá verificarse con la vigencia del soporte legal (*societario*) que la sostiene. Véase el artículo 3° de la Ley especial, que a la letra dispone que: «*La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal*», por ende, se hace referencia a otras personas que sin formar parte de la estructura piramidal de la organización criminal, colaboran con ésta, mediante ciertas aportaciones relevantes en orden a la consecución de los objetivos delictivos, lo cual puede darse de forma permanente u ocasional; en todo caso, no significa que estos agentes puedan calar en el radio operativo de la Ley, en tanto estos habrán de responder como partícipes de las acciones delictivas que cometa la organización criminal. Si son individuos que actúan por encargo sin ostentar membrecía de la organización, podrán ser considerados autores de los delitos que cometan, pero no será admisible su punición como *integrantes de la organización criminal*[502]; sin embargo, sí se podrá sostener un aumento de la pena, tal como se advierte del artículo 22° de la Ley N° 30077 (agravante especial), en cuya virtud el juez puede aumentar la pena hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido, sin que en ningún caso pueda exceder los treinta y cinco años.

En cuarto lugar, *existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada*[503].No puede hablarse de una real «organización criminal» si esta actúa de forma improvisada y desordenada; precisamente, la coordinación y concertación de los diversos

(502)

(503) Vide, al respecto, BUOMPADRE, Jorge,*Manual de Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 596.

mandos estructurales es lo que le permite el éxito en la ejecución de los planes criminales, planificados con antelación por parte de los integrantes de la cúpula de la organización. La predicada coordinación y engranaje armónico en la actuación de los mismos, no solo asegura la optimización en la perpetración delictual, sino también la cobertura de impunidad que caracterizan a estas agrupaciones criminales; no en vano, como se está revelando en el Perú, los posibilitadores de que estas organizaciones actúen con toda impunidad, son los lazos y alianzas que tienden con las altas esferas de la Policía Nacional y otras instituciones; no es necesario ser especialista o clarividente para advertirque sí se tiene conocimiento de cómo y donde operan estas organizaciones criminales, mas estas siguen golpeando a la población de forma sostenida, porque en diversas instancias los mandos gubernamentales lo permiten. No olvidemos que la delincuencia no solo aparece por *comisión,* sino también por *omisión*, cuando personas que asumen ciertos deberes de protección y conservación de la seguridad ciudadana, no hacen nada para evitar la causación de eventos lesivos a los bienes jurídicos más importantes de la ciudadanía. Será el *funcionamiento operativo* de la perpetración delictual lo que nos avizore o no si esta agrupación actúa o no de forma concertada y coordinada, es decir, en el éxito de sus planes criminales, que han de tomar lugar de forma sistemática y prolongada en el tiempo; ello implica reconocer un plano no solamente logístico, sino también de «inteligencia», de cómo operan estas organizaciones delictivas. Por estas consideraciones siempre hemos sostenido, que para golpear certeramente a la delincuencia se requiere actuar con técnicas de inteligencia, de saber cómo estas funcionan, cómo operan y dónde lo hacen, de ahí que penetrar en sus estructuras a través de la figura del «agente encubierto» resulta una estrategia importante[504].

---

(504) Vide al respecto,PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso,*Derecho procesal penal. Sistema acusatorio. Teoría del Caso y técnicas de litigación oral*,T. II, Rodhas, Lima, págs. 317-325.

Enquinto lugar, *la finalidad es cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3° de la Ley sub examine*. El propósito inequívoco de la organización criminal es la de cometer hechos punibles, por lo que se descartan las *faltas*. ¿Qué delitos? Aquellos comprendidos en el listado enumerado en el artículo 3° de la Ley especial, que son considerados «graves» para el legislador. Para tal rotulación y que puedan ser incluidos en la conceptualización de «crimen organizado», no basta, a nuestro entender, que estén sancionados con penas mayores a los seis años de pena privativa de libertad, sino que, a su vez, permitan identificar una realidad criminológica, de que su perpetración venga a respaldada por una verdadera estructura organizacional piramidal. Puede que en algunos casos el aparato criminal se avoque a cometer un solo hecho punible, más en la generalidad de los casos ha de encaminarse a la perpetración de varios delitos, que pueden ir promovidos por las figuras concursales aplicables.

6. DISTINCIÓN DEL «CRIMEN ORGANIZADO» CON OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICO-PENALES

Es marcada la tendencia por definir situaciones normativas que, de una u otra forma, ya están legisladas en el Texto Punitivo; innumerables veces que se ha procedido a sobrerregular una determinada circunstancia fáctica en la Codificación penal, lo cual devela una suerte de codicia legislativa innecesaria, que de hecho encuentra mayor calado en contextos como el actual, donde se manifiesta una alarmante cifra delincuencial, protagonizada por una serie de grupos criminales, que han puesto en estado de zozobra y pánico a la población peruana.

Señalábamos líneas atrás que, situaciones criminológicas como la descrita en la Ley N° 30077, de cierta forma estaban ya plasmadas en algunos tipificaciones penales del Código Penal de 1991, nos referimos a dos instituciones puntuales: primero, a los subtipos agravados que se acostumbran encuadrar al final del listado de

circunstancias de agravación, sobre todo, en el marco de los delitos convencionales; y segundo, conforme el tipo penal de «Organización a delinquir» (artículo 317° del Código Penal).

A. LA PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL COMO SUBTIPO AGRAVADO

Sobre lo primero, la distinción es que ya no se habla ahora de la pertenencia a una organización *destinada a cometer determinada clase de delitos,* sino en *calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos* o como *integrante de una organización criminal.* Nótese que la diferencia estribaría en la terminología empleada, al haber añadido la ley el vocablo «criminal»; nosotros habíamos entendido –implícitamente– que se trataba de una *organización delictiva*, conforme también se infería del Texto Normativo propuesto en el artículo 317° del Código Penal; siendo así, con el concepto aludido se le pretende dotar de una mayor expresión lingüística, de alcances más portentosos que utilitarios, en la medida que entre *organización criminal* y *organización delictiva* no encontramos una diferencia importante, solo que la primera define una situación más extensiva, como por ejemplo identificar los roles y/o planos de estructurales organizativos, que se desprendía ya de la regulación penal primigenia. Lógicamente que la posibilidad de determinar la agravación, conforme los términos utilizados según la reforma de la Ley N° 30077, supone de entrada, determinar si encaja dentro del concepto proyectado en el artículo 2° de tal Ley.

Lo dicho debe ser matizado con la siguiente reflexión: en la práctica, en los casos concretos, no ha sido fácil para los operadores jurídicos, jueces y fiscales, acreditar con toda rigurosidad la pertenencia del encausado a una *organización delictiva dedicada a cometer cierto tipo de delitos*, lo cual ha llevado a dos opciones a saber: una, a decantarse por la circunstancia de la pluralidad de agentes, sobre

todo, en el ámbito del TID[505]; y la otra, la más recurrida, de subsumir la conducta bajo los alcances normativos del artículo 317° del Código Penal. Ciertamente, la primera opción difiere sustancialmente de los alcances de la *pertenencia a una organización delictiva,* lo cual se advierte del Acuerdo Plenario N° 8-2007/CJ-116, cuando en el fundamento 2 se sostiene 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 agentes de una organización criminal, sea ésta de estructura jerárquica –vertical o flexible – horizontal.

Lo antes anotado presenta las primeras pinceladas distintivas de la coautoría con la pertenencia a una organización criminal, por cuanto en la primera basta con advertir la concurrencia de varias personas confluidas en una voluntad criminal, que con división de funciones en la etapa ejecutiva del delito, definen una situación compartimentada del hecho como una «unidad» y como una «imputación recíproca» de sus consecuencias lesivas. La vocación de «permanencia» y la «estabilidad» son los rasgos que fundamentalmente diferencia un régimen punitivo del otro, máxime, si en la organización delictiva todos son considerados «autores»; de acuerdo a las aristas normativas del artículo 317° del Código Penal la identificación de

(505) Vide al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., págs. 110-114.

líderes, jefes, cabecillas o dirigentes, a nuestro entender, evoca conceptos más llevados al campo criminológico, que de todas formas ha servido al legislador para la posibilidad de un incremento significativo de la pena aplicable[506]. Por lo demás debe observarse que, si bien en el caso del robo agravado el concurso de dos o más personas significa una pena menor (*no menor de doce ni mayor de veinte años*),que cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización criminal (*pena de cadena perpetua*), no sucede lo mismo en el TID (formas agravadas), pues el inc. 6 regula a un mismo nivel de tipificación, la concurrencia de la *pluralidad de agentes* con el hecho de ser *integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas...*, al estar reprimidos con la misma pena: *no menor de quince ni mayor de veinticinco años*[507].

Siguiendo con la hilvanación de las ideas, no encontramos mayor distinción entre la terminología recurrida en la redacción originaria de los subtipos agravados, con la empleada en la Ley N° 30077, no obstante la particularidad de que ahora el intérprete para definir su concurrencia deberá remitirse a los elementos que subyacen en el artículo 2° *in fine*, los cuales examinaremos si distan o no de los que componen la figura de Organización a delinquir del artículo 317° del Código Penal.

B. La distinción entre miembro de una organización delictiva y el delito de Organización a delinquir

El artículo 317° del Código Penal[508]en su redacción primigenia contemplaba lo siguiente: «*El que forma parte de una organización*

---

(506) Artículo 22° de la Ley N° 30077.

(507) Sobre sus notas distintivas ver Acuerdo Plenario N° 3-2005 (Precedente Vinculante); Peña Cabrera Freyre, Alonso,*Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. Perspectivas dogmáticas y político criminales*, Editorial Rodhas, Lima, 2013.

(508) En la doctrina,Córdoba Roda y García Pablos de Molina, la conciben como el resultado de la unión de una pluralidad de personas, dotada de una entidad independiente de

de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido por el sólo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años»; empero, conforme la redacción efectuada por la Ley N° 30077, se establece a la letra que: «*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*». En primera línea se observa quela voluntad del legislador ha sido extender el ámbito autoral, al referirse de forma expresa al que *constituye*, que en puridad es el «fundador», aquel(llos) que hacen posible la conformación de la organización, dan las condiciones, viabilizan la configuración de la empresa criminal, y que sin su aporte no se hubiese creado, sea mediante una contribución económica, logística u operativa; mientras que el *promotor*, es una especie de instigador que convoca al resto de los miembros, los convence a formar parte del aparato criminal, engendra la idea en todos los integrantes para gestar el cuerpo delictivo organizacional(509). La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿No son, el «fundador» y el «promotor» de la organización delictiva, a su vez integrantes de la misma? Claro que sí, difícilmente podrá verse a un fundador de aparato criminal que luego de constituida la empresa delictiva se aparte inmediatamente de la misma, o un promotor que siga la misma suerte. Sin duda, definir con precisión el grado intervención de cada una de estas personas en la tipificación

sus miembros, con un esbozo de organización, jerarquía y división del trabajo, y dirigido al logro de un fin delictivo; citados por GONZÁLEZ RUS, Juan, *La criminalidad organizada...*, op. cit., p. 21.

(509) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, cita la propuesta formulada por un grupo de expertos entre los años 1998-2000, en la ciudad de Palermo, con el propósito de elaborar el «Proyecto Común europeo de lucha contra la criminalidad organizada», donde se propone justamente, distinguirse la penalidad en orden al grado de participación en la organización criminal, en las organizaciones jerárquicamente estructuradas. Quienes son fundadores o dirigentes de la organización criminal deben tener mayor pena que otros participantes como financiadores, miembros activos, promotores, etc. Se trata pues, de establecer el principio de proporcionalidad en las pena según el grado de responsabilidad en la organización; Cfr. *Criminalidad organizada...*, op. cit., p. 5.

legal, importa hacer uso de una especie de pedagogía normativa; lógicamente, con el propósito de evitar que algunos–por motivos de estricta legalidad– logren sustraerse del ámbito de punición; estos visos de impunidad en verdad no son tal si se emplean apropiados métodos interpretativos.

Sea cual fuere la estructuración normativa, debemos confrontarla con la propuesta en la Ley N° 30077, que, a primera vista, advierte una manifestación de mayor expresión taxativa de presupuestos, en cuanto al *reparto de tareas o funciones, así como el carácter estable o por tiempo indefinido, de manera concertada y coordinada, para cometer uno o más delitos graves*. Entonces, el primer punto a abordar sería, si la Ley especial está recogiendo una expresión de mayor intensidad criminal, de si las organizaciones que podrían encajar en tal concepto suponen una envergadura delictual de mayor alcance que la prevista en el artículo 317° del Código Penal. No nos dejemos llevar por la mayor cantidad de componentes de configuración típica, puesto que los estudios doctrinales y lineamientos jurisprudenciales ya se han encargado de esbozar criterios. En el tipo penal mencionado también se ha integrado la vocación de permanencia y estabilidad[510] de sus miembros, así como de la división de funciones o roles, basados en una estructura organizativa de evidente jerarquización (vertical y horizontal), que puede ser de extensión operativa local, regional y hasta internacional. Es indudable que no se puede hablar de una verdadera *organización delictiva*, si esta no actúa de *manera concertada y coordinada*; así, cuando se postula que la punición del hecho de agruparse organizadamente para cometer delitos, es anticipar el

(510) Así, BUOMPADRE, en la doctrina argentina, anota que, la organización debe tener cierta permanencia, vale decir, una relativa estabilidad, duración, cierta continuidad que revele la existencia de un contexto delictivo plural dedicado a fin criminoso. La permanencia en la asociación es lo que distingue la asociación ilícita de la convergencia transitoria propia de la participación; *Manual de Derecho penal. Parte Especial,* Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 596; TERRAGNI, Marco,*Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* T. III, op. cit., p. 223.

momento de la intervención penal para sancionar el peligro sobre bienes jurídicos penalmente protegidos, porque supone la creación, con vocación de estabilidad y permanencia, de una organización que tiene por finalidad la lesión efectiva de los mismos(511).

Por tales motivos, no se advierte distinción importante entre una y otra figura normativa, mientras que una se construye de forma normativamente taxativa, la otra se deduce desde lineamientos marcadamente interpretativos(512). Los móviles tampoco son predicables, en tanto si éstos son de orden económico o político, igualmente pueden asimilarse a una u otra figura.

En lo que al marco penal refiere, remitiéndonos al segundo párrafo, se tiene que la pena oscila entre ocho a quince años de pena privativa de libertad, la misma que se ha conminado en el delito de Hurto agravado, conforme el último párrafo del artículo 186° del Código Penal; claro, no puede obviarse el hecho de que en el caso del Robo agravado, cuando el agente actúa en calidad de *integrante de una organización criminal*, la sanción es de pena de cadena perpetua, lo cual se explica bajo una reforma normativa que aparece en coyunturas sociológicas, donde la necesidad de dar una respuesta impronta, no detiene al legislador en la necesidad de diferenciar determinadas situaciones de desvalor antijurídico(513). A ello debe aparejarse el dato de que la proporcionalidad de la sanción va también en compás con el contenido material del injusto penal, por lo que no es lo mismo pertenecer a una organización criminal dedicada al

---

(511) GONZÁLEZ RUS, Juan, *La criminalidad organizada...*, op. cit., p. 23.

(512) Por lo demás, que la organización se haya constituido desde un principio, con un propósito de cometer delitos (*ab initio*), o que ésta luego, después en el proceder de su marcha societaria, mezcle actividades lícitas con actividades ilícitas, no es tampoco un matiz a considerar, el cual no se desprende de la construcción conceptual de la Ley N° 30077; Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan, *La criminalidad organizada...*, op. cit., p. 20.

(513) Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial*, T. II, 2ª ed., Idemsa, Lima, págs. 253-256.

Hurto, que pertenecer a una que se dedica al Robo, al Tráfico ilícito de personas[514]o al TID[515]. Por lo demás, no dejemos de lado que cuando se procede a la aplicación del tipo del artículo 317°, ya no resulta factible la valoración por el subtipo agravado, quedando la opción por el concurso ideal de delitos[516], que puede aumentarse de forma significativa; piénsese en el Hurto (tipo base), donde la cuarta parte de quince años es cuatro años y cinco meses, entonces la la pena puede bordear los veinte años, en forma superior a la que se obtiene del último párrafo del artículo 186°. De todos modos, póngase el acento, en que la aplicación del subtipo agravado amerita constatar la comisión de cualesquiera de los hechos punibles en su tipo base, contenidos en el listado mencionado, mientras que la Organización a delinquir constituye un delito de peligro abstracto[517], según la naturaleza *supraindividual* del bien jurídico tutelado, lo que de cierta forma justifica una penalidad de contornos más intensos.

A pesar de tomar en consideración la diferencia penológica, no se muestra una distinción sustantiva notable, tomando en cuenta también que el delito de Organización a delinquir ha de de ser un comportamiento susceptible de perturbar la «paz pública», de acuerdo al patrón sistematizador del bien jurídico protegido. Lo que sí debe apuntarse, es que la aplicación de cualesquiera de los subtipos agravados, según la definición bosquejada en la Ley especial, requiere que el agente haya cometido alguno de los delitos comprendidos en la misma; mientras que el artículo 317° tipifica la mera pertenencia

(514) No menor de 25 años de pena privativa de libertad.

(515) De 15 a 25 años de pena privativa de libertad.

(516) Luego de la reforma acaecida en el artículo 48° del CP.

(517) AsíTerragni, en la doctrina argentina, al escribir que se trata de un delito para cuya existencia que no se requiere la producción de un resultado material; sí, obviamente, de la conducta —que se pueda procesalmente probar— consistente en constituirse en la porción de un todo: el grupo conformado para delinquir; *Tratado de Derecho penal. Parte Especial*,T. III, op. cit., p. 220.

a la organización, sin perjuicio de poder sancionarlos por los delitos que se perpetren desde su interior[518].

Nótese que la definición estructurada en la Ley, no importa necesariamente una organización criminal de gran envergadura o de extensión territorial operativa significativa, al señalarse, normativamente, que puede ser *cualquiera su estructura y ámbito de acción*; inclusive la permanencia no tiene por qué alcanzar un tiempo *indefinido, basta su estabilidad, que pueda darse en un tiempo transitorio, con intervalos no muy prolongados*, se castiga así toda forma de organización transitoria, bastando lazos mínimos de cohesión criminal con una estructura mínimamente instituida, sin necesidad de presentar una estructura organizacional de gran envergadura. La Ley N° 30077 viene a exigir menos que la Organización a delinquir, siguiendo en rigor los lineamientos doctrinales y jurisprudenciales delineados en los últimos años; el único factor que devendría en una mayor exigencia sería el número de integrantes, en tanto la Ley especial hace alusión de *tres o más personas*.

Con honestidad inferimos que sea una u otra figura, el operador jurídico está en la acusable e imperiosa labor de verificar en rigor cada uno de los presupuestos de configuración, sea del tipo legal de *Organización a delinquir*, con el de ser miembro (jefe, líder, cabecilla) de una *organización criminal*, con el matiz particular de que en este último debe acreditarse también su participación en un evento delictivo concreto. De ahí que sean figuras punitivas en puridad excluyentes; si se quiere optar por el artículo 317° y se aprecia la concurrencia de un delito como el Robo, se tendrá que ir en concurso por el tipo base, mas si se advierte la presencia de una agravante distinta a la criminológica, también podrá recurrirse al artículo 189° del CP.

---

(518) Vid. Peña Cabrera Freyre, Alonso,*Derecho penal. Parte Especial,* T. IV, op. cit., págs. 439-440.

En nuestro caso, por tanto, estamos ante una «doble vía» de punición, pues la aplicación de Crimen Organizado viene secundada por la existencia de los subtipos agravados.

7. CONSIDERACIONES FINALES

El «crimen organizado» importa una de las amenazas más latentes del nuevo milenio, incidiendo en una alarma generalizada en todos los pueblos hermanos del orbe, las naciones se ven pavorosamente amenazadas en sus cimientos democráticos por estas estructuras criminales, que se han ido extendiendo significativamente en los últimos años producto de la globalización, de la apertura de los mercados económicos, de ese afán de no pocos países de incentivar la inversión extranjera y nacional, y la inyección de capitales privados en las economías nacionales.

No puede decirse que es un fenómeno nuevo, solo que ahora se predica la «transnacionalidad» como un rasgo fundamental, que a su vez genera la necesidad de articular respuestas concertadas de las naciones frente a este grave flagelo. Una política criminal (internacional) que va proyectando las normativas, según las definiciones acogidas en los convenios y tratados internacionales sobre la materia; empero, al final cada país acoge las conceptualizaciones que mejor se acomodan a su realidad criminológica. Y esto no significa que legislaciones como la peruana, no regulen, actualmente, una institución jurídico-penal que se le parezca, sino que la necesidad por desplegar efectos comunicativos-simbólicos a la colectividad[519] determina el uso de terminologías más portentosas en el contexto de coyunturas sociopolíticas que así lo demandan, porque además el legislador es

(519) Así, SILVA SÁNCHEZ, al sostener que la función simbólica o retórica de las normas penales se caracteriza por dar lugar, más que a la resolución directa del problema jurídico-penal (a la protección de bienes jurídicos), a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido; *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 482.

proclive a incidir en un estado perceptivo (*subjetivo*) de seguridad «cognitiva».

Sin duda, la regulación expresa de una Ley especial de lucha al «crimen organizado» es el manifiesto fenotípico de la expansión del *Derecho penal, no en el objeto jurídico de tutela*[520], *sino más bien en la respuesta punitiva, pues a través de las incidencias reformistas en el tópico de la Parte Especial, ha supuesto un agravamiento del marco penal*[521/522],que de recibo se hubiese podido también alcanzar sin tener que acudir a la laboriosa técnica legislativa de una Ley penal especial. Lo peligroso, en todo caso, es que la remisión a estos conceptos no implique apelar a definiciones más criminológicas que punitivas, en el sentido de definir acriminaciones sobre la base de posiciones personales del agente en las estructuras organizacionales delincuenciales, que puedan anclar en el llamado «Derecho penal del enemigo». No olvidemos que la Ley *incomento* viene secundada por todo un arsenal de medidas procesales[523] y otras («ejecución penal[524]»), definiendo un tratamiento procedimental particularizado, empezando por la aplicación del nuevo Código Procesal Penal; así, cuando el artículo 1° de la Ley establece que: «*La presente Ley tiene por objeto fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales*».

---

(520) Cuestión distinta ha de verse en la Ley de delitos informáticos - Ley N° 30096.

(521) De repercusión, también, en el ámbito de la prescripción de la acción penal, en tanto el artículo 80° del CP, luego de la modificación efectuada por la Ley N° 30077, ha implicado extender la duplicidad de los plazos prescriptorios.

(522) Aparejado a un factor a tomar en cuenta al momento de la determinación e individualización de la pena por parte del juzgador, hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido, sin que pueda exceder los 35 años de pena privativa de libertad; lo cual podría haberse conseguido también como una inclusión en la Parte General, como es el caso de la calidad especial (*funcional*) del agente, así como las instituciones de la reincidencia y la habitualidad.

(523) Incautación, decomiso y consecuencias jurídicas (similares al art. 105° del CP).

(524) Prohibición de beneficios penitenciarios.

Cuestión importante a saber es que, cuando hablamos de «crimen organizado» no solo estamos ante estructuras criminales que en su ilícito accionar emplean la violencia extrema[525], v. gr., las mafias sicilianas, los yakuzas, los cárteles de la droga[526]colombianos y mexicanos[527], sino también ante la criminalidad económica y la corrupción política, que utilizan métodos más sofisticados y complejos, no por ello menos lesivos a los bienes jurídicos protegidos. Con lo anterior también nos referimos a la gran cantidad de organizaciones delictivas que se dedican al Lavado de activos, que mueven ingentes sumas de dinero, así como la criminalidad informática, que hacen uso de las tecnologías y de la ciencia para perpetrar sus planes delictivos con mayor facilidad y para recubrirse de un complejo manto de impunidad[528].

---

(525) Las cuales han colocado en vilo, en estado de zozobra y pánico a la población nacional, sobre todo, en el norte del país; por ejemplo citar, loque acaece en Trujillo y Chiclayo, donde operan numerosas organizaciones criminales, sostenidas y articuladas sobre estructuras fundacionalessólidas, las cuales no vacilan en extorsionar a comerciantes, empresariosy en general, a quien devele un determinado signo de riqueza para alcanzar sus fines, así como la comisión de delitos de hurto y robo por sumas ínfimas de dinero. A ello debe añadirse el sicariato, que se produce,lamentablemente, con mayor frecuenciaen múltiples lugares del territorio nacional, olos ajustes de cuenta entre bandas rivales, asaltos en las carreteras con el empleo de armas de largo alcance, etc. Esta situación pone al desnudo la denominada «sociedad del riesgo», que hemos analizado en otras obras sobre la materia; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso,*Los procesos penales especiales...*, op. cit., págs. 467-473.

(526) Las Naciones Unidas han evaluado los productos del tráfico de drogas a nivel mundial y determinado que movieron,por ejemplo, aproximadamente, 300 mil millones de dólares en el año 1987 (BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de Blanqueo de capitales*...op. cit., p. 55).

(527) Como se indica en investigaciones periodísticas, cárteles mexicanos (Tijuana, Sinaloa, El Golfo) y brasileño (PCC, conformado por bolivianos y colombianos) operan en los principales ejes o rutas del lavado de activos producto del narcotráfico; (Correo; p. 2, Sandoval, R.).

(528) Vide, al respecto DEL ROSAL BLASCO, Bernardo,*Criminalidad organizada...*, op. cit., p. 150.

Nuestra postura dogmática es, como se ha venido indicando, apelar a una u otra institución[529], sea incidiendo en la fórmula de los *subtipos agravados*, en cuanto a una agravación de los marcos penales, como de cierta forma se expresa con la Ley N° 30077 o con la incriminación del tipo penal de «organización a delinquir», sabedores que el primero requiere para su aplicación de verificar la comisión concreta de un hecho punible, mientras el segundo solo de constatar la pertenencia del agente a la organización delictiva. Situación que muestra la justificación ponderativa, de que la opción por la circunstancia de agravación defina una penalidad más intensa, sin defecto de relevar que la opción por el artículo 317° del Código Penal, en concurso delictivo con el tipo base, puede desencadenar también en una penalidad más enérgica, acorde con la solución punitiva reglada en el artículo 48° del Código Penal. Entonces, a diferencia de otras constelaciones legislativas, la *lege lata* peruana se decanta por la «doble vía», donde la particularidad estriba que en la procedencia de los *subtipos agravados amerita una remisión al esbozo conceptual contenido en el artículo 2° de la Ley N° 30077*, y a todo esto, las articulaciones de legislaciones de cooperación internacional son un referente obligado.

(529) González Rus, indica que la opción político criminal más adecuada para castigar la participación en la criminalidad organizada es, o la previsión de tipos agravados en áreas delictivas concretas, o a través del delito de organización criminal; [...] utilizar sólo la vía de los subtipos agravados en razón de la participación en una organización criminal, incluso transitoria, permitiría dar un tratamiento particularizado a determinados delitos, que tome en cuenta las circunstancias peculiares de cada uno, lo que no puede lograrse con una previsión de carácter general; *La Criminalidad Organizada...*, págs. 37-38; de esta manera se muestra conteste a la «triple vía», por los problemas concursales así como confusión en la aplicación de delitos y penas. Ibídem, p. 39.

Este es en todo caso el panorama actual de la política penal;no obstante, esta portentosa legislación de nada va a servir[530] si es que no se dan medidas políticas paralelas concretaspara extirpar del seno de las instituciones públicas comprometidas en el combate contra el crimen todo viso de corrupción, como también el cultivo de los valores más trascendentes de todo Sistema democrático de derecho en las nuevas generaciones de ciudadanos.

(530) A decir de CUESTA ARZAMENDI, la actuación del Derecho penal que se extiende ya en todos los planos, al erigirse las organizaciones criminales en un problema internacional, transfronterizo y multidisciplinar, no ha de ser, con todo, el único instrumento, sino la cadena final, sin perder el "referente comunitario", de una serie de medidas y estrategias preventivas, un ámbito donde el concepto de criminalidad organizada encuentra mayor juego; *El Derecho penal...*, op. cit., p. 123.

SEGUNDA PARTE

DERECHO PENAL - PARTE ESPECIAL

LOS DELITOS DE HOMICIDIO

La posición –eminentemente humanista– que caracteriza al Texto Punitivo supone colocar en un primer rango de valoración a aquellos injustos que atentan contra la vida humana –en el sentido de la vitalidad elemental del ser–, soporte material-espiritual del hombre, plataforma esencial para constituirse en portador del resto de bienes jurídicos que también son objeto de tutela. Hoy en día, la orientación político criminal incide de forma decidida a otorgar una mayor protección a la vida humana, la cual ha de comprender también sus diversas manifestaciones: vida humana independiente y vida humana dependiente; de común idea con el reconocimiento iusconstitucional y con la regulación que efectúan al respecto las demás parcelas del ordenamiento jurídico.

El inc. 1 del art. 2° de la Ley Fundamental proclama que toda persona tiene derecho a la vida, a la identidad, a la integridad moral, psíquica, física y al libre desarrollo y bienestar. En cuanto al concebido, este será sujeto de derecho en todo lo que le favorezca. Como es evidente, ambas configuraciones de la vida humana merecen igual radio de tutela por el Derecho penal, pues lo que interesa es el fruto de la concepción –ser con la potencialidad de desarrollarse y convertirse en un hombre o una mujer–; no obstante, con ello se da lugar a una división entre los ámbitos de protección de los delitos de homicidio y los delitos de aborto.

Los grandes avances de la ciencia médica en el campo de la reproducción asistida, la inseminación artificial y la inseminación

in vitro, han dado lugar a métodos de concepción que se alejan de forma significativa de la vía natural por la cual se trae a la vida a un ser humano, lo que de cierta forma repercute en todos los ámbitos del Derecho, incluido el Derecho penal. En efecto, se puede advertir que los vientres de alquiler, conforme los nuevos mecanismos de asistencia natal, ponen en entredicho la ciencia misma de la Medicina, específicamente del ámbito ginecológico y obstétrico.

Si bien el desarrollo de la ciencia (médica) coadyuva al progreso de una sociedad –de hacer una vida mejor para los ciudadanos–, no es menos cierto que si no se ponen límites a aquélla pueden desbordarse a planos de ilegitimidad, contraviniéndose principios fundamentales de orden consustancial, que en realidad no deben ser desconocidos en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, lo que ha de merecer un reflexivo análisis a fin de proponer las reformas penales que sean convenientes. Revisión que ha de cotejarse con los límites del *ius puniendi*, acorde a la base sostenedora del mismo, nos referimos sobre todo al principio de lesividad, concatenado con los criterios de necesidad y de merecimiento de pena. Empero, lo anotado tiene una mayor incidencia en los delitos de aborto, que en los delitos de homicidio.

Por otro lado, no se pierda de vista que el substrato que sirve para construir la imputación delictiva debe tener una rigurosa valoración, en el entendido que verdaderos homicidios pretendan ser reputados como suicidios, lo que en algunos casos importaría la impunidad de verdaderos culpables; siendo el caso que en el delito de la instigación o ayuda al suicidio –art. 113° del Código Penal– se define la muerte organizada por el suicida, donde este es quien determina el desenlace fatal, incidiendo en probables auxilios de terceros o convencido a hacerlo merced a la provocación psicológica creada por otro; caso evidentemente distinto a que este sea aniquilado de las formas contempladas en el art. 106° y siguientes del CP. En atención

a ello, los estudios de Medicina legal brindarán una lectura importante respecto a si estamos ante un suicidio o un homicidio.[531]

Valga destacar el primer paso en la política criminal en el marco del Derecho (penal) genético, pues en virtud de la sanción de la Ley N° 27636, del 16 de enero del 2002, se incluyó en el Código Penal el Capítulo V al Título XIV-A, específicamente con la incorporación del art. 324°, denominado Manipulación genética –clonación humana–[532]; a lo cual es pertinente anotar, que no se ha producido aún clonación de seres humanos en el Perú –oficial e ilegalmente–, empero quedan muchos cabos sueltos, muchas aristas de la Medicina que están al margen de la regulación jurídico-penal.

I. EL HOMICIDIO SIMPLE Y EL HOMICIDIO CALIFICADO

1. INTRODUCCIÓN

Los delitos contra la vida se encuentran regulados en el Título I del Libro Segundo de la Parte Especial del Código Penal, por lo que caben las siguientes precisiones: en primer lugar, el tipo base se encuentra previsto en el art. 106°, que importa la modalidad simple del homicidio, cuya realización típica viene determinada por la acción de matar que ejecuta el autor para eliminar al sujeto pasivo del

(531) V. gr., la Sala Penal Permanente en la RN N° 340-2007-Lima sostuvo que: «*Si bien la sentencia recurrida aseveró que la agraviada se suicidó en el closet de su habitación, dicha conclusión se infirió de la visualización de fotografías, lo que carece de rigor y precisión necesaria para acreditar la tesis del suicidio. Por otro lado, el dictamen pericial no pudo determinar si la agraviada, al morir, se encontraba parada o echada, y tampoco se acreditó la presencia de un objeto sobre el cual hubiera subido la agraviada para lograr su ahorcamiento, a lo que debe agregarse que la occisa no presentaba sintomatología suicida*». En, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. N° 22, abril de 2011, op. cit., p. 114.

(532) Art. 324° del CP –Manipulación genética–: «*Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al Artículo 36, incisos 4 y 8*».

delito –se concluye que no tiene vida cuando cesan irreversiblemente sus funciones cerebrales–, asimismo, desde un aspecto subjetivo, se requiere únicamente el dolo, en cualquiera de sus clases, es decir, que el autor dirija su conducta conociendo de forma virtual el riesgo concreto que esta entraña para la vida de la víctima que, finalmente, se concretiza en el resultado lesivo, no siendo necesario la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto ajeno al dolo, el denominado «*animus necandi*», que parte de una consideración subjetivista del injusto, ajeno al principio de legalidad material, útil para diferenciar una tentativa de homicidio de lesiones consumadas; desde nuestra perspectiva, basta que el agente haya actuado con conciencia y voluntad de realización típica, de saber que está eliminado a un ser humano.

No obstante lo anotado precedentemente, la Sala Penal Transitoria en el RN N° 2551-2010-Ayacucho, sostuvo lo siguiente:

> *El animus necandi que gobernó la conducta del acusado se corrobora objetivamente no solo por la gravedad de las lesiones inferidas, sino por la zona anatómica afectada que resulta sustancialmente vulnerable –conforme se encuentra expresado en el certificado médico legal–, a lo que se suma el accionar planificado previamente –procurar el estado de embriaguez de la víctima– orientado a asegurar el propósito criminal de los agentes delictivos, esto es, acabar con la vida de la agraviada evitando que oponga resistencia en defensa de su vida.*[533]

En segundo lugar, el legislador ha construido las figuras agravadas conforme a un doble baremo a saber: (i) en cuanto a un mayor contenido del injusto, que se revela en el *desvalor de la acción*, cuando el agente utiliza ciertos medios comisivos, que le otorgan una mayor peligrosidad objetiva a la conducta criminal –por fuego, explosión, veneno, alevosía y con gran crueldad–, sobre esta última

---

(533) Vide *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 28, octubre de 2011, op. cit., p. 204.

circunstancia, una postura apuntaba a relacionarla con el juicio de imputación individual –reproche culpable–, mas estos elementos se manifiestan en el momento de ejecución del hecho típico; (ii) en cuanto a una mayor *desvaloración en el resultado* típico producido; la mayor desvaloración ha de identificarse con los elementos que el legislador ha glosado de forma detallada en el art. 108°, que responden a una serie de criterios. Ello puede producirse bien porque acrediten una mayor peligrosidad del autor, porque supongan añadir un plus al injusto propio del homicidio o porque sea más reprochable y, en consecuencia, más culpable asesinar que el simple matar propio del homicidio.

Tales elementos de la actitud interna (criticables o no) no tienen que ver con la culpabilidad, sino que cofundamentan, agravan o disminuyen el desvalor subjetivo (a veces subjetivo-objetivo) de la acción y determinan la clase y gravedad del tipo: son por lo tanto también elementos subjetivos del tipo o del injusto. En este plano de valoración la fundamentación material de la figura delictiva encontrará su explicación en el plano *ex ante* del desvalor de acción, porque determinadas formas de comisión del delito comportan una peligrosidad objetiva de la acción, que hacen que la conducta se muestre altamente capaz para llegar a afectar al bien jurídico protegido.

Es de recibo, que todos los elementos constitutivos del tipo penal deben ser plenamente acreditados, por lo que si el persecutor público sostiene su acusación sobre un delito agravado –asesinato–, no solo debe probar que el acusado fue el que produjo intencionalmente la muerte de la víctima, sino también mediante aquellos datos y/o factores que hacen de aquel una conducta delictiva de mayor reprobación jurídica, ora por el móvil que impulsa al autor a la realización típica, ora por el medio empleado, ora por la forma de su ejecución; por lo que ante una insuficiencia probatoria –en tal sentido–, el órgano jurisdiccional puede proceder a la desvinculación en la tipificación penal.

Así, la Sala Penal Transitoria, en la Resolución expedida en el RN N° 2733-2011-San Martín, al indica que:

> *No se acreditan las agravantes de ferocidad, alevosía o gran crueldad. El encausado no victimó al agraviado solo por el placer de matar, sino que tenía un móvil para eliminarlo (el agraviado había comprado un vehículo que estaba afectado judicialmente a favor del encausado). A la víctima tampoco se le causó un deliberado e inhumano dolor o sufrimiento antes de su muerte, pues falleció a causa de heridas penetrantes por proyectil de arma de fuego en el tórax y abdomen. Tampoco existió alevosía, puesto que el ataque no fue a traición o sorpresivo. El comportamiento del encausado no tipifica el delito de homicidio calificado, sino que se encuadra en el artículo 106 del CP (Homicidio simple), por consiguiente, es del caso subsumir correctamente la conducta incriminada dentro del tipo penal anotado; esta desvinculación de la acusación fiscal no afecta el principio acusatorio y de contradicción, pues el hecho objeto de condena afecta el mismo bien jurídico y no se trata de una tipificación sorpresiva, pues tanto el imputado como su defensa estaban en condiciones de advertirla.*[534]

2. ELEMENTOS TÍPICOS

2.1. Modalidad típica en los delitos de homicidio

El comportamiento típico en los delitos de homicidio debe definirse conforme a elementos de valoración que puedan permitir al intérprete definir, con claridad conceptual, cuando la conducta humana puede encuadrarse bajo los alcances normativos de los tipos penales en cuestión. El homicidio es un delito de resultado; en la tipificación del mismo, se utiliza la expresión «mate», lo que supone un criterio de técnica legislativa de referencia inmediata, tal como de forma unánime lo reconoce la doctrina actual y pasada, para ello

(534) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. N° 42, diciembre de 2012, op cit., p. 166.

se han utilizado varios criterios de imputación que apuntan hacia un mismo norte: hacer responsable al autor por el injusto penal atribuido.

En un principio las variables de responsabilidad se basaban en fundamentos naturalísticos propios de las teorías causales, que sostenían la imputación delictiva de acuerdo a la idea del «nexo de causalidad», con ello se asimilaba el proceso de imputación a las directrices que gobiernan la ciencia de la naturaleza propia del «ser»; pero es de verse que en un mundo de «personas», la imputación delictiva no puede reposar en presupuestos que no se condicen con la *ratio* de las normas penales. Los directivos (mensaje) de las normas jurídico-penales se orientan a establecer modelos valiosos de conducta, a fin de cautelar una coexistencia pacífica de los ciudadanos, conforme a la protección de los bienes jurídicos fundamentales; para lo cual se toma en cuenta la estructura deficitaria de los seres humanos, en lo que respecta a su adecuación conductiva al directivo que se plasma en la ley penal. Las personas, por tanto, no son destinatarias de las normas en su respectiva individualidad, sino solo según su naturaleza general como seres racionales, capaces para la autodeterminación y el dominio del acontecer causal; los hombres como destinatarios de las normas reciben ciertos mensajes, que han de referirse a ciertas exigencias (de acción o de omisión) sobre la idea de un hombre racional a la vez normal, susceptible de comportarse de una variedad de maneras, solo ha de exigirse un estándar generalizado que pueda responder a las posibilidades humanas ante determinadas circunstancias.

Las normas jurídico-penales, entonces, se dirigen al «deber ser», se proyecta un modelo de comportamiento que espera ser cumplido por los individuos, por ello, cuando se contraviene su mandato, se produce una afectación a las expectativas sociales, de que cada quien adecue su conducta de conformidad a Derecho. De ahí surge el reproche, la reprobación punitiva, que solo puede erigirse sobre

aquello que el individuo estuvo en la posibilidad de realizar, que pudo evitar, que tenía poder de dominabilidad, solo aquello cognoscible o al menos previsible. Así pues, materia de prohibición o de mandato no es lo imputable en su concreta individualidad, sino solo la acción imputable objetivamente al mismo sobre la base de su capacidad general humana para la conducción del proceso causal. Nos acercamos a criterios delimitadores de responsabilidad penal que no pueden desprenderse de las teorías causales (teoría de la *conditio sine qua non*, de la relevancia adecuada, etc.) y ese fue la principal objeción, en tanto sus efectos desencadenaban una imputación delictiva a todas luces irracional, con arreglo a una denominada «responsabilidad objetiva por el resultado» (*versari in re ilicita*), proscrita según lo dispuesto en el art. VII del Título Preliminar del CP. Precisamente, eso es lo que pretende la actual ciencia jurídico-penal cuando construye nuevos elementos de imputación delictiva que puedan preservar los fines axiológicos de cualquier parcela del orden jurídico: «legitimidad» y «racionalidad».

Aparejando dicho sostén legitimador a la naturaleza violenta que significa la descarga punitiva, la pena como la especie pública más grave que detenta el sistema jurídico sancionador y, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, la sanción penal debe graduarse a un mínimo de proporcionalidad.

La dogmática penal, en un esfuerzo doctrinario encomiable, ha ido depurando los criterios de imputación delictiva que han significado, a la postre, la sustitución progresiva y definitiva del nexo de causalidad por los criterios que se comprenden en la moderna teoría de la imputación objetiva. La imputación objetiva es actualmente dominante en la doctrina española y que ha suscitado un interesante debate doctrinal que no puede considerarse en modo alguno cerrado. Teoría del tipo penal que se ajusta al modelo de imputación que ha de regir en un Derecho penal democrático: la responsabilidad penal debe condicionarse a que el comportamiento humano sea concreta

expresión de un individuo libre y consciente, de no ser así, estaríamos asimilando al hombre con los fenómenos de la naturaleza (terremoto, aluvión, huayco, etc.), así como los actos instintivos de los animales, que no pueden ser distinguidos en las propuestas teóricas del naturalismo. Un hombre libre y responsable quien dirige su comportamiento conforme a sentido, es lo que debe interesar al Derecho penal para fijar los elementos de imputación delictiva.

La teoría de la imputación objetiva ha ido calando de forma ascendente en las resoluciones jurisdiccionales, dejando de lado las frágiles y endebles relaciones causales, delimitando el radio de acción de los tipos penales a límites racionales; en el caso del homicidio, solo se puede imputar responsabilidad penal, a aquel comportamiento que es expresión de una esfera de individualidad, que se corresponde con el quehacer conductivo, solo cuando el autor obra con dolo, al menos de forma imprudente. Son muchos los problemas que plantea la relación causal, si tenemos en cuenta la posibilidad de existencia de cursos causales complejos; cursos causales hipotéticos, causalidad acumulativa, entre otros. Criterios de imputación objetiva que no solo tiene aplicación en los delitos de resultado, sino también en los delitos de omisión, en las tentativas y en los delitos de peligro.

Antes de analizar la imputación subjetiva, es preciso internarse en el proceso de imputación objetiva, de que el resultado «muerte» de la víctima sea la efectiva concreción del riesgo no permitido generado por la conducta del autor, como su consecuencia directa, no producto del azar, de otros factores causales concomitantes, de un hecho fortuito o de cualquier otra condición que haya podido incidir en la concreción del resultado lesivo.

Por consiguiente, la teoría de la imputación objetiva constituye un hito fundamental para excluir del ámbito de la tipicidad ciertas conductas, sin tener que escudriñar la esfera subjetiva del agente; de ahí que los partidarios del *finalismo* a ultranza (ortodoxo) se resistan

a la adopción de una teoría abiertamente contraria a sus postulados fundamentales.

Se asume una relación de riesgo o si se quiere una relación normativa entre el resultado que se exterioriza de forma fenoménica con la conducta criminal que sobrepasa el riesgo no permitido. Se afirmará que un resultado es objetivamente imputable a una conducta cuando esta haya supuesto la creación de un riesgo, jurídicamente desaprobado, que haya cristalizado en la producción del resultado. La muerte de una persona puede ser provocada por miles de factores, verbi gratia, una tormenta, un rayo, un terremoto, una enfermedad, por un animal salvaje. Dichos factores de ningún modo le interesan al Derecho penal, pues el ámbito de protección de la norma importa incluir en su valoración, solo aquellas conductas que se condicen con su finalidad teleológica.

Lo podemos decir así: *el ámbito de protección de los tipos penales de homicidio, su radio de acción solo se dirige a incluir en su determinación aquellos comportamientos humanos, que por manifestar un aspecto libre y consciente de la personalidad humana, pueden ser considerados como variantes de conducta que responderán a las finalidades preventivas de las normas de sanción, la pena.* Ya decía WELZEL que no es lo mismo la muerte producida por efectos de un rayo, que aquella producida por el gatillo de una pistola; la primera de las causaciones puede ser explicada según los fenómenos de la naturaleza, pero el segunda solo a partir de criterios de imputación que han de desprenderse de la ciencia jurídica y, concretamente, de la dogmática.

Se identifican dos planos en la imputación delictiva: la atribución del resultado lesivo a quien genera con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado y la constatación, por otro lado, de que dicho resultado es la concreción de dicho riesgo, por tener aptitud lesiva. El programa de imputación jurídico-penal se orienta a atribuir responsabilidad de resultados o puestas en peligro, cuando estos

constituyan verdaderamente su obra y no aquellos que sean producto del destino o de las fuerzas naturales.

2.2. El riesgo no permitido

La convivencia humana, en sus múltiples manifestaciones, acciones e interacciones, genera riesgos para la vida y salud de las personas, pero estos son en sí peligros «permitidos», aceptados, pues son necesarios, beneficiosos y ventajosos para el desarrollo y funcionamiento de la propia sociedad y el Estado; de significativa utilidad en un mundo caracterizado por el avance vertiginoso de la ciencia y la tecnología. El riesgo no permitido es el primer eslabón de la teoría de la imputación objetiva.

Es la propia sociedad que, en base a la evolución de una gama de actividades económicas (industriales, comerciales, etc.), de la mano con el avance científico-tecnológico, la que determinará finalmente cuáles son los peligros que pueden ser aceptados por una comunidad social, para lo cual se utilizarán factores como la evitabilidad del riesgo, utilidad social, necesidad económica, etc. Esos mismos riesgos, en principio «aprobados», serán jurídicamente desaprobados cuando hayan de incidir en una contravención normativa, es decir, dichos riesgos para no desbordar dicha permisibilidad, deben guardar fiel sujeción a la legislación que regula la actividad concreta, entonces podemos decir que el «riesgo no permitido» aparece cuando el agente contraviene una norma, sea de forma dolosa o imprudente, creando un riesgo de aptitud de lesión para un bien jurídico, en este caso la vida.

En el marco de las actividades quirúrgicas, cuando se somete al paciente a una intervención, a una operación, el riesgo de que se produzca un resultado fatal es ínsito a ella, dependiendo de la complejidad y la naturaleza de la misma, ergo, si esto finalmente acaece –la muerte del paciente–, pero es de notar que la actividad del galeno se sujetó a la *lex artis*, no es posible imputarle objetivamente

el resultado. De igual forma, en lo que a actividades deportivas de alto riesgo respecta, como el box, el automovilismo, el parapente, el paracaidismo, la fórmula uno, alpinismo, incluso el fútbol y otros deportes, es indudable que en su realización pueden generarse la muerte de uno de sus protagonistas, lo importante a todo esto, es que dicho resultado se encuadre en el ámbito del riesgo permitido, sobre todo, si son el manifiesto de una decisión libre y responsable del individuo, para ello se requiere de un hombre con capacidad de consentimiento.

Asimismo, las actividades glosadas pueden fácilmente desembocar en una actividad prohibida, cuando uno de los sujetos intervinientes incide en la generación de un riesgo no permitido; verbi gratia, el piloto que sabotea los frenos del competidor para ganar la carrera, desencadenando la muerte del segundo; en un combate de box, uno de los contrincantes, cuando ya la campana sonó y se dio por terminado el enfrentamiento, de forma alevosa ataca al rival, provocándole la muerte; el jugador de fútbol que de forma artera, sin lidiar por el balón, le propina un cabezazo a otro jugador; el alpinista que corta la soga del otro, originando su caída libre al vacío; el instructor de canotaje que sale de la embarcación dejando a su suerte al remador novato. Conforme es de verse, se ingresará a un ámbito de ilicitud siempre y cuando se infrinja un deber, una norma que de lugar a la creación de un peligro jurídico-penalmente desaprobado, y en consecuencia, dando lugar a la imputación objetiva por el resultado lesivo acaecido.

2.3. La prohibición de regreso

Este es un criterio importante que se desprende de la moderna teoría de la imputación objetiva, que inicialmente fue construida en orden a suplir los defectos de las teorías de la causalidad, en lo que a la interrupción del nexo causal se refiere, cuando el resultado es producto de una intervención de un tercero, al que no se le puede

atribuir responsabilidad penal, pues él no es «garante», no puede responder por un defecto de organización que solo ha de recaer en un ámbito de competencia ajeno; se excluye la imputación objetiva del resultado a la actuación de un sujeto que no era garante o cuyo comportamiento se adecua a los alcances de una conducta «socialmente tolerable».

No existe prohibición de regreso para quien crea la situación peligrosa y detenta una posición de garante por deberes preexistentes que producen una defraudación de expectativas por el deber incumplido, siempre y cuando este le era exigible; o en el caso de quien arrienda una casa en condiciones de riesgo, pues a este le era exigible entregar el inmueble con toda la seguridad del caso, a menos que el arrendador le haya manifestado previamente al arrendatario de que él no se responsabilizaría por cualquier deterioro (el elemento consensual prima en materia de contratación), por lo tanto, ya no cabría posibilidad de regreso.

En primer lugar, entonces, quien crea una fuente de peligro por «asunción» asume la responsabilidad de salvaguardar la vida y salud de las personas, así también, quien sea «garante» de otro; verbi gratia, el padre que deja un arma de fuego en la mesa de juegos de sus menores hijos, los cuales la disparan de forma causal provocando la muerte de uno de ellos; en estos casos, el resultado lesivo será imputable al garante, al margen de tratarse en realidad de un homicidio no de acción, sino de comisión por omisión.

Es de verse así, que la punición de una determinada conducta, no puede ser definida desde un plano estrictamente formalista, en el sentido de que el mero encuadre de la acción bajo los parámetros normativos de un tipo penal en particular no resulta suficiente para poder afirmar la tipicidad penal del comportamiento, con ello se dejado de lado que, en ciertas circunstancias, la actuación de un individuo se conecta con la de otro, bajo estándares conductivos

socialmente adecuados; es según esta consideración que surge el ámbito de la *prohibición de regreso*, según las esquelas regulativas de la moderna teoría de la imputación objetiva, de forma específica en el marco de la teoría de la participación delictiva.

De este modo –como se argumenta en la doctrina especializada–, para determinar en qué momento un sujeto puede ser partícipe en un hecho delictivo por su conducta previa, se plantean estas reglas: en primer lugar, no responde como partícipe quien un realiza un comportamiento cotidiano (neutral, estereotipado, socialmente adecuado, etc.[535]. Esto quiere decir, que una persona puede estar contribuyendo a otra, mediando una aportación positiva y esta última se agencia de ello para poder perpetrar un delito; conviene decir en este punto, que la intervención del primero, si bien podría decirse que es un acto típico de complicidad, puede rechazarse esta deducción cuando se advierta que el supuesto partícipe ha sujetado su comportamiento a los roles sobre los cuales se enmarcó su participación, por lo tanto, no puede responder penalmente por ello. De no ser así, las normas penales estarían prohibiendo comportamientos que otras normativas catalogan como lícitos, generándose una evidente contradicción, según el principio de la unidad del ordenamiento jurídico.

A decir de JAKOBS, «*no todo es asunto de todos, pues el Derecho penal no puede estabilizar como expectativa respecto del comportamiento de otro, que nadie le ofrezca a otro la posibilidad de desviar los efectos del comportamiento propio hacia un resultado delictivo*»[536]; una consideración en contrario, importaría prohibir de plano una serie de actuaciones sociales que, indudablemente, paralizarían el normal desenvolvimiento de toda sociedad.

(535) JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal,* op. cit., p. 77.

(536) JAKOBS, Günther, *La prohibición de regreso,* op. cit., p. 125.

Es a tal efecto, que para poder concluir si la conducta de favorecimiento a un delito, es o no punible, se debe examinar con toda exhaustividad el contexto en el cual se desenvolvió la misma, de manera que si el imputado no trasvasó el umbral de su rol social –por ejemplo, aquel que no desbordó los parámetros de su función como taxista (ni se adhirió a plan criminal alguno) y trasladó a individuos que acababan de perpetrar un robo y solicitaron su servicio– no puede asumir responsabilidad alguna. Solo si se involucró conscientemente en una situación de indudable significado delictivo es que se le puede atribuir responsabilidad penal como cómplice, por el hecho punible al cual favoreció con su colaboración imprescindible o accesoria.

2.4. La autopuesta en peligro

Los seres humanos –como individuos libres y responsables– han de responder ellos mismos por los defectos que hayan de revelarse en el desarrollo de sus esferas de organización, lo que impide que los resultados lesivos, dígase muerte, lesiones, etc., que puedan padecer, recalen en atribución de responsabilidad penal de un tercero. Como correlato de esa libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella. Por consiguiente, quien de forma libre coloca sus bienes jurídicos más preciados en su efectiva situación de riesgo y así acaece un resultado fatal, será el único a quien se le puede atribuir dicha causación lesiva; verbi gratia, quien salta en paracaídas, advertido por el resto de que el clima no es el propicio, y así muere.

La atribución de responsabilidad penal a un sujeto se sostiene sobre una imputación, es decir, un proceso determinado a establecer si el resultado lesivo acaecido –lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido– es consecuencia del obrar antijurídico del autor o partícipe; lo cual significa –fijar con toda rigurosidad en la explicación argumentativa– si es que el estado perjudicial provocado en los intereses jurídicos de la víctima es obra directa de la esfera

de organización personal del agente (imputado) y no como consecuencia de otros cursos causales concomitantes o sobrevinientes; importante a efectos de utilizar correctamente los criterios que se compaginan en la moderna teoría de la imputación objetiva.

Según ello, queda indubitable la inferencia que el delito de Homicidio –en cualquiera de su variantes típicas– describe un delito de resultado. A decir de BACIGALUPO, en estos delitos el juez debe comprobar, para dar por acreditada la realización del tipo objetivo, no solo la realización de la acción, sino también la producción de un resultado de lesión y la existencia de una relación específica entre este y aquella (imputación objetiva)[537]. Es así que dichos criterios científicos han de ser llenados de contenido valorativo, conforme los roles que cada ciudadano ejerce en la comunidad social, advirtiéndose de este modo, toda una vasta normatividad, que define y delimita los marcos de actuación (*acción u omisión*), que ha de asumir todo ciudadano dependiendo del rol que haya asumido.

En los casos de autopuesta en peligro no es posible afirmar la imputación objetiva del resultado a la acción de participación anterior o simultánea de un tercero, porque tal resultado es la concreción del riesgo creado y controlado voluntariamente por la propia víctima y, sobre todo, porque tal peligro no puede ser conceptuado como un riesgo típicamente relevante, sino más bien atípico: no es de aquellos riesgos que pretende evitar, por regla general, la norma penal en cuestión.[538]

Quienes han resultado heridos o lesionados levemente por un determinado autor, pero luego acaece un resultado más grave – la muerte–, no ha de incidir en un juicio de imputación delictiva,

---

(537) BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte General*, 1ª ed., ARA Editores, Lima, 2004, op. cit., págs. 245-246.

(538) ZUGALDÍA ESPINAR, José; et al., *Derecho penal. Parte General,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, op. cit., p. 454.

siempre y cuando se demuestre que lo finalmente exteriorizado con rayana seguridad no es concreción efectiva de la conducta generadora del primer riesgo no permitido; verbi gratia, el herido que acude al hospital, donde el médico tratante le prescribe un tratamiento imprescindible, so pena de generarse una hemorragia, el paciente hace caso omiso a ello, en consecuencia sucede su muerte, descartándose, entonces, la responsabilidad penal del primer autor, pues los descuidos en que pueda incurrir un individuo responsable no pueden recaer en terceros. Se hace necesaria una limitación de la imputación del resultado en relación con las lesiones posteriores (*folgen verletzungen*) que se desarrollan como consecuencia de lesiones primarias imputables.

Un caso de difícil análisis resulta del contagio de enfermedades letales como el SIDA, cuando la supuesta víctima –a propio riesgo– mantiene relaciones sexuales consentidas con su pareja infectada sin prevención alguna. Con ello ha de discutirse si el bien jurídico vida es en realidad «disponible», lo cual merece una respuesta negativa, pues de no ser así, no se explicaría los fundamentos del homicidio piadoso y la ayuda al suicidio como figuras penalizables. El consentimiento de la víctima, entonces, en el caso del homicidio, no tiene virtualidad legal alguna, para poder eliminar la antijuridicidad penal de la conducta. A lo más, el consentimiento solo puede operar como efecto atenuante de la pena, pero no como eximente de la sanción punitiva.

La delimitación de ámbitos o esferas de responsabilidad no es de muy clara concreción en determinados casos, pues en principio la propia víctima aporta una contribución consciente en la generación del riesgo, pero luego el autor, incrementa con su conducta de forma significativa el nivel –de riesgo–; lo que habrá que definir finalmente es cuál de las dos intervenciones fue la que se concretizó en el resultado lesivo; verbi gratia, la víctima puede haber aceptado participar como copiloto en un pique –carrera automovilística– ilícito,

antirreglamentario, donde la excesiva velocidad es una propiedad inherente a la misma, pero de ninguna manera convino en que el auto no contara con frenos aptos para ello, más bien era desconocido por la víctima, ergo, no puede ser atribuido a su esfera de competencia; en ese caso, si se produce su muerte con ocasión de dicho defecto del vehículo, será un homicidio. En este orden de ideas, las esferas de responsabilidad dependerán del juicio que recaiga sobre las circunstancias concretas de la acción, en cuanto hechos objetivamente conocidos por la víctima y sujetos a su ámbito de dominio. Tal como razona JAKOBS: cualquier persona es garante de que el automóvil que conduce no choque contra un peatón y a ese respecto la omisión de acelerar o la acción de frenar son solo las formas externas en las que se cumple el mismo deber de mantener inocuo el *output* del propio círculo de organización.[539]

2.5. EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA

La norma jurídico-penal, en cuanto a su radio de acción, se dirige a incluir en su seno solo aquellas conductas que de forma definitiva puedan encuadrarse en su ámbito de protección. Si bien toda generación de un riesgo no permitido puede sostener la imputación delictiva, no obstante, pese a todo, puede fracasar una imputación, de que el radio de acción del tipo, el fon de protección de la norma del tipo (es decir, de la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.) no comprende resultados como los que han producido; de que el tipo no está destinado a impedir tales acontecimientos. Para el Derecho penal lo correcto político-criminalmente es la limitación de la esfera de protección de la norma a los daños directos.

Mediante este criterio de imputación jurídico-penal, ha de valorarse si, conforme al radio de acción del tipo penal, la conducta es

(539) JAKOBS, Günther, *La competencia por organización en el delito omisivo*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1994, op. cit., p. 14 y ss.

aquella que la norma en realidad prohíbe o manda a realizar; y no los que aún conectados causalmente a la conducta del sujeto no entran dentro de los mismos. Por lo tanto, debe examinarse constantemente el desarrollo concreto del hecho causante del resultado antijurídico, respecto a si este desarrollo puede contarse entre aquellos que involucran la prohibición de la puesta en peligro transgredida por el autor, es decir, si existe la norma de conducta transgredida por el autor para prohibirla.

Casos en los que, a pesar de que el resultado es reflejo del riesgo producido, dicho resultado se sitúa fuera del ámbito de protección de la norma. Por ejemplo: la madre de A muere de un infarto al corazón al enterarse que su hijo fue muerto por B. La muerte de la madre no podría imputarse a B, por no ser el reflejo de un riesgo que pueda objetivamente imputarse al resultado lesivo producido.

2.6. Modalidad omisiva

Por regla general, el homicidio y sus derivados típicos pueden configurarse no solo a través de una acción, sino también a partir de una actitud omisiva (negativa); el tipo penal del art. 106° del CP hace mención al supuesto: «el que mata a otro», que en principio hace suponer una determinada actividad dirigida a la perpetración del resultado lesivo, entonces da lugar a un «hacer»; verbi gratia, quien jala el gatillo de la pistola, quien estrangula a la víctima, quien vierte el veneno en la bebida, quien hacer detonar una bomba en el vehículo que ha de conducir el agraviado, quien arroja al mar a una persona que no sabe nadar, etc.; son muchas las formas por las cuales activamente se puede lograr la muerte de una persona; no obstante, también aparecen modalidades omisivas, las cuales examinaremos a renglón seguido.

En un mundo regido por normas, se determinan ciertas prescripciones, ciertas obligaciones que recaen sobre esferas individuales de organización (roles), cuya contravención es sancionada por las

normas jurídicas; así, las normas jurídico-penales se configuran desde un doble baremo a saber: primero, de acuerdo a la estructuración de normas prohibitivas que exigen un no hacer al individuo, lo que implica la no realización de una acción que la norma espera evitar; y, segundo, la conformación de normas de mandato que, a la inversa de las primeras, exigen a determinadas personas la realización de una determinada conducta, a fin de estabilizar focos de riesgo con aptitud de lesión para los bienes jurídicos fundamentales, contando para ello con la figura del «garante»; estos deberes emanan de normas de Derecho público y privado (deberes familiares), esferas institucionales que constituyen ámbitos de organizativos de «actuar», por parte del sujeto obligado.

La posibilidad de evitar el resultado nace de la exigibilidad que se desprende de deberes sociales que son asumidos normativamente, tal es el caso, por ejemplo, de quien deja morir a un accidentado, sin tener que ver con el accidente fatal, no se le puede ser imputada responsabilidad penal a título de homicidio, a lo más por omisión de socorro o abandono de personas en peligro.

La imputación objetiva por «omisión», en cuanto al delito de homicidio, ha de colegirse conforme a la fórmula normativa que se contiene en el inc. 2 del art. 13° del CP (comisión por omisión), cuando a la letra dispone lo siguiente: «*El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: [...] 2. Si la omisión corresponde a la realización de un tipo penal mediante un hacer*».

Los delitos impropios de omisión (denominados así según la doctrina alemana) son la contrapartida de los delitos de comisión: su problemática sustancial consiste en establecer cuando no evitar el resultado resulta punible, pues equivale a la producción activa del mismo. La complicación estriba en que, a diferencia de los preceptos prohibitivos, en este caso no se identifica una conducta por parte del autor, sino su inacción, cuyo reproche se basa esencialmente en

un fundamento, pero con ello construimos la posición de «garante», lo que no es suficiente para establecer el vínculo de imputación delictiva, debemos inferir que el resultado lesivo acaecido (muerte), se pudo haber evitado con rayana seguridad si es que el agente hubiese realizado la acción salvadora; verbi gratia, el neonato que muere por inanición, pues la madre lo abandonó una semana, sin darle de lactar; el enfermero que se inhibe de dar una dosis farmacológica necesaria para la manutención de la vida de un paciente.

En el caso de los tipos penales por omisión, la relación de riesgo es en realidad hipotética, dado que no se puede establecer a ciencia cierta, que la acción del garante hubiese podido impedir la producción del evento dañoso. Hipotética, porque, en realidad, es imposible mantener que un resultado material pudo haber sido causado, en el sentido científico-natural del término, por un no hacer. Por ejemplo, el esposo que se abstiene de medicar a su cónyuge enferma y luego en la clínica los galenos señalan que de todos modos la muerte le habría sobrevenido.

Una seguridad probable y no científicamente demostrada, puede colisionar con el principio del *in dubio pro reo,* y supondría convertir delitos de lesión –que requieren constatar la efectiva relación del comportamiento con el menoscabo del bien jurídico– en delitos de peligro, puesto que para aplicar el homicidio consumado bastaría con verificar que la omisión ha creado o incrementado el peligro de producción de la muerte, pues no podría probarse que la acción debida hubiera llegado realmente a evitarla.

Deben concurrir, por ende, dos elementos: la posición de garante del sujeto obligado y que la actuación no realizada haya podido estabilizar positivamente el factor de riesgo.

De igual forma, se exige la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado con aptitud de lesión. La imputación de un resultado, sea este el material de lesión o incluso la mera puesta

en peligro, exige, en todo caso, que la omisión sea materialmente relevante; en otras palabras, que la verificación de la conducta homicida hubiera supuesto la evitación del resultado, en este caso la muerte, lo que dará lugar a la comisión por omisión u omisión impropia o, al menos, una disminución del peligro preexistente para el bien jurídico protegido, lo que comportaría un delito de omisión pura. Sin embargo, ha de convenirse que no es posible la materialización de este injusto penal, vía la fórmula de la omisión propia, pues convertiríamos a un delito de resultado en uno de peligro.

3. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

El homicidio, así como sus derivados (asesinato), son esencialmente dolosos, es decir, se requiere como esfera anímica del agente: conciencia y voluntad de realización típica, en cuanto el autor dirige su conducta, sabiendo y queriendo la eliminación de un ser humano, en lo que respecta al dolo directo. A lo cual debemos añadir, la admisión de un dolo eventual, cuando el agente sabe perfectamente que su comportamiento está generando un riesgo jurídicamente desaprobado, con aptitud de lesión para el bien jurídico protegido, en este caso, de que el mismo ha de alcanzar la muerte del sujeto pasivo; como es el caso del corredor de autos que, a pesar de observar a una debida distancia, a transeúntes que están cruzando la pista, no cesa en su conducción sino aumenta la velocidad, pues lo importante para él es ganar la competencia automovilística; lo que a efectos de imputación delictiva importa, es que sabía que su conducta podría, perfectamente, causar el evento lesivo –ello no le importó–, por tanto, actuó con dolo eventual. Para nosotros la base convergente entre todas las variantes del dolo, es el elemento «cognitivo» (conciencia del riesgo no permitido); y cuando el autor no conoce la efectiva virtualidad del peligro generado por su comportamiento, toma lugar la imprudencia.

La base cognitiva del dolo, ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, por lo que el autor debe saber que está eliminando una vida humana; solo es admisible el *error de tipo* cuando el agente yerra sobre el objeto del delito; por ejemplo, aquel cazador que, en un bosque donde se practica legalmente la cacería, dispara a matar a un ciervo, pero en realidad era su compañero que estaba mimetizado entre los arbustos. La naturaleza vencible o invencible del error, dependerá de los medios que contaba el agente para salir del mismo; verbi gratia, quien dispara a mansalva en un lugar abierto, sabiendo la concurrencia de individuos, de ninguna manera podría apelar a un error de tipo, como argumentación de defensa.

El elemento cognitivo, en caso del Homicidio agravado, debe cubrir también, los elementos que hacen del art. 106° del Código Penal, una desvaloración de cuya intensidad desplaza la valoración al art. 108°; por ejemplo, si el autor no es consciente que su acción homicida se ha configurado de forma alevosa, debe penarse su conducta a título de Homicidio simple, de acuerdo a lo previsto en el primer párrafo del art. 14° del Código Penal.

Como se ha señalado, el error *in personam*, es indiferente en el caso del Homicidio simple, lo importante es que la acción homicida del autor se concretice en una persona; igual en el caso del *aberratio ictus*, sin embargo, la resolución puede dar lugar a un concurso ideal de delitos, dependiendo del caso. En lo que el asesinato se refiere, solo cabría un reparo, en cuanto al recientemente incorporado art. 108°-A, al describir este que la víctima debe ser aquella que desempeñas las funciones públicas allí anotadas, por lo que si el autor yerra sobre la identidad de la víctima, podría darse en el caso del *error in personam*, un concurso ideal de delitos entre una tentativa de asesinato con un homicidio culposo por el resultado.

Las posiciones doctrinarias que se basan en teorías causalistas, tal vez otras llevadas a una acentuado «subjetivismo», sostienen que

al margen del dolo, se requiere de un denominado «*animus necandi*», de una motivación llevada a dar muerte a una persona. Postura incoherente con el principio de legalidad, por su innecesaria inclusión, al superponerse con el dolo y por ser incompatible con las bases dogmáticas que deben ser llenadas de contenido, conforme a decisiones político-criminales de cautelar la efectiva protección de los bienes jurídicos de raigambre penal. Su admisión valorativa, en algunos casos (elementos subjetivos del injusto), está condicionada a su presencia en la composición típica. Los elementos que dan lugar en el tipo subjetivo del injusto, deben ser probados en el proceso penal, empezando por el dolo, a lo que habría que sumar el referido «*animus necandi*», lo que, por su dificultad probatoria o dada la presencia de otros «ánimos», podría generar espacios de impunidad.

4. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

4.1. Homicidio por ferocidad, codicia, lucro o por placer

En el marco de las agravantes que se determinan por los móviles deleznables –con ferocidad, por lucro o por placer–, y en vista de la particularidad sustantiva que revelan las circunstancias que el legislador ha contemplado en el inc. 1 del art. 108° del Código Penal, es preciso elaborar un análisis por separado de cada una de ellas.

Estas circunstancias manifiestan una determinada actitud subjetiva, los móviles deleznables y/o fútiles –que pueden haber motivado al autor– en la eliminación de su congénere, que por su especial naturaleza evocan un particular juicio de imputación individual que, más que recoger una «peligrosidad objetiva», importan en realidad escudriñar en un análisis caracterológico propio de un Derecho penal de autor, esto, de cierta forma, determina términos de inimputabilidad, cuando se habla de homicidio por «placer» o por «ferocidad», que si bien pueden estar presentes en el momento del injusto, pueden resultar ajenos a un sistema de punición basado en el

acto; de tal suerte que la impugnación político-criminal y valorativa de la figura típica es más controvertida, pues en principio la precisión típica abstracta de elementos propios del juicio de reproche personal no pugna con la propia esencia de la culpabilidad por el hecho.

– ***El homicidio por ferocidad***

La primera de las circunstancias agravantes hace alusión normativamente a la «ferocidad», una terminología que evoca un signo demostrativo de manifiesto desprecio hacia la especie humana; cabe anotar, que el agresor, sin motivo alguno, o concurriendo una causa irrelevante, adopta una actitud de violencia extrema que se expresa en la eliminación de la vida humana.

El *homicidio por ferocidad* es uno sin causa, ha de verse como una actitud patológica del autor, quien sin razón alguna se determina volitivamente a cometer el acto de mayor reprobación social y jurídica: dar muerte a su congénere; lo cual, a vista de la sociedad, lo hace más peligroso. Pero la mayor necesidad de pena no hay que buscarla en la «peligrosidad social», sino en la actitud que tiene el sujeto sobre la vida humana, el móvil que desencadenó la voluntad criminal, esto es, reaccionar de forma violenta ante una circunstancia evidentemente desproporcionada e irracional.

Son casos de homicidio fútil o por *ferocidad* cuando se mata a alguien que no le «corresponde» sentimentalmente, a un colega por celos profesionales, al que no aceptó un trago que se le ofrecía, al que no colocó la música sugerida, a aquel que miró de forma desafiante, al conductor que le impactó el vehículo de lujo, al hincha de fútbol de un club distinto, al árbitro que erró y cobró un gol que no debía, entre otros múltiples casos. Mas en la hipótesis de quien, ante una agresión ilegítima de mínima entidad, reacciona violentamente, se dará un caso de legítima defensa imperfecta. Tampoco debe confundírsele con aquella circunstancia mediante la cual el autor da muerte a su víctima generándole dolores y/o sufrimientos innecesarios, pues

dicha circunstancia correspondería a lo previsto en el inc. 3 del art. 108° del Código Penal; en este caso no se está juzgando la forma de cómo el agente perpetra el hecho punible, sino los móviles que lo han determinado a cometer tan execrable crimen.

Esta finalidad debe basarse en motivos fútiles, deleznables, carentes de toda racionalidad delictiva –ausencia de objetivo definido, motivo insignificante–; la Sala Penal Transitoria, en la Resolución expedida en el RN N° 3517-2012 - Lima Norte, afirmó que:

> *El homicidio por ferocidad –sobre el que ha incidido la motivación de la sentencia recurrida–, de un lado, requiere que el sujeto activo mate a una persona sin motivo ni móvil aparentemente explicable –falta de un móvil externo y denota desprecio por la vida humana–; de otro lado, la ferocidad también se presenta cuando el agente actúa con ferocidad brutal en su determinación homicida –actúa por causas fútiles y nimias o insignificantes, lo que denota en él insensibilidad extrema–.*
>
> *[...] el factum de la acusación [...] no permite subsumir la conducta del primero en la circunstancia de ferocidad. [...] El móvil del delito fueron los celos y el resentimiento que el imputado tenía contra el agraviado por sus vínculos amorosos con su exconviviente. No se trata, pues, de un motivo inexistente o de una causa fútil o insignificante, sino de un sentimiento, ciertamente negativo y reprochable, que lo determinó a eliminar a quien era el centro de atención y vínculo amoroso de su exconviviente.*[540]

El mayor contenido de reprobación implica adentrarnos en la esfera anímica del agente, lo que de cierta forma genera cuestionamientos en cuanto a su justificación como circunstancia agravante bajo el paradigma de un Derecho penal del acto; empero, lo que interesa en realidad es la exteriorización de una conducta que se

(540) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. N° 56, febrero de 2014, op. cit., p. 156.

concretiza en la eliminación de una persona, los motivos pueden ser importantes tal vez para una mayor reprobación ética, pero no jurídico-penal.

– ***El homicidio por codicia***

La cotidianeidad de la vida muestra que el hombre emprende sus acciones motivado por la consecución de ciertos propósitos u objetivos. Desde una mirada de las estructuras lógico-objetivas, se sostenía que el individuo, al momento de realizar una determinada conducta, era impulsado por ciertas finalidades; lo contrario importaría predicar un automatismo, incompatible con la racionalidad intelectiva que determina las decisiones humanas. Si bien podría decirse que el hombre es libre, esto no es tanto así, porque ciertos condicionamientos estructurales y sociales lo hacen inclinarse a la realización de conductas que, lastimosamente, no siempre son nobles y honorables; es un hecho que las interactuaciones sociales gestionan y amoldan la personalidad del ser humano y no siempre lo conducen por el buen camino. Por consiguiente, cuando se expresa que ese individuo como ser natural o producto de la naturaleza, que le es dado «así» al Derecho como una realidad, es, con todo, también, indefectiblemente, un *ser social*, pues la especie humana solo existe y puede vivir en sociedad[541].

Es de verse, que la propia estructura humana hace que los individuos encaminen sus conductas al logro de ciertas metas, lo que es plausible y saludable, en la medida que ese impulso permite no solo la autorrealización de la persona humana, sino también el progreso de la sociedad.

Dirigirse conforme a sentido es, en definitiva, un rasgo esencial de la racionalidad humana que nos da luces de un elemento que penetra en lo más íntimo de la persona, en su psique, en su intelecto,

(541) GÓMEZ LÓPEZ, Jesús, *El Homicidio,* T. I, op. cit., p. 6.

aquella parcela donde se gesta todo el proceso decisorio; empero, no siempre son justos o legítimos los propósitos que animan a una persona a ejecutar un determinado comportamiento, ya que en estos pueden identificarse móviles abyectos, egoístas, propios de seres imperfectos, en definitiva pretenden hacer prevalecer sus intereses sobre los del resto.

La sociedad actual, a través de una dinámica socioeconómica vertiginosa –producto de la realización de una serie de actividades empresariales, comerciales industriales, etc.–, hace del hombre un ser animado por el afán de lucro, es decir, la obtención del éxito que, en buena cuenta, es alcanzar los fines más preciados por el materialismo humano. En ese proceder no siempre hará uso de medios lícitos, en tanto para algunos se debe lograr el objetivo a cualquier precio; de ahí que podamos identificar la «ambición», como aquella pretensión legítima de los hombres, de progresar, de hacerse de una riqueza ostensible, de destacar en determinadas áreas del conocimiento humano, así como alcanzar el poder político; mas cuando esta ambición desborda ciertos límites, cuando trasvasa cierto umbral, se convierte en un móvil deleznable que contradice las bases del pacto social, en tanto el hombre es preso de sus pasiones más oscuras, de su ambición ciega por la consecución de sus fines propuestos de antemano; [...] la gran mayoría de acciones injustas o delictivas son realizadas por individuos que sucumbieron al condicionamiento, pues quien alcanzó un grado importante de libertad difícilmente delinque –o lo hace con plena conciencia o por convicción–, pues la razón libre no le puede indicar el camino del injusto y del daño ajeno[542]. Aparece así la «codicia», un móvil que lleva al individuo a despreciar los valores más esenciales de la humanidad, por cuanto no le interesan los bienes que se puedan sacrificar, con tal de que se logre el objetivo trazado de antemano.

---

(542) Ibídem, p. 6.

La criminalidad es una de las manifestaciones más oscuras de la humanidad, porque a través de esta el agente irrumpe en los bienes jurídicos fundamentales de terceros, provocando un estado de desvalor que el legislador ha considerado para establecer su punición. Estas conductas pueden o no venir motivadas con determinados propósitos, con el logro de ciertas finalidades ulteriores, lo que amalgama estados anímicos que no condicen con los valores éticos de una sociedad basada en el respeto de los valores ajenos. Dichos «ánimos», «propósitos» o «intencionalidades» por lo general no son tomados en cuenta por la ley penal, para esta es suficiente que concurra una conducta humana sostenida en la voluntariedad y conciencia del acto ilícito (dolo), empero, en ciertas figuras delictivas se apela a dichos motivos –característicos de la *subjetivización del injusto*(543)– para imprimir un mayor desvalor en la conducta culpable, definiendo una circunstancia, si bien ubicable en la espiritualidad del autor, no por ello no identificable al momento de plasmar la conducta típica(544). Así lo consideró el legislador al momento de penalizar el asesinato por «*ferocidad, lucro o por placer*», denotando una actitud de franco desprecio hacia la vida humana(545).

Vemos, de esta forma, que los preceptos jurídicos quieren amoldarse a las diversas variantes en que se expresan las conductas delictivas y así poder dosificar una penalidad, atemperada a razones

(543) Vide, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte General,* T. I, Idemsa, 4ª ed., Lima, 2013.

(544) Señala SANCINETTI, que la separación del grupo de casos en los que el legislador hace referencia a los «motivos» por los cuales se comete el hecho, tiene por fundamento la circunstancia de que, precisamente, la conformación de la motivación de la voluntad de actuar u omitir, debería ser, en principio, un elemento ponderable al evaluar la *reprochabilidad,* es decir, en la *culpabilidad*; *Teoría del delito y desvalor de la acción,* op. cit., p. 337.

(545) La situación descrita cala perfectamente en el delincuente económico, cuyo ilícito accionar viene motivado por un desmedido afán de lucro, por la obtención de más capital o de más dinero, que se traduzca en un patrimonio significativamente ostensible.

de justicia y a los fines preventivo-generales de la pena. Vaya que resulta más reprobable aquel Homicidio que se perpetra para saciar una sed de implacable violencia, del Homicidio que se ejecuta para repeler una legítima agresión (putativa); es a tal efecto que la política criminal debe ser siempre contemplativa y valorativa a la vez, para así poder recoger nuevas expresiones de la delincuencia en la normatividad, con arreglo al principio de estricta legalidad.

Como es de notar, en los últimos años han acaecido una serie de asesinatos, cometidos en su mayoría por sicarios de dieciséis a veinte años, los cuales no vacilan en ultimar a sus víctimas para agenciarse de una recompensa dineraria de un tercero, por un instigador, quien pone en bandeja de plata la vida de una persona y le coloca un «precio». En esta modalidad de asesinato –por lucro–, como lo hemos sostenido, se advierte la presencia de dos personas: una que ofrece un precio al autor inmediato, a fin de que mate –generalmente a un pariente, un opositor político, un empresario que se negó al pago de un cupo, etc.–, y el otro, el ejecutor, individuo dispuesto a matar por el lucro. Sin embargo, esta modalidad delictiva no agota todas las aristas que pueden develarse en la vida social, como cuando el autor es impulsado por una ambición, en realidad extrema («codicia»), y la muerte al sujeto pasivo se convierte en un vehículo para conseguir su fin.

En el fondo, estamos ante una persona, cuyo afán de verse beneficiado económicamente lo lleva a degradar la vida humana, en buena cuenta, no le importa cegar vidas si esa es la vía para la obtención de dicha ventaja. La codicia, podríamos decir, es un estado de ánimo; el ánimo de lucro, en cambio, una mera intencionalidad[546]. Como bien se ha señalado, resortes anímicos a cuyos impulsos solo pueden matar los seres más apartados de las normas de convivencia social, puesto que el ánimo que impele a ejecutar el homicidio, por

(546) BUOMPADRE, Jorge, *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* I, op. cit., p. 129.

su especial perversidad, revela una personalidad depravada y egoísta, que no tiene el menor respeto por la vida de sus semejantes y que ha ejecutado su acto decidiéndose conscientemente por un motivo o causa que envilece al sujeto y lo muestra como capaz de cometer lo más abominables hechos por las razones más mezquinas y bajas[547].

Codicia, anota BUOMPADRE, no equivale a ánimo de lucro, aunque lo comprende. Lo primero revela un estado espiritual especial del individuo, de características más estables y de logros indeterminados, que requiere ser indagado en el interior del sujeto; lo segundo, en cambio, denota una circunstancia que incluso puede ser casual, surgida en el caso concreto y frente a situaciones específicas[548]. Si la codicia determina la forma agravada del homicidio, que se refleja en la pena, de manera que en que lo hace en nuestra ley, debe entenderse que es un impulso descalificante de tal gravedad que haga lógica semejante consecuencia, acota TERRAGNI[549].

En ambas circunstancias agravantes, en realidad, se verifica una determinada motivación, en cuanto a satisfacer una apetencia económica, donde la «codicia» imprime sentimientos más profundos del ser humano, más direccionados, que a diferencia del asesinato por lucro, no necesitan sino solo la presencia del ideador y del propio ejecutor del crimen, esto es lo que le reviste de particularidad a esta circunstancia de agravación, que llevada al campo procesal, tal vez, lo hace menos difícil de acreditación, al requerirse la sola participación del homicida codicioso. A diferencia del que mata por precio, no existe aquí un pacto entre el que cobra y el que paga por matar, porque nadie paga al autor, que en el homicidio por codicia obtiene el beneficio como consecuencia de la muerte de la víctima

(547) GÓMEZ LÓPEZ, Jesús, *El Homicidio...*, op. cit., p. 458.

(548) BUOMPADRE, Jorge, *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* I, op. cit., p. 129; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* T. IV, op. cit., p. 117.

(549) TERRAGNI, Marco, *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* II, op. cit., p. 208.

y no por el hecho mismo de haberla matado[550]. Es una suerte de autosatisfacción, movido el extremado afán de verse beneficiado económicamente.

A decir de la doctrina especializada, la codicia es sinónimo de una avidez de dinero que es traducible en él, que no hay reparos en matar con tal de satisfacerse; [...] se caracteriza por una distorsión de la personalidad marcada por una inclinación exagerada al lucro[551]. Es equivalente a avaricia, pues el codicioso pone en su balanza, de un lado el dinero y del otro la vida y no vacila en aceptar que el fiel se incline hacia el primero[552].

No es menos cierto, que delincuentes de tal naturaleza serán por lo general extremadamente cuidadosos en su accionar delictivo, por lo que obraran preferentemente de modo *alevoso.* No será un Homicidio por codicia, por ejemplo, si aquel mata a su deudor por no haberle pagado una deuda de ínfima cuantía, será en todo caso un asesinato por ferocidad.

La codicia debe ser el móvil de obrar, y esta se manifiesta con prescindencia de la entidad del resultado pretendido, pues aunque este fuese ínfimo no descartaría el encuadre propio del homicidio calificado y, por el contrario, demostraría el desprecio absoluto a la vida comparado con tan escasos beneficios. Que los obtenga o no, es algo que no tiene relevancia a los efectos de la aplicación del precepto, así como resulta indiferente que el sicario haga efectivo o no el precio del encargo[553]. FONTÁN BALESTRA, explica de este modo, que no ha de pensarse que la codicia se determina únicamente por el monto del beneficio, apreciado objetivamente; convergen para apre-

---

(550) FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* T. IV, op. cit., p. 118.

(551) MARÍN, Jorge, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 71.

(552) TERRAGNI, Marco, *Tratado de Derecho penal...,* op. cit., p. 208.

(553) Ibídem, p. 209.

ciar la agravante, las condiciones personales y económicas del autor, pues lo que para uno puede ser un beneficio sin mayor importancia, puede significar para otro haber obrado con apetito desordenado de riqueza[554].

En definitiva, lo que sostiene y fundamenta la agravante *in examine*, son los motivos que impulsan al homicida a dar muerte a su víctima, de tal bajo nivel estimativo de la vida humana, que hace de este un asesinato sumamente reprobable para la ley y la sociedad[555]. La codicia, dice NUÑEZ, se refiere a una característica especial del autor, vale decir, a su inclinación exagerada al lucro[556]. Por ende, mata y su acción entra en la agravante; el cual lo hace con el fin de tener una ganancia apreciable en dinero, siempre y cuando no sea una promesa previa al hecho, ya que de esta forma parte de otra agravante[557]. No basta, por consiguiente, el simple objetivo de lucro, sino que es necesario que el acto lucrativo denote, aunque sea de manera eventual, esa actitud espiritual[558].

Para ilustrar mejor, planteamos los siguientes supuestos: el agente que da muerte a su hermano para hacerse del total de la herencia de sus padres, siempre que se esté en la etapa de repartición de

---

(554) FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* T. IV, op. cit., p. 117.

(555) A decir de GÓMEZ LÓPEZ, la forma perversa se caracteriza por un predominio de los instintos con tendencia a la depravación, lo que no emana de la influencia hereditaria, sino de la educación e influencia del medio, pudiendo la educación ahogar el predominio de las tendencias instintivas; quienes se hallan bajo su pernicioso influjo son embusteros, amorales, no conocen la compasión, indiferentes a los sufrimientos del prójimo, duros y crueles, carecen de sentimientos sociales superiores, y por ello fácilmente pueden obrar por las razones más insignificantes y depravadas; no conocen los sentimientos de vergüenza, pues tienen acentuados déficit de bondad, por lo cual son malvados, antisociales, y se distinguen por su tendencia al daño y a la crueldad; *El Homicidio...,* op. cit., págs. 460-461.

(556) NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte Especial,* III, op. cit., p. 65.

(557) DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte Especial,* I, op. cit., p. 106.

(558) NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino...,* op. cit., p. 65.

los bienes y no sea todavía solo un derecho expectaticio; o aquel empresario que a fin de no repartir las utilidades de la persona jurídica con sus socios, les provoca la muerte; no así, el individuo que asesina a su acreedor para evitar el pago de su deuda, a menos que se trate de una suma cuantiosa y esté en posibilidades de sufragarla.

Si detrás de un probable fin codicioso, se esconde una mentalidad perversa del sujeto, y la víctima es objeto de una implacable ultimación, sería más adecuado calificar este hecho bajo la modalidad de «placer» o «ferocidad». Darle muerte al competidor, para asegurar el acceso a una plaza laboral, no resulta aplicable a esta agravante, al manifestar una intencionalidad que no se identifica con la «codicia»[(559)], mas si se ejecuta en una situación de plena ventaja del agente sobre su víctima, será de todos modos un Asesinato alevoso.

Conforme lo anotado debemos destacar lo que se ha fijado en la doctrina, en lo concerniente a identificar la codicia con un contenido estrictamente patrimonialista, en la medida de que dicha expresión, en su sentido semántico o técnico, equivale solo a dinero u otra ventajas que puedan ser traducidas económicamente, concepto que no permite su interpretación extensiva a otras situaciones diversas; menos aun cuando tal interpretación desmejora la situación del reo[(560)]. Puede ser dinero en sí mismo siempre que, por un lado, no importe un precio o una promesa remuneratoria, vale decir, que no sea objeto de un mandato homicida [...][(561)].

En síntesis, en el asesinato por «codicia» debe develarse una ambición desmedida del sujeto por hacerse de un beneficio económico, de satisfacer un apetito insaciable por la obtención de riqueza,

---

(559) GÓMEZ LÓPEZ lo identifica como un motivo «fútil»; *El Homicidio...*, op. cit., p. 462, que conforme nuestra *lege lata,* podría ajustarse a la finalidad ulterior de la «ferocidad».

(560) BUOMPADRE, Jorge, *Tratado de Derecho penal....*, op. cit., p. 130.

(561) NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino...*, op. cit., p. 65.

un ánimo que desborda todo umbral de racionalidad, al dar el autor más valor al dinero que a la vida humana.

Debemos señalar –a manera de conclusión– que un hombre puede cometer un crimen, impulsado por una serie de motivaciones, propósitos o finalidades de la más variada especie, cuya importancia en Derecho penal es incidir en un reproche de culpabilidad (imputación individual) de mayor intensidad; por tales motivos, dicha intencionalidad ulterior, ha de estar recogida en la normatividad para ser objeto de valoración en el marco de la imputación delictiva, ergo, si es esto no se da, devendrá únicamente como dato de orden psicológico, que, al quedar en la esfera personal del sujeto culpable, no es tomado en consideración al momento de la determinación e individualización de la pena.

Llevados los argumentos descritos al delito *sub examine*, vemos que el legislador los tomó en cuenta, cuando en el primer inciso reguló los factores: «ferocidad», «lucro» y «placer»; destacando el segundo de los nombrados, en la medida que la gran cantidad de homicidios que se cometen en el Perú, develan un asesino (sicario) que actúa motivado por la obtención de un fin lucrativo, que es ofertado por el mandante (instigador). Empero, la realidad criminológica muestra que existe otra finalidad que era cubierta por dicha «agravación», vale decir, a aquel agente que, impulsado ciegamente por una ambición desmedida a la riqueza, decide dar muerte a otro, configurando lo que ahora está establecido como asesinato por «Codicia»[562]. Por lo expuesto, consideramos un acierto del legislador el incluir esta causal, máxime cuando su acreditación probatoria es de más bajo estándar cognitivo en comparación al Asesinato por lucro.

---

(562) Incorporado vía Ley N° 30253, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de octubre del 2014.

– ***El homicidio por lucro***

Sin duda, el asesinato por «lucro», o dígase por recompensa es el que adquiere mayor facticidad en la sociedad actual. La imagen del sicario que da muerte a su víctima a cambio de un precio, muestra la careta de muchos crímenes que se cometen día a día en nuestra realidad. De ahí que se atiende a un motivo especial, a un fin que persigue el autor, llevado a más por su apremiante ambición desmedida de lucrar a costa de la eliminación de una vida humana. Enrostra una personalidad calculadora, cuya frialdad toma lugar cuando es inducido a eliminar a un individuo, en orden a colmar una pretensión puramente económica. Móvil egoísta que fue recogido por el legislador a fin de construir esta circunstancia agravante y contener la peligrosidad deleznable de matar por lucro y devaluar la vida humana a un propósito mercantilista.

El Asesinato por lucro –por tanto– hace alusión a un Homicidio agravado en razón del móvil que impulsa al agente la realización del evento antijurídico, es decir, de eliminar al sujeto pasivo a cambio de una recompensa, lo que deviene en un juicio negativo del reproche de culpabilidad, basado en el motivo deleznable que funda la deliberación delictiva del autor. El precio debe consistir en dinero o en una ventaja de índole patrimonial que se haga efectiva, y promesa remuneratoria; requiere una estipulación relativa al precio, pero esta debe ser futura[563]. Siendo que en esta figura del injusto de Asesinato, aparecen en el escenario dos personas: la que genera en la psique del agente la decisión de matar a una persona a través de la oferta pecuniaria y otra, que motivada por la obtención de una ventaja lucrativa, procede a eliminar a la víctima, desencadenando una desvaloración más intensa desde el punto subjetivo del delincuente.

En el Perú, a pesar de las aseveraciones de los gobernantes, el índice de personas –mayores y menores de edad– que han hallado en

---

(563) MARÍN, Jorge, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 70.

el «sicariato» su *modus vivendi* va en aumento; cada día más personas están dispuestas a matar por cualquier precio, lo que demuestra lo bajo que puede caer la especie humana al priorizar la obtención de una ventaja patrimonial o de cualquier índole. ¿Es que acaso el hombre no puede procurar la satisfacción de sus necesidades más elementales, mediante el trabajo digno y honrado?

La razón de ser de esta circunstancia y modalidad de asesino ha sido, en unánime sentir, la bajeza inherente a todo lo venal, explicándose así su desvinculación del mandato gratuito en que caben otras estimativas de mayor nobleza. Se pone de manifiesto un propósito abyecto, un móvil egoísta de quien emprende una conducta homicida, impulsado por la obtención de un beneficio o de una ventaja.

Cuestión importante a saber, es que el ejecutor material del asesinato necesariamente debe ser de un sicario, en el sentido de presentarse una relación mandante-mandatario. En la hipótesis de quien mata a otro sabiendo que dicha muerte le podrá reportar un beneficio económico –verbi gratia, constituyéndose en heredero– no daría lugar a la agravante en cuestión, vale decir, no cabrá apreciarla cuando la muerte del sujeto pasivo comporte necesariamente el beneficio, sino cuando se perciba una gratificación económica para la realización de dicha muerte, cuando «se cobre el trabajo de matar». El fundamento de la agravación reposa en los motivos que lleva al autor, dar muerte a su víctima.

Aspecto importante a destacar, es que el precio o dígase la recompensa no tiene porqué concretizarse antes de que se produzca el homicidio, pues debe entenderse que es la estimulación del precio lo que anima al autor a la realización típica del delito, pudiendo, por tanto, perfectamente tomar lugar la «promesa» de la entrega del dinero *a posteriori*, cuando ya haya acaecido la muerte del agraviado; dicha interpretación dogmática implica que aun cuando el mandante no cumpla con la entrega de la recompensa al mandatario, igual se

habrá configurado el delito *sub examine*, en atención a que el fundamento de mayor desvaloración radica en los móviles egoístas y deleznables que impulsan al agente proceder de esta forma antijurídica y no su verificable enriquecimiento. Lo importante en el ejecutor es el móvil de lucro(564).

En palabras de MUÑOZ CONDE, no basta [...] que el sujeto que mata reciba posteriormente una determinada dádiva por lo que ha hecho, sino que es preciso que lo haya hecho sobre la base de tal motivo(565). Así, en la doctrina especializada, al apuntarse que el precio debe consistir en dinero o en una ventaja de índole patrimonial, que se haga efectiva y promesa remuneratoria; requiere una estipulación relativa al precio, pero ésta debe ser futura.(566)

En el homicidio por lucro intervienen dos sujetos: uno, el ejecutor, realiza el hecho bajo estímulo de una recompensa; y, otro, que asegura impunidad con la mera disposición. Dicho esto, resulta importante determinar los ámbitos punitivos de responsabilidad individual: quien actúa desde atrás, provocando en el autor material la decisión de matar, es el denominado «instigador», quien con su obrar psicológico genera en el instigado el dolo de matar; en tanto que quien tiene el dominio del hecho es el autor (ejecutor) del homicidio –no la persona que lo determinó a tal deliberación delictiva (instigador)–, toda vez que sabe perfectamente que los hechos que emprende son constitutivos de un ilícito y que puede frustrar su realización típica si así lo decide, por lo tanto, no quepan dudas que tiene el señorío del dominio del acto. Situación diversa aparece en la autoría mediata, donde el hombre de atrás, a partir del dominio de la voluntad, es quien ostenta el dominio del hecho.

---

(564) D' ALESSIO, Andrés (Dir.), *Código Penal, comentado y anotado. Parte Especial,* op. cit., p. 14.

(565) MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial,* Tirant lo Blanch, op. cit., p. 54.

(566) MARÍN, Jorge, *Derecho penal. Parte Especial,* Hammurabi, op. cit., p. 70.

Se desprende del tenor literal de la agravante, que el fundamento del mayor reproche recae sobre el ejecutor material del delito, quien de propia mano da muerte al sujeto pasivo; requiriéndose, entonces, dos elementos: uno, de naturaleza subjetiva, referido al móvil que motiva al agente la realización del evento típico y, el otro, de carácter objetivo, dar muerte a la víctima, lo que no debe entenderse en términos «naturalísticos». Por tanto, la predisposición delictiva que determina el comportamiento de matar no es identificable en la persona del instigador, que al constituir un factor personal que recala en el instigado, no es extensible al primero. Como anota PEÑA CABRERA, la motivación por lucro es una circunstancia personal que caracteriza la disposición moral del delincuente y cuyo conocimiento por parte del inductor, que utiliza el precio para mover la voluntad del autor, no es suficiente para dar a su hecho una mayor reprochabilidad, pues es característica de la instigación que el instigador se valga de medios que movilicen el autor; por ello su reprochabilidad no debe verse aumentada solamente por el recurrir a estos móviles del autor.

A efectos de que la instigación pueda verse concretada en una coautoría, quien instiga al autor material del delito, debe sumar a su participación actos concretos en la etapa ejecutiva del *iter criminis*, mediando una aportación imprescindible para la realización típica, a fin de dar por cumplido el codominio funcional del hecho. Pero cuestión aparte es la instigación, que en este caso, al subyacer también en el instigador un móvil de lucro y/o de obtener cualquier ventaja, que generalmente se da en la *praxis* jurisprudencial, le sea extensible también la agravante *sub examine*. El instigador no es afectado por la circunstancia personal que hace del autor un asesino. Si se le pretende aplicar el art. 108° inc. 1 del CP, debe probarse que también ha actuado (instigado) por lucro; el art. 24° del CP, de todas maneras, establece que el instigador recibe la misma pena que el autor. La probanza del elemento subjetivo «por lucro» ha de ser acreditada en ambos (instigador - instigado).

El mandato que exterioriza el instigador debe ser cierto y determinado, claro y expreso; sin perjuicio de ello, puede suceder lo siguiente: primero, que el sicario se equivoque de víctima y, por error mate a otra persona; y, segundo, que se produzca una desviación del curso causal, en el sentido de que inducido pretenda matar a Luis, pero el proyectil cambie de trayectoria y alcance a Jorge; ambas cuestiones generan las siguientes inferencias: que en los delitos de homicidio –excluyendo al Parricidio– basta con que se de la muerte de una persona, la identidad de la víctima no es un elemento constitutivo de los tipos penales de homicidio, por lo que de igual forma, asume el inductor responsabilidad penal por la causación de dicha consecuencia lesiva. En el caso del *aberratio ictus*, si se adopta la postura de que de todos modos cabe la imputación por un delito doloso consumado, no habrá problemas para fundamentar la responsabilidad penal del inductor; en cambio si se asume un concurso ideal entre tentativa de homicidio doloso con homicidio culposo por el resultado, solo cabrá la imputación delictiva al instigador, por tentativa de homicidio doloso, pues la instigación solo es reprimible a título de dolo.

Finalmente cabe indicar, que el instigador únicamente ha de responder por aquello que impulsó a perpetrar; es decir, si Juan instiga a Pedro a matar a Lucía, no puede responder por la muerte y/o lesiones de otras personas, que pueda haber acometido Pedro, es lo que se denomina como «prohibición de exceso»; a menos que Juan haya quedado en claro, que la muerte de Lucía ha de realizarse al costo que sea, a costa de la vida de quien se oponga a ello, pues ha de recordarse que en la instigación no ha de estar necesariamente determinada la identidad de la persona.

– ***El homicidio por placer***

Otra circunstancia a examinar la constituye el homicidio por «placer», que, al igual que la causal de ferocidad, tiene vínculo estrecho con la esfera anímica del autor, con los móviles que lo han

impulsado a dar muerte a la víctima. En efecto, por el elemento normativo denominado «placer» habrá que entender el regocijo, el deleite, el gusto en la consecución de un determinado fin, que habrá de satisfacerse cuando el autor comete la muerte de su ocasional víctima. Aparece una suerte de aplacamiento de un sentimiento sórdido, el morbo del sujeto cuando logra su cometido carente de toda razón, al igual que el homicidio por ferocidad. Podría ser el caso de aquel que, emulando a un personaje de ciencia ficción, en un determinado lugar público, provoca la muerte de la mayor cantidad de personas que se le cruce en el camino, todas inocentes, a las cuales ni siquiera conoce, es decir, la identidad de la víctima le interesa muy poco, sea esta anciana, joven, hombre, mujer, etc.; tal es el caso de inenarrables sucesos que acaecen en países de Centro y Norteamérica.

El homicidio por placer fue incorporado con oportunidad de la sanción del art. 1° del Decreto Legislativo N° 896 del 24 de mayo de 1998, Ley que incorporó los delitos agravados en el *Corpus* Punitivo, Ley desprovista de una técnica legislativa adecuada, apuntando únicamente a una respuesta política penal ante una criminalidad imparable. Según lo anotado en el homicidio por ferocidad, no advertimos sustento alguno para que se haya incorporado esta circunstancia más llevada al subjetivismo, inapropiado con las bases legitimadoras de un Derecho penal democrático. En todo caso, no bastará que se acredite el dolo de matar, sino que será necesario verificar la concurrencia de un ánimo de naturaleza intensificada –el placer de matar–, que también devela un desprecio hacia la vida humana. Se tratan de motivos especiales, señala en cuestión MEZGER, o en palabras de WELZEL, «sentimientos particularmente reprobables». El Código Penal suizo de 1937, en el art. 112° señalaba que: «*Si el autor ha matado en ciertas circunstancias o con una reflexión que ponen de manifiesto un ánimo particularmente reprobable o su peligrosidad, será castigado con reclusión perpetua*».

4.2. Homicidio para facilitar u ocultar otro delito

Esta figura agravante tiene que ver con una profesa intencionalidad del autor, por cuanto se utiliza el homicidio para facilitar u ocultar otro delito; circunstancia que revela un mayor desprecio por la vida humana, a la que considera un obstáculo para sus fines estrictamente criminales, expresado en el factor final que impulsa la perpetración del hecho por parte del agente. La agravante se da en atención al aspecto subjetivo de la conexión, ya que el hecho no se subsumiría en este tipo legal si el agente no tuvo el propósito conexivo en el momento de matar.

La circunstancia agravante *sub examine* ha de corresponderse con la denominada «vinculación delictiva», que se revela en la esfera anímica del autor, quien para allanar, eliminar los obstáculos existentes en su plan criminal de perpetrar otro hecho punible o para cubrir de impunidad uno que ha cometido, decide eliminar la vida su congénere. Este es el denominado «*criminis causa*», que anteriormente se conocía con el nombre de *latrocinio*, cuyos alcances en el Derecho antiguo se restringían al homicidio cometido con fines de lucro.

Tal como se ha expuesto anteriormente, en el marco de un Derecho penal del acto, la reacción punitiva ha de medirse conforme a un doble baremo a saber: el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, en cuanto a la desobediencia normativa que ha de manifestarse en una concreta lesión o aptitud de lesión de un bien jurídico penalmente tutelado, de acuerdo a la objetividad de la antijuridicidad material. A lo cual se agrega el nexo anímico, que se funda en el dolo o en la imprudencia. Los especiales propósitos, intenciones, deliberaciones que haya de perseguir el autor en el emprendimiento criminal no deben tomarse en cuenta al momento de fundamentar la legitimación de la respuesta penal, si bien pueden provocar una mayor reprobación ético-social, aquello no es suficiente para convalidar una sanción punitiva de mayor intensidad. En este caso, solo debe interesar que el autor eliminó una vida

humana de forma injusta, conociendo ello o como producto de una infracción del deber de cuidado; pues parece que el codificador se alejó de los propios argumentos que proclamo en la Exposición de motivos del Código Penal, para adentrarse en una subjetivización del injusto, en cuanto a la construcción de circunstancias agravantes.

– ***Homicidio para facilitar otro delito***

La primera hipótesis hace alusión a «facilitar otro delito», esto implica que la vida de la víctima constituye un muro infranqueable que debe eliminarse a fin de que el autor pueda cometer el delito que ambiciona. Es así como se persigue allanar cualquier tipo de obstáculo humano que de forma fáctica impida de uno u modo al agente cometer un determinado hecho punible.

Al hablar de la ejecución de un Homicidio agravado para facilitar la realización de otro, es de notar que este factor final devela que el delito que se pretende cometer es exclusivamente doloso, descartándose por ende el injusto imprudente y, por otro lado, la comisión de una falta, siguiendo de forma estricta el principio de legalidad material. En el caso de la hipótesis del delito preterintencional, no habría mayor problema en admitirlo, siendo que la base inicial de dicha construcción normativa se rige por un factor final: dolo, verbi gratia, si el agente atentó contra la integridad física de una persona (guardaespaldas) en su afán de matar a otra y producto de las lesiones se produce una muerte no dolosa pero previsible.

El delito que se pretende cometer no necesariamente ha de haberse dado inicio, en cuanto al emprendimiento criminal, menos aún, que se compruebe su estado consumativo, no olvidemos que el fundamento de la agravación reposa en una constelación meramente subjetiva, lo que se está sobrepenalizando son los motivos deleznables del autor; empero, el asesinato, por lo menos debe de haber alcanzado el grado de tentativa. Eso sí, el delito que

se pretende acometer, debe ser de posible realización, verbi gratia, si el autor mata a su víctima para luego agredirla sexualmente, no cabe apreciar la agravante en cuestión –no es factible atentar la libertad sexual de una persona muerta (delito imposible), para ser considerado sujeto pasivo se requiere de una persona viva–. Aspecto a distinguir, es que las circunstancias concomitantes no hayan sido favorables para poder concretizar su plan criminal ulterior, que para el legislador no es óbice para configurar la hipótesis criminal.

El autor puede actuar de forma personal, es decir, él mismo, luego de haber matado a la víctima, puede emprender la acción que da lugar a la comisión del segundo delito o, en su defecto, actuar de forma concertada, sea en coautoría o en el marco de una organización criminal; verbi gratia, Susan da muerte a Sharon para que Charles pueda ingresar al domicilio y sustraer joyas de aquélla. No se daría la agravante *sub examine*, cuando la configuración de un tipo penal comprende dos acciones que de forma separada constituyan figuras delictivas independientes. En el Robo agravado el empleo de violencia física o amenaza grave subsumen en su accionar a las Coacciones o Lesiones, las cuales han de ser valoradas de forma conjunta con el acto de desapoderamiento que sufre la víctima.

Otro punto a destacar, es que tampoco podría darse esta agravante, cuando producto de la sustracción de un bien mueble, mediando violencia –Robo agravado–, acaece la muerte de la víctima, siendo esta previsible y evitable. Inferencia parecida, habrá que hacer con respecto al delito de terrorismo, previsto en el Decreto Ley N° 25475 –y sus modificatorias–, pues la configuración de estado de alarma, zozobra o temor en la población, ya se encuentra comprendido normativamente en la composición típica así, como el atentado contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, entre otros.

– ***Homicidio para ocultar otro delito***

La segunda hipótesis del art. 108° inc. 2 del Código Penal se refiere al ocultamiento de otro delito, implica, por tanto, que habiéndose cometido un delito (antecedente), se perpetra el homicidio (consecuente) para cubrir de un manto de impunidad al primero. La calificación *sub examine* comprende tanto el propósito de ocultar *strictu sensu*, vale decir, cuando el otro delito no es conocido, como la procura de su impunidad, en donde siendo conocido el delito, es desconocida su autoría.

Ejemplo clásico es el de la muerte del vigilante de una tienda a manos de un ladrón, que al ser descubierto apropiándose de una serie de objetos –delito inicial (Hurto)– desencadena la decisión criminal del asesinato –delito consecuente–. No se exige un nexo de inmediatez delictiva entre uno y otro delito; por ejemplo, el administrador que es detectado haciendo fraudes contables, luego de unos meses de producido y para ocultar las evidencias da muerte al auditor que lo pilló. Sin embargo, el nexo subjetivo ha de aparecer siempre acreditado en esta agravante, no basta la relación objetiva, que se haya cometido un homicidio ulterior a cualquier otro delito, debe verificarse el ánimo subjetivo; no habrá que apreciarse únicamente un concurso real de delitos, la coincidencia temporal en la comisión de dos hechos punibles no resulta razón valedera para dar por acreditada la agravante. La conexión subjetiva es necesaria en el sentido más estricto de la expresión, el carácter específico es precisamente el aspecto subjetivo de esa conexión, dado que esta es una figura inaplicable si en la conciencia del autor, en el momento del hecho, no estuvo presente el motivo de preparar, facilitar y ocultar otro delito o procurar la impunidad mediante el homicidio o el despecho motivado por el fracaso de un intento criminal.

Se configurará la agravante si el autor, por ejemplo, a fin de procurar la impunidad del ultrajo sexual que acometió contra una menor, la mata y esconde el cadáver; en este caso no se produce una

conflicto aparente de normas penales, sino un concurso real de delitos, el hecho de que el asesinato se haya cometido para esconder su horrendo crimen, no deja de lado la configuración de la figura delictiva antecedente –en cuanto al atentado contra la intangibilidad sexual–; no puede decirse que esta agravante comprende o subsume la violencia sexual, esto vaciaría el contenido esencial a un bien jurídico tan importante como lo es la indemnidad sexual, máxime, si el tipo penal, previsto en el art. 173° del CP, recibe una pena mayor con respecto a la tipificación penal del art. 108°.

El delito antecedente que se pretende ocultar, esconder, evitar sea de conocimiento de las autoridades, puede ser un de tipo doloso, preterintencional e inclusive culposo; verbi gratia, quien lesionó de forma culposa a a una persona en un accidente de tránsito, a fin de evitar ser descubierto le causa la muerte y luego se da a la fuga; en cambio, si de forma imprudente ocasiona su muerte habrá solo homicidio culposo. El delito a ocultar puede que solo haya alcanzado un estado de imperfecta ejecución, no puede dejarse de lado que la tentativa también es punible. Debe descartarse que el acto anterior sea constitutivo de una falta.

El acentuado carácter subjetivo de tal circunstancia, impone como consecuencia que la agravante subsiste, aun cuando el sujeto esté equivocado acerca de la relación real que guarda su homicidio con el otro delito o con la impunidad. Puede, en consecuencia, ser absolutamente disparatada; por ejemplo, la idea de que matando un testigo se logrará la impunidad, sin tener en cuenta que existen otras muchas pruebas que lo incriminan.

Añádase a lo anteriormente dicho, que el delito que se pretende ocultar debe haberse concretado tanto en el aspecto subjetivo como objetivo; verbi gratia, quien cree erróneamente haber matado a una persona y para no ser descubierto da muerte a otra; en este caso, al ser un delito imposible, no podrá configurarse la agravante

en cuestión, pues el ocultamiento debe corresponder a un hecho punible realmente cometido; en tal virtud, la tipicidad se encuadra en el tipo penal del art. 106° del Código Penal.

De igual forma que la circunstancia agravante anterior, no es necesario que la muerte se haya producido o que se haya dado inicio a los actos ejecutivos, bastando para ello que luego de la comisión del primer delito se exterioricen actos demostrativos que unívocamente revelen dicha intencionalidad, lo que no es en realidad empresa fácil.

4.3. Homicidio con gran crueldad o alevosía

Siguiendo las circunstancias agravantes glosadas en el art. 108° del Código Penal, se desprenden aquellas que evocan la forma de cómo se perpetra el asesinato, en este caso con «gran crueldad» o «alevosía».

– ***Homicidio con gran crueldad***

Al someter a análisis esta circunstancia, hemos de advertir en ella una particular forma de realización típica, cuyo desvalor del injusto radica en los padecimientos y dolores inhumanos que el autor provoca a la víctima en el marco de la ejecución típica constitutiva del Homicidio agravado; lo cual se expresa en la siguiente máxima latina: «*ita feri ut se mori sentiat*» (mata de tal manera que sienta morir). La víctima es sometida a un trato cruel, ergo, esto repercutirá en el juicio de imputación individual, generando una respuesta punitiva más drástica. Es por ello que también el término «inhumano» hace referencia a la especial perversidad del sujeto y acerca a esta calificante a un problema de culpabilidad del carácter.

Nos inclinamos por reputar a esta agravante como un elemento que agrava el desvalor del injusto. Como afirman los doctrinarios: considerando a la culpabilidad como capacidad de motivabilidad normativa disminuida, entonces tales elementos de la actitud interna (criticables o no) no tienen que ver con la culpabilidad, sino que

cofundamentan, agravan o disminuyen el desvalor subjetivo (a veces subjetivo-objetivo) de la acción y determinan la clase y gravedad del tipo; son, por lo tanto, también elementos subjetivos del tipo o del injusto. De no ser así, se estarían penalizando determinadas actitudes del sujeto que lindan más con una culpabilidad de autor que con una culpabilidad de acto, insostenible en un Derecho penal democrático; que de forma aguda trasuntan en un aspecto ya más patológico de la persona, que apuntaría a una declaración de «inimputabilidad».

Para afirmar la presencia de esta circunstancia no es sufriente, por ejemplo, que se haya inferido un número considerable de heridas como medio de ejecución del homicidio, pues habrá de adicionar una intencionalidad específica de generar un mayor sufrimiento en la persona del sujeto pasivo. Si el autor se excede en los golpes que propina para asegurar el resultado «muerte» o se excede en la forma de cometerlo, no será posible afirmar esta agravante; lo que se requiere es que los dolores inferidos por el autor a su víctima sean «innecesarios», marginales a los que logren la perfección delictiva. No se dará la agravante *in examine*, si como consecuencia de las torturas que se produjeron a efectos de lograr una confesión, deviene la muerte del sujeto pasivo, cuando esta no fue la intención del agente, adecuándose la conducta al segundo párrafo del art. 321° del Código Penal (tortura seguida de muerte).

El dolor puede ser tanto físico como psíquico y ha de manifestarse en el transcurso de la ejecución típica del homicidio, pues si es posterior no se podrá subsumir la conducta; por ejemplo el caso de aquel individuo, que luego de haber dado muerte a su víctima la descuartiza; esto es distinto a que realice tal conducta estando aún con vida la víctima y los sufrimientos o padecimientos sean exteriorizados. En efecto, solo cabe el ensañamiento sobre un cuerpo vivo, estando excluidos del mismo los comportamientos posteriores a la muerte y, en particular, no podrán computarse como calificantes los actos de cercenamiento del cadáver para encubrir el hecho cometido.

La Sala Penal Transitoria, en el RN N° 2924-2009-Cajamarca, afirmó que: «*La crueldad en el asesinato aparece como un plus o como una adición a la acción de matar que se expresa en el causar al sujeto pasivo un padecimiento innecesario, ya sea por el empleo de ciertos medios o por la ejecución del hecho de un modo determinado, debiendo comprobarse la innecesariedad en la producción de los males, de tal modo que el hecho de matar albergue tras de sí la ejecución de ciertos actos que a la vista de la consumación del asesinato resulten superfluos e inútiles*»[567]. Asimismo, la propia Sala Penal Suprema en el RN N° 2403-2010-Ayacucho, expresó:

> *No se acreditó la agravante de crueldad, pues la causa de la muerte fue asfixia por ahogamiento sin la concurrencia de otras acreditaciones de conducta que revelen un ánimo perverso en el encausado: la presencia de una conducta destinada producir un sufrimiento inhumano y deliberado a la víctima –dolor y males innecesarios– que evidencie un ánimo de crueldad. No configura esta agravante la producción de cualquier mal innecesario para conseguir el resultado muerte, sino solo aquella actuación que aumente el dolor y sufrimiento de la víctima con propósito homicida.*[568]

La modalidad típica de la «gran crueldad» se manifiesta, por tanto, cuando el agente realiza actos en la etapa ejecutiva del delito, que provocan un grave sufrimiento a la víctima y que eran innecesarios para que el primero pueda lograr el éxito de su plan criminal. El dolo del autor abarca el de matar concurriendo con el de causar un dolor innecesario para lo cual elige determinado modo[569]. No quedará excluida la aplicación de la agravante en aquellos supuestos en que para conseguir las finalidades últimas del autor, tales como ven-

---

(567) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. N° 28, diciembre de 2010, op. cit., p. 150.

(568) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. N° 35, mayo de 2012, op. cit., p. 164.

(569) MARÍN, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 67.

ganza, satisfacción de odios y pasiones, etc., resulten consustanciales a la acción.

La doctrina pone en debate si la «gran crueldad» puede darse de forma omisiva, es decir, sin mediar la realización de una determinada acción; verbi gratia, quien echa a su víctima sobre una fiera salvaje (un león) que lo ataca de forma brutal, ante ello no hace nada y, en efecto, la otra persona muere. Sería en realidad un homicidio comisivo, valiéndose de un objeto, que a todas luces sería una autoría inmediata. Por otro lado, si la muerte es provocada mediante un veneno letal, que propicia dolores a la víctima antes de morir la conducta sí se adecuará a esta figura, teniendo en consideración que la agravante específica de «veneno» ha sido suprimida.

– ***Homicidio con alevosía***

En lo concerniente el homicidio «alevoso» –también se le denomina o equipara a la «perfidia»– importa la forma de cómo se comete el injusto: bajo traición, tomando el menor riesgo posible. Como es de notar, la mayoría de homicidios habrían de ser denominados «alevosos», toda vez que, por lo general, el autor ejecutará su conducta procurando tener éxito, siendo que en su plan criminal difícilmente ha de advertirse un homicidio directo (anunciado) y bajo las mismas condiciones o ventajas. Tal es el caso del sicario, que si bien suele amenazar o atacar frontalmente, la inmediatez, la sorpresa y el instrumento del del delito con que actúa lo vuelven también alevoso. En síntesis, se exige que el agente cometa el hecho delictivo empleando en la ejecución medio, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurar el resultado, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder el ejercicio de la defensa por parte del ofendido.

Se sostiene que la alevosía supone «premeditación», es decir, la planificación previa, antelada y fría de cometer el delito, pero no siempre será así, los factores concomitantes que rodean al suceso

pueden cambiar el plan criminal del autor de forma intempestiva. El asesinato por alevosía puede darse en cualquier momento, el hecho puede iniciarse como simplemente homicida y convertirse en asesinato en su transcurso, o bien, a la inversa, puede iniciarse como alevoso y terminar siendo simplemente homicidio; ergo, no puede afirmarse con generalidad absoluta, que la alevosía presuponga necesariamente la premeditación.

Algunos ejemplos de asesinato alevoso acaecen cuando el autor da muerte a su víctima mientras ella está durmiendo o cuando se encuentra en un probable estado de indefensión, pues lo que hace de un homicidio uno alevoso, es el particular estado del sujeto pasivo. Lo que lo hará presa fácil de las intenciones homicidas del agente es su vulnerabilidad, el no poder hacer uso de mecanismos de defensa, lo cual fundamenta la agravación.

La Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 1555-2011, señaló lo siguiente:

> *La alevosía es una agravante mixta, pues no solo requiere de un ánimo o móvil que le dé una especial reprochabilidad a la acción, sino también de ciertas notas externas que singularicen al homicidio. La alevosía consiste en utilizar un medio de ejecución de especial intensidad para consumar el hecho (utilización de medios asegurativos), que por su naturaleza o el contexto en que se presentan, no permiten que la víctima se defienda o pueda repeler el ataque (aprovechamiento del estado de indefensión de la víctima), lo cual implicará, como contracara, que el autor haya realizado un homicidio sin riesgo propio. Los imputados aprovecharon para realizar sus conductas (interdependientes y conjuntas) una situación de especial indefensión de la víctima, pues esta no podía utilizar ninguna de sus piernas (ni la izquierda porque le servía de apoyo, ni la derecha porque la estaba levantando en dirección del palco 130) y tampoco sus manos (porque estaban siendo utilizadas como apoyo y contraimpulso, junto*

con su pierna izquierda) para repeler las acciones de los imputados; de manera que, al no poder usar los únicos medios de defensa con los que se podía haber neutralizado el ataque, se encontraba totalmente a merced de los imputados. Al realizar ambos acusados las acciones de levantar la pierna derecha del agraviado y empujarlo, respectivamente, no solo aprovecharon la situación de especial vulnerabilidad en que se encontraba la víctima, sino que además configuraron, conjuntamente, un plus de vulnerabilidad, pues el levantamiento de su pierna izquierda hacia arriba por parte de Roque Alejos (pierna que le estaba sirviendo de apoyo) lo dejó en una situación de mayor vulnerabilidad (pérdida de equilibrio de la acción) que sirvió para que Sánchez -Manrique Pancorvo lo empujara sin resistencia alguna.[570]

Por su parte, la Sala Penal Transitoria, en el RN N° 2917-2010-Callao, dejó sentado que:

Los dos encausados y otros tres sujetos no identificados planearon quitarle la vida al agraviado, previo acuerdo común, debido al sentimiento de venganza que guardaba uno de ellos porque mantenía una relación sentimental con su ex conviviente. Los sujetos en forma insidiosa aparecieron ante el agraviado, premunidos con armas de fuego, eliminando sus posibilidades de defensa y le dispararon entre cinco y siete oportunidades; en este contexto, se aprecia que ambos encausados cometieron en coautoría el asesinato con alevosía.[571]

Del mismo modo, la Sala Penal Suprema en el RN N° 2027-2010-Cusco señaló que:

Las pruebas de cargo acreditan que el encausado intentó matar al agraviado con alevosía, porque premeditadamente planificó la ejecución del delito, asegurándose que aquél se encontrara solo, y valiéndose

(570) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. N° 57, marzo de 2014, op. cit., p. 118.

(571) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. N° 36, junio de 2012, op. cit., p. 125.

de medios adecuados para lograr su objetivo –armas punzocortantes–. Además, bajo el argumento de que era perseguido por unos sujetos, provocó que el agraviado diera la espalda y se asomara a la puerta del inmueble, instante en que se le acercó y le encajo dos cuchilladas en la espalda a la altura del tórax, sin posibilidad de que la víctima pueda sustraerse del ataque.[572]

El asesinato mediando «alevosía», por tanto, es aquel en que la víctima se encuentra en total estado de indefensión, lo cual es aprovechado por el autor para perfeccionar su crimen con libertad y desprovisto de obstáculos que puedan impedir la muerte de su víctima y ser detectado por terceros. En esa línea, la doctrina sostiene que no es indispensable la ausencia total de posibilidades de resistencia, pues la agravante es compatible con la posibilidad de una resistencia mínima en contra del ofensor, procedente de la actividad de la víctima o de un tercero, que deban o puedan oponerse a la agresión[573]. La alevosía requiere también en el autor, un obrar sin riesgo para su persona, aprovechando la oportunidad, la circunstancia o los medios utilizados; es decir, resulta indispensable que dicha situación de ventaja haya sido buscada, aprovechada o procurada por el autor[574].

De lo anteriormente señalado podría deducirse que la alevosía consta de hasta cuatro requisitos: a) *Normativo*, pues solamente pueden aplicarse a delitos cometidos contra las personas; b) *Objetivo*, que radica en el *modus operandi*, y ser refiere al empleo de medios, modos o formas en la ejecución, tendentes a asegurarles, eliminando cualquier posible defensa de la víctima; c) *Subjetivo*, pues el agente ha de haber buscado intencionadamente –o al menos haberse aprovechado conscientemente– la supresión o insuficiencia de cualquier

(572) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. N° 35, mayo de 2012, op. cit., p. 161.

(573) D'Alessio, Andrés (Dir.), *Código Penal comentado y anotado*, op. cit., p. 11.

(574) Marín, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, José Luis Depalma Editor, op. cit., p. 68.

tipo resistencia del ofendido; y d) *Teleológico*, pues ha de comprobarse si en realidad, en el caso concreto, se produjo efectivamente una situación de total indefensión.

Se han vertido objeciones a la agravante, como la siguiente: ¿Cabe reprochar al agente, el haber procurado la realización del delito, con seguridad en su concreción?, pues por regla general, quien ha decidido cometer algún delito tomará todas las providencias que el caso requiera para así llegar a la perfección delictiva sin contratiempos. Eso más que romanticismo trasnochado –difícilmente concebible en esta esfera de conductas– constituye un simple «castigo al listo». Asimismo –como se ha señalado por la doctrina–, para apreciar la concurrencia de la alevosía no se precisa constatar la traición ni tampoco la cobardía, porque, de hecho, un ataque por la espalda puede ser simplemente la expresión de una mente pragmática que no quiere arriesgarse a la hora de acometer a su víctima, a tenerse que enfrentar con otro individuo de muy superior fortaleza física.

Incluyendo criterios rectores a fin de poder revestir de legitimidad a esta agravante, debe verse que el homicidio alevoso no puede ser identificado con una crimen que se logra acechando a la víctima, sino que las formas de ejecución deben desencadenar un mayor contenido de desvalor del injusto penal, lo cobarde que expresa el hecho mismo en su perpetración, de que el ofendido se haya visto completamente mermado en su posibilidad de defensa.

Del Rosal Blasco apunta que desde el punto de vista de una interpretación teleológica, la exigencia de un efectivo aseguramiento de la ejecución por haberse anulado la defensa que hubiera podido oponer el sujeto pasivo es ineludible y dota de un mínimo de sentido a la agravante. Subjetivamente, la circunstancia requiere el empleo intencional de los medios, modos o formas de ejecución, de manera que tiendan directa o especialmente a asegurar la muerte evitando los riesgos de la defensa.

Por lo expuesto ha de concluirse que, no se exige motivación especial en el ánimo del sujeto activo, sino que basta con que este busque la situación favorable, la conozca y la aproveche o quiera aprovecharla; en otras palabras, que conozca de la situación propicia y favorable para cometer con éxito y seguridad el plan delictivo; basta, por tanto, con la concurrencia del dolo, como esfera anímica del agente.

4.4. Homicidio por fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas

Conforme al análisis desarrollado en la presente capitulación, hemos puesto de relieve los motivos, los especiales ánimos (deleznables) que impulsan al agente a cometer el crimen de asesinato, así como el modo de ejecución que ha de revelar una mayor desaprobación jurídico-penal, que se expresa en el mayor desvalor del injusto típico. Renglón seguido, el legislador ha incluido también agravantes que se fundan en el medio empleado, en este caso nos referimos al fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas, según lo establecido en el inc. 4 del art. 108° del Código Penal.

– ***Homicidio por fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas***

El legislador incluyó medios que hacen del homicidio un asesinato, esto es, cuando se efectúa con fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de las personas. De primera impresión, parece dar cuenta de un concurso ideal de delitos: Homicidio simple y de peligro común, concretamente el contemplado en el art. 273° del Código Penal, que a la letra dispone: «*El que crea un peligro común para las personas o los bienes mediante incendio, explosión o liberando cualquier clase de energía, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años.*»– figura

delictiva que es reprimible a título de dolo, pero de acuerdo a lo señalado en el art. 278° *in fine*, también resulta penalizable la variante a título de culpa.

Los tipos penales de peligro común tienen su razón de ser en cuestiones de política-criminal, dirigida esta a adelantar las barreras de intervención del Derecho punitivo a estadios previos de lesión, bastando, entonces, solo la aptitud de poder vulnerar bienes jurídicos de particular relevancia, como la vida, el cuerpo y la salud de las personas. Sin embargo, no la consideramos una justificación político-criminal valedera para sustentar la necesidad de mantener la agravante *sub examine*, al margen de que la resolución vía el concurso ideal de delitos, importe una reacción punitiva de menor envergadura, que aplicando la dosimetría penal que se contrae del inc. 4 del art. 108° del Código Penal. Lo cual, de cierta forma, se apareja con la modificación que experimentó el régimen del concurso ideal de delitos –vía la sanción de la Ley N° 28726 del 9 de mayo del 2006– que permite aumentar la pena por encima del marco penal imponible.

El fuego ha de provocar una llamarada suficiente que ponga en peligro la vida o la salud de otras personas, puede ser el ejemplo de cuando se prende una casa habitada por dos víctimas, pretendiéndose dar muerte a ambas, pero la extensión inevitable de las llamas hacia la casa contigua pone en riesgo la incolumidad física de los vecinos.

El peligro ha de ser considerado, desde una perspectiva *ex ante*, lo suficientemente idóneo para poder provocar la muerte o la lesión de una persona y verificable *ex post*. Pueden darse dos hipótesis: primero, si la extensión de las llamas producen en realidad la muerte o lesiones graves de otras personas, estamos ante una concreción de resultado lesivo, que habría que cotejar con la esfera anímica del áutor, si concurre por lo menos un dolo eventual con respecto a la muerte de las otras personas, sería un concurso ideal homogéneo de homicidios simples, tal vez alevoso, no pudiéndose apreciar

la agravante en cuestión, y si los resultados lesivos producidos no fueron abarcados por la esfera cognitiva del agente, pero si son previsibles darían lugar a un concurso de delitos entre un Homicidio simple doloso con un homicidio o lesiones culposas, dependiendo de la características resultativas. Sin embargo, si la extensión del fuego o digamos también de la explosión, que puso en peligro concreto la vida y/o salud de otras personas, obedeció a una conducta negligente de alguna de las víctimas, se quiebra el nexo de imputación delictiva, bajo una consideración estricta de imputación objetiva (autopuesta en peligro a propio riesgo) en cuanto a los ámbitos de delimitación de responsabilidad.

En el presente caso, la muerte de una persona es la meta perseguida por el autor y al usar un medio de virtualidad dañosa como el fuego o explosión, debe comprender el tipo subjetivo del injusto; es decir, el dolo, el saber que el empleo de dicho medio puede generar un peligro concreto para la vida y/o salud de otras personas, al menos ha de estimarse dolo eventual. Si dicha esfera cognitiva del peligro creado, mediante la conducta que genera el peligro jurídicamente desaprobado, no concurre, no existirá posibilidad de admitir esta agravante.

Otro presupuesto es que la puesta en peligro (concreto), de la vida y/o salud ha de recaer sobre dos o más personas, de conformidad con una interpretación literal de la agravante en análisis. Aplicarle fuego a una persona directamente y sin peligro para los demás ni para los bienes, constituiría, si se quiere, *sevicia*; pero no este delito; si concurren el peligro concreto sobre la vida o salud de varias personas, no es necesario que se haya consumado el homicidio, bastará con la forma de imperfecta ejecución.

Finalmente, la tipicidad penal de esta agravante, ha de reputarse como «abierta», pues el juzgador habrá de llenarla conforme a un criterio valorativo, de que el «medio empleado», sea susceptible de

poner en peligro la vida y/o salud de otras personas, desde un doble baremo a saber: *ex ante* y *ex post*. Estos medios a que se refiere el epígrafe, pueden ser el descarrilamiento, la inundación, el lanzamiento de fieras sedientas de sangre contra un grupo de personas con el fin de matarlas.

– ***La supresión del asesinato mediante veneno***

Toda figura delictiva cobra vigencia en determinado contexto histórico-social. La ley penal es sancionada en mérito a una descripción sociológica que manifiesta un estado de desvalor sobre un bien jurídico, bajo el auspicio de una repulsa colectiva generalizada. De suerte que las diversas variantes del injusto penal que se van incorporando a la legislación, son fruto de las coyunturas, de la necesidad de incriminación de conductas portadoras de una alta dosis de lesividad. Esto forma parte de la política criminal adoptada, cuyas características esenciales son el dinamismo y la renovación en la valoración, tanto desde un plano de *lege lata* como de *lege ferenda*.

Puede decirse entonces, que las diversas acriminaciones son resultantes de un proceso codificador sustentado básicamente en la descripción actual de la sociedad, en ciertas actividades humanas que en su cotidianeidad expresan una conflictividad que merece ser contenida por la violencia institucional que significa el Derecho penal.

Visto así las cosas, las figuras delictivas responden, por tanto, a contextualizaciones de diversa índole, por lo que pasado cierto tiempo, y a través de una acusada revisión, se puede definir su abrogación de los Textos punitivos. Mas ello no implica –en lo que a la circunstancia *in examinen* respecta– que el asesinato en general haya perdido vigencia actualmente, puesto que ello jamás sucederá mientras no se cultiven los valores más esenciales, más altruistas de la humanidad; sino que el modo en su perpetración, en lo referente al «veneno», ha caído en desuso; sabedores que dicho supuesto del injusto apareció en épocas pretéritas, donde no se contaban con formas más sutiles

para eliminar a la víctima, así lo advertimos de la revisión de fuentes históricas, que recogen pasajes, por ejemplo, de las monarquías del Imperio romano, donde se daba muerte al enemigo o al ser amado mediando veneno[575].

Hoy en día, en una sociedad envuelta en la modernidad y en constante desarrollo económico, científico, etc., quienes son protagonistas de estos eventos delictivos usan por lo general armas de fuego –revólveres, pistolas, fusiles, etc.–, los más avezados, como los terroristas, detonan explosivos –TNT, RDX, Pent, granadas, etc.– con aptitud para matar a una pluralidad de personas. En todo caso, como acota TERRAGNI, cuando el Derecho penal comienza a adquirir la forma moderna con la que actualmente conocemos, la atención se centra más que en la calidad de la sustancia, en la manera insidiosa de actuación[576] [577].

Lo que ha hecho el legislador, mediante la supresión de esta circunstancia de agravación del asesinato –a través de la Ley N° 30253– es sustraer del ámbito de punición, una modalidad que tiempo atrás cayó en desuso; en su lugar puede perfectamente encuadrarse el hecho bajo el asesinato alevoso u otra de las agravaciones comprendidas en el art. 108° del Código Penal.

La circunstancia *sub examine* determinaba que el veneno *habría de ser capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas*, no bastaba con verificar que el deceso fuere producto de la injerencia

(575) La tradición del envenenamiento, acota TERRAGNI, como forma más grave del homicidio bien de lejos: los romanos examinaron el tema a partir de la clasificación de «*venenum bonus*» y «*venenum malus*», que les permitió definir el envenenamiento como el homicidio cometido con el veneno malo, aquel que hacía pernicioso las sustancias a las que era aplicado; *Tratado de Derecho penal...*, op. cit., p. 193.

(576) TERRAGNI, Marco, *Tratado de Derecho penal...*, op. cit., p. 193.

(577) No en vano la legislación penal argentina hace alusión a que el veneno ha de significar en su comisión un *procedimiento insidioso*.

del veneno procurado por del agente, sino que, a la vez, esto haya implicado la puesta en peligro (concreto) de la vida o salud de otros individuos[578]. Por lo tanto, el desvalor no solo se identifica en el modo de perpetración del homicidio, sino también en el alcance lesivo de sus efectos antijurídicos. En ese sentido, se afirma en la doctrina nacional, que el plus de agravación de esta modalidad de asesinato tiene residencia en la creación de riesgo para otros, como denominador común de la agravante[579]. Se constata, por consiguiente, tanto un incremento del desvalor de la acción –*ex ante* se produce una mayor peligrosidad objetiva de la acción por el empleo de medios con capacidad no solo de hacer más probable el resultado muerte, sino la generación de un plus de peligro para otros bienes jurídicos–, como el desvalor del resultado –desde la perspectiva *ex post,* del empleo de los referidos medios resulta no solo la muerte, sino la creación de un plus de peligro efectivo–[580].

Como lo hemos mencionado en otro foro[581], lo cuestionable de esta hipótesis de agravación, no solo con respecto al veneno, es que si el desvalor se cifra en el modo de cómo se comete el homicidio –revelador de una mayor peligrosidad–, no tiene por qué sumarse el otro dato, que, en todo caso, ya supone una valoración concursal con un delito de peligro común[582]; mas es sabido, que esta técnica legislativa es patente en el legislador nacional, dado el afán de querer abarcar normativamente todos los sucesos que pueden sobrevenir de

---

(578) De ahí que Félix TASAYCO indique que, si se mata sin la circunstancia del peligro común, dado el carácter insidioso del medio, podremos estar frente a un homicidio calificado por alevosía al haberse colocado a la víctima en una situación de indefensión; *Delitos de homicidio,* op. cit., p. 233.

(579) Loc. cit.

(580) DIEZ RIPÓLLES, José, *Las formas agravadas de homicidio: Problemas de fundamentación,* en *Delitos contra la vida e integridad física,* op. cit., p. 278.

(581) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. I, 2ª ed., Idemsa, Lima, 2014.

(582) Así, TERRAGNI, Marco, *Tratado de Derecho penal...,* op. cit., p. 200.

una determinada conducta delictiva, sin considerar que estos implican una afectación de otros intereses jurídicos[583].

En resumidas cuentas, existe siempre la necesidad de adecuar la norma a las descripciones sociales, esto es, el referente criminológico debe marcar la pauta de la política criminal, por lo que la supresión del *veneno* como forma de acometer el delito de Asesinato, responde a la delictuosidad de este tiempo, donde estos agentes emplean medios más sofisticados para perfeccionar su plan criminal; siendo el mayor desvalor, en todo caso, el estado de indefensión o de vulnerabilidad de la víctima, dando lugar al asesinato alevoso –encajaría perfectamente en el inc. 3 del art. 108° del Código Penal–; o si el autor hace uso del veneno para inferirle sufrimientos innecesarios al sujeto pasivo, se configuraría también el asesinato con gran crueldad. Lo otro significaría caer en una redundancia, que no abona en una técnica legislativa apegada al ámbito estricto de la legalidad.

5. ANTIJURIDICIDAD

El análisis global del injusto no se agota de ninguna forma con la tipicidad penal, de acuerdo a las vertientes objetiva y subjetiva, pues resulta necesario escudriñar los diversos componentes que se comprenden en la esfera de la antijuridicidad, concretamente, si la lesión del bien jurídico y/o su puesta en peligro obedeció a la concurrencia de un precepto permisivo, de una autorización jurídica, el cual hace que la utilidad social que ello propone sea preponderante a la afectación que ha sufrido el bien jurídico. Su presencia incide en el plano de valoración, en tanto el comportamiento a pesar de ser típico, es lícito, al estar amparado por un precepto autoritativo que prevé el orden jurídico. El injusto penal, entonces, implica la realización del tipo penal y la ausencia de causas de justificación. Entre las causas de

(583) Diez Ripólles, José, *Las formas agravadas de homicidio: Problemas de fundamentación,* en *Delitos contra la vida e integridad física*, op. cit., p. 279.

justificación de mayor relevancia surge la legítima defensa, que en el ámbito del homicidio tiene una aplicación inobjetable, por lo que se manifiesta que dicha justificación nace precisamente en este delito.

La defensa de los derechos fundamentales y la autotutela del orden jurídico son dos presupuestos que conjugados, permiten a un ciudadano ejercer una acción defensiva, en orden a repeler una agresión ilegítima y no verse menoscabado en la integridad de sus intereses jurídicos más importantes o en defensa de un tercero. No es que el Derecho conceda a los individuos la potestad de ejercer venganza de propia mano, nada de eso, en un Orden democrático son las agencias estatales las encargadas de combatir la criminalidad; mas en este caso, por motivos circunstanciales, se faculta a los ciudadanos a ejercer una violencia –necesaria y proporcional– cuando los custodios del orden se encuentran imposibilitados de realizar la acción defensiva. Entonces, solo como último remedio los ciudadanos se encuentran revestidos con tremenda facultad que puede significar la muerte de un congénere. En este caso se valora más la vida del agredido que la del agresor, no porque aisladamente contempladas pueda ser así, que no puede serlo, sino porque a aquel le asiste la autoafirmación del Derecho.

Conceptualmente definimos a la *legítima defensa*, como la causa de justificación que reviste a los ciudadanos del derecho a repeler agresiones ilegítimas, susceptibles de lesionar los bienes jurídicos personalísimos, siempre y cuando estas agresiones sean reales, inminentes y no provocadas por quien ejerce la acción defensiva, necesarias para fortalecer la vigencia efectiva del orden positivo y el fin preventivo de las normas jurídico-penales. La la legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla.

Por tanto, debe quedar claro que la procedencia de la legítima defensa se encuentra supeditada a la concurrencia de ciertos presupuestos que inciden en su legitimidad (art. 20° inc. 3 del Código Penal): agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente; a lo que debemos añadir la presencia del elemento subjetivo de la causa de justificación. Cuestión importante a destacar, es que su admisibilidad está condicionada a la protección de aquellos bienes que se constituyen en el soporte material de la persona humana: la vida, el cuerpo, la salud y la libertad individual en toda su extensión (la libertad sexual entre ellas), como bienes predicables de primer relieve en un Orden democrático de Derecho, entre otros intereses jurídicos que se puede abonar también su defensa. En lo que atañe al homicidio como manifestación de la legítima defensa, solo cabe su admisión cuando la vida, el cuerpo y la salud están en juego, de acuerdo al principio de proporcionalidad; su posibilidad en defensa del patrimonio es en realidad discutible.

El medio empleado debe medirse no de forma descriptiva, sino a partir de las cualidades de quien realiza la defensa, los instrumentos que contaba en su momento, la edad, así como las características del sujeto agresor; no se requiere de una similitud material. Sin duda la proporcionalidad del medio no habrá que comprobarla *ex post*, sino que habrá que evaluarla al momento de los hechos (*ex ante*). No se admiten las acciones a todas luces desproporcionadas, producto de un irrazonable carácter frenético, descontrolado, que por el motivo más nimio, hace desencadenar las reacciones más violentas.

Aparece luego, el *estado de necesidad justificante* (art. 20° inc. 4 del Código Penal), cuando la necesidad por proteger un interés jurídico preponderante, deviene en imprescindible el sacrificio del de menor interés valorativo; y es que la Ley Fundamental glosa una serie de bienes jurídicos, desde la vida, el cuerpo, la salud, el honor,

la familia, la propiedad, etc., que guardan una determinada correspondencia jerárquica, siendo que entre ellos puede producirse un conflicto, que para Ley penal debe ser resuelto bajo la causa de justificación *sub examine*. El estado de necesidad justificante se sostiene entonces, producto de un conflicto de bienes jurídicos de distinto valor jerárquico; cuantificación valorativa que surge de la prelación que dichos bienes detentan –tanto desde un punto de vista social, como jurídico–, a diferencia, del estado de necesidad disculpante que opera ante el conflicto de intereses jurídicos de igual valor.

Dicho ello, ¿cómo podríamos, por tanto, apelar a esta justificante, en el caso del Homicidio?, ¿es que acaso, existe un bien jurídico que esté por encima de la vida humana?, –dejando de lado, por motivo de espacio, lo que sucede en el caso del aborto terapéutico–. De ahí que quepa señalar, que adoptamos una posición diferenciada en lo que el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad disculpante se refiere, pues solo en este último la vida puede ser afectada, a efectos de salvaguardar otra vida. Ciertamente, afirmar la teoría de la unificación es la culpabilidad, sería afirmar que el Derecho es indiferente frente a los propios bienes jurídicos que protege, sería una contradicción con toda la teoría del injusto; concluimos, por ende, que el estado de necesidad justificante en este ámbito de la criminalidad no tiene operatividad alguna.

No menos relevancia se desprende del *ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo* (art. 20° inc. 8 del Código Penal). La realización plena del Estado de Derecho supone a veces la legitimación de ciertos actos de coacción, de injerencia en los derechos fundamentales, a fin de salvaguardar la seguridad pública o el bien común. El principio de autoridad, mejor dicho, la obediencia del orden jurídico, requiere de ciertas fuerzas del orden (interno) dirigidas especialmente a cautelar la seguridad de todo el colectivo, evitando desbordes de violencia que hayan de desestabilizar el Sistema democrático de Derecho. Si se trata de actuaciones lícitas, autorizadas por el orden legal, deben ser

consideradas como preceptos permisivos, como una causa de justificación que elimina la antijuridicidad penal de la conducta. Empero, su cauce como precepto autoritativo, está firmemente condicionado, a la concurrencia de una serie de presupuestos, de límites imprescindibles, en orden a evitar que esta violencia institucional «lícita», se convierta en un arma de represión ciudadana, es lo que distingue un Estado de Derecho de un Estado de Policía. Erigir los principios de proporcionalidad y de prohibición de exceso, resulta consustancial, para impedir que se vacíen los derechos fundamentales en su contenido esencial.

Los parámetros –anotados– se vuelven aún más rigurosos cuando de la vida humana se trata, en efecto, cabe resaltar, que no existe ningún derecho de matar o a lesionar por parte de los efectivos policiales o de los agentes militares, como de forma irracional se ha pretendido establecer en la inclusión del inc. 11 al art. 20° del Código Penal –por efectos del Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio del 2008–, modificado (ampliado) por la Ley N° 30151 del 13 enero de 2014, que, en resumidas cuentas, ya no obliga a los militares y policías a emplear sus armas reglamentarias, ni seguir protocolos de protección de derechos fundamentales cuando, en ejercicio de sus funciones, sea necesario lesionar o matar. ¿Es importante proteger a los efectivos legalmente? Sí, pero las razones en las que podían actuar afectando la vida –bajo eximentes– ya estaban cabalmente previstas en el art. 20°.

La vida humana siempre debe ser sacrificada en el último de los casos y solo si otras vidas humanas se encuentran en grave riesgo de ser lesionadas. Habrá que tener en cuenta no solo la necesidad racional de la misma, sino además, y sobre todo, que su empleo no produzca consecuencias más perjudiciales que beneficiosas a partir de la escala de valores propiciada por el ordenamiento jurídico; tomando en consideración los intereses jurídicos que se ponen en juego, así como la ausencia de otros medios menos lesivos para poder controlar

la situación de riesgo, hablamos en todo caso de «situaciones de extrema necesidad». En otros términos, solo se podrá usar precisamente el grado de violencia necesario para conseguir la salvaguarda del interés superior; grado de violencia y necesidad que habrán de ser medidos de conformidad con las circunstancias peculiares de cada caso.

Acontecen, entonces, situaciones extremas que importan a su vez una reacción estatal extrema, esto es, la eliminación de un individuo cuando se encuentre en un riesgo concreto de lesión bienes jurídicos fundamentales. Piénsese en desgraciados sucesos comunes o de terrorismo con toma de rehenes, en los que la vida y la libertad de terceros inocentes son puestos en un peligro inminente. Ya ante tal hecho el Estado ha de poder dar una respuesta adecuada. En algunos supuestos, lamentablemente, el disparo doloso mortal sobre los delincuentes es la única forma de ponerlos fuera de combate.

En resumidas cuentas, la aplicación de este precepto autoritativo en el caso del homicidio es excepcional, en caso de situaciones extremas, siempre entendiéndola como última ratio. Debiéndose descartar, en este caso, el ejercicio legítimo de un derecho, por parte del juzgador y de quien ejecuta la orden (ejercicio de un oficio), en cuanto a la pena de muerte, pues es sabido, que según nuestro ordenamiento positivo común, no se encuentra reglada la sanción capital, al margen de la legislación penal militar.

El consentimiento, previsto en el art. 20° inc. 10 del Código Penal, es también un precepto autoritativo, que en algunos injustos opera como una causal de atipicidad, cuando el orden jurídico concede a la libre determinación del sujeto pasivo, los efectos de eliminar el carácter penalmente antijurídico del comportamiento. Como causal de justificación en el marco de los delitos de homicidio, propone una gran discusión, de índole no solo dogmática, sino político-criminal, filosófico, religioso, etc.; por ejemplo, en el homicidio piadoso.

6. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En un principio gobernaba –marco de la atribución delictiva–, respecto a la individualización de los aportes de cada uno de los intervinientes, una teoría formal-objetiva, por lo que solo aquel que de propia mano realizaba la conducta típica podía ser considerado autor a efectos penales; verbi gratia, quien dispara el arma, quien mata a golpes a la víctima, etc. Sistema de atribución delictiva a todas luces incapaz de ofrecer soluciones dogmáticamente correctas a la variada constelación de casos que puede presentarse en la facticidad de la realidad social. De ahí que el art. 23° del Código Penal haya recogido una visión amplia de la autoría, pues autor en el caso del homicidio no es solo quien de forma directa (natural) realiza la acción típica, sino también quienes de forma concertada y con el codominio del hecho, contribuyendo de forma decisiva en la etapa ejecutiva del delito, cometen el homicidio, sea que uno reduce las capacidades de defensa de la víctima, mientras el otro es quien da el tiro de gracia; se habla entonces de una coautoría, que debe verificar también la concurrencia del tipo subjetivo del injusto. En cuanto al caso de quien realiza el tipo penal a través de otro (autoría mediata), será explicado líneas adelante.

En lo referente al título de codelincuencia, se exige la comprobación de datos e información que determinen que el inculpado participó de forma efectiva en la etapa ejecutiva del delito mediando una aportación esencial e insustituible, sin esta materialidad no se habría podido perpetrar el hecho; es así que se manifiesta en toda su esencia el codominio funcional del hecho como presupuesto de configuración de la coautoría. No basta, entonces, un pacto previo de alcance intelectual, sino que el coautor debe emprender una acción inequívocamente orientada a dar muerte a la víctima, sea disparando un arma de fuego o sujetándola (a la víctima) –anulando su capacidad de resistencia– para que su coautor pueda desplegar con toda libertad la actividad lesiva, esta acción contribuye claramente a la eliminación del ofendido.

La teoría del «dominio del hecho», en cuanto estructura material-objetiva, toma lugar para desplazar una teoría formal-objetiva, incapaz de generar estructuras lógicas de imputación delictiva, más allá de una descripción literal del tipo penal; pues en definitiva para matar a alguien, no es necesario apretarlo del cuello o descargar sobre él una ráfaga de balas; ello importa una visión naturalista de los verbos típicos –comprendidos en las tipificaciones penales–, en tanto que en una perspectiva material incide en una interpretación teleológica de los tipos penales y supone, a su vez, la extensión de autoría a sujetos que, sin haber participado directamente en la realización típica, asumen responsabilidad penal, pues el delito es una obra que se le atribuye a su esfera de dominio, en cuanto se aprovecha de algún defecto o desconocimiento de los hechos que dan lugar a la configuración típica por parte del «hombre de adelante»; el «hombre de atrás» es en definitiva quien tiene el dominio del hecho. Los conceptos naturalistas sufren una transformación teleológica cuando son asumidos por la ciencia jurídica. El entendimiento cabal de los tipos penales importa su deducción a partir de un sentir normativo.

El autor no necesita cumplir por sus propias manos –señala WELZEL– el hecho en cada una de sus fases, sino que se puede servir para ello no solo de instrumentos mecánicos, sino también poner para sus fines el actuar de otro, en cuanto solo él posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo. Se habla en estos casos, tradicionalmente, de autoría «mediata». Autor mediato es el que admite que otra persona, de la que se sirve como instrumento, realice para él mismo, total o parcialmente, el tipo de un hecho punible. Dicho así, la *autoría mediata* supone la intervención de dos sujetos: uno que ejecuta formalmente el tipo penal, sin saberlo o incurso en una forma de inculpabilidad y el otro que, sin realizar de forma fáctica el hecho en sí típico, tiene el dominio del hecho pues solo de él y no del instrumento depende la concreción típica. El autor mediato tiene el dominio del hecho, porque consigue la instrumentalización de una persona mediante la utilización de medios ante situaciones

que inciden directa o indirectamente sobre aquella y cuya actuación determina la comisión del delito.

En síntesis, la autoría mediata se caracteriza como «dominio de la voluntad»: alguien realiza un tipo penal pero no de propia mano, sino mediante otra persona que le sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro y, por lo tanto, es designada como «herramienta» en manos de este.

En las estructuras criminales que se constituyen al margen del Derecho y en aquellas que se gestan de las propias entrañas del poder estatal, se manifiestan elementos criminológicos muy complejos, que hacen de estas organizaciones un iceberg muy duro de enfrentar para la política criminal de los Estados. La historia –ya de forma repetida– nos muestra como dictadores o jefes de Estado, aprovechando la posición de dominio que le confiere la estructura de gobierno, conforman un aparato criminal dedicado a cometer una serie de delitos, desde injustos que afectan el erario público, hasta crímenes atroces contra la humanidad. Descripción criminológica que no es ajena a las organizaciones subversivas, quienes propagan el terror sobre los bienes jurídicos de la sociedad civil, que nada tienen que ver con sus demandas supuestamente reivindicativas, organizaciones delictivas que no dudaron en cegar vidas de inocentes y de propiciar el atraso socioeconómico que actualmente enfrenta los Estados, en particular el Perú. De igual forma, sus mandos superiores jerárquicos no se manchaban los manos de sangre, pues quienes ejecutaban los crímenes eran los órganos inferiores, mientras los primeros impartían las órdenes desde su escritorio, por lo que la decisión de cometer el plan criminal estaba asegurado de antemano.

Fue Roxin, quien con el propósito de resolver los casos del Nacionalsocialismo, estructuró esta variable de autoría mediata, tercera forma de ejecución del tipo que no es de propia mano, y que designaremos –dice el maestro alemán– como «dominio de voluntad

mediante un aparato de poder organizado». Se trata del caso en que alguien sirve a la ejecución de un plan de ejecución de una organización jerárquicamente organizada. El dador de la orden puede renunciar, coaccionar o a engañar al autor ejecutante inmediato, pues el aparato, en caso de un incumplimiento, tiene suficientemente a otros sujetos a disposición que pueden asumir la función de tal ejecutante –explica Roxin–. Por ello también es característica de esa forma de autoría mediata que el hombre de atrás habitualmente ni siquiera conozca de manera personal al ejecutante inmediato. En este aparece el «autor de escritorio», quien si bien no participa por sí mismo en la ejecución del hecho, es el verdadero señor del acontecer, en la medida en que las estructuras de organización que él utiliza le aseguran que sus disposiciones serán llevadas a cabo por «instrumentos» sustituibles a discreción.

Por lo expuesto, quienes tienen el dominio del acontecer típico, no son los autores ejecutores (materiales) de la realización típica, sino aquellos que se sitúan en los niveles de mayor jerarquía de la organización, es decir, quienes ostentan el verdadero poder de la red criminal que, a partir de sus propias estructuras internas, tendrán como seguro que sus órdenes serán cumplidas, conforme a la cadena de mando que se desprende de aquella; por esta razón, los autores de «adelante», que si bien actúan con dolo (instrumento doloso), no tendrán nunca el dominio del hecho, pues en su esfera de organización individual no está nunca dicha potestad, sino en la «voluntad suprema», que guía su quehacer delictivo, en otras palabras, solo en los líderes o jefes superiores de dichas organizaciones. El dominio sobre el ejecutor que permite considerar al sujeto de detrás autor mediato, no es un dominio directo –y no puede serlo desde el momento en que el hombre de detrás ni conoce a quien domina–, sino uno indirecto, pero suficiente, tan igual al que se tiene sobre los restantes elementos de la maquinaria, que se logra a través del dominio directo sobre el aparato.

En resumidas cuentas, la ejecución de la orden se asegura por su propia configuración interna (vertical) y de acuerdo a las propias reglas que rigen la vida orgánica de estas estructuras criminales; no habría tampoco infracción alguna al principio de legalidad, pues el art. 23° del CP para nada exige que el hombre de adelante obre responsablemente. La objeción más clara refiere a los órganos ejecutores especializados, esto es, determinados individuos que, por sus conocimientos especiales sobre cierta materia (*know how*), no pueden ser reemplazados fácilmente por la organización, por lo que tendrían en sus manos la posibilidad de frustrar el plan criminal; en este caso habría que dar cabida a una coautoría. Al respecto señala airosamente ROXIN, que el dominio de la organización tampoco ha sido elaborado para tales casos singulares, sino para los hechos que se basan en situaciones que se repiten de manera parecida y que son ejecutables por personas fungibles, tal como es el caso de los asesinatos por los nazis en campos de concentración y los disparos en el Muro de Berlín. En virtud de ello, «[...] *podemos concluir que será de vital importancia en materia de autoría mediata, la existencia de una estructura organizada de poder, ello por cuanto un superior conservará el dominio de la acción usando para tales fines dicha estructura. De esta manera, es claro que el autor mediato será aquel que tenga el poder de ordenar y conducir el sistema sobre una voluntad indeterminada, ya que cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producir*»[584].

Dicho así, la autoría mediata en las estructuras organizativas de poder, permite acentuar la naturaleza material y normativa del hecho de la responsabilidad penal, desplazando de forma definitiva a la naturaleza formal-objetiva de faz naturalista, cuyos alcances restrictivos propiciaban un estado flagrante de impunidad, sobre todos aquellos que sin participar físicamente en la realización típica son,

(584) Sentencia expedida en segunda y última instancia por la Corte Suprema chilena, a favor de la extradición del expresidente Fujimori en septiembre de 2007, fundamento nonagésimo séptimo.

qué duda cabe, responsables de los delitos que se cometen en el aparato criminal, pues tienen el dominio de la organización, únicamente en su decisión está, pues, la posibilidad de que se ejecute el delito y, de forma contraria, la frustración de la realización típica, donde los ejecutores materiales del delito, son más que esbirros ejecutantes, que pueden ser sustituidos o reemplazados en cualquier momento, en tal virtud, estos últimos nunca tendrán el dominio del acontecer típico, por lo que no se puede tratar de una inducción ni tampoco de una coautoría, como han pretendido sostener en otras tribunas de la doctrina internacional.

Dicho lo anterior, la autoría mediata –en estructuras organizativas de poder– constituye un paso fundamental a la construcción de criterios de imputación en realidad «normativos», de contenido esencialmente «material», dejando de lado posturas excesivamente «formalistas», cuya rigidez conceptual no permite extender la imputación delictiva a quienes sin haber cometido de propia mano la realización típica, son los que asumen el dominio del hecho, tal como se desprende de la autoría mediata; en este caso, quienes valiéndose de la posición privilegiada que le confiere la posición de mando, controlan la ejecución de los planes criminales que han de dirigirse desde la cúpula de la organización. Entendiendo con ello, toda una cadena de mando, que se manifiesta en las diversas estructuras jerárquicas que la componen, por eso, no habrá de advertirse una vinculación subjetiva o decisoria, entre quienes ejecutan los planes criminales y los dadores de la orden. Se erige entonces una fórmula de imputación delictiva de naturaleza individual (autoría), que permite cerrar paso a la impunidad a quienes se escudan en el manto que cubre los altos estamentos del poder político y militar, evitando que eludan su responsabilidad penal y obligaciones con el Estado y la sociedad.

En el marco de autoría, debemos hacer alusión a las *formas de participación*, es que el hecho delictivo, a veces no es obra exclusiva del autor, en tanto, otras personas sin tener el dominio del hecho

pueden colaborar de forma decisiva a fin de que el plan criminal pueda ejecutarse con éxito. Aparece, por tanto, el principio de «accesoriedad en la participación», la «participación en lo ilícito personal», que llevan a la idea de valorar otras intervenciones, en base a la idea de un concepto restrictivo de autor que parte del supuesto que los tipos penales de la Parte Especial descriptivos del comportamiento del autor, asimismo, en cuanto a la delimitación participativa debe partir del entendimiento interpretativo de los preceptos regulativos comprendidos en la Parte General del CP. Según dicha concepción, a la persona del autor debemos identificarla según los preceptos típicos que, en concreto, se describen en la Parte Especial del CP, de común idea con lo previsto en el art. 23° de la Parte General, mientras que los partícipes serán puestos de relieve mediando la aplicación de los arts. 24° al 26° de la Parte General, pero sujetándolos a la interpretación normativa de las figuras delictivas *per se*. Distinguir al autor del partícipe resulta fundamental en un sistema diferenciador que acoge nuestro Texto Punitivo, de acuerdo con los principios de culpabilidad y de proporcionalidad.

Partícipes, entonces, son los cómplices y el instigador, según el Código Penal; los primeros podrán ser primarios o secundarios, dependiendo del grado de relevancia del aporte a la luz de la realización típica. Se dice que el cómplice nunca podrá tener el dominio del hecho, pues sino tendría que ser considerado autor; su contribución puede advertirse en las etapas preparatoria o ejecutiva del *iter criminis*. En el caso del Homicidio simple, autor es quien tiene el dominio del hecho, quien tiene la potestad de frustrar la perpetración del hecho punible; verbi gratia, quienes proporcionan el arma, el veneno, la llave de la casa donde se cometerá el delito, tendrán que ser considerados «partícipes», a menos que se trate de una organización criminal por lo que podrán ser penados a título de coautores. Pero ello no basta, el cómplice debe tener conocimiento (dolo), basta con el dolo eventual que su aporte está dirigido a la causación de un evento lesivo, sino sería una conducta inocua, carente de relevancia

jurídico-penal; no olvidemos que, según el art. 25° del CP, dicha caracterización subjetiva es imprescindible.

Entonces, respecto a la calificación jurídico-penal –como cómplice del delito de Homicidio agravado–, debe indicarse que la modalidad de participación delictiva, en la variante de «complicidad primaria», supone una atribución, que manifieste la realización de un aporte objetivo, indispensable o imprescindible para que el autor –que tiene el dominio del hecho– pueda ejecutar su plan criminal con todo éxito; por tales motivos, ha de efectuarse una valoración de supresión mental hipotética, en el sentido de que si la no aportación del cómplice primario hubiese frustrado la realización típica del delito. Sin ese dato a saber no podremos fijar con toda corrección el juicio de imputación delictiva por el título de complicidad primaria, en cuanto a datos objetivos que así lo corroboren. Conducidos dichos argumentos al tipo penal de Asesinato, es de verse que el cómplice primario debe haber actuado o en la etapa preparatoria o en la etapa ejecutiva del acción criminoso, dando una colaboración esencial al autor para que este pueda ultimar la vida del sujeto pasivo; por ejemplo, entregándole el arma homicida o abriendo la puerta de la casa donde se encontraba la víctima. Contribución que debe tomar lugar necesariamente hasta antes de que el delito adquiera perfección delictiva (consumación), pues si este lo que hace es coadyuvar al autor, por ejemplo, a esconder el cadáver, a ponerlo a buen recaudo, no se dará dicha complicidad por el delito de Homicidio agravado, en todo caso, responderá como autor del delito de Encubrimiento real; empero, si en realidad su contribución fue esencial y a la vez determinante en la etapa ejecutiva del delito, por ejemplo, neutralizando los mecanismos de defensa del agraviado, se estará ante un típico caso de coautoría en el delito de Asesinato. En consecuencia, una conducta neutral u otra que no signifique la aportación de una contribución imprescindible en la etapa preparatoria o ejecutiva del delito ha de negar este título de participación delictiva, con arreglo al principio de legalidad.

El asesinato, como es de notar, hace alusión, en realidad, a circunstancias agravantes del tipo penal de Homicidio simple, por lo que solo se podrán comunicar a los partícipes aquellos elementos que no se basen en una particularidad propia del sujeto (placer, ferocidad y lucro), en cuanto a matiz que incumbe de forma personal, según las directrices propuestas en el art. 26° del CP, por lo que se produce la ruptura de la unidad en el título de imputación; en cambio, las circunstancias «objetivas» que tienen que ver con la materialidad del delito en cuestión sí podrán extenderse a los partícipes (alevosía, crueldad, veneno, etc.), siempre y cuando estos hayan conocido de aquellas al momento de dar concreción a su participación o en el momento de la ejecución típica, pues si no fuese así su intervención solo podrá ser penada a título de complicidad por el delito de Homicidio simple.

Finalmente, toma cabida la *instigación* como forma de participación que supone la presión psicológica del hombre de atrás (instigador), hacia el hombre de adelante (instigado), quien le infunde el dolo de cometer un determinado delito, no es una mera persuasión o consejo, es un acto plenamente determinativo, que para que sea punible requiere al menos que el autor material haya dado inicio a la ejecución típica. A la inversa de la autoría mediata, quien ostenta el dominio del hecho es el ejecutor material del delito y al menor viso de que el hombre de adelante desconoce que sus actos son constitutivos de un tipo penal, se dará la primera figura. Si la instigación ha de dirigirse a la propia muerte del instigado, habrá que admitir la figura del suicidio y no de homicidio. Como se dijo, el instigador solo habrá de responder por aquella conducta que instigó y no por los excesos del instigado, si únicamente se instigó para que de muerte a Pedro, pero Raquel (instigada) también diera muerte a Isabel, dicho resultado lesivo solo será imputable a su persona.

En el caso de la instigación del asesinato por lucro, en principio, de acuerdo a lo antes sostenido, al revelar una particular disposición

anímica del autor material del delito, solo será apreciable en el caso de este último, al no poder ser comunicada al instigador, será penado por una instigación por Homicidio simple (ruptura del título de la imputación), a menos que este también actúe guiado bajo dicho ánimo. Por lo general, el autor deberá recibir siempre una mayor pena, de conformidad con el principio de proporcionalidad.

7. CONSUMACIÓN Y FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Al haberse asumido que el Homicidio y sus derivados importan delitos de resultado, cabe entonces admitir, sin duda alguna, la tentativa acabada e inacabada; siempre que se hayan dados los aspectos objetivo y subjetivo de las circunstancias y por causas ajenas a la voluntad del agente, no se haya producido el resultado típico: la muerte de otro.

En la tentativa, conforme lo establece el art. 16° del CP, el agente da comienzo a la ejecución del delito que ha decidido cometer pero no llega a consumarlo, quiere decir esto que, en la forma de imperfecta ejecución, el autor no logró concretar enteramente el plan delictivo –no se produjo la muerte de la víctima–; en todo caso, puede haberse ocasionado lesiones graves, pero dada la esfera anímica del agente (factor final) se revela que su dirección criminal se dirigía a la eliminación de la víctima, no a la causación de lesiones graves. Cuestión importante a dilucidar, pues no será siempre fácil distinguir entre una tentativa de homicidio con unas lesiones graves consumadas; para tales efectos será necesario valorar todas las circunstancias objetivas que rodearon el hecho punible.

El momento consumativo viene determinado por la muerte del sujeto pasivo; sin embargo, un punto discutible reposa en el momento de su efectiva concreción, es decir, cuando el resultado lesivo (muerte) no se produce de forma inmediata, sino después de un tiempo prolongado de haberse realizado la acción homicida. No

perdamos de vista, que en dicho lapso de tiempo pudieron concurrir otros factores causales con igual grado de incidencia en el resultado fatal sobreviniente, so pretexto de mantener el vínculo de imputación objetiva del primer autor; cuestión importante a efectos procesales y para diferenciarlo de otros tipos penales; así se produce, por ejemplo, en el caso de que el estado grave de la víctima se prolongue indeterminadamente y, en efecto, estando ya iniciado el proceso penal, la persecución penal podrá seguirse en base a una tentativa de Homicidio y si la muerte acaece pero ya se expidió una resolución definitiva en el proceso penal, no hay posibilidad de conmoverla según los efectos del ministerio de la cosa juzgada.

Según los fundamentos de punición que recoge el *Corpus* Punitivo, únicamente la consumación y la tentativa son penalmente sancionadas; cuestión importante es saber identificar los actos ejecutivos en los injustos *sub examine*. Los actos ejecutivos deben ser considerados como el inicio material de la resolución criminal del autor, que da cabida a una conducta que revela una objetiva peligrosidad a la esfera de intangibilidad de un bien jurídico, una puesta en peligro concreta al interés jurídico objeto de amparo legal que ingresa al radio de acción del tipo penal en cuestión.

En lo que corresponde al asesinato, por ejemplo, aquella la mujer que quiere asesinar a su marido y le ofrece una comida envenenada, comete tentativa si espera que el marido se sirva de inmediato, pero, por el contrario, permanecerá todavía en el ámbito de las acciones preparatorias, si la comida se sirviera más tarde. Debe manifestarse en la conducta, la peligrosidad objetiva, mejor dicho la posibilidad de aptitud de lesión del interés jurídico, en cuanto a una inmediata y efectiva puesta en peligro, que por varios motivos no llega a concretar perfectamente el plan criminal; en tal virtud quedan al margen de la esfera de punición aquellas tentativas –absolutamente inidóneas– que por su carencia de peligrosidad objetiva no pueden poner en peligro la vida de una persona, en cuanto al medio

empleado, verbi gratia, cuando A quiere matar a B, con un palito de fósforo o mediante una conjura satánica, así ha de entenderse el art. 17° del Código Penal.

Especial consideración merecen los casos que comienzan como homicidio –porque no concurre circunstancia alguna en el inicio de la ejecución– y acaban como asesinato, porque la muerte se causa con presencia de algunas de ellas, y viceversa: los casos que empiezan como asesinato y acaban como homicidio. Asimismo, inferir qué sucede ante una acción (tentativa) de homicidio que acabó en un asesinato, y viceversa: cuando los actos ejecutivos supusieron un asesinato, pero la muerte toma lugar bajo una conducta subsumible en un Homicidio simple. Para tales propósitos será menester analizar si la modalidad de asesinato puede ser cometida con base en las fracciones divididas de ejecución, depende pues de la naturaleza de cada una de estas.

Un ejemplo sobre el inicio de la ejecución de la acción homicida simple, es el caso de aquel que pensaba matar directamente a su víctima cuando esta saliese de su casa, pero debe cambiar la modalidad (típica) al advertir la presencia de un guardaespaldas, por lo que atina a ocultarse y atacar de sorpresa (alevosía); y, al revés, si se inicia con un homicidio alevoso, pero luego decide acometer su plan criminal de forma directa, tentativa de Homicidio simple. Si el inicio de la ejecución típica se dio de forma alevosa, pero la muerte se produce bajo la modalidad del Homicidio simple, deberá apreciarse un concurso ideal de delitos; entre una tentativa de asesinato con un Homicidio simple consumado, suponiendo que pueda valorarse una unidad de acción, pues si dicha voluntad criminal es renovada con otra acción mediando otro espacio temporal, será un concurso real de delitos. Mas en el caso de que no se haya objetivado de ninguna forma el inicio de ejecución, en cuanto a la modalidad alevosa, por más que esta haya sido la intención del autor, habrá que imputar un Homicidio simple consumado.

El asesinato bajo precio supone que el autor se haya decidido por realizar la acción homicida, impulsado por la obtención de un beneficio, de una ventaja económica, la cual puede haberse materializado al momento del acuerdo (instigación) o *a posteriori*; entonces, si empezó como homicidio, para que pueda hablarse de un asesinato, debe haberse producido en el *iter criminis* la motivación del dinero, que debe estar presente anímicamente en el autor material cuando se pone en peligro al bien jurídico de forma objetiva. A la inversa, si se inicia como asesinato bajo precio, será en realidad difícil probar la revocatoria de dicha predisposición anímica en el agente, tal vez si en su decurso, devuelve el dinero recibido, esto último no puede ser entendido como tentativa de asesinato.

Bajo la modalidad del asesinato con gran crueldad, podría darse un cambio en el curso de la acción (modalidad) típica, de haber iniciado el agente la acción típica con sufrimientos, pero luego da muerte inmediata con un balazo en la sien; sería un concurso ideal de una tentativa de homicidio con Homicidio simple consumado, siempre y cuando se haya causado en realidad dolores innecesarios en un principio en la persona de la víctima.

II. EL PARRICIDIO

El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación 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 agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.

1. INTRODUCCIÓN

El legislador a pesar de reconocer la separación estricta entre el Derecho penal y la moral, siguió con la tortuosa perspectiva político-criminal de construir una figura agravada fundada en criterios moralizantes; en efecto, en el caso del delito de Parricidio resulta evidente que la agravación del marco penal aplicable no puede explicarse ni en el ámbito del desvalor de la acción, ni menos en el desvalor del resultado; sino en una reprobación ético-social de mayor intensidad en relación con el Homicidio simple. Lo que se propugna, por tanto, es su discriminación.

Sea como fuere, la vida vale igual –se trate de un pariente o de un extraño– según el orden de valores de un Estado de Derecho. El mantenimiento de esta figura criminosa en el catálogo de conductas típicas, tiene que ver más con la preservación de una cultura de

antaño, que con criterios de imputación acorde a la moderna teoría del delito, por ello, en varios *Corpus Legis* penales ha sido finalmente extraída del ámbito de punición. A través de esta, se da entrada a criterios éticos y morales de corte atávico y simbólico en el juicio de culpabilidad, que queda desvirtuado en cuanto a la función sistemática que debe desempeñar, constreñido al juicio de reproche jurídico que toma por objeto el acto injusto previo. Máxime, si su pervivencia en el Código genera toda una confusión al momento del juicio de adecuación típica cuando se comete un Parricidio alevoso, propiciando resultados político-criminales insatisfactorios.

A lo más, si se pretende conservar estos criterios etizantes de mayor pena, el parentesco debería estar ubicado como una circunstancia a tomar en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena, desplazándolo a los arts. 45° o 46° del CP, tal como lo determinó el legislador en España, cuando en la sanción del Código Penal de 1995 se despenalizó esta figura delictiva que tantas dificultades provoca en el marco de la autoría y participación.

La construcción de circunstancias agravantes, bajo los efectos irradiantes de un Derecho penal democrático, solo pueden fundarse, entonces, en criterios que incidan en una mayor desvaloración en el injusto típico, sea en el desvalor de la acción, así como en el desvalor del resultado. La predisposición anímica, los motivos egoístas que impulsen el accionar delictivo del autor hacen alusión a una particular forma de vida que no han de corresponderse con un Derecho penal de acto, de común idea con una culpabilidad por el acto. De igual manera, la relación de parentesco que haya de subyacer entre el autor y la víctima si bien puede desencadenar un mayor reproche ético, social o religioso, al Derecho penal le debe ser indiferente en orden a intensificar la respuesta penal, caso contrario se estaría penetrando en esferas metajurídicas que no se condicen con su plataforma legitimadora.

El fundamento que tiene el legislador para dar un trato agravado al Parricidio, consiste en que el sujeto activo revela mayor peligrosidad, porque no solo viola y destruye el bien jurídico vida, tutelada por ley, sino que vulnera principios y valores elementales, como el respeto y la fraternidad entre los parientes más próximos, lo que provoca un mayor desvalor y genera una singular alarma social. Su origen es socioreligioso, por la importancia del jefe de familia para la concepción del clan y estirpe, y por ello también la trascendencia religiosa de la institución señalada –que por eso ha ampliado el Parricidio a otros miembros con menor grado de parentesco–. ¿Pero es que acaso el Derecho penal debe servir como acicate, para la unión familiar, para evitar su desintegración, la ruptura entre sus miembros?

No puede desconocerse que muchos asesinatos ponen en reflejo las motivaciones más bajas y deleznables que llevan a un individuo a dar muerte a un pariente cercano. De recibo, el ejemplo de mayor incidencia se presenta cuando alguien desea heredar a su ascendiente y para tal fin le da muerte. Esto pone de manifiesto qué tan bajo puede caer una persona para satisfacer un móvil egoísta o materialista, que llega a degradar los sentimientos humanos a su mínima expresión y propicia el rechazo generalizado de la comunidad. Empero, dichos fundamentos no tienen que ver con el Derecho penal, tal vez sí con la esfera espiritual o religiosa que se comparte en la fe cristiana, inspirada en la solidaridad y en un respeto férreo a los semejantes, sobre todo, si son sus parientes; pero, insistimos, ello no expresa razones suficientes y valederas para hacer uso del aparato punitivo del Estado.

El Parricidio, al igual que el Asesinato, no es constitutivo de un delito autónomo, pues no reviste los caracteres y particularidades necesarios para ello; esta figura en realidad es un Homicidio agravado, por la especial relación que subyace entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. Importa, al igual que el Homicidio simple, la muerte

de una persona, no requiriéndose algún otro elemento con respecto al contenido del desvalor del injusto; en lo que comprende al desvalor de la acción, son los mismos medios comisivos, la misma voluntad criminal; el resultado también es el mismo: la eliminación de la vida humana. Se erige como una modalidad circunstanciada del Homicidio simple.

Asimismo, desde un punto de vista criminológico el Parricidio surge como hecho propio de las relaciones íntimas y cerradas, de sociedades o grupos primitivos urbanos o rurales y producto de la tensión de esa forma de relación social.

Entre las figuras delictivas de homicidio y de Parricidio se configura un conflicto aparente de normas, cuya resolución normativa debe basarla según los alcances del principio de especialidad. Se dice que la figura especial tiene una mayor adherencia a los hechos que la general, es decir, que contiene una descripción más pormenorizada de los mismos[102].

La culpabilidad, como valoración de carácter personal, es el fundamento principal de la reacción punitiva estatal, sobre quien no adecuó su conducta, por falta de motivación normativa, a pesar de que contaba con plenas facultades para hacerlo. Y este juicio de imputación individual ha de vincular al autor con la conducta generadora de la lesión antijurídica, es una culpabilidad por el acto, no una culpabilidad de autor. No se puede sustentar una mayor culpabilidad por el hecho de que el sujeto pasivo sea el padre del autor, desvalor que solo merece una alarma ética-social pero no punitiva. No puede concebirse que el Parricidio constituya una figura agravada independiente; un reproche de imputación individual más intenso, basado en que la víctima sea pariente del agresor.

Al determinarse que el Parricidio es una circunstancia agravante del homicidio –basada en un presupuesto que por su naturaleza carece de mayor sustentación jurídico-penal–, al presentarse en el

marco de la modalidad típica los mismos elementos que los previstos en el tipo penal del art. 106°, propicia serios inconvenientes cuando el Parricidio es cometido bajo alguna de las especificidades normativas que se glosan en el art. 108° del CP (asesinato). Repercusiones dogmáticas que recalan en el ámbito de la autoría y participación, concretamente en la unidad en el título de la imputación. Difícilmente, se podrá advertir un Parricidio cometido de forma simple, por lo que la manutención de este tipo penal no solo genera objeciones de política criminal, sino que debemos sumar a ello incoherencias de tipo dogmático, que serán objeto de análisis en las líneas.

2. MODALIDAD TÍPICA

De recibo, la forma o el modo en que se materializa el Parricidio importa la misma descripción típica del delito de Homicidio simple, por lo que nos remitimos a todo lo dicho en dicho marco del análisis jurídico-penal. No se revela particular forma de cometer un Parricidio, si se quiere podríamos decir que el Parricidio pude cobrar la adecuación normativa del Homicidio simple o del Asesinato, pero si se dan los elementos constitutivos de este último, en nada cambiará la tipificación penal, si es que asumimos una posición férrea en privilegio del Parricidio sobre el Homicidio agravado.

Por lo general al juzgador únicamente le bastará que aparezca el elemento «parentesco», que hace alusión el art. 107° para conducir la conducta típica a los alcances normativos de dicho tipo penal, al margen que pueda subyacer una motivación especial –lucro, placer, ferocidad o un modo alevoso–, pues esto está incorporado como agravantes en el segundo párrafo, además, pese a la inconsistencia punitiva que pueda presentarse cuando en el hecho punible haya participado más de una persona, donde todo el resto no tiene relación de parentesco alguno, no habrá problema de subsumir tales conductas en otros tipos penales y determinar el grado de autoría o participación porque las circunstancias y cualidades no se comunican a los demás.

2.1. Sujetos de la relación delictiva

La tipicidad objetiva describe la siguiente enumeración de parentela: ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia. En sentido general, se da el nombre de parentesco a la relación o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión. En cuanto al parentesco consanguíneo, según lo dispuesto en el art. 236° del Código Civil, es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones, siendo que cada generación es un grado y cada grado forma una línea de sucesión directa o colateral.

Primero nos referimos a los ascendientes, es decir, los padres del autor, que de forma consanguínea forman el tronco más directo con él. Puede ser una ascendencia natural o también mediante métodos artificiales, si se quiere precisar. Constituye parentesco en línea recta, el ligamen que une a los descendientes de una persona con aquella. Tronco es la persona que reconocen como ascendiente común, las personas de cuyo parentesco se trata: así, los hijos tienen como tronco al padre y a la madre. Están excluidos los abuelos y siguientes, por más que estos hayan sido quienes criaron al autor del homicidio, por motivos de legalidad.

En lo que se refiere a los descendientes –el tipo penal en cuestión– ha realizado una distinción entre los descendientes naturales y los adoptivos; en efecto, mientras los primeros, son todos aquellos resultantes de una concepción natural o artificial, sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales; los segundos son –también– hijos que adquieren dicha cualidad jurídica producto de un reconocimiento legal, luego de haberse cumplido con el procedimiento reglado por el Derecho positivo.

La adopción, institución jurídica incorporada a las modernas legislaciones, establece que entre personas que pueden ser extrañas, a través de la voluntad –y siguiendo las formalidades–, surja un vínculo artificial de parentesco, análogo al que existe entre el padre o madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos legítimos. El art. 377° del Código Civil establece que por la adopción, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea. Según lo reglado en el art. 379° del mismo cuerpo normativo, la adopción se tramita con arreglo a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, el Código de los Niños y Adolescentes, la Ley N° 26981 –Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono– o la Ley N° 26662 –Ley de Competencia Notarial–. A efectos penales, solo podrá admitirse la concurrencia del delito de Parricidio, cuando el procedimiento –cuales fuera los previstos en la ley–, haya culminado mediando una resolución jurisdiccional o la certificación notarial correspondiente, antes de ello, el hecho criminal si es que se produce, deberá ser reconducido a un Homicidio simple; no se requiere, a nuestra consideración, la efectiva inscripción en la nueva partida de nacimiento. De igual forma, cuando la adopción resulta ineficaz por la propia voluntad del adoptado, en aplicación del art. 385° del Código Civil.

Cuestión importante es que, en caso del ascendiente no se hace mención a si este puede ser natural o adoptante, lo que sí se hace en el caso del descendiente. Si interpretamos de forma sistemática, tendremos que inferir que se puede tratar de ambas posibilidades, pues no vemos por qué debería tratarse de caso distinto cuando sea el hijo adoptado el que mata a su padre adoptante, a diferencia de la muerte que propina el padre adoptante a su hijo adoptado; si es de forma literal habría que negarlo. Nos adscribimos a la primera opción, por ser la dogmáticamente correcta, además de presentar concreción en la praxis jurisprudencial.

Seguidamente, identificamos el matrimonio, el cual importa la unión de un hombre con una mujer –mediando la santificación de la ley– para que hagan vida en común y formen a su vez una familia; por lo tanto, la unión conyugal, para adquirir reconocimiento legal debe cumplir con las formalidades previstas. El matrimonio, para otros, es la unión voluntaria y solemne de un varón y una mujer de acuerdo a normas preestablecidas y que producen efectos jurídicos de orden personal y patrimonial.

No queremos, en cuanto a la naturaleza contractual del matrimonio, detenernos por cuestiones de espacio; de hecho, el contenido patrimonial esta ínsito, a menos que se configure bajo la modalidad del régimen de separación patrimonial. El art. 248° del Código Civil dispone que, «*Quienes pretendan contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos [...]*», de común idea con lo consagrado en el art. 4° de la Ley Fundamental. Para que pueda aplicarse la figura del Parricidio, consideramos que debe tratarse de un matrimonio, que se haya seguido según las formalidades de la Ley civil, dichos efectos no lo proporciona el matrimonio religioso, tal vez en épocas pretéritas haya sido así, pero no en las actuales, donde rige, indiscutiblemente, el Estado de Derecho y una Ley Fundamental de raíz laica.

El matrimonio, como institución jurídica que toma lugar a través de todo un procedimiento formal y ritualista, propicia problemas, en este caso, para establecer a partir de cuándo se puede perpetrar el Parricidio, es decir, cuando no se hayan cumplido a cabalidad con los requisitos legales. Eso sí, no es indispensable el cohabito, ni la unión sexual. Asimismo, no olvidemos que la prueba del matrimonio debe verificarse en el proceso penal, el art. 269° del Código Civil establece que para reclamar los efectos civiles del matrimonio debe presentarse copia certificada de la partida del registro del estado civil. De todos modos, descartamos el Parricidio en el caso del régimen esponsalicio (noviazgo), que se regula en el art. 239° y siguientes

del Código Civil, a menos que estén viviendo juntos de acuerdo a la constitución del concubinato.

Siguiendo con el análisis sobre el matrimonio, se observan una serie de impedimentos para su celebración, los cuales pueden ser absolutos o relativos –tal como se desprende de los arts. 241° y 242° del Código Civil–, dependiendo de la naturaleza de las causales, siendo que los primeros deben contravenir normas de orden público; asimismo, mientras los primeros son pasibles de una anulación, los segundos de una acción de anulabilidad. Empero, lo que a estos estudios importa son los efectos de estos matrimonios en orden a la modalidad típica en cuestión. Sin duda, no podemos supeditar la aplicación de las normas penales a las prescripciones de orden civil, si en ambos casos se ha constituido un matrimonio ante los ojos del resto –y así lo entienden los contrayentes– no hay problema para afirmar su tipicidad penal; pero luego de la sentencia que declara «nulo» el matrimonio ya no hay posibilidad de admitir el Parricidio.

El art. 284° del Código Civil establece que el matrimonio inválido produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, vale decir, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio. Si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor pero sí respecto del otro y de los hijos. En ambos casos no hay objeción, entonces, para que pueda darse por configurado la figura del Parricidio. Así también, en el caso del bígamo, quien se casa nuevamente, con otra mujer, a pesar de ser ya casado, igual entonces, mientras no se produzca la invalidez del segundo matrimonio, podrá cometer un Parricidio con cualquiera de las dos esposas, al margen de que se le abra también proceso por el delito de Bigamia.

En cuanto al fin del matrimonio, la culminación del vínculo conyugal es el divorcio que, al igual que el primero, requiere también de la tramitación de un proceso judicial que termine con una

sentencia firme. El matrimonio, como cualquier institución integrada por individuos, puede decaer cuando son distorsionados los fines que debe alcanzar según su propia teleología. Puede ser un proceso de conocimiento de divorcio por algunas de las causales contempladas en el art. 333° del Código Civil o por mutuo disenso. Así, el artículo 348° del CC, al prever que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio, para ello debe demandarse el mismo por las causales señaladas en el art. 333° incs. 1 al 12, tal como se desprende del art. 349° del CC. Paso previo al divorcio es la separación de cuerpos; según lo señala el art. 332° del CC, la separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial. Es la cesación de los deberes de vida en común de los cónyuges por decisión judicial, y que produce efectos de orden personal entre los mismos y los hijos y de orden patrimonial en cuanto a sus bienes. Igualmente, si hay juicio de separación de cuerpos, comete uxoricidio el excónyuge que victimare al otro; ello habrá que inferirlo, muy a pesar de que ya no subsistan en realidad los motivos que llevaron al legislador a reprimir con mayor pena esta clase de homicidios, pues los vínculos sentimentales y de fidelidad ya se encuentran resquebrajados en el régimen de separación de cuerpos.

Finalmente, debemos analizar la figura del concubinato, esto es, la unión de facto de un hombre y de una mujer, que por efectos de una convivencia prolongada y sin advertir impedimento legal de sus miembros, el Estado le concede reconocimiento y amparo legal, en cuanto a efectos patrimoniales, ahora incluso de índole hereditarios[585]. El art. 5° de la Ley Fundamental señala que la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a la comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplica-

(585) De acuerdo a la Ley N° 30007, publicada el 17 de abril del 2013 en el diario oficial El Peruano.

ble. Como se observará, dicho enunciado comprende al concubinato en sentido estricto y no extiende su reconocimiento al concubinato amplio o genérico.

Mientras que el art. 326° del Código Civil, de forma amplia, dispone que la unión de hecho voluntariamente realizada 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 fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. De ello se colige que deben darse dos requisitos esenciales: primero, que ninguno de los dos tenga algún impedimento legal (casado); y, segundo, que tenga una permanencia en el tiempo por los menos de dos años; si uno de ellos es casado, y da muerte a su conviviente, en definitiva no será Parricidio, y si a pesar de que ambos no tienen impedimento legal, si se produce el homicidio antes de los dos años tampoco se podrá admitir la concurrencia de esta figura delictiva.

Renglón seguido, el artículo antes invocado establece que la posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. Lo que deberá requerir el juzgador penal, a fin de dar por acreditado el nexo, un medio muy común a utilizar serán los testimoniales de los vecinos, parientes, la procreación de un hijo, etc.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. Condición esencial del concubinato es la convivencia mutua, la cual cortada, da lugar a su rompimiento; siempre y cuando, aquello se demuestre de forma indubitable, en tanto un viaje al exterior por motivo de trabajo, no habrá de producir dichos efectos. El Parricidio, de todas maneras en el marco del concubinato, requiere la convivencia, cuando la muerte dolosa de alguno de sus miembros acaece.

Las relaciones de parentesco detalladas en el glosario normativo, no pueden ser objeto de extensión a otras parentelas (consanguíneas, legales o de otro índole), so pena de vulnerar el principio de legalidad, aplicando de forma grosera una interpretación analógica *in malam partem*, proscrita en Derecho penal de acuerdo a los previsto en el art. III del Título Preliminar del *Corpus* Punitivo.

La analogía no puede crear delitos (tipo de injusto) ni penas, ni en general disposiciones que aumenten la intervención del Estado[111]; el juzgador en su tarea interpretativa de las normas ha de limitarse a enjuiciar positivamente solo aquellas conductas que de forma clara y precisa encajan en el tipo legal imputado, si descorre el ámbito de literalidad típica, ingresaría a una zona de ilegitimidad punitiva, sustituyendo al legislador en tareas que solo a él le incumben. El individuo que mata a su hermano, el sobrino que acomete la muerte del tío para heredarlo, al yerno que da muerte a su suegra, etc.; todos estos casos no podrán ser conducidos a los alcances normativos del tipo penal de Parricidio, en sujeción al art. II del Título Preliminar del Código Penal; no habrá otra posibilidad que sean cobijados en el tipo penal de Homicidio simple o en su defecto, en la tipicidad penal de Asesinato, siempre y cuando se advierta la concurrencia de alguno de los motivos que configura un Homicidio agravado.

3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Para ser considerado autor en el caso del tipo penal de Parricidio, se requiere en principio la concurrencia de dos elementos: primero, dar muerte a una persona; segundo, que esta tenga con el agresor una de las relaciones de parentesco que se definen en la composición típica. A lo cual debe añadirse el dominio del hecho, vale decir, que el autor ostente el control del suceso criminal, con la posibilidad de frustrar su realización típica en cualquier momento. De acuerdo con ello, si el esposo únicamente colabora, coadyuva en la muerte de su cónyuge, por ejemplo, le proporciona el arma al

tercero que finalmente acomete la acción homicida, tan solo podrá, a lo más, ser punible su conducta a título de complicidad primaria del delito de Homicidio simple o de Asesinato, en la medida que el autor material es quien ha tenido el dominio del hecho y, en virtud de la unidad en el título de imputación y de la accesoriedad participativa, debe responder por el mismo delito.

No resulta suficiente, entonces, que se verifique el nexo de parentesco para declarar la autoría a efectos penales; no perdamos de vista que los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal se refieren a los autores y no a los partícipes, la especial agravación se dirige solo al autor.

Si el ejemplo lo damos al revés, si Pedro, un tercero, le consigue el arma homicida a Julio, para que de muerte a Isabel, su esposa, teniendo el dominio del hecho solo este último, la opción a seguir es que la incriminación a Julio se base en la autoría del delito de Parricidio; sin embargo, Pedro tendrá que ser considerado cómplice primario del delito de Homicidio simple o de Asesinato, según se desprende del art. 26° del Código Penal.

Llegado a este punto cabe advertir que, la coautoría propicia dificultades en este tipo penal; pues si partimos de que la coautoría (codelincuencia) supone el codominio del hecho, siendo que ambos autores prestan una colaboración imprescindible en la etapa ejecutiva del *iter criminis*, en base a una codecisión y en ellos concurren los elementos subjetivos del injusto, ambos deberían ser penados según los alcances del mismo tipo penal. A modo de ejemplo, si Fernando que es amante de Luisa, se pone de acuerdo con ella para dar muerte a Javier, su esposo, y ambos contribuyen de forma efectiva para la realización típica: Luisa vierte un narcótico en la bebida preferida de su esposo para adormitarlo, circunstancia aprovechada por Fernando para estrangularlo con una llave de jiu-jitsu; se advierte, por tanto, una división del trabajo, que habría de concluir en una coautoría de

asesinato, según la modalidad objetivamente empleada (alevosía). Sin embargo, la tozudez del legislador de mantener el tipo penal de Parricidio, determina otras consecuencias punitivas, de que Luisa sea incriminada como autora del tipo penal de Parricidio, y Fernando como autor del tipo penal de Asesinato. Con ello, el hecho típico que debe ser considerado como «unidad» es disuelto de forma irrazonable, pues los coautores deben ser penados siempre bajo los alcances del mismo tipo penal, al margen de los reparos que se advierten en los delitos especiales propios (de infracción de deber), se considere o no al Parricidio como un delito especial «impropio». Lo cierto a todo esto, es que no se explica claramente por qué el Parricidio ha de desplazar al Asesinato, pues no hay en realidad elementos distintivos de tipicidad penal que hagan que el art. 107° prepondere ante el art. 108° por motivos de especialidad, consunción o de subsidiariedad; descartamos cualquier intento de acudir en este caso a un concurso ideal de delitos, solo existe una sola muerte y sobre ello no hay más vuelta que dar; más aún si, en el caso hipotético propuesto, ambas tipificaciones tendrán penas diferentes –no menor de 25 años de pena privativa de libertad para la parricida y no menor de 15 para el asesino alevoso–, lo cual, en el caso del Parricidio, a nuestra consideración, no tiene fundamento legítimo. Empero, la espada de Damocles que significa para los operadores de justicia ser denunciados por Prevaricación o ganarse la animosidad de la prensa, supone un obstáculo para que puedan plantear soluciones alternas a esta.

La participación no genera menos problemas. En nuestro sistema punitivo rige el principio de accesoriedad en la participación. Según este criterio, quienes colaboran o coadyuvan en el injusto que perpetra el autor, importan contribuciones de naturaleza dependiente; por ende, si ellos colaboran en un delito que pertenece a otro (autor), su participación debe ser punible conforme al mismo tipo penal, lo que se desprende de la unidad en el título de la imputación. El legislador, en la fórmula normativa comprendida en el art. 26° del CP, ha señalado que las circunstancias y cualidades que afecten la

responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican la de los otros autores o partícipes del hecho punible, por lo que la participación ha de ser reconducida al tipo penal de Homicidio simple o Asesinato de ser el caso.

A pesar de esta declaración de *lege lata*, hemos considerado hacer una distinción entre aquellas circunstancias que rodean las formas de cómo se comete el injusto, de aquellas que solo se fundan en una predisposición anímica (personal) del autor; solo estas últimas no serán comunicables; en el caso del Parricidio, al constituir una circunstancia basada en un aspecto estrictamente personal del autor, no podría ser extensible al partícipe. Lo cual de todas formas no creemos totalmente preciso, pues, a nuestra consideración, bastaría que el cómplice primario conozca de esta circunstancia cuando presta su colaboración, no obstante los reparos a que ello puede dar lugar.

Toda esta complejidad podría solucionarse sin perjuicio alguno, dando pie a un único tipo penal de Homicidio, glosando reglón seguido las circunstancias agravantes solo con respecto a una mayor desvaloración del injusto; lo restante debe ser incorporado como circunstancias mixtas, que funcionen a la vez como «atenuantes» y «agravantes» al momento de la determinación judicial de la pena. El art. 26° del CP, a nuestra consideración resulta insuficiente para poder resolver la individualización participativa que hemos hecho mención.

3.1. La calificación jurídica penal, cuando el *extraneus* tiene el dominio del hecho

Advertimos que nuestra Codificación punitiva, tipifica el delito de Parricidio, en el marco de la redacción normativa del art. 107° del CP, el cual constituye un delito «especial impropio», en la medida que funda su construcción típica en una específica relación –de parentesco– que ha de subyacer entre el autor y su víctima, lo que sostiene el mayor grado de reproche culpable, por ende, merecedor

de una penalidad más intensa, en comparación con su tipo base de remisión –Homicidio simple (art. 106° del Código Penal)–.

Es así que, el autor del delito de Parricidio solo puede ser aquel que cuenta con las particularidades o características que el legislador ha definido en su estructuración típica, por ende, quien no cuenta con dicha cualidad de parentesco nunca podrá ser autor, pues, al no subyacer en él una relación parental con el sujeto pasivo, no está en condiciones de vulnerar el fundamento ético-social que sostiene este Homicidio calificado; no obstante, sí puede responder penalmente como partícipe –cómplice– por el mismo injusto penal, siguiendo en estricto el principio de unidad en el título de la imputación y el principio de accesoriedad en la participación, lo cual no colisiona con la previsión legal contenida en el art. 26° de la Parte General del Código Penal –incomunicabilidad de las circunstancias personales–.

Por otro lado, debe examinarse aquella situación en la cual intervienen las siguientes personas en el evento delictivo: primero, aquella que convence al autor material para que perpetre el injusto penal a partir de una actuación típica de instigación, de provocar el dolo en el autor material del hecho punible, y la otra, precisamente determinada por el primero, es la que da muerte a la víctima; con la salvedad de que el instigador contaba con la relación de parentesco con el sujeto pasivo –que exige el tipo penal de Parricidio–; mientras que el autor material en realidad no mantiene vinculación de parentesco con la víctima. Siendo así las cosas, la calificación jurídico-penal de la conducta, es decir, la subsunción de los hechos bajo los alcances normativos de un tipo penal en particular, ha de ser encuadrada al delito de Asesinato, en la medida que quien tenía el dominio del hecho era el autor material y no el instigador –desvinculación jurídico-penal–; debe advertirse que estamos ante una figura de participación delictiva, donde el ejecutor formal de la conducta típica ostenta siempre en sus manos la posibilidad o no de perfeccionar el delito en cuestión y no el instigador.

La instigación con la autoría mediata son muchas veces objeto de confusión, pues no se toma en cuenta que esta clase de agentes, al obrar con pleno dominio del hecho, no pueden ser considerados como «instrumentos», por lo que el hombre de atrás, no puede ser reputado autor, tampoco coautor, solo la instigación resulta dogmáticamente admisible. En el RN N° 2501-2009-Cañete se expone al respecto:

> *De la revisión de los actuados, se advierte que el título de imputación por el que la sentencia de grado condenó a la encausada es por el de autora mediata del delito de Parricidio; sin embargo, éste no resulta ser acorde al análisis que la institución de la autoría mediata merece, por cuanto la actuación de la procesada se circunscribió a la redacción de cartas remitidas por ésta a su coprocesado con el objeto que éste desaparezca a su conviviente, sugiriéndole incluso que aparente un accidente, puesto que ambos coprocesados mantenían una relación sentimental de "amantes", evidenciándose con ello que el papel que cumplió la coprocesada fue el de instigadora y no de autora mediata como erróneamente apreció el Colegiado superior por lo que en este extremo debe tenérsele en la calificación jurídica de la procesada como instigadora.*[586]

Mientras que, en la Sentencia de fecha 7 de febrero del 2012, emitida por la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel, recaída en el Expediente N° 26704-2009, se sostuvo que:

> *En el presente caso se aprecia que para la comisión del delito de Asesinato el ejecutor material actuó por lucro y con crueldad sobre su víctima, pues si bien no tenía mayor interés que beneficiarse económicamente, ocurriendo lo contrario con el autor intelectual quien quería vengarse y al mismo tiempo robarle la caja fuerte, no solo por el contenido en joyas y dinero, sino por documentos y objetos que la*

(586) En Actualidad Penal, N° 5, noviembre de 2014, op. cit., p. 337.

comprometían en actos ilícitos; que en tal sentido se evidencia en la conducta de los inculpados el elemento objetivo y subjetivo (dolo) que requiere la ley para su aplicación en el presente caso (...) En virtud a las pruebas actuadas y arriba analizadas, el Colegiado encuentra que la conducta desarrollada por la acusada Meza Luna en el delito de Homicidio agravado en agravio de Alicia Delgado es la de instigadora del mismo conforme al tipo penal señalado en el artículo veinticinco de nuestra norma penal y en consecuencia le corresponde la misma pena que la del autor material. Es decir la acusada Abencia Meza Luna es culpable de la comisión del delito de Homicidio agravado en agravio de Alicia Delgado, en calidad de instigadora del mismo, teniendo por ello la responsabilidad penal exigida por ley para emitir una sentencia condenatoria.[587]

4. MODIFICACIONES AL ARTÍCULO 107° DEL CÓDIGO PENAL (LEYES N° 29819 y 30068)

La redacción normativa del art. 107° de la Codificación punitiva tiene dos aspectos importantes a saber: primero, la extensión de las relaciones de parentesco que pueden dar lugar a la configuración legal del delito de Parricidio; segundo, la inclusión del llamado «Parricidio-asesinato» como circunstancia de agravación.

En primera instancia, en comparación con la redacción original del art. *in examine*[588], se tiene que el legislador ha querido darle una cobertura «omnicomprensiva» a la figura delictiva, mediando la inclusión otros supuestos de hecho que pueden dar lugar al delito de Parricidio. A tal efecto, con la dación de la Ley N° 29819, el 27 diciembre del 2011, se procedió a normar que la relación de la pareja criminal –de parentesco– podía extenderse: *a quien ha sido su cónyuge*

(587) En Actualidad Penal, N° 5, noviembre de 2014, op. cit., págs. 364 y 404.

(588) Art. 107° del CP –Parricidio–: *El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.*

o quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga [...]; esto es, se definía una vinculación parental que no necesariamente estaba vigente en el momento de los hechos –podía tratarse del excónyuge–, asimismo, se daba el encaje a relaciones sentimentales no revestidas de un reconocimiento legal –«*o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga*»– muy aparte de la llamada «convivencia». Esta cláusula abierta, a primera vista suponía una flagrante lesión al principio de legalidad en su vertiente de *lex certa* (mandato de determinación).

De esta forma se ingresaba a un campo muy incierto de desvaloración, pues se presumía que la perpetración del injusto se acometía merced a una relación ventajosa que solo puede otorgar la convivencia u otras relaciones, como la dependencia económica que puede darse en una pareja que se ha separado (sea de hecho o de derecho). Mas en realidad, como lo hemos sostenido en otros apartados dogmáticos, el mayor reproche radica en una reprobación ético-social.

A pesar de todo, para la acreditación de este injusto penal no se necesita comprobar que el agente cometió el hecho punible en base a una relación de superioridad; verbi gratia, el joven de 18 años que mata a su padre de 38 de forma directa, con un disparo de arma de fuego. En principio la mencionada «relación de parentesco» habría de ser definida mediante la remisión a las instituciones familiares reguladas en el Código Civil, pues los excónyuges y exconvivientes también son objeto de tutela jurídico-penal por el art. 107° del Código Penal.

Es por todos sabido, que las agresiones domésticas toman lugar incluso cuando ya no hay convivencia de la pareja, basta que exista aún el vínculo de padres –por los hijos– para mantener un contacto que merced a los celos, el egoísmo o el machismo exacerbado, hacen del hombre un ser peligroso y capaz de provocar estados de violencia

insospechados. La decisión de la mujer de no seguir adelante con la relación –separación de hecho o a un divorcio–, el conocimiento del varón de que la exesposa tiene una nueva relación amorosa, o que aquella demande (alimentos) lo que la ley le reconoce, genera reacciones de violencia que, en ciertos sucesos, puede terminar en resultados fatales –la muerte de la parte más débil de la relación–. Por estas y otras circunstancias los datos criminológicos revelan una alta cifra de violencia –lesiones, asesinatos, etc.–, en una pareja que ya no se encuentra conviviendo como consecuencia de una separación de hecho (cónyuges) o el rompimiento de una relación de concubinato. Renglón aparte sucede cuando los cónyuges o concubinos, a pesar de estar separados, viven aún bajo el mismo techo y toma lugar el homicidio de uno de ellos. Siendo así, las reformas en sentido extensivo se encuentran medianamente justificadas.

Punto importante a saber es la reforma de los elemento normativo: «*relación análoga*», que hasta el 19 de julio de 2013 estaba vigente y que incidía en una ampliación cuasidiscrecional del operador jurídico respecto a la realización típica del delito de Parricidio, que, a nuestro entender, colisionaba con el principio de estricta legalidad, concretamente, con el principio de «determinación». Es probable que lo que se pretendió abarcar con la Ley N° 29819 fue aquella institución civil denominada «esponsalicio», que –en los términos descritos en el art. 239° del Código Civil– hace alusión a una relación de noviazgo bajo formalidad, entre quienes se comprometen recíprocamente a contraer nupcias; este noviazgo –puede incluso– dar lugar a una relación de hecho, siempre que vivan juntos por el lapso de dos años y estén ambos libres de impedimento legal. No obstante lo anotado, pensamos que el legislador quiso ir más allá de aquellas relaciones sentimentales reputadas como «noviazgo» –que por cierto están desnaturalizadas o no han sido adecuadas a la realidad social contemporánea– y salvaguardar a quienes entablan relaciones amorosas de pareja sin ser casados y sin ser convivientes.

Por estos inconvenientes y para no dar cabida y considerar como Parricidio a aquellas «*relaciones análogas*» –relaciones extramatrimoniales, idílicas, no correspondidas, «amigos con derechos», etc.– debió corregirse este extremo del tipo penal, el cual ahora estipula solo lo siguiente: «*El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años*».

Ahora bien, la reforma al texto original del art. 107° ha significado también la incorporación del llamado «Parricidio-asesinato», artículo que desde todas las tribunas hemos advertido y acusado de innecesaria tipificación, no solo por los motivos antes postulados, sino también por los problemas interpretativos que se generaban con el art. 108° del Código Penal, pues muchas veces la muerte de un pariente por parte del agente venia premunida de una serie de factores o circunstancias, que lo conviertan en un verdadero asesinato, al ser cometido de forma alevosa, habiendo recibido un precio para matar a su madre o esposa, sin ningún motivo (por ferocidad o por placer) o para facilitar u ocultar otro delito[589], lo que incidía en negar de plano una tipificación simultánea por ambas figuras delictivas, so pena de vulnerar el principio del *non bis in idem* material, en tanto solo había una muerte.

Dicho lo anterior, se manifestaban consecuencias político criminales insatisfactorias, al tener que penalizar un asesinato como si fuese un Homicidio simple –con la agravante de parentesco–. A su vez, el gran problema surge cuando el agente da muerte a su pariente, en concierto criminal con una persona que no tiene relación parental alguna con la víctima, mediando un codominio funcional del hecho; verbi gratia, el amante que asfixia a la víctima, luego de

(589) Primero ultraja sexualmente a su esposa con violencia y luego la asesina para ocultar la violación.

que la cónyuge del sujeto pasivo lo ha colocado en un estado de inconsciencia, así también el amigo que conjuntamente con su la hija de la víctima (madre), le propinan una golpiza, que le ocasiona la muerte[590]. Según dichos relatos fácticos, toma lugar una coautoría, sin embargo, de acuerdo a la regulación penal (inclusive la actual), el pariente asume responsabilidad penal por el delito de Parricidio y el no pariente por el delito de Asesinato, lo que quiebra el principio de unidad del acto, pues un solo hecho es escindido en dos tipificaciones penales diversas.

Sin embargo, ¿ahora (vía Ley N° 29819, conservada en ese extremo por la Ley N° 30068), en virtud del segundo párrafo del art. 107° del Código Penal se solucionan los problemas de coautoría, al haberse penalizado el Parricidio agravado cuando concurren algunas de las circunstancias previstas en el art. 108°? En apariencia sí, en razón de que uno de los coautores, el pariente del sujeto pasivo, sigue respondiendo por el delito de Parricidio y el otro coautor, por el delito de Asesinato, con la salvedad de que se toman en cuenta para ambos la forma, circunstancia, medios y móviles que motivaron la perpetración del injusto penal.

Punto importante a saber que vulnera los principios de proporcionalidad y de culpabilidad, es la magnitud de la pena a imponer, puesto que el «Parricidio agravado» recibe una pena no menor de 25 años de privación de libertad, mientras que el Asesinato se encuentra conminado con una pena no menor de 15; por consiguiente, autores que revelan una misma culpabilidad y que han cometido un hecho –de igual contenido de desvalor– reciben un tratamiento punitivo diferenciado, en mérito a una reprobación estrictamente de

(590) El hermano de la víctima, que contrata a un sicario mediando precio, para que le de muerte a su pariente, es un instigador de la modalidad típica de asesinato y nunca de parricidio, en tanto el ejecutor material del delito no tiene relación de parentesco alguna con la víctima.

naturaleza ética y social, lo cual no se ajusta a las garantías materiales de un Derecho penal democrático.

Finalmente, debemos señalar que, a través de las modificaciones recaídas en el art. 107° –por la Ley N° 29819–, se incorporó el delito de «Feminicidio» al *Corpus* Punitivo por primera vez y bajo una redacción incipiente: «*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*»; el mismo que ahora que ahora es un tipo penal autónomo y merece atención aparte –108°-B del Código Penal, incorporado por la Ley N° 30068, vigente desde el 19 de julio de 2013–.

5. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

El Parricidio es un delito esencialmente doloso. Según se propia descripción típica, se exige que el autor actúe «a sabiendas» para dar por admitida esta figura delictiva. El autor, al momento de dar rienda suelta a su quehacer delictivo debe saber, debe conocer que la víctima a quien pretende matar es su pariente; este conocimiento debe ser actual o potencial.

De siempre se ha estimado en la doctrina que en el elemento subjetivo «a sabiendas» importa que el delito solo puede ser cometido con dolo directo, basado ello en las teorías del consentimiento, las cuales otorgan una mayor preponderancia al elemento volitivo que al cognitivo; excluyen, por tanto, la posibilidad del dolo eventual.

No obstante ello, la persona que conoce las circunstancias que hacen de su comportamiento una conducta típica, está actuando de forma general con dolo, de conformidad con la perspectiva de un dolo cognitivo, cuyo elemento ha de refundir todas las variantes del dolo. En palabras de Cussac, la frase «a sabiendas» se introdujo para exigir el dolo y excluir la culpa, ya que esa elocución se refiere inequívocamente al grado de conocimiento exigido al autor

de la figura legal y no se extiende a la voluntad, pues el legislador emplea otro término como «intencionalmente». Otra razón es que tal concepto debe ser entendido como «conciencia y voluntad del hecho antijurídico», donde la locución «a sabiendas» se identifica con el elemento intelectual del dolo (conocimiento del hecho), que es igual para el dolo directo que para el dolo eventual. Si el autor no tiene certeza sobre la identificación de la víctima, habría de apreciarse un error de tipo, que por su relación con el tipo penal del art. 106°, daría por respuesta la punición por un Homicidio simple. Por consiguiente, resulta perfectamente admisible el dolo eventual.

Por otro lado, si seguimos al pie de la letra las consecuencias jurídicas del error de tipo que se desprenden del art. 14° del Código Penal, el error vencible daría lugar a la punición a título de culpa y como el art. 107° solo es reprimible en su faz dolosa, cabría dar una respuesta de un concurso ideal de delitos, entre una tentativa de Parricidio y un Homicidio culposo, lo cual no es dogmáticamente acertado, en la medida que el dolo del autor recae finalmente sobre su objeto: la muerte de una persona. La desvaloración del hecho en sí, tiene que preferir la subsunción única por un Homicidio doloso consumado.

En el ejemplo de Ricardo quien pretendiendo dar muerte a su padre Raúl, se equivoca de persona y da muerte a Lucía –que es su madre–, en lo que respecta al error *in persona*, no podrá admitirse un delito de Parricidio, sino un Homicidio simple consumado, pues no se advierte coincidencia entre el tipo subjetivo y la tipicidad objetiva. Sin embargo, en el caso del *aberratio ictus*, si Ricardo al disparar sobre Raúl yerra y da muerte a su madre, Lucía, será de todos modos un Parricidio con dolo eventual[116], siempre y cuando el elemento cognitivo del autor haya abarcado perfectamente la posibilidad de que dicho disparo también podía alcanzar a su madre y si ello no puede verificarse, sería una tentativa de Parricidio en concurso ideal

con un Homicidio culposo consumado. Y quien dispara contra un tercero creyendo que era una determinada persona, pero resulta siendo su hijo, tampoco estará incurso en la tipificación penal *in examine*, será constitutivo de un Homicidio simple.

De igual forma que en el homicidio y sus derivados, solo se necesaria la concurrencia del dolo, no se exige un plus de mayor intensidad en el tipo subjetivo del injusto, basta que el autor dirija su conducta lesiva a dar muerte a un pariente conociendo de dicha circunstancia.

6. FUNDAMENTO MATERIAL DEL INJUSTO DE PARRICIDIO (DELITO DE DOMINIO Y NO DE INFRACCIÓN DE DEBER) Y EL HOMICIDIO POR LUCRO

Sin perjuicio de lo sostenido en las líneas precedentes haremos unas breves digresiones en este apartado, a efectos de hilvanar o desarrollar un mejor análisis del tema plateado.

En principio, el legislador eleva a rango de delito únicamente a aquellos comportamientos susceptibles de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados; a tal efecto procede a reglar dichas conductas bajo los alcances normativos de los tipos penales glosados en la Parte Especial del Código Penal. Bajo esta técnica legislativa y mediando un mensaje normativo se ha establecido consecuencias jurídicas para los ilícitos destinados a configurar modelos disvaliosos de conducta en el marco de las interrelaciones sociales.

En el art. 106° del Código Penal se establece que será castigado todo aquel que produzca la muerte de un ser humano; no obstante, lo que se está señalando es que la vida humana de cualquier individuo debe ser respetada –con la excepciones como la legítima defensa–; así también, cuando se prohíbe inducir a error –mediante fraude o ardid– a otro para conseguir de él una ventaja patrimonial o

de no aprovecharse de ciertas relaciones jurídicas para la apropiación ilícita de bienes muebles. Se estima conveniente, también, prohibir la posesión de un bien inmueble, producto del aprovechamiento de una relación de confianza entre el usurpador y su víctima.

Es de verse, por tanto, que todas las normas jurídico penales se construyen a partir de un deber jurídico general que recala en cualquier persona, de no lesionar bienes jurídicos (*neminen laedere*); empero, esta infracción del deber no es lo que sostiene el desvalor del injusto penal, sino la perturbación de una convivencia social pacífica. Al autor de un homicidio no se le sanciona por haber contravenido su deber ciudadano, sino por la ofensa ocasionada con su proceder antijurídico, que colateralmente desencadena una alarma social generalizada en la población.

Basado en lo anterior, la dogmática penal tuvo el gran acierto de definir la autoría de un hecho punible a partir de un dato fenoménico de primer valor, llamado «dominio del hecho», es decir, todo aquel que en un determinado contexto o situación tiene en sus manos la posibilidad de acometer o no la lesión de un determinado bien jurídico ha de ser reputado autor a efectos penales, esté o no presente en el lugar de los hechos (autoría mediata). Siendo así, delitos como el Homicidio, Lesiones, Hurto, Secuestro, Robo, etc., pueden ser cometidos por cualquier persona poseedora de un ámbito de libre organización y de conciencia y libertad. Es este el presupuesto que define la responsabilidad penal (reproche personal) en un Orden democrático de Derecho.

Ahora bien, la llamada doctrina de la «infracción del deber», fue elaborada por la doctrina especializada, en el marco de los delitos especiales «propios», v. gr., los delitos contra la Administración Pública, donde la cualidad de autor no la tiene cualquiera, únicamente aquel que tiene la condición de funcionario o servidor público, por lo que se diría que sus sustento es la contravención de los deberes inherentes el cargo público, lo cual no puede transgredir -obviamente-, el

extraneus. Sin embargo, como los hemos indicado en otras monografías, esto no resulta suficiente, para poder fundamentar la autoría en los injustos de *especificidad funcionarial,* se requiere acreditar que el sujeto público cumpla -con toda rigurosidad-, todos los elementos constitutivos del tipo penal (tanto *objetivos como subjetivos*), conforme el principio de legalidad (*nullumcrime sine lege*); por ende, autor del delito de Peculado, es aquel que aprovechándose de su especial y específica vinculación legal con el objeto material del delito, procede a su apropiación o a su ilícita utilización, denostando así, un dominio funcional del hecho, que sólo puede tenerlo aquel que goza de dicha esfera de actuación competencial pública(591).

En palabras de RUEDA MARTÍN -en la doctrina especializada-, la infracción de un deber extrapenal como fundamento material de la responsabilidad en los delitos contra la Administración Pública parte de un presupuesto equivocado: identifica el deber de acción extrapenal con el deber de acción penal que, sin embargo, debe distinguirse porque hacen referencia a dos ámbitos diferentes592. Este último, en cuanto a la posición de dominio que ostenta el autor frente al objeto material del delito, que justamente aprovecha para perpetrar el delito de Peculado, Malversación de Fondos, Colusión ilegal, etc.

En particular, debe señalarse que no toda infracción de deber permite fundamentar una autoría, ya que en este caso debe atenderse de manera prioritaria al contenido de lo injusto del delito especial y sus modalidades comisivas, sentencia ABOSO(593).

---

(591) Vide, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. V, 2DA. edición, IDEMNSA, Lima, 2014, cit., ps. 417-425.

(592) Rueda Martín, Mª; *Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 125.

(593) Aboso, G.E.; *Administración Pública y delitos Especiales Propios*. En: Delitos contra la Administración Pública. Coordinadores: Heydegger, F. y otro, INDEMSA, LIma, cit., p. 183.

La consecuencias de seguir a toda consecuencia, la doctrina de la «infracción del deber», conlleva lo siguiente: -elevar a rango de autoría, cualquier intervención marginal del *intraneus,* cuando en realidad es un partícipe de un delito común dominado por un *extraneus*(Estafa) y, segundo, provocar que una actuación imprudente (o a lo más constitutiva de una *infracción administrativa*), se convierta en un delito doloso de función, como aquel funcionario público que no convoca oportunamente una Licitación pública, generando una afectación a las tareas de optimización de la Administración (Colusión ilegal). No olvidemos, que un *intraneus,* puede colaborar en un evento delictivo, cuyo dominio lo tiene un particular, por lo que no toda intervención del funcionario público, puede ser catalogada como «autoría».

Según lo expuesto, se cae en una circularidad que no abona en la formación de un verdadera seguridad jurídica, en la impartición de justicia penal, de manera, que se quiera o no, no se puede prescindir del criterio del *dominio del hecho*. Así, cuando se postula, que la idea rectora decisiva para la tipicidad de los delitos especiales contra la Administración pública no es la infracción de un deber, sino el dominio social típico que ostenta el funcionario público y en el que se encuentran involucrados determinados bienes jurídicos de una manera esencial u ocasional para el cumplimiento de una funciones sociales[594].

6.1. La insostenible tesis del Parricidio como delito de infracción de deber

Llevados los argumentos descritos al delito de *sub examine*, evoca las siguientes reflexiones: primero, que la conducta recogida en el art. 107° del Código Penal, no es un delito especial propio,

(594) Rueda Martín, Mª.;*Reflexiones sobre la participación...,* cit., p. 148.

sino especial «impropio»,[595] [596] en el sentido, de que se construye a partir del delito de Homicidio, añadiéndose la relación de parentesco entre víctima y victimario; segundo, que su desvalor –más ético que jurídico[597]– no define una conducta que pueda ser explicada al margen del tipo penal del art. 106° del CP, cuyas consecuencias desafortunadas en el ámbito de autoría y participación, y su débil justificación dogmática, hicieron que algunas legislaciones penales comparadas la derogasen –al igual que el delito de Infanticidio–, dejándose dicho dato a saber, en el proceso de determinación e individualización de la pena[598] [599] [600].

---

(595) Cfr., Félix Tasayco, Gilberto, *Derecho penal. Delitos de homicidio,* op. cit., págs. 152-153.

(596) Es interesante la referencia que hace Morales Prats de Torio López, respecto a que los datos criminológicos y empíricos demuestran cómo el acto parricida, lejos de venir presidido por una conducta más reprochable, son producto de un largo y previo proceso de degradación familiar, en el que suelte estar presente una profunda alteración emocional (arrebato u obcecación) o bien la alteración psíquica relevante vía eximente incompleta o vía atenuación analógica; *Las formas agravadas de homicidio...,* op. cit., p. 268.

(597) En la doctrina colombiana, Gómez López, sostiene que el fundamento para agravar la pena al parricida radica en el mayor desvalor que implica que el no detenerse ante el vínculo para dar muerte, como también en una mayor intensidad del dolo homicida, puesto que quien mata a una consanguíneo además del dolo común quiere matar a pesar del vínculo, demostrándose así su mayor aptitud para matar al extraño; *El homicidio,* T. I, op. cit., p. 315. Para Buompadre, el homicidio de los ascendientes o de los descendientes viola no sólo la ley escrita que establece el vínculo jurídico del parentesco, sino una realidad biológica (*substantia filiatonis*) proveniente de la ley de la naturaleza y que da origen al vínculo de sangre entre los individuos; *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 100.

(598) Como circunstancia «mixta», la cual puede operar tanto como agravante o como atenuante.

(599) Félix Tasayco, indica que la supresión es acertada, puesto que se lesiona en estos casos el mismo bien jurídico que en el homicidio y no encuentra ninguna razón valederamente convincente para justificar su permanencia como figura autónoma; *Derecho penal. Delitos de homicidio,* op. cit., p. 151.

(600) De forma crítica, Morales Prats, Fermín, *Las formas agravadas de homicidio...,* op. cit., págs. 268-269.

Según lo expuesto, –en la jurisprudencia de la Corte Suprema– se está hilvanando la postura de que el Parricidio es un delito de infracción de deber,[601] donde el autor (pariente) vulnera ciertos deberes de protección –que está por ley obligado a cumplir–, de tutela y de fomento hacia un bien; específicamente, en aquellas incriminaciones que tienen como protagonista a un sicario,[602] que asesina motivado por la recompensa pactada con el pariente de esta última. Así también en del delito de Omisión a la asistencia familiar, donde el autor infringe deberes que se regulan en el Derecho privado; o cuando la madre del impúber infringe su deber al dejarlo en un cuarto cerrado y cerca de él hay una cocina a gas, que luego explota provocando el deceso del niño, lo cual no configura un delito doloso sino culposo, y, como se ha afirmado, el delito de Parricidio únicamente resulta punible a título de dolo. En esta línea se podrían mencionar innumerables ejemplos, donde detrás de una incriminación se manifiestan instituciones legales que generan determinados deberes sobre ciertas personas, los cuales lo conminan a efectuar ciertas conductas a fin de salvaguardar intereses jurídicos de terceros, pero que de por sí no puede sustentar válidamente el injusto material típico. En la doctrina española MORALES PRATS dice lo siguiente:

---

(601) Así, la Sala Penal Transitoria en la Resolución recaída en el Exp. N° 2463-2012-Junín: «*El parricidio es un delito de infracción de deber, donde el agente es un garante en virtud de una «institución» –en el presente caso, la familia–, cuyo fundamento de imputación se basa en la competencia para defraudar el «deber positivo» o específico que garantiza una relación existente entre obligado y el bien jurídico –los deberes de asistencia mutua que existente entre los padres, y el deber de cuidado que existe entre los padres y los hijos–, independientemente de la importancia de su contribución o dominio del hecho o de la organización (naturaleza institucional de los deberes infringidos)*». En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo N° 51, Lima, septiembre 2013, p. 148.

(602) Esta clase de homicidio es históricamente –sostiene BUOMPADRE– el crimen *inter sicarios* u homicidio por mandato del Derecho romano; *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 123.

Si se dictamina que la infracción de deberes familiares en el Parricidio comporta un mayor desvalor de acción con respecto al acto homicida, debería concluirse que, en el plano ex ante (contexto del desvalor de la acción) se constata una mayor peligrosidad objetiva de la acción para el bien jurídico vida. Como parece que esto último no es sostenible, la infracción de los referidos deberes parentales como elemento indicador de un mayor desvalor de la acción parecería una petición de principio, pues no existe una vinculación directa entre el acto parricida (matar a un pariente) y la vulneración de deberes familiares.[603]

No es, por ende, la infracción del deber[604] [605] lo que sostiene el desvalor de este injusto penal, sino que, por ejemplo, se da un aprovechamiento de una relación de cohabito con la víctima para proceder a darle muerte; en efecto, para esto se requiere contar con el dominio del hecho, lo cual de todos modos no hace alusión a un plus de desvalor frente al homicidio, en todo caso ello configuraría un Asesinato alevoso. Piénsese en el siguiente ejemplo: En un programa de televisión se encuentran un hijo y su padre después de muchos años; a la salida del estudio de televisión uno de ellos mata al otro. Realmente, la subsunción en el tipo penal de Parricidio manifiesta una valoración estrictamente formal y no material del estado de la cuestión.

---

(603) MORALES PRATS, Fermín, *Las formas agravadas de homicidio: problemas de fundamentación material y cuestiones técnica-jurídicas*, op. cit., p. 267.

(604) Así, FÉLIX TASAYCO, Gilberto, *Derecho penal. Delitos de homicidio,* op. cit., p. 168.

(605) En palabras de MORALES PRATS: detrás de la infracción de deberes, desde una concepción de la norma que aprehenda el juicio de valoración como instancia cofundamentadora –junto a la norma como regla de determinación–, subyace la vulneración de bienes jurídicos, en este caso representada por el orden familiar. Tanto desde un punto de vista político-criminal, consideró inaceptable la fundamentación material del parricidio desde la perspectiva de una mayor gravedad de lo injusto, entre otras razones, porque tal postulado conduce a considerar que el Derecho penal es un instrumento preventivo y de tutela, apto para salvaguardar el orden familiar y, en particular, para contramotivar a que en dicho ámbito, en principio gobernado por relaciones de confianza y afecto, se produzca el conyugicidio, el libericidio –muerte de descendientes, según la terminología clásica– o el parricidio *strictu sensu* –muerte de ascendientes–; *Las formas agravadas de homicidio...,* op. cit., p. 267.

Insistimos, no basta la relación de parentesco, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, sino que debe verificarse que el autor se haya aprovechado de esta –posición de dominio o de ventaja– para haber emprendido la realización típica; por ejemplo, la mujer que aprovecha que su marido está durmiendo para poder matarlo. Es por esa razón, que hemos criticado la extensión de las vinculaciones de la pareja criminal, conforme las modificaciones efectuadas en este tipo penal, merced a la dación de las Leyes N° 29819 y 30068[606].

Por otro lado debe destacarse que, las descripciones típicas compaginadas en los tipos penales hacen referencia al autor del delito, esto es, que las condiciones o cualidades que allí se regulan solo han de verificarse en este, mas no en el partícipe, por lo que este último ha de responder por el mismo delito, siguiendo el principio de la unidad en el título de la imputación[607][608]. Consecuentemente, para que al pariente de la víctima se le pueda atribuir el delito de Parricidio a título de autor, tiene que intervenir necesariamente en la etapa ejecutiva del delito (dominio del hecho); de manera que, si lo que hace es prestarle un arma de fuego a un tercero para que él lo mate, es un cómplice primario de Homicidio o Asesinato[609],

(606) Así, en el RN N° 602-2009-Amazonas, al indicar la Sala Penal Transitoria, que: «*El delito de parricidio previsto en el artículo 107 del CP tiene, como particularidad agravante del delito de homicidio, la relación personal que tiene el sujeto activo con el sujeto pasivo del delito (víctima), debiéndose indicar que, en el caso de relación parental por causas de matrimonio o concubinato, debe establecerse que este se haya producido en el periodo de tiempo en que el sujeto activo y pasivo del delito mantenían una unión de hecho o de derecho*». En, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo N° 18, diciembre 2010, op. cit., p. 153.

(607) No resulta concebible, que la persona no emparentada, que proporciona el arma al hijo para que de muerte a su madre, responda como cómplice de Asesinato, cuando no hay un autor de ese mismo delito. Dicho de otro modo: puede haber autor sin cómplice, mas no cómplice sin autor.

(608) Cfr., Gracia Martín, Luis; et al., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial,* op. cit., p. 125.

(609) Así, Félix Tasayco, Gilberto, *Derecho penal, Delitos de homicidio,* op. cit, p. 166.

dependiendo de las particularidades del caso concreto. Empero, si lo que hace el ascendiente o descendente es pagar a un sicario para que mate a su madre o hijo, vendría a ser un instigador del delito de Homicidio por lucro[610], y el ejecutor del delito, el autor. Esta situación podría cambiar si, al margen de pagarle al sicario, también interviene de forma decidida en el asesinato de su ascendiente o descendente, por lo que este codominio funcional del hecho hace que este responda como autor de Parricidio,[611] [612] y el otro como autor de asesinato por lucro, en ruptura de la unidad en el título de la imputación.

La dilucidación del título de participación delictiva en el evento homicida, requiere previamente definir los conceptos de autoría y de coautoría, en base a definiciones teóricas armoniosas con las nuevas formulaciones de la dogmática jurídico-penal; es de verse que, la autoría era catalogada por la doctrina desde una acepción esencialmente formalista de la norma jurídico-penal, esto es, solo podía ser considerado autor, quien de propia mano ejecutaba el tipo penal en cuestión –en el caso del delito de Homicidio, por ejemplo, aquel que aprieta el gatillo de la pistola que da muerte a su víctima o quien la estrangula con su fuerza muscular–. Un entendimiento así concebido puede resultar correcto cuando es sola una persona la que interviene en el suceso delictivo, mas cuestión distinta aparece cuando son varios los que intervienen o cuando una persona instrumentaliza a otro, que es el ejecutor formal, donde es el de atrás quien tiene el dominio del evento típico. Al respecto se argumenta, que autor solo puede ser quien mediata o inmediatamente, solo o con otros, realiza el tipo penal, de forma que el resultado le sea imputable, es decir,

---

(610) Así, Gracia Martín, Luis; et al., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial,* op. cit., p. 107; Felip i. Saborit, David; et al., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p 36.

(611) Se opta por el título de participación delictiva más intenso.

(612) Sin defecto, de poder valorarse el móvil del «lucro».

quien directamente se enfrenta a la norma prohibitiva realizando el injusto típico[613].

En palabras de Gómez López, todo Homicidio por precio o promesa remuneratoria, supone dos autores: el instigador y el instigado, lo que no ocurre en el caso de que el autor obre con ánimo de lucro, pudiendo ser el mismo sujeto que, individualmente considerado, planea el homicidio exclusivamente por el afán de lucro o codicia, finalidad que puede ser unilateral[614]. A decir de Muñoz Conde, el Asesinato por precio presupone siempre la concurrencia de por lo menos dos personas. Por un lado, la que paga el precio, concede o promete la recompensa; por otro, la que acepta tal oferta y decide, sobre la base de esta, realizar directamente el hecho. Ambos son responsables de Asesinato, ya que el que ofrece la recompensa es siempre partícipe en el hecho cometido por el que la recibe. La intervención del que paga u ofrece la recompensa en el hecho realizado por el otro puede ser calificada de participación por inducción en el asesinato o de cooperación necesaria[615].

Quien define el título de imputación delictiva es el autor y no el partícipe, por tales motivos, la sola presencia del pariente de la víctima –en el escenario de los hechos–, no la convierte automáticamente en una responsabilidad por el delito de Parricidio, sino que esto dependerá del protagonismo que asume cada uno de los intervinientes en el evento en cuestión.

6.2. Conclusiones

Asumir la tesis del delito de infracción de deber en el tipo penal *in examine*, implica desvincularlo del delito de Homicidio, cuando ello sería materialmente imposible, al instituirse el primero

(613) López Peregrin, María, *La complicidad en el delito,* op. cit., págs. 394-395.

(614) Gómez López, Jesús, *El Homicidio,* T. I, op. cit., p. 472.

(615) Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., págs. 61-62.

en una figura derivada del art. 106°, donde también podría argumentarse que el autor del Homicidio infringe sus deberes de protección hacia una persona en base a su rol como ciudadano. Esto cae por su propio peso, pues el desvalor se construye por vulnerar un bien jurídico trascendental en la vida social, donde cualquier individuo tiene el deber de respetar los valores fundamentales de sus conciudadanos. Los deberes de tutela, de cuidado, de protección que se tejen en las relaciones parentales, dan lugar a instituciones propias del Derecho privado, cuya transgresión puede originar acciones ante la justicia, pero esto, sin duda, no es lo que fundamentó el delito de Parricidio, donde –al margen de su acusa ilegitimidad incriminadora– su realización tiene que ver con un ámbito de dominio que aprovecha el autor pariente para dar muerte a su víctima (descendiente o descendiente). Por ende, solo si se advierte dicho señorío del hecho, la imputación puede definirse como un acto de autoría de Parricidio, mas no toda actuación marginal de participación, que encajará solo en Homicidio o Asesinato. Postulación que se corresponde con el principio de legalidad y con la formulación teórica-conceptual de autoría y participación en un delito especial impropio, que no puede desligarse del tipo base que lo construye.

El marido o concubino que mata a su pareja porque esta le fue infiel o porque simplemente lo quiere dejar, comete un asesinato pasional que puede constituir además las agravantes «ferocidad» o «placer» y que en puridad no tiene por qué justificar una sanción por un delito de sustentos tan precarios y débiles, como el Parricidio. Siendo que, la imputación delictiva que se atribuye al pariente como autor del art. 107° del Código Penal, por haber contratado a un sicario para que de muerte, por ejemplo, a su padre, contraviene el principio de legalidad; pues generar el dolo de matar a un individuo, no es en definitiva una acto típico de autoría, sino de instigación; que para ser objeto de sanción punitiva, requiere por lo menos que el instigado haya dado inicio a los actos ejecutivos del delito.

III. EL 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 padeciera 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 concurran dos o más circunstancias agravantes.

1. INTRODUCCIÓN

En el Perú, las muertes de mujeres en manos de los hombres han alcanzado cifras espeluznantes en los últimos tiempos. La estadística criminal del delito de Feminicidio aumenta de forma ostensible y significativa, pero es difícil de determinar a cabalidad porque también es sobredimensionada con especial morbo por parte de los medios de comunicación y las diferentes tribunas políticas, con el claro afán de generar sensaciones de miedo e inseguridad en la población para vender necesidades, demagogia, etc.[616] Lo que queda claro es que estos hechos lúgubres que se producen en el seno familiar, generan un pánico moral, angustia colectiva y propician una sociedad masificada de «sujetos pasivos».

Con esto en mente, ante tal situación de pánico y zozobra se abre un fecundo espacio para una respuesta enérgica del Derecho penal. El aparato punitivo del Estado es alimentado fuertemente por el dato criminológico, lo que justificaría –en principio– que se apele a una mayor dosis de energía sancionadora para el caso de estos asesinatos, que tienen como víctimas a mujeres de todo estrato social y económico. Aparece así, una «Criminología mediática», que, como bien explica ZAFFARONI, poco tiene que ver con

(616) Ello no obsta reconocer que desde siempre se han producido este tipo de agresiones y muertes, siendo el sujeto pasivo la mujer en el marco de un contexto familiar; que tal vez, al no haber concitado el interés, que hoy sí ha tomado dicha problemática, es que haya provocado que la realidad criminológica sea ajena o lo mencionado por la prensa y por las agencias estatales involucradas en la persecución, juzgamiento y sanción de tales crímenes.

la académica. Podría decirse, que en paralelo a las palabras de la academia, hay otra (Criminología), que responde a una creación de la realidad a través de la información, subinformación y desinformación mediática en convergencia con perjuicios y creencias, que se basa en una etiología criminal simplista asentada en una causalidad mágica.[617] [618]

La política criminal, como es sabido, no solo tiene que ver con el Derecho punitivo, sino con todos aquellos medios o instrumentos capaces e idóneos para prevenir y contener toda manifestación de criminalidad; entonces, los medios de control –distintos al Derecho penal– cuentan con efectos más poderosos para desplegar efectos en puridad preventivos. Sin embargo, los rasgos que caracterizan a la sociedad actual demuestran que para la clase política lo más rentable –electoralmente hablando— es la utilización del Derecho penal, llevado más a la función «socio-cognitiva-promocional» que a sus efectos neutralizadores sobre la delincuencia.

Todo esto implica el poco interés en el verdadero rendimiento de la norma jurídico-penal en los hechos, en la realidad social, porque el propósito es mantener cautivo al electorado necesitado y ansioso de mayor seguridad ciudadana. Se habla así, del *peso de la emotividad en constante acción,* esta creencia se construye, conforme lo describe ZAFFARONI, sobre bases bien simplistas, pero profundamente internalizadas a fuerza de reiteración y bombardeo de mensajes emocionales mediante imágenes: indignación frente a algunos hechos aberrantes, pero no a todos, sino solo de los estereotipados; impulso vindicativo por identificación con la víctima de estos hechos, pero no con todas las víctimas, sino solo con la de

(617) ZAFFARONI, Eugenio, *La palabra de los muertos. Conferencia de Criminología Cautelar*, Editorial Ediar, Buenos Aires, op. cit., p. 365.

(618) Lo mágico, dice ZAFFARONI, es la especial idea de la causalidad que se usa para canalizar la venganza contra determinados grupos humanos. Loc. cit.

los estereotipados y si es posible que no pertenezcan ellas mismas a ese grupo, pues en tal caso se considera una violencia intragrupal propia de su condición inferior; miedo a la propia victimización y reclamo de mayor represión sobre la base de la causalidad mágica, según la cual, mayores penas y mayor arbitrio policial producen mayor prevención de los delitos[619].

Llevados los argumentos descritos al caso que nos ocupa, hemos de indicar que fue a fines del año 2011 que el legislador expidió partida de nacimiento al delito de Feminicidio –más denominativo que represivo–, dando un mensaje de dureza frente a hechos tan execrables; pero contrariamente, a la fecha los efectos disuasivos –de intimidación– que deben reportar las sanciones penales son prácticamente nulos. Apostamos que, aún de legar el radicalismo punitivo de la pena capital, tampoco se lograría la eliminación de tal conducta delictiva. Lo que revela la Criminología, es que la coacción psicológica de la pena en algunos delincuentes no genera los efectos que de ella se esperan.

Entonces, cuando la problemática se agudiza, cuando la prensa escrita y televisiva engrosa sus titulares con hechos de sangre que tienen como víctima a una mujer[620], el legislador reacciona de forma inmediata pero no desde un plano totalizador de la política criminal, sino solo a través de los portentosos brazos del *ius puniendi* estatal; es así que en los programas informativos o noticiosos se presentan los parlamentarios, quienes aceptan –de forma casi palmaria– que la inclusión del feminicidio en el catálogo punitivo no fue suficiente para evitar que se sigan produciendo estos crímenes, es decir, admiten efectos preventivos nulos; sin embargo, continúan apelando al discurso de la retribución del delito: *no importa que el mensaje*

---

(619) Ibídem, p. 371.

(620) La tecnología de la Criminología «mediática», como expone ZAFFARONI, es televisiva, por eso, dice el autor, cuando hablamos de discurso no lo hacemos en el sentido puro del lenguaje hablado o escrito, sino del mensaje que se impone mediante imágenes; *La palabra de los muertos,* op. cit., p. 367.

punitivo de la norma no haya calado en la psique de los delincuentes, no interesa que no se haya podido evitar la muerte injustificada de tantas peruanas, lo único que interesa es de darle el arma legal al juez, para que pueda imponer penas sumamente severas. Según esto, el Derecho penal se reduce a un instrumento represivo que cala en una faz netamente retributiva, marginando su función preventiva, que el propio Código y la Ley Fundamental le asignan de forma prioritaria.

Parafraseando a ZAFFARONI diremos que, frente al pasado la urgencia es una respuesta imposible, solo puede ser la venganza. Como urgencia es intolerante, no admite reflexión, ejerce una censura inquisitorial, pues a cualquier tentativa de responder invitando a pensar es rechazada y estigmatizada como abstracta, idealista, teórica, especulativa, alejada de la realidad ideológica, etc.[621]

En su momento acusamos que una figura delictiva así concebida, comprendida bajo el corsé del «género», a lo único que conduce es a un Derecho penal «simbólico», a una perversión del núcleo sustentador del Derecho penal, que es el hecho, factor gravitante de la construcción normativa, el desvalor que se erige como soporte del fundamento material del injusto, lo que legítima en definitiva la intervención del Derecho punitivo en un Orden democrático de Derecho.

Apelar al Derecho penal, como una suerte de mecanismo reivindicador de los sectores sociales más vulnerables, es todo un despropósito, a lo único que conduce es a la deslegitimación de este medio de control social, a su desgaste nominal; no somos ciegos ante una realidad incontestable en el Perú, pues son muchas las mujeres que padecen tratos vehementes por parte de sus parejas, varones obtusamente guiados por un machismo inexplicable y haciendo uso innecesario de su superioridad física las maltratan hasta llegar

(621) ZAFFARONI, Eugenio, *La palabra de los muertos,* op. cit., p. 377.

en algunos casos a arrebatarles la vida. Lo expuesto es atendible, no obstante, no encontramos mayor desvalor que el predicado en el asesinato alevoso o en el de ferocidad, según las esquelas normativas del art. 108° del CP; de manera que, no existe bien jurídico distinto al identificable en el tipo Asesinato, y si se quiere apelar a la cuestionable relación de superioridad, pues, como se ha perfilado en la doctrina española, se propondría una circunstancia agravante genérica. Es así que seguimos sosteniendo la idea de que esto es otra manifestación patente del Derecho penal de autor[(622)], donde la peligrosidad que revela el agente en su accionar típico, es lo que sustenta la mayor agravación de penalidad; insostenible según la plataforma de un Derecho penal democrático, sancionador de acciones y no de estados de peligrosidad, como sí podría elucubrarse desde los confines del Derecho penal del enemigo, donde si el sujeto ya no puede garantizar un mínimo de seguridad cognitiva, está apartado de forma conclusiva del Derecho, ya no tiene por qué ser portador de las garantías elementales de un Orden democrático; en suma, ya no debe ser tratado como persona sino como *enemigo*. Y se diluye en demasía en la tipificación penal *in comento*, en la medida que no se requiere de una relación de pareja (expareja) para dar afirmación de materialidad delictiva, es decir, basta que el sujeto activo sea un hombre y que el sujeto pasivo sea una mujer, sin importar que también una mujer puede ser autora de este delito, y que de esta forma se llegaría a insostenibles desigualdades, que justamente sostendría este tipo penal, en el sentido de que otras personas –tal vez más vulnerables que una dama–, como el recién nacido, no merezcan la misma intensidad de tutela punitiva, o aquel homosexual varón maltratado por su pareja, que, bajo ese mismo *machismo*, no recibirá tampoco la misma protección penal.

---

(622) Así, UGAZ HEUDEBERT, Juan, *El delito de Feminicidio en el Perú: ¿Excesiva victimización de la mujer?*, en *Feminicidio y discriminación positiva en Derecho penal*, ARA Editores, op. cit., p. 157.

Ratificamos la posición de abandonar los planteamientos ideológicos y filosóficos de un Derecho penal del enemigo, por ser este abiertamente contrario a las bases de una culpabilidad por el acto, conforme se extrae del Título Preliminar del Código Penal.

Es así como se sigue más la tónica de hacer un uso excesivo de la norma jurídico-penal, lo que ha significado la inclusión del artículo 108°-B al Código Penal (vía la dación de la Ley N° 30068 del 18 de julio del 2013), ahora sí dando una tipificación penal autónoma al delito de «Feminicidio», mediando una configuración distinta a la presentada con la modificación del art. 107° (vía Ley N° 29819) y con toda una gama de «contextos», tal como el lector puede advertir de los siete numerales adjuntados en dicho articulado.

2. LOS DELITOS DE ODIO

Hemos elaborado siempre nuestro discurso jurídico y filosófico sobre los fundamentos y fines de un Derecho penal democrático, ello implicó el desapego y despojo de conceptos e ideas distintas a su construcción legitimadora.

El avance de la ciencia jurídico-penal supuso abandonar categorías propias de la Criminológica, muy aventurada a buscar respuestas frente al crimen en la descripción anatómica, biológica o, dígase, estructural del ser delincuente; así como, de penetrar en la ideologización de la mente del criminal e identificar rasgos patológicos en su motivación como impulso a la comisión de delitos.

Respaldar un Derecho penal autoritario significa penalizar la voluntad de un individuo[623] sin que esta se haya manifestado en el mundo exterior mediante la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico penalmente tutelado; en un real Estado de Derecho

(623) Vide, al respecto, Muñoz Conde, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 45-46.

solo pueden ser objeto de penalización los hechos que generan una perturbación significativa en la coexistencia pacífica de la sociedad; los pensamientos, las ideas están al margen de toda posible acriminación.

Con lo anteriormente sostenido no pretendemos enunciar concluyentemente que la figura delictiva recogida en el art. 108°-B del Código Penal penalice únicamente pensamientos o actitudes frente a la vida social, sino que la redacción de su primer párrafo hace alusión a que el asesinato *sea por su mera condición de «mujer»*; esto supondría que el autor del injusto penal, que también puede ser otra mujer, actúe con un impulso misógino criminal, es decir, basado en un odio, en un desprecio hacia el género femenino. Bajo esta nueva composición típica, el delito de Feminicidio se desarraiga del tipo penal de Parricidio, pues este último requiere necesariamente de una relación de parentesco del autor con la víctima, lo cual ya no es indispensable en el art. 108°-B, sino que basta que el sujeto pasivo sea una mujer para que se configure tal injusto penal; esto corresponde perfectamente con lo redactado en el inc. 4 del dispositivo legal, cuando a la letra dispone: «*Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente*».

Por lo general las noticias describen una situación de pareja, –por ejemplo– en las cuales el novio, esposo o expareja da muerte a la mujer porque esta ha sido infiel o porque rompió la relación sentimental con él; advirtiéndose la apocada autoestima del autor, que carece de mediana fortaleza mental y tacto para superar adversidades o experiencias de esa índole, y, además, como si la relación sentimental implicase una suerte de pertenencia; situación impensable en un Estado de libertades, que enrostra una descripción de patología social y psicológica, como el empoderamiento de posturas y jerarquías sociales, propio de un machismo desafortunado y desaventurado.

Por lo expuesto queda afirmado, que si la víctima es asesinada solo por su condición de *mujer, estamos ante una actitud de rechazo frente al género femenino, de odio a las damas, que no tendría por qué circunscribirse a matar a la pareja, sino a cualquier mujer, a la compañera de trabajo, a la empleadora, a la mujer policía, etc.* Es así como se configura un asesinato basado en la discriminación del hombre frente a la mujer, donde el impulso criminal no requiere de una relación sentimental con la víctima, sino pura y lisamente, contra cualquier mujer; una especie de genocidio a menor escala y solapado, de quien quiera eliminar de forma sistemática a un determinado grupo social –conforme se desprende del art. 319° del CP[624]–; con esto se pierde totalmente la brújula, arrastrando a esta figura delictiva, a senderos que no se corresponden con su naturaleza, pues el Feminicidio es una subespecie del delito de Parricidio.

Los llamados «delitos de odio» son aquellos que se manifiestan a través de un ataque –sistemático y generalizado– de una persona o varias, que teniendo como víctimas a determinados grupos sociales, étnicos, raciales o de género, vienen impulsados por determinados prejuicios, estigmas y/o posicionamiento social; así, en el nacional-socialismo, en el exterminio de millones de judíos, al pensarse que la raza aria era superior y dominante.

¿Qué son los delitos de odio?, se plantea Aniyar de Castro. Concepto acuñado en 1985. Algunos definen los delitos de odio como crímenes motivados por el rechazo del grupo social identificable. Generalmente se trata de grupos definidos por raza, religión, orientación sexual, discapacidades, etnicidad, edad, género, grupo social o afiliación política[625].

---

(624) Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho Penal. Parte Especial,* T. IV, op. cit., págs. 519-535.

(625) Aniyar de Castro, Lolita, *Criminología de los Derechos humanos,* op. cit., p. 272.

Al margen de lo asistemático que pueda resultar el acogimiento de un delito de odio en una figura como el «Feminicidio», no implica su probable legitimidad en un marco social donde se adviertan aún prejuicios, discriminaciones o evidentes desprecios hacia determinados grupos sociales, por ejemplo, los inmigrantes en Norteamérica y Europa continental, como lo era el Ku Klux Klan en EE.UU. años atrás, o el Nacionalsocialismo en Alemania. Es lamentable reconocerlo, pero en el umbral del tercer milenio están reviviendo movimientos que tienen por objetivo el ataque personas que poseen determinadas características raciales.

Como bien se sostiene en doctrina, los juristas han declarado que no existe sentido prever los delitos de odio en la legislación, pues se trataría de castigar solo la motivación y no una conducta cuya penalidad ya está prevista en las leyes penales; mas, por el impacto que tienen en el basamento de los derechos humanos, ha habido interés en agravar de manera especial penas por la jerarquía ofensiva del acto, además de lo que algunas legislaciones, aun las más antiguas, han denominado –como en el Perú– «motivos fútiles o innobles»[(626)]. De hecho, una cosa es el crimen de odio y otra muy distinta el asesinato por placer y ferocidad.

El odio al diferente o su desprecio tienen variables múltiples, por eso, más que referirnos a ellos hoy como crímenes de odio –que es una denominación de caracteres puramente emocionales y aparentemente al margen de concretas relaciones sociales–, podríamos hablar de crímenes motivados por las diferencias[(627)]. Y ese móvil, del desprecio hacia el *distinto,* puede tenerlo también una mujer hacia el género femenino, cuyo trastorno mental, conductual, etc. o circunstancia que la haya determinado debe ser examinado en cada caso.

(626) Ibídem, p. 273.

(627) Aniyar de Castro, Lolita, *Criminología de los Derechos Humanos,* op. cit., p. 274.

Habríamos de identificar, por tanto, a criminales, a asesinos seriales, que tienen como objetivo matar a mujeres únicamente por su género, sin tener que auscultar en una probable relación entre la pareja criminal; en efecto, una conducta detentadora de odio, de desprecio hacia el género femenino, se sostiene en la atroz motivación de eliminar a las mujeres de la faz de la tierra.

En el delito por odio, el odio a la víctima está motivado por el odio a un grupo de pertenencia, que está fundado en un prejuicio. Se ha caracterizado el crimen por odio como un acto ilegal que importa una selección intencional de una víctima a partir del perjuicio del infractor contra el estatus actual o percepción de esta[628].

Si se quiere reglar un delito de odio, se requiere que la conducta típica esté dirigida contra una raza, etnia o género, donde el bien jurídico trasvase un orden individual para penetrar en el colectivo, de suerte que sería una variante de crímenes contra la humanidad. Así es de verse en el inc. 4 del art. 80° del Código Penal argentino y la Ley 23.592 (odio contra una raza) de Argentina. En palabras de ZAFFARONI, la víctima, como individuo, tiene poca importancia; simplemente, es el individuo que da en el estereotipo y, a través de la lesión del sujeto, lo que se quiere es mandar un mensaje a todo el grupo o colectividad, a todos los que presenten las mismas características del sujeto agredido[629].

Vemos así, de los diversos numerales que el legislador ha procedido reglar en todo lo ancho del art. 108°-B, que se define una particular forma de normar un tipo penal del injusto, al advertirse una serie de circunstancias, de «contextos», en los cuales ha de tomar lugar el asesinato de la mujer, lo cual importa una descripción sui géneris, toda vez que no se estila describir normativamente la

---

(628) ZAFFARONI, Eugenio, *Los delitos de odio,* [discurso], martes, 21 de agosto del 2007, op. cit., p. 2.

(629) Ibídem, p. 1.

variedad de situaciones en que toma lugar la perpetración del hecho punible; y esto es así, en la medida que la compaginación típica no puede recoger los múltiples contextos en que se desenvuelve el evento delictivo, es una meta imposible realizar, pues al inclinarse a dicha opción se asume el gran riesgo de dejar vacíos normativos y con ello abrir grietas de impunidad que no pueden ser cubiertas por el operador jurídico, so pena de vulnerar el principio de legalidad (*lex stricta*).

Pensamos que hubiese sido suficiente con describir solo la situación de la mujer como sujeto pasivo, en tanto que el tema de las circunstancias de agravación debe pasar por un análisis separado; máxime, si, como se ha venido sosteniendo, por lo general esta conducta delictuosa acontece en el seno familiar, ergo, la indicación del inc. 1 (violencia familiar) resulta innecesaria, así como el regular contextos que tienen que ver con la comisión de otros delitos (sexuales).

3. CONTEXTOS DELICTIVOS DEL FEMINICIDIO

– ***Violencia familiar***

Cuando la muerte de la mujer toma lugar en un contexto de violencia familiar, el art. 2° del TUO de la N° 26260 –modificado por la Ley N° 29282 (publicada el 27 de noviembre del 2008)– define a la violencia familiar, como:

> *A los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar, cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual, que se produzcan entre:*
>
> *a) Cónyuges.*
>
> *b) Ex cónyuges.*
>
> *c) Convivientes.*
>
> *d) Ex convivientes.*
>
> *e) Ascendientes.*

g) Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

h) Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.

i) Quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia.

j) Uno de los convivientes y los parientes del otro hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en las uniones de hecho.

Entonces, antes de que acaezca el asesinato de la fémina ha de identificarse un acto propio de maltrato físico o psicológico, que no importe un acto típico del delito de Lesiones, y en este contexto, propiamente, tome lugar la muerte del sujeto pasivo; verbi gratia, por lo general constan denuncias interpuestas por la mujer ante la comisaría por violencia familiar; aunque no puede descartarse que en un mismo acto de maltrato familiar sobrevenga la muerte de la víctima. Si es que el agente le dio muerte a la mujer sin mediar dicha circunstancia, sin la concurrencia de las hipótesis recogidas en los incs. 2 y 3, se podrá aplicar el inc. 4, siempre que se pueda acreditar que el asesinato tomó lugar en una situación de discriminación de género.

Es necesario recalcar que la víctima de este delito ha de ser únicamente la «mujer», mas no se puede afirmar lo mismo con respecto al autor. Vemos de la redacción normativa de la Ley N° 26260 que la violencia familiar puede producirse también entre *ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad*; esto implica, que la hija, la sobrina, la prima, pueda dar muerte a su madre, a su tía, etc. y se tendría que aplicar este delito. Con ello se evidencia que el empleo instrumental del Derecho penal puede llegar a resultados político-criminalmente insatisfactorios; por ejemplo, cuando la madre o el padre que mata a su hijo de dos meses de nacido recibe una pena menor a la fijada en

el art. 108°-B del CP, a menos que concurra una de las agravantes previstas en el art. 108°, pero nunca podrá ser sancionado con pena de cadena perpetua o con una pena no menor de 25 años de pena privativa de libertad, aun cuando concurran alguna de las circunstancias regladas en el segundo listado del articulado *in examine*; máxime cuando la madre es injustamente beneficiada con la morigeración de la pena, según el art. 110° del CP; y vaya que un neonato es una persona mucho más vulnerable que una mujer de veinte años de edad. Así, advertimos una serie de incongruencias que son producto de una legislación fragmentada de la realidad social.

– ***Coacción, hostigamiento o acoso sexual***

La primera circunstancia regulada importa identificar una acto de *vis compulsiva* sobre la víctima, en cuanto a constreñir la voluntad del sujeto pasivo a realizar un acto que la ley no exige o impedirle hacer lo que esta permite; precisamente, si el agente pretende asegurar el éxito de su plan criminal, en primer lugar, constriñe e inmoviliza al sujeto pasivo de modo que le sea imposible pedir auxilio y así darle muerte sin mayor contrariedad. Sobre este punto cabría dos cosas a decir: primero, el medio que utiliza el agente para cometer el delito, no haciendo alusión por tanto a un contexto determinado; y, segundo, que una situación descrita puede ser resuelta vía un concurso real de delitos, del art. 107° y 151° del Código Penal.

Por su parte, el «*hostigamiento o acoso sexual*» importa aquellas formas de presión sexual que se dan en determinados ámbitos en los que se desarrollan relaciones de preeminencia implícitas –trabajo, colegio, universidad, etc.–, y que genera que el sujeto pasivo se vea compelido a tolerar presiones para permanecer o progresar en dichos ámbitos[(630)]; de tal manera que, las presiones surgen a partir de ciertos ámbitos de dominio social –relación laboral vertical–, donde el

(630) DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, op. cit., págs. 505-506.

superior se aprovecha de su puesto para obtener favores sexuales del subordinado; pero esta presión debe manifestarse en actos concretos: a. Con invitaciones a salir, almuerzos, tocamientos, acercamientos corporales u otros y, b. Que de la negativa de la subordinada –sujeto pasivo– se desencadenen consecuencias perjudiciales en el ámbito laboral: traslado a otras oficinas, incumplimiento de pago, sabotajes en las tareas propias de la actividad laboral, trato hostil, etcétera.

Al margen de entender que el acoso sexual no constituye *per se* un acto constitutivo de delito, no hay que perder de vista que esta conducta socialmente negativa sería, en todo caso, un paso previo a un delito de contenido sexual y no a un asesinato, por lo que el contexto descrito no encuentra correspondencia con la naturaleza del tipo penal *in comento.*

En este numeral se manifiesta claramente la desvinculación de la relación de parentesco –propia del Parricidio– que debe subyacer entre el autor y su víctima; una unívoca intención de extender el ámbito de punición; lo que significa desnaturalizar la esencia de este injusto penal, catalogándolo como una especie de delito de odio o discriminación.

– ***Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente***

Si la relación de pareja es la que define formalmente el delito de Feminicidio basado en el matrimonio o relación convivencial (concubinato), es esta misma la que otorga (supuestamente) una relación de autoridad (solo aquellas que están realidad subyugadas, sometidas a la decisión de su pareja[631]) sobre la mujer; de manera hubiese sido suficiente, con haber hecho mención de aquélla en la redacción normativa, donde de su propia lógica inferencia se mani-

(631) Bajo una anacrónica y desfasada dependencia económica o bajo el yugo, que tiene lugar como resultado de la imposición y supremacía del poderío físico.

fiesta dicha relación de superioridad. Factor que se devela también de la misma violencia familiar o del acoso sexual, tal como se desprende de los incs. 1 y 2 del art. en cuestión; por ende, dichos incisos se superponen unos a otros.

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

En esta circunstancia, o dígase contexto del injusto penal, se exterioriza en todo su esplendor el desarraigo o desvinculación del delito de Feminicidio con la situación de parentesco, que supone debe existir entre el agresor y la agredida. Definiéndose así un delito de odio sostenido en la repulsa, el desprecio, la discriminación y prejuicio hacia el género femenino, que inclusive otra mujer puede también cometerlo.

García-Pelayo y Osorio[632] refieren que la discriminación consiste en separar, distinguir o diferenciar una cosa de otra, o bien, desde el punto de vista social, significa dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, económicos, de origen, etc. La discriminación es: «*Racial. Desigual trato, en cuanto a prerrogativas, derechos y consideración social, etc., que se establece entre individuos pertenecientes a las razas distintas*»[633].

Entonces, el prejuicio que se alza contra el género femenino puede manifestarse a partir de una serie de circunstancias, por ejemplo, prohibir la ingreso de una dama a un restaurante, a una

(632) García-Pelayo y Gross, Ramón, *Diccionario Larousse. Manual ilustrado*, op. cit., p. 308; Osorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 258.

(633) Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario de la lengua española*, T. I., 20ª ed., Editorial Espacalpesa, Madrid-España, 1984; Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario de la lengua española*. T. II, 21ª ed., Madrid-España, 1992, op. cit., p. 318.

discoteca, obstaculizar su participación política en una actividad proselitista, negar su acceso a las Fuerzas Armadas, etc.; son estos los contextos en que se puede develar una conducta típicamente discriminatoria. La descripción de la sociedad actual muestra una apertura a las mujeres a toda actividad socio-económica-cultural y política, y esto lo refrendamos, es decir, las damas ocupan un protagonismo relevante en todos los escenarios descritos; de manera que la acusada «discriminación», en el umbral del tercer milenio, ya no adquiere los ribetes que se identificaban años atrás.

Según lo anotado, el asesinato de la mujer habrá de tomar lugar en el decurso de un acto de discriminación, donde la acción homicida sea el desembalse de un trato desigual hacia el sujeto pasivo; verbi gratia, so pretexto o para denegarle la entrada a una mujer a un establecimiento comercial cualquiera... fíjese lo que puede darse en este contexto: el agente de seguridad del casino forcejea con la chica que no acepta ser discriminada, y en este discurrir se le escapa un tiro ocasionando la muerte de la dama; este resultado lesivo no podría ser calificado como feminicidio, pues dicho injusto penal reclama el dolo en la esfera subjetiva del injusto, rechazando su versión por imprudencia, en estricto y escrupuloso respeto al principio de legalidad.

Siendo así, desde un plano criminológico, difícilmente se dará este contexto de feminicidio, a menos que encontremos a un psicótico que a mansalva dispare a una mujer en una situación que puede ser reputada como discriminatoria.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Como todo asesinato, su acriminación está supeditada al dolo del autor, conciencia y voluntad de realización típica. El agente emprende una conducta a sabiendas que está dando muerte a la mujer bajo los contextos descritos en los contornos normativos del art. 108°-B del CP. Entonces el elemento cognoscitivo del dolo debe abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, entre estos

el sexo de la víctima y los contextos descritos en el articulado; es a tal efecto que admitimos la punición del dolo eventual, mas está descartada de plano la modalidad culposa.

Según lo anotado, puede darse un error de tipo cuando el autor piensa que está dando muerte a un hombre y da en el blanco de una mujer, es decir, las características físicas de esta la hacen ver cual varón, de manera que el equívoco impediría la acriminación por este delito, debiendo ser aplicado el tipo penal de Homicidio o Asesinato, dependiendo de las características del caso en particular.

Sin embargo, cosa peculiar sucede cuando el agente piensa erróneamente que está dando muerte a una mujer y en realidad mata a un hombre, por ejemplo, si es un travestido, –persona que por inclinación o para un espectáculo se viste con ropas del sexo contrario– pero aún conservan toda la fisonomía masculina, determinaría un *error in persona* que también tendría que ser penalizado como un Asesinato; no olvidemos que los componentes subjetivos deben coincidir plenamente con los componentes objetivos y así dar por afirmada la tipicidad penal de la conducta.

Aparte del dolo no se exige un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, pues el propósito del agente de eliminar a toda representante del sexo femenino está ya cubierto por el dolo, a pesar de su acusada comprensión como un delito de odio, tal como se desprende la redacción normativa del primer párrafo del art. 108°-B.

5. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN

La intensidad de la reacción punitiva ha de ser medida conforme las particulares circunstancias en que se desarrolla un evento delictivo, lo cual puede ser percibido desde el desvalor de la acción y el desvalor del resultado; así también, ante una reproche personal (culpabilidad) de mayor magnitud y, lógicamente, ante una víctima que presenta una situación de vulnerabilidad que es aprovechada por el autor para perpetrar con mayor facilidad el injusto penal.

Visto así las cosas, se desprende, del listado comprendido en el segundo segmento del art. 108-B, que el legislador ha descrito una serie de características respecto a la víctima, hipótesis de agravación que se construyen a partir de las diversas particularidades que pueden identificarse en vulnerabilidad.

– ***Si la víctima era menor de edad***

El homicidio, en principio constituye la conducta –dolosa o culposa– encaminada a eliminar la vida del sujeto pasivo, es decir, el autor emprende una actuación lesiva destinada a eliminar la vida de su congénere. El desvalor de esta conducta reposa en la afectación al bien jurídico más importante del ser humano, conforme al listado de valores consagrados en la Ley Fundamental; esto, llevado a los principios de un Orden democrático de Derecho –sostenido en la igualdad de las personas–, importa que la vida tiene el mismo valor para todos, sin interesar su raza, religión, condición social u económica, así como su edad. En todo caso, dichos factores pueden ser tomados en cuenta al momento de fijar el *quantum* indemnizatorio por concepto de reparación civil, mas no para graduar la la pena. Siendo así, lo que importa es la eliminación de una vida humana y que se cumpla con el resto de presupuestos de punición, conforme lo reglado en el art. 106° del Código Penal; a tal efecto, si ya de por si el delito de Feminicidio encuentra cuestionamientos dogmáticos –difíciles de superar–, en mayor medida que se pretenda construir una hipótesis de agravación por la condición de menor de edad de la víctima; cuando menos se debió fijar una edad por debajo de los catorce años. No es lo mismo dar muerte a un niño de cinco años que a un adolescente de catorce, pues el primero revela una vulnerabilidad mayor que sí sustentaría esta circunstancia y la mayor pena. En este punto entramos en lo antes señalado: sería inexplicable que solo la niña de diez años que es asesinada reciba esta protección normativa y no el niño de la misma edad; a esto debe añadirse que, ante infantes el Feminicidio no encuentra sustentación alguna, en tanto el autor de este injusto penal lo será siempre la pareja del sujeto pasivo.

Lo que debe agregarse a este nivel de la sustentación teórica, es que el agente debe saber que está dando muerte a una mujer y que ella es menor de edad; si este se equivoca y asume que es adulta –merced a su portentosa anatomía, etc.– cabe admitir el error de tipo y sancionársele por el tipo base.

– ***Si la víctima se encontraba en estado de gestación***

Mujeres en estado de gravidez o en estado de gestación serán todas aquellas que se encuentren en el periodo de implantación del óvulo fecundado en la pared uterina. El estado de gestación importa todo un proceso que culmina antes de los nueve meses con la expulsión del *nasciturus* del cuerpo de su madre, sea de forma inducida o natural; siendo que recién a partir del tercer mes –cuando ya se está ante un feto– adquiere desarrollo y visibilidad la barriga de la gestante, antes de ello es muy difícil de advertir tal situación corporal. Cuestión que incide en la aplicación de esta circunstancia de agravación es que el agente sepa que la mujer, a la cual está dando muerte, se encuentra en estado de gravidez, según el componente cognitivo del dolo. De manera que, si por ejemplo, la víctima tiene un solo mes de gestación, sería muy difícil de aplicar válidamente esta circunstancia de agravación, a menos que el agente sea pariente del sujeto pasivo o tenga con ella una relación cercana, que le haya posibilitado conocer tal estado, lo que sucederá –por lo general– cuando se está en un contexto de violencia familiar.

– ***Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente***

Esta modalidad de injusto agravado evoca el contexto que se hace alusión en el inc. 3 del primer listado, en la medida que es la relación de guarda o cuidado que le confiere al agente una relación de «confianza o autoridad». En esta situación se observa una víctima que no se corresponde con el prototipo característico del Feminicidio, en el sentido de que el perfil de esta es ser pareja o expareja del agresor y no la hija, la sobrina, la prima del mismo. Asimismo, también recala

la relación de guarda que sería de los infantes (niños) que se encuentran bajo la custodia del profesor, de las encargadas del centro de estimulación temprana, de la guardería, etc. En tal entendido, estamos ante una víctima que puede responder a impúber, donde la reforzada protección punitiva solo la tendría la niña y no el niño, algo injusto y altamente discutible si asumimos la idea de que ambos son personas en estado de vulnerabilidad; donde el matiz de esta circunstancia de agravación ha de ser apreciada en el marco del delito de odio, del desprecio hacia el género femenino.

En este supuesto puede incluirse otra posibilidad: la mujer que es internada de emergencia en un hospital o que será objeto de una intervención quirúrgica, y en este contexto su cuidado se le confiere a los médicos y enfermeras, quienes al perpetrar su asesinato –por el solo hecho de ser una mujer– responderían por este delito; mas intentando dotar de cierta racionalidad a este precepto diríase que, casualmente, el médico que ha de atender a la paciente sea su exesposo y por haber sido abandonado sentimentalmente le propina su muerte. A esto debemos responder –de manera general– que no toda muerte de una mujer que pueda acaecer en estas circunstancias ha de ser calificado como Feminicidio, debe advertirse el dolo que cubra esa perversa motivación. Como toda hipótesis de agravación, debe comprobarse que el agente se ha prevalido de tal situación para dar muerte a su víctima, si no se debe remitir y aplicar el tipo base.

– ***Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación***

Es de recibo, que antes de que se produzca el asesinato de la víctima, en ciertas y lamentables ocasiones, esta fue sometida a un abuso sexual por parte del homicida, quien no contento con haber satisfecho su libidinoso ánimo, le ocasiona la muerte con el afán infeliz de dejar fuera de circulación al principal testigo del hecho. Empero, un evento de tal naturaleza importa la configuración de un concurso delictivo real, vale decir, del delito de Asesinato para ocultar otro delito, con

el de Acceso carnal sexual; siendo que, la descripción fáctica recogida en este numeral encuentra cobertura en la institución acotada, sin embargo, con esta redacción normativa, el operador jurídico no tendrá más remedio que aplicar el art. 170° o 173°, en concurso con esta figura agravada, siempre que se acredite que la muerte del sujeto pasivo obedeció a un ánimo repulsivo del agente hacia las mujeres o que tomó lugar en un contexto de violencia familiar.

Por otro lado, los actos de mutilación definen la forma como algunos delincuentes dan muerte a su víctima, los que son definidos como Asesinato «con gran crueldad[634]», al generar en el sujeto pasivo dolores o sufrimientos innecesarios para poder lograr la perfección de su plan criminal; de forma similar a lo antes anotado acaece la formulación dogmática, pero siguiendo en estricto el principio de legalidad debe aplicarse este inciso, siempre que se cumpla con los presupuestos indicados párrafo atrás.

- ***Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad***

Las personas con discapacidad son individuos que presentan un evidente estado de vulnerabilidad –déficit psíquico-orgánico–, por ejemplo, los ciegos, los inválidos, aquellos que prácticamente han perdido todo tipo de movimiento muscular; puede ser por ende, una discapacidad parcial o total, siempre y cuando la presente como alguien en evidente estado de indefensión.

Una persona que cojea, alguien que haya perdido la vista de un solo ojo, el que cuenta con alto grado de miopía, el que esta enyesado en un brazo, etc., no se halla comprendido en esta denominación, al ser portador de ciertas capacidades mentales y fisiológicas que no lo representa como un ser de tal vulnerabilidad.

---

(634) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. I, op. cit., págs. 68-70.

Sí, en cambio, el que esta discapacitado mentalmente, el que se encuentre privado de discernimiento (inimputable), el enajenado mental, la persona desprovista de guiar sus actos conforme a un estado normal de las capacidades psicomotrices, existiendo una total desconexión de la ordenación mental (inteligencia) con los movimientos musculares. Personas así concebidas, al manifestar dicho estado de vulnerabilidad pueden ser catalogadas como discapacitados; empero, una afectación mental de no tanta intensidad, donde aún se develan estados de lucidez, no pueden adquirir este amparo jurídico-penal intensificado; verbi gratia, los ebrios habituales y toxicómanos.

Cuestión importante para que se pueda aplicar válidamente esta circunstancia de agravación, es que el agente debe ser consciente de que está dando muerte a una mujer que devela tales características; de no ser así, ante un equívoco de dicha situación, se deberá aplicar el tipo base, al menos que concurra otra hipótesis de agravación.

– ***Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas***

En este caso nuevamente se hace alusión a un estadio anterior, donde la víctima de feminicidio ha sido sujeto pasivo de otro delito. No nos cabe duda que la trata de personas constituye hoy en día uno de los crímenes más execrables, al afectar el núcleo más esencial de la personalidad humana: la dignidad. Una ofensa a los valores más elementales de toda sociedad civilizada que tiene en la dignidad el soporte, la estructura basilar sobre la cual se construye todo el bloque de los derechos fundamentales de la persona humana; es por tales razones que –en el estudio de dicha figura del injusto penal– hemos postulado la necesidad de que sea incluido en los delitos de lesa humanidad[(635)] y como un crimen que afecta la libertad personal.

---

(635) Vide, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. IV, op. cit., págs. 517-518.

En esta línea, si estamos ante una víctima (mujer) que antes de ser asesinada fue objeto de explotación sexual, laboral o de otra índole, conforme los términos normativos de los arts. 153° y 153°-A del CP, podrá imponerse esta circunstancia de agravación, siempre y cuando sea el mismo agente que emprenda ambas conductas –que en puridad importa un concurso real de delitos–, pues si son personas distintas, no resulta de aplicación esta hipótesis, a menos que se esté ante una organización delictiva, de la cual se pueda advertir una coautoría no ejecutiva[636]; debe precisarse –asimismo– que si producto de la explotación laboral muere la víctima, por no haberse adoptado las medidas de seguridad necesarias para controlar todo foco de riesgo –jurídicamente desaprobado–, al estar ante un homicidio culposo, no se podrá sancionar al agente por esta modalidad agravada de Feminicidio, pues se exige el dolo en la psique del agente. Si la víctima, que ha sido objeto de explotación sexual, no muere, y solo resulta gravemente herida, se puede aplicar este supuesto de agravación en grado de tentativa. Este recogimiento normativo supone apelar a los fines sociocomunicativos de la norma jurídico-penal, en tanto dicha conducción delictiva adquiere fiel encaje en las instituciones propias de la Parte General del Código Penal.

– ***Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108°***

Por lo general, todo homicidio que se acomete viene premunido por alguna de las circunstancias que se describen en el tipo penal de Asesinato, es decir, el agente da muerte a su víctima por ferocidad, lucro o por placer, lo perpetró para facilitar u ocultar otro delito o, tomándose en cuenta los medios que empleo para ejecutar su plan criminal, actuó con gran crueldad. Resultando de esta manera que el móvil o los medios comisivos son los que hacen de un Homicidio un verdadero Asesinato. En el caso que nos ocupa se tiene la confluencia

(636) Ibídem, págs. 624-632.

de dos agravaciones: primero, el solo hecho de que la víctima sea una mujer; y, segundo, que se den algunas de las hipótesis previstas en el art. 108° del CP. Se advierte, por otro lado, de un inevitable entrecruzamiento normativo con el reglado en el inc. 4 de este bloque de agravantes.

Tal como lo hemos convenido, la regulación de un Derecho penal de género no se corresponde con los dictados de un Derecho penal democrático; la vida humana, sea quien sea su titular, vale igual. Una posición contraria, basada en la diferenciación y valoración de las particularidades del sujeto pasivo, no puede justificar –con suficiente solvencia dogmática– por qué el Asesinato a un inválido varón de ochenta años de edad bajo traición (perfidia), recibe una pena mucho menor –no menor de quince años de pena privativa de libertad– que la conminada en el inc. 7 del art. 108°-B del Código Penal.

Se prescribe en el último párrafo del articulado que, «*La pena será de cadena perpetua cuando concurran dos o más circunstancias agravantes*»; hay un primer punto rescatable en esta disposición normativa, que la vida humana como bien jurídico de mayor relevancia –según el listado de valores consagrados constitucionalmente– adquiere reivindicación punitiva, en el sentido que las constantes reformas que ha venido sufriendo el núcleo duro del Derecho penal, causaron que los delitos patrimoniales –Robo agravado, Extorsión, etc.– y aquellos que atentan contra la libertad –Secuestro, Violación de menor de catorce años de edad, etc.– sean sancionados con penas más drásticas que los delitos de homicidio y sus derivados, cuando acaece la muerte de la víctima o se le produce lesiones graves o cuando el agente es integrante de una organización criminal, esto es, la pena de cadena perpetua, lo cual resultaba atentatorio a los principios de proporcionalidad, culpabilidad y jerarquización del bien jurídico.

Ahora, el delito de Feminicidio, injusto penal que ataca a la vida humana, recibe también la pena de cadena perpetua, siempre que *concurran dos o más circunstancias agravantes;* por ejemplo, cuando

la mujer es menor de edad y a su vez estaba en estado de gestación, o también cuando la víctima fue sometida para fines de trata de personas y al mismo tiempo su muerte tomó lugar de forma alevosa. No podrá aplicarse la pena de cadena perpetua ante hipótesis de agravación que evocan un mismo desvalor, es decir, cuando son excluyentes, verbi gratia, la discapacidad con el estado de gravidez de la mujer o la circunstancia de la gran crueldad con los actos de mutilación. Estas premisas argumentativas son de vital importancia en orden a cautelar todo viso de exceso y de interdicción a la arbitrariedad judicial, cuando se quiere imponer la pena de cadena perpetua de forma automática, sin hacer previamente una reflexión de cesura y de pura razón en la valoración normativa.

6. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La perfección delictiva del delito de Feminicidio viene definida por la muerte de la víctima (mujer), por lo que al ser un tipo penal de resultado se admite el delito tentado, siempre y cuando se esté ante una conducta o comportamiento objetivamente idóneo para alcanzar dicho estado de desvalor, según los componentes normativos recogidos en el art. 16° del Código Penal.

7. CONCLUSIONES

La inclusión del art. 108°-B al glosario punitivo, no es más que una expresión de un simbolismo normativo cargado de una fuerte dosis de ideologización, donde son los criterios sexistas, propios de sociedades –como la peruana–, los que arrastran estas penalizaciones, que recogen datos criminológicos indubitables, estadísticas que muestran de forma perpleja que cada vez son más las mujeres peruanas asesinadas en manos de su pareja o expareja.

Cuando se procede a penalizar un determinado comportamiento debe auscultarse con detenimiento si es que existen ya otras figuras delictivas capaces de englobarlos según la *ratio* de las mismas;

cosa que no ha hecho el legislador, sabedores que el tipo penal de Asesinato, así como el de Parricidio, incluso con sus modificaciones –leyes 30054 y 30068–, pueden abarcar sin ningún problema dichas conductas; lo que pasa es que el legislador quiere justificar una penalidad de contornos más intensos –pena de cadena perpetua– apelando al discurso discriminador de la mujer por el hombre y así legisla sobre una aparente debilidad de la mujer ante el varón, que en vez de reivindicarla, la denigra como persona; en otras palabras de una superioridad[637] que desborda la realidad social, que, aún probado ello, no consideramos un factor, que no pueda ser sostenido en las hipótesis del Asesinato[638].

Con ello se deja de lado, el evidente entrecruzamiento normativo entre el art. 108°-B y el delito de Parricidio; como el lector ha tenido la oportunidad de advertir, en el primero, también puede identificarse una relación de pareja, en el marco de la denominada violencia familiar, lo que coloca en una encrucijada al operador jurídico, en pos de elegir la figura delictiva más correcta, problema difícil de dilucidar.

Finalmente, se despoja de todo viso de racionalidad, el ya discutible mayor desvalor del Feminicidio, al dejar de lado la relación afectiva, sentimental, de parentesco, que ha de verse entre la pareja criminal, para construir normativamente un delito basado estrictamente en el sexo de los mismos, por eso, acudimos a la denominación

---

(637) Así, Polaino-Orts, Miguel, *Discriminación positiva y violencia contra la mujer, La Legitimación de un enemigo de género*, en *Feminicidio y discriminación positiva en Derecho penal*, ARA Editores, op. cit., p. 52.

(638) Para Polaino-Orts, *[...] que la conducta del varón sea manifestación de la discriminación de la mujer, de aprovechamiento de la situación de desigualdad de la víctima de las relaciones de poder y machismo de los hombres sobre las mujeres, constituye un factor agravación que no puede presuponerse, alegremente sin más, sino que ha de ser acreditado fehacientemente, máxime, porque va a ser reprochado penalmente al autor sobre la base del principio de culpabilidad (responsabilidad penal personal)*, Ibídem, p. 42.

del delito de odio[639] [640], por el solo de ser mujer, lo cual desborda toda la materialidad, de un injusto penal de tal naturaleza, para penetrar en una innegable inconstitucionalidad y evidente desigualdad, pues otras personas parejas vulnerables del seno familiar, como los infantes y los ancianos, son dejado de lado, en una acriminación que pierde todo sentido, desde los axiomas fundamentales de un Derecho penal democrático, que tiene en el acto el substrato legitimador de la acriminación de la conducta típica.

En la doctrina nacional, UGAZ HEUDEBERTR considera que el delito de Feminicidio no cumple con el principio de proporcionalidad (idoneidad), debido a que no se ha probado fehacientemente la existencia de una justificación de la desigualdad por razón de sexo entre hombre y mujer, siendo insuficientes para ello el argumento estadístico –brindado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables del Perú, que fue el impulsor del delito de Feminicidio–, conforme al cual, debido a varios casos de homicidios integrantes de la violencia doméstica conyugal son cometidos por hombres, es legítimo castigar más a estos[641].

Resulta interesante la postura de POLAINO-ORTS al analizar una sentencia del TC español, indica que ha de rechazarse que todas las conductas del hombre sean, en su integridad, manifestaciones de violencia discriminatoria machista y que la misma conducta, con idéntico grado de lesividad, realizada en el seno de otras combinaciones de sujetos activos y pasivos (hombre-hombre, mujer-hombre, hombre-anciano, hombre-menor, mujer-anciana, mujer-menor) no

(639) Entonces, como anota POLAINO-ORTS, se está imputando al hombre *in concreto* la maldad del hombre *in genere*, algo inédito en la historia del Derecho penal, Ibídem, p. 44.

(640) Distanciándolo de cierta forma del tipo penal de Parricidio.

(641) UGAZ HEUDEBERT, Juan, *El delito de feminicidio en el Perú: ¿Excesiva victimización de la mujer?*, op. cit., p. 154.

tengan esa misma consideración automática de desvalor de injusto agravado[642].

Podemos coincidir en algunas de las ideas esbozadas por el autor español, salvo en un aspecto –en el que siempre discreparemos–. Aun ante la inseguridad ciudadana que se vive en el Perú, legitimar un Derecho penal del enemigo, a nuestra consideración, es un mecanismo anulador de la persona humana y desnaturalizador de la esencia de todo injusto penal que ha de ser siempre un acto y nunca su manifiesta peligrosidad. De no ser así, siempre estará latente la idea de que el fin justifica los medios y si la expectaticia seguridad –de la población– corre peligro, los derechos humanos y con ello la dignidad humana, pueden ser derogados en toda su expresión[643].

---

(642) Así, POLAINO-ORTS, Miguel, Ibídem.

(643) Vide, al respecto, POLAINO-ORTS, Miguel, op. cit., p. 47.

EL SICARIATO: UNA NUEVA MANIFESTACIÓN DEL NORMATIVISMO, EN EL CONTEXTO DE LA INSEGURIDAD CIUDADANA

La palabra "sicario", etimológicamente, "...está formada a partir del latín sica, que era el nombre de un puñal de punta muy aguda y filo curvo usado en la antigua Roma. El nombre de esa arma se formó a partir de secare 'cortar'.

PREÁMBULO

Si tiempo atrás indicamos que la inseguridad ciudadana en el Perú, no era como se dijo -*una mera percepción subjetiva de la población*-, sino una realidad insoslayable; ahora, tenemos la lectura de una extrema violencia, en cuanto a una incidencia criminal que desborda todo margen de razonabilidad. Situación que ha llevado a algunas comunidades como San Juan de Lurigancho, a demandar a las autoridades, la salida a las calles de las Fuerzas Armadas, luego de viles Asesinatos, teniendo como víctimas a ciudadanos inocentes, quienes previamente fueron objeto de extorsiones por parte de estos avezados delincuentes.

Descripción del estado de las cosas, que se agudiza, merced a una delincuencia que comete los crímenes más execrables a la vista y paciencia de las personas, sin el temor de ser identificados o aprehendidos por los custodios del orden. Entre estos actos antijurídicos, destacan los Asesinatos que se perpetran a todo lo ancho y largo del territorio nacional; Homicidios motivados por propósitos de diversa

índole, v. gr., ajustes de cuentas entre miembros de organizaciones delictivas, obtención de lucro, políticos, pasionales, etc. Tomando especial protagonismo aquellas muertes provocadas por agentes que son contratados por terceros, denominados los primeros como «Sicarios» y los segundos como los «Contratantes».

El trasfondo criminológicos puede ser explicado por varias razones más lo que nos ocupa en el presente estudio son sus repercusiones de orden político criminal.

Estos hechos son puestos por la prensa en los titulares de los medios de comunicación social, generando el rechazo enérgico (álgido) de la ciudadanía, que reclama mano dura frente al crimen más violento, sobre todo en aquellos Asesinatos que son cometidos con alevosía y premeditación, cuyos autores dan muestra de una incalculable sangre fría para ultimar a sus víctimas, como fue el caso del Ex –Concejero Regional de Ancash – Exequiel Nolasco, cuya muerte fue precisamente el punto de quiebre, al poner al desnudo mafias corruptas enquistadas en Gobiernos Regionales y entidades ediles, cuyas autoridades se habrían asociados con mafias altamente peligrosas, para silenciar las voces de aquellos, que valerosamente denunciaron a estos oscuros personajes, haciendo oídos sordos aquellas autoridades quienes tenían el deber de investigar y perseguir a estos nefastos individuos.

Lo peor a todo esto, es que quienes se encargan del trabajo sucio, es decir, de apretar el gatillo del arma de fuego, son individuos que oscilan entre los 17 a 21 años de edad, adolescentes y jóvenes, que a edad precoz se inician en el mundo del hampa, mediando contactos con adultos (algunos de éstos sus propios padres), quienes los van adiestrando desde pequeños para el uso de armamento letal para la vida de las personas. Son variadas las formas de como estos adolescentes penetran en este quehacer delictivo, mas lo altamente repudiable, es que las organizaciones criminales que operan en el país, los reclutan para que estos jóvenes se encarguen de eliminar

a las víctimas, esto es, para que realicen el trabajo sucio y así evitar su identificación. Fue por tal razón, que con la sanción de la Ley N° 30030 de junio de junio del 2013 se incorporó el artículo 46°-D al CP, la circunstancia agravante común de utilización de menores en la comisión de delitos[(644)]; y, de hecho, esta dato criminológico pretende ser también valorado por los políticos, para rebajar la edad de imputabilidad y así aplicar penas duras a los menores infractores de la Ley penal.

La División de Homicidios de la Dirección de Investigación Criminal presentó cifras del crimen del «Sicariato», indicando que entre enero y setiembre del 2014, los sicarios asesinaron a 288 personas en el país, es decir, se ejecutó en promedio una muerte por día. La cifra es el 30% de los 972 homicidios registrados en ese lapso; mientras, que en el año 2013, los Asesinatos por encargo registrados en Lima sumaron 62, siendo que en el Callao la cifra se elevó de 32 a 39. El coronel RICARDO CANO - Jefe de la División de Homicidios de la PNP, refirió en una entrevista en el diario El Comercio, *que en su mayoría, los sicarios son adolescentes y jóvenes entre los 14 y 25 años. Pueden matar hasta por S/.300. A veces a los menores ni siquiera les pagan. Cometen el crimen para demostrar que son valientes, como un reto para ser incluidos dentro de una organización*"; como una forma de ganarse el respeto ante el resto de los miembros de la estructura criminal. Estamos ante una suerte de aprehensión del contacto social, que se genera entre el adulto y el adolescente, donde a este último se le inculca los anti-valores que rigen la estructura organizacional de estas mafias delictivas; se inculca esta *modus vivendi* de generación en generación, con el silencio cómplice del Estado y la sociedad.

(644) Vide, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General,* 5ta. edición, T. II, 2015, cit., ps. 605-610.

Ante este clima indudable de inseguridad ciudadana, nadie en su sano juicio, podría oponerse, a que estos crímenes sean severamente sancionados por la «Justicia Penal», consecuentemente, nos preguntamos ¿Si es que existe un vacío en la Ley penal al respecto, es decir, si el esta forma de matar dolosamente a una persona, se encuentra o no tipificado en el Código Penal? la respuesta es positiva, basta dar un vistazo el inciso 2) del artículo 108° del CP, que tipifica el «Asesinato por Lucro», donde el autor que da muerte al sujeto pasivo, a quien se le llama «Sicario», responde como autor y, quien lo contrata, es decir, el «Mandante», responde a título de Instigador. Por lo tanto, no existe vacío alguno en la legislación penal, que pueda significar un manto de impunidad para el ejecutor del crimen como para el comprador el servicio del mismo[(645)], el asunto entonces, de penalizar esta modalidad de Asesinato en una tipificación legal autónoma, pasa por otros motivos: - primero, de generar efectos socio-cognitivos hacia la población, a través del efecto de policitación de la norma penal y, segundo, de articular una respuesta penal de mayor drasticidad, que en algunos casos puede llegar a pena de «cadena perpetua», según la *lege lata*.

- ANÁLISIS DOGMÁTICO Y DE POLÍTICA CRIMINAL:

- PENA DE CADENA PERPETUA

Tiempo atrás, destacamos que las reformas político criminales en el Perú, tenían como tónica la sobre-criminalización de las conductas típicas, sobre todo aquellas que atentan contra los bienes jurídicos *fundamentales del ciudadano, v. gr., la vida, el cuerpo, la salud, la libertad personal y la libertad e intangibilidad sexual*. Este proceder legislativo, basado en la información criminológica supuso quebrantar

(645) El artículo 24° del CP, es claro al disponer que el Instigador recibe la misma pena que el autor.

varios principios jurídico-penales, entre éstos el principio de *jerarquía del bien jurídico tutelado,* en la medida que los Robos, Secuestros y Extorsiones seguidos de muerte (atribuible este mayor desvalor a título de culpa), merecían pena de cadena perpetua, mientras que el Asesinato (para facilitar o ocultar otro delito[646] a lo más una pena de 35 años de pena privativa de la libertad[647], en franca contravención a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad.

En estos avatares legislativos, es que se penaliza el delito de Feminicidio, en el marco del artículo 108-B, vía la dación de la Ley N° 30054 de junio del 2013, estableciéndose en su penúltimo párrafo, que cuando concurre dos circunstancias agravantes, la pena es de cadena perpetua[648].

En el caso que nos ocupa, cuando el agente haya usado a una menor de edad, será sancionado con pena de cadena perpetua, según se lee del artículo 108°-C, es decir, el autor (*inmediato*) es el menor infractor de la Ley penal y el adulto asume responsabilidad como Instigador (si el ejecutor es mayor de catorce años de edad y menor de dieciocho años) o como Autor Mediato (cuando el ejecutor del delito es menor de catorce). También, cuando el autor inmediato es un total inimputable, en cuanto persona privada totalmente de discernimiento, a causa de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o defectos significativos en los estados de la percepción humana.

Otro supuesto, de aplicación de la pena de cadena perpetua, es cuando se da cumplimiento a *la orden de una organización criminal;* es de corrientes, es que esta clase de Asesinatos son la

(646) Cfr., Acuerdo Plenario 3-2008/CJ-1116.

(647) Vide, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial,* 2da. edición, T. II, cit., ps. 280-287.

(648) Vide, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial,* 2da. edición, T. I, IDEMSA, cit., ps. 161-166.

materialización de los planes que se gestan en aparatos criminales, como sucedió en el caso "NOLASCO", de manera que el mayor contenido de desvalor viene sustentado en la peligrosidad con la que actúan estas organizaciones, generando mayores riesgos para sus víctimas de ser ultimadas con mayor facilidad e impunidad en su perpetración.

Tercera hipótesis, es cuando *en la ejecución intervengan dos o más personas*, siguiendo en estricto los conceptos tradicionales de Autoría y Participación, se tiene que en algunas ocasiones el reparto de roles es algo común en la comisión de crímenes de tal naturaleza. División de tareas a fin de asegurar el éxito en la ejecución, lo cual no quiere decir, que los dos o tres agentes tengan que disparar a la víctima, sino de estar presente en dicho momento y haber asumido el co-dominio funcional del hecho; por ejemplo, de que los tres asesinos premunidos de arma de fuego estén acechando a su víctima y, una vez abordada la misma, solo uno de ellos da el tiro de gracia, igual todos serán considerados como Co-autores (no ejecutiva), en tanto estaban dispuestos (*disposición común a la realización del hecho punible*), a tirar el gatillo, si su compañero fallaba en el blanco; así también, el conductor de la motocicleta que se encarga de llevar al Asesino al lugar de los hechos[649], así como de asegurarse la no presencia de efectivos policiales y de lograr la huída de la escena del crimen. No consideramos admisible este supuesto, cuando se está ante un autor y uno o dos cómplices, siempre que aquéllos presten su aporte en la etapa preparatoria del delito. En la siguiente ejecutoria, se dice al respecto lo siguiente: "*Se distingue entre coautoría ejecutoria y coautoría no ejecutiva, en esta última se produce un reparto de roles entre los intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores puede ni siquiera estar presente en el momento de su ejecución, pero en función al criterio del dominio funcional del hecho, se*

(649) Quien por lo general es miembro de la organización delictiva.

asume por igual la responsabilidad en la realización del delito[650]; en otra ejecutoria, se dice que: "*En la coautoría, la variación del rol que ocupó cada uno de los intervinientes en el hecho punible no es un aspecto decisivo que excluya la autoría o la responsabilidad penal, ya que lo relevante es la contratación de la aportación causal para consumación del delito y el accionar convergente, que constituye el soporte para que opere la imputación reciproca de las distintas contribuciones al resultado, y en cuya virtud se entienda que todos los intervinientes aceptan implícitamente lo que cada uno vaya hacer*"[651].

Cuarto supuesto concurre, cuando *las víctimas sean dos o más personas,* en este caso se acude al grado de desvalor del resultado, en cuanto a una situación más alarmante: la muerte de dos o más personas como consecuencia del proceder ilícito del agente. Estaríamos ante un Concurso ideal de delitos, al estar ante una sola acción que de forma simultánea, provoca la muerte dolosa de dos o más víctimas, conforme lo previsto en el artículo 48° del CP[652], con la particularidad que ya no habría que acudir al aumento de la pena a una cuarta parte por el delito más grave, al estatuirse de plano, la sanción de pena de cadena perpetua. Cuestión importante a saber, es que la muerte de todas las víctimas ha de estar cubierta por la esfera cognoscitiva del agente (dolo), pues si la muerte de B es consecuencia de una negligencia del autor, no podrá apreciarse esta agravante en cuestión.

---

(650) En: Gaceta Penal & procesal penal N° 16-OCTUBRE 2010, Sala Penal Transitoria R.N.2957-2009-LIMA, cit., p. 99

(651) En: Gaceta Penal & procesal penal Tomo 69-MARZO 2015, Sala Penal Transitoria R.N.N° 3056-2012-LIMA SUR, cit., p. 149.

(652) No podría darse un Concurso real de delitos, al haberse estipulado una plural realización de acciones u omisiones susceptibles de lesionar el mismo bien jurídico o uno distinto, para que pueda configurarse dicha institución; Cfr., Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General,* T. II, cit., ps. 81-83.

- Se dice seguidamente: "*Cuando las víctimas estén comprendidas en los artículos 107 primer párrafo, 108-A y 108-B primer párrafo*"; en esta hipótesis agravatoria se hace alusión a la calidad del sujeto pasivo, de ser alguna de las comprendidas en los delitos de Parricidio, Homicidio calificado por la calidad de la víctima y Feminicidio. Aspecto que debe ser analizado a la luz de la naturaleza material de dichos injustos penales, considerando primero, que para que exista Parricidio, debe subyacer una relación de parentesco entre agresor y víctima, es decir, el fallecido ha de ser a*scendiente, descendiente, natural o adoptivo del autor, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia,* y en el marco de dicha relación de cohabito es que debe aparecer el evento delictivo, con el agregado, de que debe ser producto de *una orden, encargo o acuerdo, con el propósito de obtener un beneficio económico.* Quien contrata al Sicario para que de muerte a su pariente, puede ser cualquiera, inclusive otro pariente de la víctima; «ordenar» parece ser una terminología inadecuada, a menos que entendamos que la disposición a delinquir provenga de una relación de subordinación propia de estructuras criminales de corte vertical y horizontal a la vez.

El «acuerdo», implica para nosotros, la convergencia criminal de dos o más personas para cometer el Asesinato («Sicariato»*), quienes son en realidad* co-autores del crimen; factor que sostiene la diferencia con un Asesinato por lucro, en tanto, el acuerdo ha de importar una relación horizontal y no vertical como sucede en la Instigación[653] y, que define una extensión operativa del Sicariato, más allá de su concepción original, en cuanto a la relación mandante - mandatario que debe concurrir entre ambos protagonistas. A ser sinceros, cuando una persona quiere matar a su pariente, lo

(653) Entonces en todo Asesinato, donde se verifique una co-autoría y, de por medio, el móvil del beneficio económico o de otra índole ha de ser delito de Sicariato.

que hace es contratar a un tercero, quien no cuenta relación de parentesco alguna con el sujeto pasivo.

En lo que respecta al tipo penal de Feminicidio, no hay mayor distinción con el Parricidio, solo que la víctima en el primero de ellos, ha de serlo necesariamente una mujer[654]. Por consiguiente, aquella esposa que en contubernio con su amante da muerte a su marido, será delito de Sicariato, siempre que de por medio exista el propósito de obtener un beneficio económico; en el caso de los Homicidios pasionales, se aplica los delitos de Parricidio o de Feminicidio, empero, si el pariente contrata a un tercero para que asesine a su padre, es delito de Sicariato, con la agravante -in examen-.; v. gr., el amigo que mata al competidor de su amigo empresario para lograr sacarlo del mercado, da lugar también al tipo penal -in comento-, puesto que el beneficio económico puede ser para el autor inmediato o para un tercero, que puede ser el Instigador.

Finalmente, en el caso del artículo 108°-A, para que estemos ante una modalidad de Sicariato, se requiere verificar, que el autor inmediato, -el ejecutor del delito-, obre motivado con la obtención de una recompensa[655] y que el sujeto pasivo sea un militar, policía, juez, fiscal, etc., siempre que exista un acuerdo (Co-autoría), encargo (Instigación) u orden de por medio. Sólo ante un único agente, tal vez con una colaboración cómplice de otro, es que puede tomar lugar el artículo 108°-A del CP. En resumidas cuentas, el Poder Ejecutivo ha pretendido que todo Asesinato, que tenga un trasfondo económico o similar, sea considerado como delito de «Sicariato», *restringiendo considerablemente el ámbito de protección normativo de los artículos 107°, 108°-A y 108°-B, pues es conocido por todos, que en una gran constelación de casos de Homicidio, existe dinero de por medio.*

---

(654) Es en tal mérito, que el conflicto aparente de Normas penales es indiscutible.

(655) Beneficio de cualquier índole.

- *Cuando se utilice armas de guerra*; acá el grado de desvalor recae sobre el medio empleado por el agente, refiere a la enorme potencialidad de estos instrumentos para poner en riesgo la vida de más de una persona. Este tipo de accionar se observa sobre todo en organizaciones criminales sumamente violentas, que acostumbran emplear granadas, armas de fuego de gran alcance así como material explosivo, ora para atemorizar a su víctimas ora para asegurar el éxito del plan criminal. Así, se ha podido apreciar en ajustes de cuenta entre miembros de cárteles de la droga, como en las Extorsiones que se producen en el ámbito de la actividad privada, negocios en general, cuyos dueños son extorsionados al pago de una determinada suma de dinero, con la amenaza de matarlos, si es que se niegan a tal exigencia. En estos casos, un acto que se inicia como una Extorsión -*en grado de tentativa*-, termina como un acto típico de Asesinato, de Sicariato con la inclusión del artículo 108°-C al CP[656], siempre que concurra el acuerdo previo (Co-autoría), encargo (Instigación) y la orden (Co-autoría en caso de organizaciones criminales), pues en este último supuesto los líderes de la cúpula del aparato criminal cuentan con el dominio y control de la ejecución de los actos delictivos que se cometen por parte de sus integrantes y Co-autor el ejecutor del delito, quien también ostenta con el co-dominio del hecho.

- LA MISMA PENA PARA EL QUE ENCARGA, ORDENA O ACUERDA EL ASESINATO AL AUTOR DEL SICARIATO

Líneas atrás, se indicó que la penalización autónoma del delito de Sicariato obedece más a una necesidad política y punitiva, que a motivos de político criminal, en tanto el Homicidio por lucro cubría plenamente dicho afán incriminador. Vemos así, que se tiende

(656) Dando lugar a un Concurso real de delitos, de tentativa de Extorsión con el delito de Sicariato.

también e regular todas las actividades periféricas del autor, al haberse previsto expresamente que la *misma pena se impone al que encarga, ordena o acuerda con el ejecutor del delito la muerte dolosa de la víctima*[657]. Se trata de una equivalencia punitiva de formas de participación delictiva (*instigación*), a la de *autoría*, dejando de lado, que el artículo 24° del CP, establece literalmente que el Instigador es *reprimido con la misma pena que el autor*; esto llevado al supuesto de Sicariato por «encargo». Si bien el enunciado penal determina dicha equivalencia sancionadora, ello no es obstáculo para que el juzgador imponga una pena más severa al autor que al Instigador, en la medida que es el primero quien tiene el *dominio del hecho, quien dé propia mano provoca la muerte del sujeto pasivo*. En la hipótesis que nos ocupa, igual, el Sicario debe recibir una mayor pena que el Mandante, sin defecto de reconocer la utilización de menores de edad por parte del hombre de atrás, el miembro de la organización delictiva que contrata al Asesino. Pensamos, de todas formas, que le equivalencia punitiva se refiere al marco penal en abstracto, pues ya en el marco concreto de la determinación e individualización, al tener que apelarse a una suma de factores, no necesariamente Sicario e instigador recibirán el mismo quantum de pena[658].

Si entendemos que el acto de «ordenar», sólo se puede dar en el plano de aparatos delictivos de gran calado, cuya organización operativa se basa en la verticalidad de sus mandos, incidiendo en agentes que al ocupar el escalafón máximo de la red criminal, son los dadores de la orden, mientras que los miembros del nivel más bajo de la misma, son los *ejecutores*; se tendría así que el ejecutor (es) responden como Co-autor al igual que el dador de la orden, por lo que la equiparada punitiva de deduce de su propia naturaleza jurídica.

---

(657) Así, el artículo 153° del CP - Trata de Personas, luego de la modificación producida por la Ley N° 30251 de octubre de 2014.

(658) Vide, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General,* T. II, cit., ps. 637-653.

Situación similar ha de verse en la «Autoría mediata en estructuras organizativas de poder», donde también se advierte la acusada verticalidad de forma más evidente; donde el detentador del poder es Autor mediato y el ejecutor Autor inmediato, definiendo sanciones de similar intensidad represiva.

En lo que al «acuerdo» concierne, estamos ante una relación de orden «horizontal», donde dos o más personas acuerdan cometer el delito de Sicariato (co-decisión), asumiendo cada una de ellas un rol importante en la realización del injusto penal; considerándose al hecho como una unidad, generador de una *imputación recíproca* a todos sus protagonistas, quienes responden como Co-autores. Empero, este individuo no debe intervenir en la etapa ejecutiva del delito, pues de ser así, no tendría razón de ser dicha mención, al tener que responder directamente como Sicario; el tema está en identificar organizaciones o bandas delictivas, donde uno de sus integrantes no interviene en el escenario delictivo, pero sin embargo, al considerarse una Co-autoría no ejecutiva, también responde como un verdadero *autor*. En esta línea, la equivalencia sancionadora queda establecida por su misma estructura configuradora. Es de verse, que en agrupaciones delictivas –jerárquicamente organizadas y estructuradas funcionalmente bajo la división de tareas-, se identifican sujetos que son los jefes o dirigentes, encargados de tomar las decisiones y de dar configuración positiva a los hechos criminales que pretenden cometer y, en otro lado, se sitúan quienes son los encargados de ejecutar formalmente el tipo penal; siendo así, desde una visión formal-objetiva sólo los que aparecen en el escenario estrictamente ejecutivo, podrán ser considerados autores, mientras los dadores de la orden Instigadores o cómplices, lo cual puede resultar político criminalmente insatisfactorio. Una visión material-normativa, puede dar solución a estos casos, siempre que se encajen ciertos elementos, tanto objetivos como subjetivos, y que se advierta un control y/o dominio en la ejecución de los actos de la organización delictiva. Vemos así, que la actuación de los jefes y líderes de la organización,

tomaría lugar en una fase típicamente preparatoria. En base, a una teoría subjetiva, bastaría que dichos individuos conozcan de las actividades ilícitas que cometen los autores inmediatos, para fundamentar co-autoría, lo que lógicamente riñe con un concepto material de autoría y participación y con la estructura basilar de los criterios de imputación jurídico-penal; en suma el aspecto del "acuerdo previo", insuficiente para poder fundamentar una co-autoría[659].

Al respecto MUÑOZ CONDE (partidario de la teoría del dominio del hecho), es la opinión que la figura de la coautoría se adapta mejor que otras categorías de autoría y participación a algunas formas de realización del delito, en las que el cerebro o principal responsable no está presente en la ejecución, pero lo controla y decide su realización, al no exigir para la autoría la intervención de todos los coautores en la ejecución del delito, bajo el entendimiento de que el requisito de la co-ejecución no es más que la consecuencia de una teoría objetiva-formal que ya se ha mostrado insuficiente (...), incluso, para explicar el concepto mismo de autoría; por consiguiente, dentro de una coautoría no solo cabe una coautoría ejecutiva, total o parcial, sino también otras formas de realización conjunta del delito en las que alguno o algunos coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución[660]. Se entiende así, que el fundamento de la coautoría es el llamado "dominio funcional del hecho", lo importante no es sólo la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que alguien tenga de su realización, así no intervenga en su ejecución; de manera que extiende la cualidad de co-autoría en las actuaciones criminales características de grupos, organizaciones o bandas como un dominio funcional

(659) Vide, al respecto, Bacigalupo, E.; *Derecho Penal. Parte General,* cit., p. 473.

(660) Muñoz Conde, F.; *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial.* Derecho penal económico. Manuales de formación continuada 14, Consejo General del Poder Judicial, 2001, cit., p. 192.

del hecho, basado en el reparto de roles y al que todos deben atenerse, conforme al cual unos tienen funciones de dirección, apoyo o vigilancia, mientras otros llevan a cabo las acciones propiamente ejecutivas del delito[661].

Lo interesante a todo esto, es lograr establecer la estrecha y directa vinculación entre los actos preparatorios que aporta el líder de la organización, con los actos formalmente denominados como ejecutivos, que son cometidos por quienes estén en un plano de subordinación frente a los primeros; en tanto y en cuanto, los actos atribuibles a los miembros de la cúpula de la organización hayan sido necesarios e indispensables para la perfección delictiva del injusto penal en cuestión. Consecuentemente, no sólo debe verificarse la posición que el agente (líder, jefe), ocupe dentro de la pirámide organizacional del aparato criminal, sino también que fije las condiciones para que los planes criminales puedan adquirir concreción, esto es, premuniendo de los datos, información, instrumentos, logística y otros a los autores inmediatos, lo que nos otorga la estrecha vinculación entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos y a su vez, un plano de verticalidad entre unos y otros. Por tales motivos, el acuerdo común no es un dato suficiente, sino que ha de exigirse elementos objetivos, que puedan construir materialmente esta variante de autoría, sin hacer rajatabla al principio de legalidad. Como se expone en la jurisprudencia: "*Las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. No basta el simple acuerdo de voluntades, es necesario que se contribuya de algún modo en la realización del delito (no necesariamente con actos ejecutivos), de tal modo que dicha contribución pueda estimarse como un eslabón importante de todo el acontecer delictivo*[662]. Contrario sensu, si el autor inmediato se

(661) Muñoz Conde, F.; *Problemas de autoría y participación en el...*, cit., p. 192.

(662) En: Gaceta Penal & procesal penal N° 16-OCTUBRE 2010, Sala Penal Transitoria R.N.2957-2009-LIMA, cit., p. 99

sale del plan esbozado por los miembros de la cúpula, y emplea sus propios artificios para acometer la realización típica, no estaremos ante un caso de co-autoría.

A decir de la doctrina especializada, el jefe de la banda podrá ser coautor cuando coopere de alguna forma relevante en la realización del hecho en la fase ejecutiva, como cuando el jefe de una banda de contrabandistas imparte por teléfono las órdenes a los grupos operativos, mientras que no podrá serlo aquel cuya actividad se limite a planear los delitos y deje a los demás la ejecución[663].

Para STRATENWERTH, la planificación y organización de un delito ejecutado por varios deben fundamentar la coautoría, dicho a modo de ejemplo, aun cuando el organizador ya no esté durante la ejecución en comunicación telefónica con los autores: el plan predetermina la conducta del interviniente en el estadio de la ejecución, conforma los roles individuales y hace intervenir al organizador, por eso mismo, en el dominio del hecho. El suministrar los instrumentos, armas, etc., o indicar las oportunidades para cometer el delito, por el contrario, no significa una decisión anticipada acerca de si será ejecutado el delito y, en su caso, de qué modo, por tanto, queda como mera complicidad[664]. De forma, que el jefe de la organización no sólo debe saber con toda seguridad la forma de cómo se va a realizar el delito, por ello no deja en manos de los ejecutores la forma de realización típica, sino que de haber aportado una contribución que enlaza a las de la etapa ejecutiva, darán cuerpo material a su ejecución.

Como anota DONNA, también es coautor quien objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común al hecho. Por eso, tiene que comprobársele en

(663) Roxin, C.; *Autoría...*, cit., p. 308; Así, Pérez Alonso, E.J.; *Derecho Penal. Parte General,* cit., ps. 715-716.

(664) Stratenwerth, G.; *Derecho penal. Parte general,* I, cit., p. 404.

forma especial la participación en la decisión delictiva, para lo cual se invocará como indicio el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas del hecho. El minus de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compensado con un plus de participación especial en el planeamiento del delito[665]; se refiere al conductor de la organización, quien distribuye las tareas del resto de los miembros, traza los objetivos, por lo tanto, ostenta plenamente el co-dominio funcional del hecho

- TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO Y FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

En principio, como toda figura delictual, el dolo en el aspecto anímico del agente, exige conciencia y voluntad de realización típica, para lo cual basta el dolo cognitivo, en cuanto *al grado de cognoscibilidad suficiente de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado con aptitud de lesión al bien jurídico tutelado.*

Al factor anotado, el legislador ha añadido un elemento *subjetivo de naturaleza trascendente,* en cuanto al *propósito de obtener para sí o para otro un beneficio económico o de cualquier otra índole*, un elemento *subjetivo de naturaleza trascendente*[666], *ajeno al dolo,* que para dar por acreditada la materialidad del injusto -en cuestión-, no requiere ser verificado en el mundo fenoménico. Esto es, el factor desencadenante de la deliberación delictiva del autor, es la obtención de un beneficio económico o de cualquier otro índole, el cual es ofrecido por el Mandante (*Instigador*) y/o dador de la orden delictiva; importa un estado psicológico que ha de ser comprobado a través de la prueba indiciaria[667]. Siendo que el pago del precio por el encargo

(665) Donna, E.A.; *La Autoría y la Participación criminal,* cit., p. 44.

(666) Vide, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General,* T. I, cit., ps. 558-560.

(667) Más que evidente, en caso de Sicarios que ofrecen este servicio, de público y policial conocimiento, la predisposición a delinquir - *omnimodo facturus*.

criminal, -de dar muerte a la víctima-, puede darse por adelantado o luego de perpetrado el Asesinato; debiendo quedar claro, que no resulta necesario comprobar que el Mandante y/o Contratante, haya tenido la verdadera intención de pagar, pues ante su imposibilidad o la negativa a ello, igual el delito se habrá perfeccionado (*la muerte dolosa del sujeto pasivo*).

La consumación se identifica, -como todo delito de Asesinato-, con la muerte del ofendido, sino esto no se logra -por motivos ajenos al autor-, estamos ante un delito *tentado*.

El beneficio económico puede ser en favor directo del agente o para un tercero vinculado a éste, v. gr., que el dinero pactado sea entregado a la esposa y/o madre del Sicario.

Cuestión a saber, es que no es necesario que el mandante, dador de la orden o quien acuerda con el agente el Asesinato del sujeto pasivo, obre también motivado por la consecución de un beneficio económico o de otra índole. De todos modos no se descarta, que esto pueda darse en la realidad delictual.

CONSPIRACIÓN Y OFRECIMIENTO AL DELITO DE SICARIATO

Parece que no fue suficiente para el Poder Ejecutivo la incriminación de un delito tan extensivo en su aplicación, como lo es el «Sicariato», tal como se desprende de la redacción normativa contenida en el artículo 106°-C del CP.

En esta desesperada búsqueda por respuestas político criminales a tan grave problema, como lo es el Sicariato, no se vio mejor idea que penalizar el llamado delito de «Conspiración y Ofrecimiento al delito de Sicariato».

No somos contestes a diseñar fórmulas normativas, que estén en capacidad de generar verdaderos efectos preventivos a toda manifestación de delictuosidad, sin embargo, esta técnica legislativa debe ser coherente con las categorías dogmáticas de la «teoría del delito». A nivel del «Iter-Criminis», se identifica los estadios propios de la realización delictiva, donde sólo los actos típicamente ejecutivos y la consumación ingresan al ámbito de protección de la norma, en armonía con lo descrito en el artículo 16° del CP. No obstante, por motivos de política criminal es que se penalizan actos preparatorios en aquellos delitos que afectan bienes jurídicos sensibles para el individuo y la sociedad, como es el TID, delitos Monetarios, Terrorismo, Tráfico de influencias, etc.[668]

---

(668) Vide, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General,* T. I, cit., ps. 685-687.

Llevados los argumentos expuestos -al presente caso-, se tiene que los actos «preparatorios», en el delito de Sicariato, es cuando el agente adquiere el arma que utilizará en el crimen, el seguimiento de la víctima o como se dice los actos de reglaje que recaen sobre el sujeto pasivo; empero, lo que el artículo 108°-D, nos dice que debe tratarse de una *conspiración para promover, facilitar o favorecer el delito de Sicariato...*; siendo esto así, nos ubicamos en una fase que inclusive precede a la preparatoria, donde la idea a delinquir empieza a madurar, no se exterioriza aún en la realidad, por lo que siguiendo el aforismo *cogitatione poena nemo patitutr,* aquélla no puede ser objeto de incriminación. No pueden castigarse conductas inocuas, conductas que no representan un daño o un peligro para la sociedad, anota VIVES ANTÓN[669].

Esta regla general de la «imputación delictiva», ha tenido excepciones en la codificación positiva, nos referimos a la «Conspiración», en los delitos que atentan los «Poderes del Estado» y el «Orden Constitucional», según la previsión típica contenida en el artículo 349° del CP[670]. Importa un adelantamiento significativos de las barreras de intervención del *ius puniendi* estatal, ante situaciones que político criminalmente la ameritan, cuando de por medio esta la estabilidad del régimen gubernamental y el sistema constitucional en su conjunto, siempre que esta confabulación criminal suponga la inminente ejecución de los delitos de Rebelión y Sedición. No puede tratarse de una mera *ideación a delinquir, en cuanto a un propósito delictual que no cuenta con un respaldo objetivo que permita su ejecución,* para eso no está pensado la acriminación de la «Conspiración»; de ahí que su regulación en el delito de Sicariato, pasa por dudosas lagunas de constitucionalidad. Lo que le debe interesar al Derecho penal, es ya

(669) Vives Antón, T.S.; *Sistema Democrático y concepciones del bien jurídico,* cit., p. 37.

(670) Cfr., Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. VI, 2da. edición, cit, ps. 119-123.

la plasmación de una conducta, que suponga la posibilidad inmediata y no remota, de dar muerte a una persona motivado por el lucro. No obstante, cabe indicar que *conspirador, sólo lo será aquel que actuará como autor del delito de Sicariato, no existe, por tanto, participación en la Conspiración, sin embargo la lege lata incluye a esta, para promoverlo, facilitarlo o favorecer su comisión.*

A su vez, requiere un marco preciso de concreción delictiva, no se admite esta figura, ante retazos imaginarios de la mente del Conspirador, no susceptibles de materialidad delictiva; no perdamos de vista, que debe vislumbrarse acuerdos criminales que tengan como paso siguiente su ejecución.

Se apunta en la doctrina especializada, que la conspiración no es un episodio transitorio de relación entre personas, sino que tiene un cierto grado de permanencia y de vocación común de pasar a la ejecución. Si uno de los supuestos conspiradores se aleja lo que en realidad sucede es que no se ha llegado a adquirir la condición de conspirador[671].

La conspiración se consuma cuando quien o quienes proponen la comisión de un delito logran la aceptación de aquel o aquellos quienes se dirigen acordando todos ejecutarlo[672]; (...), por lo que si ya de la idea convergente se pasa a la ejecución de actos, ya no estamos ante un acto de Conspiración de Sicariato, sea que el agente logra matar a su víctima (*consumación*) o desenfunda el arma de fuego, pero no logra dar en el blanco (*tentativa*). Esto conforme el principio de «consunción».

Dicho lo anterior, si lo agente requiere realiza actos de seguimiento sobre su víctima, por cierto tiempo, estará ya incurso en el tipo penal de Reglaje, conforme los contornos normativos del

(671) Quintero Olivares, G.; *Manual de Derecho Penal. Parte General,* cit., p. 580.

(672) Cuelllo Contreras, J. y otro; *Curso de Derecho Penal...,* cit., p. 158.

artículo 317°-A del CP[673], que precisamente implica la punición de un acto preparatorio de Asesinato, como bien se lee de dicha construcción típica. Pensamos -por tanto-, que mejor opción legislativa, hubiese sido reformar el articulado mencionado, incluyendo el artículo 108°-D, en su radio de acción, y no a través de esta artificiosa figura del injusto penal.

No olvidemos -por otro lado-, que la sola pertenencia de una persona a una organización delictiva, constituye el delito de Organización a delinquir, que para su materialidad típica no requiere que sus miembros cometan delito alguno. Justamente el delito de Sicariato es promovido, ideado y propulsado en aparatos criminales de mediana y gran envergadura, de manera que si lo que hacen estos sujetos es agruparse organizativamente con la finalidad de cometer esta clase de hechos punibles, son pasibles de responder por el artículo 317° del CP[674], que también penaliza los denominados actos «preparatorios».

En la doctrina comparada, -particularmente en España-, siguiendo lo contemplado en el artículo 17° del CP español, se indica que se trata de un supuesto de coautoría intentada, y no de participación. Los conspiradores deben concretar el reparto del dominio del hecho que proyectan realizar[675]. La conspiración para delinquir existe, según las SSTS (español) de 10 de marzo de 1999 y de 20 de mayo de 2003, entre otras, *cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo* (art. 17 CP). *Pertenece a la categoría de las resoluciones manifestadas; y ya se trate de fase del "iter criminis" anterior a la ejecución, entre la mera ideación impune y las formas*

(673) Vide, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial,* t. IV, 2da. edición, cit., ps.

(674) Cfr., Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. IV, cit., ps. 426-438.

(675) Berdugo Gómez de la Torre, I. y otros; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* cit., p. 297.

ejecutivas imperfectas, o se considere una especie de coautoría anticipada, la conspiración, caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, es incompatible con la iniciación ejecutiva material del delito, que supondría ya la presencia de coautores o partícipes de un delito intentado o consumado.

No cabe más que decir, que el verdadero rendimiento normativa de este precepto legal, requiere ir aparejado por un sistema de inteligencia policial en realidad eficaz en su rol operativo, con la capacidad para adelantarse a los hechos, por lo que hacer uso de la figura del agente encubierto así como la intrusión en los soportes informáticos constituye una necesidad de primer orden, a fin de asegurar los fines preventivos del tipo penal en cuestión.

Una vez que los planes criminales, que el acuerdo de matar a la víctima es ya un consenso y se pasa a los actos que ingresan al ámbito de protección del tipo legal del artículo 108°-C[676], ya no se está ante esta figura del injusto, por un tema de consunción tipificadora.

OFRECIMIENTO Y SOLICITUD AL SICARIATO

Nadie es ajeno a una realidad como la que vive nuestro país, donde los Asesinatos se cometen de forma habitual, de forma cotidiana y sin el menor reparo, en cualquier lugar, haya o no gente en su interior, como lo que se vivió en Colombia en décadas pasadas o en la actualidad en México. Estado de inseguridad ciudadana, que se manifiesta en los múltiples Asesinatos que se cometen día a día en el Perú, protagonizado por estos «Sicarios», que hasta por una suma ínfima de dinero (S./300 nuevos soles) o sólo para ganarse el respeto ante la comunidad criminal, están dispuestos a ultimar a todo mortal que se le ponga sobre la vista.

(676) Así, Quintero Olivares, G.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 581.

El Sicariato -como modalidad de Asesinato-, se dice que viene imitada de los Cárteles y organizaciones criminales que operan en Colombia, teniendo como particularidad el encargo de su ejecución a adolescentes, que conforme nuestra ordenamiento jurídico, son *menores infractores de la Ley penal,* por lo tanto su procesamiento y sanción se regula por el Código de los Niños y los Adolescentes. Es esta una de las razones, de incriminar con mayor energía a quienes se encargan de enrolarlos o hacer uso de ellos para sus propósitos más infames.

Es sabido también, que los denominados «Sicarios», no tienen tapujo alguno de ofrecer sus servicios de forma directa y sin disfraz alguno; en algunos postes del Callo, se colocan los siguientes avisos o se reparten volantes, señalando lo siguiente: **¿Te gustaría desaparecer a alguien? ¿Tienen cuentas pendientes contigo? Yo soy el que buscabas"** (Fuente: "La República"). Estos delincuentes -sin estupor-, usan seudónimos en las redes sociales, y así ofrecen sus servicios por medio del Internet a cualquier usuario. Campo virtual, del ciberespacio, que puede ser de doble filo para estos inescrupulosos agentes, al ser precisamente un dato a constar por la policía y la fiscalía, para identificarlos y así lograr su ubicación y posterior detención.

Ahora bien, la pregunta está si ¿Solicitar u ofrecer a otros, cometer del delito de Sicariato, se cumple con su única difusión en un medio publicitario o por las redes sociales? entendiendo que esta publicidad toma lugar de forma indeterminada, donde será el contacto que se establezca con uno de los navegantes, lo que definirá una comunicación directa, por tanto la posibilidad de llegar a un acuerdo. Es decir, se requiere de una comunicación ya directa, donde los interlocutores puedan intercambiar ideas, entre éstas, que uno de ellos pueda proponer al otro la comisión de un hecho punible (*Sicariato*).

A nuestro parecer, estamos ante una modalidad de *proposición a delinquir, en el sentido de que lo que hace el agente es de sugerir al otro, la perpetración de un injusto penal.* Es por esta razón, que se identifica una actuación *unilateral* y no *bilateral,* donde el proceder del agente radica en proponer a un tercero cometer el delito de Sicariato, sin necesidad de requerirse la aceptación por parte de la otra persona. Si esto último se da, ya no se podrá estar ante un delito de Ofrecimiento al Sicariato, sino de *Conspiración al Sicariato,* que podría ser visto también como acto preparatorio (lejano), al delito de Sicariato propiamente dicho. El elemento esencial -se dice-, es la firmeza en la decisión de cometer el delito por parte del proponente[677].

Puede plantearse que la proposición al Sicariato, importa una decisión manifiesta del agente de cometer dicho delito, para lo cual invita[678] a otra para que acepte darle el encargo de matar a una persona por precio; ésta debe ser precisa, determinada, concreta y convincente. Un planteamiento de esta naturaleza -con sus propios matices-, lo podemos ver en el caso del Cohecho pasivo *propio o impropio, en la modalidad de solicitar dadiva, promesa o prebenda*[679], que por su singular naturaleza, no requiere de la aceptación del particular.

La proposición es una sugerencia directa para incidir en la mente del tercero, para que éste último adopte la decisión de tomar los servicios del sugerente. Es necesario que el proponente aluda en concreto y con seriedad al delito, no bastando una mera y vaga referencia a la conveniencia del delito[680].

---

(677) Quintero Olivares, G.; *Manual de Derecho Penal..., cit.,* p. 582.

(678) Quintero Olivares, hace referencia a que la invitación debe ser a *ejecutar el delito*; *Manual de Derecho Penal...,* cit., p. 582; debe ser así, no puede admitirse una sugerencia a idear o de buscar a otro, para que lo ejecute, ya de por sí, estamos ante una incriminación de difícil admisión, de manera que su cabal interpretación debe ser guiada por la razonabilidad en la decisión.

(679) Vide, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. V, cit., ps. 477-480.

(680) Cuello Contreras, J. y otro; *Curso de Derecho Penal...*, cit., ps. 159-160.

La otra opción del injusto penal -contenido en el artículo 108°-D-, es la de *solicitar que se cometa el delito de Sicariato*; en esta hipótesis, estamos en el anverso de la moneda, es decir, quien incide en la sugestión delictivas no es el Sicario, sino un tercero, que tiene un directo interés en que se elimine a una determinada persona; a tal efecto, lo que hace es agenciarse del órgano ejecutor, de efectuar contacto con él y así le *solicita sus servicios personales,* en cuanto a el encargo de Asesinar a una víctima determinada.

La acción de *solicitar* consiste en exteriorizar una declaración de voluntad, dirigida a una persona, que por su manifiesta predisposición a cometer el delito de Sicariato, está en condiciones de aceptar dicho ofrecimiento, siempre que de por medio esté la obtención de un beneficio económico o de otra índole.

La solicitud debe ser seria, determinada y revestida de inmediatez en su ejecución; no se está en tal supuesto, cuando lo que hace el agente es tantear al sicario, esto es, divagando o deslizando sugerencias de forma abstracta e impersonalizada.

Esta cuestión a saber, nos lleva a la *tentativa de inducción,* (...) consiste en intentar convencer a otro (p.ej., persona que ofrece dinero a un sicario para que mate a un enemigo) para que cometa el delito[681], que para un sector doctrinal no debería quedar impune. Si en realidad se pretende reforzar la protección punitiva, de un bien jurídico tan relevante -como es la vida humana-, no hay problema en intentar esta fórmula normativa capaz de generar efectos disuasivos de gran calibre en estos potenciales actores, -como la mencionada-, de no ser necesario el acuerdo de voluntades entre el Instigador y el Sicario, para poder articular una respuesta represiva del ordenamiento

(681) Cuello Contreras, J.; Mapelli Caffarena, B.; *Curso de Derecho Penal. Parte General,* cit., p. 157; Cfr., Bacigalupo, quien apoya esta postura, para lo cual cita el § 29 StGB alemán que sanciona la tentativa de cooperación y complicidad, *Comentarios al Código Penal,* 1, cit., p. 125.

jurídico; claro está bajo una estricta valoración de las condiciones, circunstancias y factores que nos lleven a un estado de verdadera viabilidad delictiva. Siempre y cuando, se esté ante situaciones que lo ameriten, en cuanto a la indudable peligrosidad que ya importa la sugestión a cometer hechos punibles de esta naturaleza.

Si es que de la solicitud a cometer el Sicariato, se cuenta ya con la aceptación del asesino, estaríamos en la modalidad delictiva de Conspiración y, se inicia ya los actos ejecutivos para su real perpetración, desplazamos el substrato fáctico al artículo 108°-C del CP.

Finalmente, ¿A quién debemos considerar como «intermediario»? a aquel tercero que funde de puente, de enlace y/o contacto, entre el Sicario y quien tiene la intención de contratarlo; algunas veces, el demandante del servicio no estará en condiciones de entablar comunicación directa con el Sicario, por lo que se valdrá de una interposita persona o, simplemente, para no ver revelada su identidad hará uso de un tercero. Igual, en el caso del Sicario, de viabilizar el contacto con el demandante del servicio, a través de un intermediario. Estimamos que este tercero intermediario no puede recibir pena igual a la del Conspirador o al que propone la comisión del delito, por razones de culpabilidad y proporcionalidad.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD PERSONAL

IV. EL DELITO DE SECUESTRO

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 sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad.

La pena será no menor de treinta años cuando:

1. *Se abusa, corrompe, trata con crueldad o pone en peligro la vida o salud del agraviado.*
2. *Se pretexta enfermedad mental inexistente en el agraviado.*
3. *El agraviado o el agente es funcionario o servidor público.*
4. *El agraviado es representante diplomático de otro país.*
5. *El agraviado es secuestrado por sus actividades en el sector privado.*
6. *El agraviado es pariente, dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad con las personas referidas en los incisos 3, 4 y 5 precedentes.*
7. *Tiene por finalidad obligar a un funcionario o servidor público a poner en libertad a un detenido o a conceder exigencias ilegales.*
8. *Se comete para obligar al agraviado a incorporarse a una organización criminal.*
9. *Se comete para obtener tejidos somáticos del agraviado.*

10. Se causa lesiones leves al agraviado.

11. Es cometido por dos o más personas o se utiliza para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable.

12. El agraviado adolece de enfermedad grave.

13. La víctima se encuentra en estado de gestación.

La misma pena se aplicará al que con la finalidad de contribuir a la comisión del 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.

La pena será de cadena perpetua cuando:

1. El agraviado es menor de edad o mayor de setenta años.

2. El agraviado sufre discapacidad y el agente se aprovecha de ésta circunstancia.

3. Si se causa lesiones graves o muerte al agraviado durante el secuestro o como consecuencia de dicho acto.

1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La libertad personal después de la vida humana constituye el bien jurídico de mayor relevancia en una sociedad democrática; esta implica la conformación de la plataforma esencial del individuo, posibilitadora de desarrollo a plenitud del resto de intereses jurídicos reconocidos por el ordenamiento legal. En efecto, la voluntariedad humana –en una de sus variantes– se manifiesta de forma concreta en la capacidad de autolocomoción, que importa el desplazamiento espacial y geográfico de una persona de acuerdo a su libre arbitrio, consustancial a la realización de una serie de actividades económicas, culturales y sociales.

La concreción directa de los mandatos de un Estado de Derecho es el reconocimiento de la libertad y de las garantías fundamentales, *conditio sine qua non* para la participación del individuo en su ámbito de interactuación social y la realización de su personalidad.

Por consiguiente, la libertad constituye la piedra angular del sistema jurídico-estatal que debe cautelarse con los instrumentos y mecanismos que prevé la ley. Desde un aspecto negativo, importa el respeto de dicho bien jurídico por parte del Estado y los particulares, y desde un aspecto positivo, determina la regulación de mecanismos legales, dirigidos a reponer un estado de cosas de por si arbitrario e ilegal.

El máximo intérprete de la constitucionalidad normativa en nuestro país ha dejado en claro que la libertad personal no solo es un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico. Este derecho y los derechos conexos a ella pueden resultar vulnerados mediante la amenaza de violación o por la violación efectiva del derecho[682].

Se dice, por tanto, que el bien jurídico tutelado por el tipo penal de Secuestro es la libertad ambulatoria, esto es, el atributo que tiene toda persona de desplazarse de un lugar a otro en mérito a su espectro volitivo. Mediante esta ley se ampara una manifestación concreta de la libertad personal, la libertad externa, en buena cuenta, la libertad de movimientos en el espacio, argumenta PEÑA CABRERA. El atentado contra la libertad busca trabar tanto la libre locomoción como simplemente el libre movimiento corporal[683]; coincidimos con VILLA STEIN[684], en que en este último caso se busca tutelar con el delito de Coacciones, mas no con el previsto en el art. 152° del Código Penal.

Dicho lo anterior, esta modalidad delictiva importa un injusto de alto contenido de desvalor no solo por los efectos perjudiciales que provoca en la libertad fundamental de la víctima, sino también por los medios que se vale el agente para la perpetración del hecho

(682) Sentencia recaída en el Exp. N° 4780-2004-PHC/TC.

(683) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...*, Vol. I, op. cit., p. 516.

(684) VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte Especial,* I-B, op. cit., p. 113.

punible, que por su alto contenido de violencia implica la colocación en peligro de la vida, el cuerpo y salud del ofendido, lo que ha sido objeto de valoración por parte del legislador, tal como se identifica en el marco penal severo que se ha propuesto en la norma de sanción prevista en el art. 152° de la Codificación punitiva.

Cabe advertir que el secuestro importa un delito de efectos permanentes en el tiempo, pues mientras no cese el estado antijurídico los efectos consumativos se prolongan indefinidamente, lo cual tiene repercusiones importantes no solo en orden al cómputo de los plazos prescriptorios, sino también en lo que refiere a formas de participación; esto último quiere decir que, mientras la afectación a la libertad personal se prolongue, todas aquellas contribuciones o colaboraciones que se dirijan a la manutención de dicho estadio antijurídico habrán de ser reputadas como participación delictiva; dicho esto con el siguiente ejemplo: si tiempo después de que la víctima fuera privada de su libertad personal, quienes se encargaron de dicho estado de desvalor, consiguen como lugar de cautiverio del primero, la casa de un tercero, este responderá como cómplice primario, pues su activa colaboración permite justamente que se mantenga el estado antijurídico, cuyo desvalor define la materialidad de la conducta típica.

El hecho de que el bien jurídico se entienda como capacidad externa del sujeto, hace que no exista ninguna dificultad para admitir el hecho delictivo en los casos de inimputables[(685)].

POLAINO-NAVARRETE sostiene que en la legislación penal española no se hacía alusión, en el Código derogado, a un tipo penal de Secuestro; en el Código Penal de 1995 se contempla la figura de las «Detenciones ilegales» y del «Secuestro», arts. 163° y 164°

(685) DÍAZ-MAROTO Y VILAREJO, Julio, *Delitos contra la Libertad, Detenciones ilegales y secuestros,* op. cit., p. 42.

respectivamente, este último adquiere sustantividad autónoma cuando se incluye en la acción típica: «la exigencia de una condición, para poner en libertad a la persona secuestrada». Se trataría de un delito complejo de detenciones ilegales mediando amenazas[686]. En el orden terminológico, la nominación legal de secuestro en la rúbrica legal, junto a la detención ilegal, se resuelve en recurso retórico o licencia lingüística de mero alcance de sinonimia, pues –conforme a la concepción sustancialmente nada innovadora del Texto Punitivo– «Secuestro» no es sino «Detención ilegal cualificada»[687].

Para la probanza del delito de Secuestro se demanda la acreditación de una conducta que ha significado la privación de libertad de la víctima –lógicamente contra su voluntad–, que esta haya permanecido encerrada por sus captores en un tiempo determinado y que dicha acción antijurídica –valorada de forma independiente– no haya sido encaminada a la realización de otro injusto penal, pues en ese caso habría que definir con toda rigurosidad cuál fue el propósito que impulso a los sujetos activos a la realización de la actividad ilícita, amén de determinar la conducta típica aplicable al caso concreto. Siendo que dichos elementos a saber, han de ser atribuidos a quienes en el proceso penal se les sindica como autores o partícipes de esta actividad delictiva.

Finalmente, su intersección con el delito de «Extorsión» debe ser claramente delimitada, toda vez que el art. 200° del Código Penal, en el marco de sus supuestos del injusto típico, establece lo siguiente: «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». Importa una suerte de «Secuestro extorsivo», que de forma asistemática se ha incluido como una variante de este último delito, generando con

(686) LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Delitos contra la Libertad,* op. cit., p. 94.

(687) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Delitos contra la Libertad (I),* op. cit., p. 217.

ello una superposición de figuras delictivas ante un solo hecho; pues queda más que claro, que ante una sola privación de libertad del sujeto pasivo no podría postularse un concurso delictivo ante tales hechos punibles, lo que acontece en realidad es un conflicto aparente de normas penales, que ha de ser resuelto conforme a los principios que la doctrina penal ha delineado al respecto. A tal efecto advertimos que, en el caso del tipo penal de Secuestro, el móvil que impulsa al agente a la realización típica, esto es, privar al sujeto pasivo de su libertad personal, puede ser de cualquier índole, por lo tanto, es perfectamente admisible un ánimo patrimonial, la obtención de una ventaja económica; en cambio en la Extorsión dicho propósito necesariamente debe estar presente en la mente del autor. Es la fórmula abierta empleada por el legislador, la que nos permite perfectamente llegar a este planteamiento interpretativo.

Siendo así, cuando se priva de libertad a un ciudadano y sus captores piden una suma de dinero a cambio de darle libertad, encaja tanto en el delito de Secuestro como el delito de Extorsión, empero debemos optar por aquel que encuadra los hechos de una manera más precisa, tomando en cuenta la naturaleza del bien jurídico tutelado; por lo que al recaer los efectos lesivos de forma más intensa a la libertad ambulatoria del sujeto pasivo de la acción, la tipicidad correcta es de subsumir el relato fáctico a los alcances normativos del delito de Secuestro y no de Extorsión.

No obstante lo dicho, en la Ejecutoria contenida en el RN N° 488-2004-Lima, la Sala Penal Permanente sostuvo lo siguiente:

> *El delito perpetrado es el de extorsión, en su modalidad de secuestro extorsivo, y no el de secuestro, toda vez que se mantuvo como rehén al menor hijo de la agraviada a fin de obligarla a otorgar un rescate; esto es, una ventaja económica indebida para liberar al retenido, de suerte que el sujeto pasivo del delito es el titular del patrimonio atacado y el secuestrado es el sujeto pasivo de la acción que precisamente es la*

finalidad perseguida por el sujeto activo lo que distingue el secuestro de la extorsión en la modalidad de secuestro extorsivo, pues en este segundo supuesto la privación de libertad es un medio para la exigencia de una ventaja económica indebida, de un rescate, que es un caso especial de un propósito lucrativo genérico, lo que está ausente en el secuestro, que consecuentemente, es de absolver por el delito de secuestro y ratificar que se trata de un delito de secuestro extorsivo, como modalidad de extorsión, agravado por haberse afectado a un menor de edad y por la pluralidad de intervinientes en su comisión.[688]

Bajo tal argumentación, somos de la idea de que el art. 200° del Código Penal debe ser reformado, debiéndose derogar de *lege ferenda* dicha modalidad del injusto de Extorsión y, en efecto, se evitarán entrecruzamientos normativos innecesarios, incompatibles con lo que se desea en un Estado constitucional de Derecho.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

El tipo penal *in comento* no exige de una cualidad especial para ser considerado autor, por lo que en principio puede serlo cualquier persona; sin embargo, cuando se trate de un funcionario o servidor público con competencia para privar de libertad a un individuo, será una conducta típica de Abuso de autoridad, lo que no obsta, por ejemplo, a que un agente policial en su tiempo de franco pueda estar incurso en esta figura delictiva, y ello acaece con no poca frecuencia.

En la misma línea de ideas, si es un juez quien decreta «ilegalmente» la privación de libertad de una persona, se da lugar a la tipificación penal de detención ilegal, prevista en el art. 419° del Código Penal.

---

(688) En Avalos Rodríguez, Constante; Robles Briceño, Mery, *Modernas tendencias de la dogmática...*, op. cit., p. 278.

Aquellos que ejercen funciones en las rondas campesinas también pueden ser sujetos activos de este delito, pues el orden jurídico no reconoce más que a los jueces la facultad de privar legalmente de libertad de un individuo, los efectivos policiales se limitan a materializar la orden jurisdiccional. Tema aparte es el caso de delito «flagrante».

2.2. Sujeto pasivo

Al igual de lo que sucede respecto al sujeto activo, puede serlo cualquier persona, no se requiere de una especial condición; mas hay situaciones excepcionales, como del padre que retiene al menor fuera del lugar de la persona que ejercer la patria potestad, caso que constituirá un acto de sustracción de menores.

Los menores, así como los privados de discernimiento, también pueden ser sujetos pasivos de este delito, siempre y cuando no medie la relación parental.

Un caso singular se produciría cuando el supuesto ofendido se encuentre ya privado de su libertad –en el caso del detenido, preso o interno–, pues la capacidad de locomoción de esta persona ya se encuentra significativamente restringida; solo sería un caso de secuestro cuando no se les deje salir de su celda, pese a contar con un horario de descanso, o cuando los custodios penitenciarios no lo dejen salir pese a existir una orden judicial de excarcelación.

El tipo penal en cuestión hace hincapié como circunstancia agravante, cuando la víctima es funcionario o servidor público, representante diplomático, pariente dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad con las personas referidas en los incs. 3, 4 y 5, cuando adolece de enfermedad grave o está en estado de gestación.

Anotar además que, el hecho es castigado con pena de cadena perpetua cuando el agraviado es menor de edad o mayor de

setenta años, sufre de discapacidad y el agente se aprovecha de esta circunstancia.

Punto importante a destacar, es que la persona que proporciona los fondos económicos para lograr la libertad del rehén no es sujeto pasivo, puesto que en este injusto penal no se tutela el patrimonio, a diferencia del tipo penal de Extorsión.

2.3. Modalidad típica

La acción típica ha de significar la privación de la libertad de una persona, sin interesar el móvil o propósito.

El hecho recae aquí sobre la libertad física y en particular sobre la facultad de trasladarse de un lugar a otro, de no poder alejarse de determinado lugar en el que no se quiere permanecer, dice Maurach. No es preciso que la víctima sea encerrada, el encierro solo es un medio para cometer el delito no previsto específicamente por la ley[(689)]; quiere decir esto, que no necesariamente debe concretizarse un desplazamiento de un lugar a otro del sujeto pasivo por parte del sujeto activo. Una persona puede ser privada de libertad en su propia casa, en su dormitorio; lo que interesa en todo caso, es que la persona no pueda salir de un determinado espacio físico, que se encuentre retenida en contra de su voluntad, a pesar de que pueda realizar ciertos movimientos en un espacio geográfico reducido. Dicho supuesto, no se dará, claro está, en el caso de la denominada detención domiciliaria.

No es exigible una total privación de la libertad de movimiento, escribe Peña Cabrera; es suficiente que la víctima esté impedida de moverse parcialmente[(690)].

(689) Fontán Balestra, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 303.

(690) Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho penal...,* op. cit., p. 518.

El delito de Secuestro puede entrar en conflicto con otros tipos penales, por ejemplo, con la figura delictiva de Robo, pues en este último, de cierta forma, el sujeto pasivo también es objeto de una constricción, pero los actos coercitivos importan un lapso corto de tiempo. Ha de verse que, en el secuestro la conducta antijurídica debe recaer de forma intensa sobre la libertad personal de la víctima, a pesar de que en la construcción típica, se diga que no interesa el tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad. De igual modo, su distinción con el delito de Coacciones habrá de encontrarla en la privación de libertad, no en el uso de la violencia.

Cuando el conductor de una movilidad pública impide a otro a que salga del bus hasta que no pague su pasaje, sería un acto atípico –si durase cierto tiempo–, a lo más se adecuaría al tipo de Coacción.

Los medios de los cuales se vale el agente para coartar la libertad del ofendido pueden ser de la más variada especie, sin duda, el más utilizado es la violencia, sea esta física o la amenaza de muerte que se logra con el empleo de armas de fuego, etc. Habitualmente las bandas de secuestradores utilizan armas de fuego sofisticadas para poder lograr sus propósitos delictivos, violencia que es ejercida durante todo el tiempo que dure la privación de libertad.

Cabe señalar que, el Secuestro es un delito de efectos permanentes, pues mientras no cese el estado antijurídico los efectos consumativos se prolongan indefinidamente en el tiempo, lo cual tiene repercusiones importantes no solo en orden al cómputo de los plazos prescriptorios, sino también en lo que refiere a formas de participación; e igualmente en la configuración de circunstancias agravantes, verbi gratia, si la víctima adquiere la calidad de funcionario público durante el encierro o representación diplomática, si producto del enclaustramiento la víctima padece de una grave enfermedad o alcanza la edad de setenta años, etc., lo cual no es óbice para que tomen lugar las hipótesis de agravación de pena. Claro que todas

estas circunstancias deben estar abarcadas por el dolo del agente, ergo, si el autor se equívoca de víctima y secuestra a otra persona, que resulta ser un funcionario público, se dará la agravante, siempre y cuando se llegue a conocer dicha calidad funcional, de acuerdo a su estructura permanente. Contrario sensu, si durante el encierro pierde dicha condición pública, el hecho dejará de ser agravante y habrá que juzgarlo conforme el estatus final (consumación).

En el tema de la participación, si un tercero interviene colocando al rehén en un determinado lugar o haciendo de vigilante, será un cómplice primario e inclusive coautor, dependiendo de las características del caso concreto.

Como el tipo exige que la acción del secuestro se realice «sin derecho», debe entenderse que no aplicará a los casos de derecho de corrección que tienen los padres, educadores, tutores, curadores, etc., ni el derecho de tratamiento y cura que tienen los médicos y enfermeros[691].

3. PRIVACIÓN DE LIBERTAD SIN DERECHO, MOTIVO NI FACULTAD JUSTIFICADA

La redacción normativa del art. 152° del Código Penal tiene la particularidad de contener las causas que eliminan la antijuridicidad penal de la conducta, que deben ser puestas en relieve para su correcta concreción.

De entrada debe decirse que el consentimiento opera como una causal de atipicidad penal, dado que es un bien jurídico de amplia disponibilidad para su titular; si en un principio la privación de libertad se produce en contra de su voluntad, pero luego este lo consiente, dicho asentamiento no tiene efectos retroactivos, por lo que la conducta será de todos modos típica. Eso sí, para que el

(691) VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte Especial,* I-B, op. cit., p. 115.

consentimiento pueda ser reputado como válido, se requiere que esté desprovisto de cualquier clase de vicio de la voluntad, en efecto, la inyección de drogas, fármacos, etc., son elementos que anulan la libertad decisoria.

Para el consentimiento solamente se requiere que la presunta víctima comprenda la naturaleza del acto, pues el consentimiento que interesa es la demostración de la libre voluntad, por encima del posible engaño o coerción del agente[692].

En el caso de los huelguistas que para lograr su cometido de reivindicación privan de libertad a ciertos funcionarios, en definitiva están cometiendo un acto típico y penalmente antijurídico, pues el derecho de huelga que les reconoce la Ley Fundamental, en ningún momento les confiere el derecho de privar la libertad de nadie.

Por otra parte: ¿Se tendría derecho a privar de libertad a una persona? En efecto, pueden acontecer ciertos supuestos que justifiquen la privación de la libertad de un individuo, tal es el caso que acaece cuando la persecución penal estatal se legitima, en cuanto persigue satisfacer valores jurídicos superiores –pues cuando se comete una infracción constitutiva de un delito, se genera una perturbación social–, al haberse quebrantado las bases de coexistencia pacífica de una sociedad política y jurídicamente organizada, cuya reprobación importa que el Estado, a través de sus órganos competentes inicie una investigación y someta a un estado de coerción a quien formalmente se le requiere, mediando para ello una imputación delictiva. De todo esto, resulta que la libertad –así como el resto de bienes jurídicos fundamentales– no es un valor absoluto, pues precisamente su relatividad permite que su contenido esencial pueda ser limitado y restringido, cuando la concurrencia de intereses jurídicos superiores así lo requieran; en tal virtud, la privación de libertad de una

(692) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...*, V. I, op. cit., p. 520.

persona pueda nacer de una resolución jurisdiccional debidamente fundamentada, que adquiere el nombre de «detención preliminar». Configuración procesal que se ajusta a una causa de justificación: ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

La detención preliminar adquiere concreción a partir de los primeros actos de investigación, diligencias preliminares, que se ejecutan y desarrollan, ni bien los órganos de persecución penal toman conocimiento de la noticia criminal; por ello, habrá de identificar, un primer rasgo distintivo: que la detención preliminar tiene que ver con los fines de la investigación preliminar (sumarial), que se produce al poco tiempo de producido el delito y, que tiene por fin, asegurar la presencia del imputado a las diligencias que se acuerden en realizar en dicha etapa, permitiendo ejecutar una serie de medidas de restricción, orientadas a recabar las evidencias que sean necesarias, para que el fiscal pueda emitir un juicio de imputación delictiva, idóneo y relevante para el inicio formal del procesamiento penal. De acuerdo a ello, el plazo de la detención preliminar es sumamente breve, pues si bien es una medida de coerción, sus efectos no son asimilables a la prisión preventiva, pues esta última tiene por fin cautelar los fines del proceso penal, en cuanto a la condena penal y la actuación probatoria, lo que no obsta a que la detención preventiva pueda convertirse en una prisión provisional, siempre y cuando se cumplan con ciertos requisitos; segundo, puede concretizarse, aun careciendo de una orden jurisdiccional, pues la propia Ley Fundamental, autoriza a los efectivos policiales a detener a un individuo en caso de delito flagrante.

En palabras de Alcalá-Zamora, constituye, la detención, una de las más típicas medidas precautorias dentro del proceso penal, y tiene por objeto, no tanto asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte, como de manera más directa evitar la desaparición del presunto culpable y que utilice su libertad para borrar las huellas del delito y dificultar la acción de la justicia. Adquiere un tamiz esencial, en el caso de investigaciones por los delitos de terrorismo,

narcotráfico y espionaje, donde se concede a la Policía un plazo de quince naturales, en el caso de la detención preventiva de los presuntos implicados. Empero, sea cual fue la denominación o el órgano estatal que concrete la detención preventiva, la privación de libertad nunca puede estar desprovista de control jurisdiccional o fiscal, en orden a garantizar la legalidad de la medida y la protección de la dignidad humana.

La detención, anota STRAZZALINO, es el acto y subsiguiente estado de privación transitorio de la libertad de una persona por ser sospechada de participación en un delito o por exigencia de obtención de pruebas, para retenerla o ponerla a disposición del tribunal de la causa, a diferencia de la aprehensión presupone la orden de autoridad judicial o bien la actuación directa de la misma.

En el caso de nuestro Derecho positivo, la detención preliminar como tal no se encuentra reconocida en el añoso Código de Procedimientos Penales, a pesar de que la Constitución de 1979[693] ya la recogía en unos de sus preceptos. El desarrollo legal de esta institución recién adquiere carta normativa, con la dación de la Ley N° 27379 – Ley de Medidas Limitativas de derecho a nivel de Investigación Preliminar de diciembre del año 2000, modificada por el Decreto Legislativo N° 988 del 22 de julio del 2007. Luego, la Ley N° 27934 de febrero del 2003 – Ley que regula la intervención de la policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del delito, después modificada por el Decreto Legislativo N° 989 del 22 de julio del 2007, la recoge en el art. 2°. Conforme es de verse, de la normatividad acotada, la detención preliminar se ejecuta en el marco de las investigaciones sumariales en casos de urgencia y peligro en la demora, a fin de cautelar los fines de la investigación. Detención preliminar que se sujeta a los principios de rogación y de jurisdiccionalidad, de acuerdo al mandato constitucional.

---

(693) Lo cual repite la Carta Política de 1993.

El nuevo CPP, ha comprendido, en el ámbito de las medidas de coerción procesal (Sección III del Libro Segundo), diversas manifestaciones de la detención preventiva: la detención policial, el arresto ciudadano y la detención preliminar judicial, cada una de ellas revela sus propias matices y particularidades, pero guardando un denominar común: plazo breve de duración[694]. Conforme ello, ASENCIO MELLADO, define a la detención como aquella privación de libertad, de carácter provisionalísimo, adoptado por los particulares, la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial con fines múltiples y variados tales como la puesta del detenido a disposición judicial y la realización de las investigaciones más urgentes. Constituye, qué duda cabe, una de las manifestaciones de más intensidad del poder coercitivo del Estado, por lo que debe estar rodeada de todas las garantías para los justiciables[695].

La detención, tal como se desprende de la Ley Fundamental, puede adoptarse sin necesidad de autorización jurisdiccional, por parte de los efectivos policiales, en caso de delito flagrante, conforme al art. 259° del CPP, e incluso los ciudadanos en virtud a lo previsto en el art. 260 del referido Código[696].

La situación que acontece en el caso de las rondas campesinas, nativas u otros grupos de comuneros, cuando en uso de sus normas consuetudinarias, privan de libertad a una persona –sobre todo si el sujeto es atrapado en flagrante delito–, no puede decirse que están actuando bajo una norma permisiva, concretamente, amparados en una causa de justificación (ejercicio de un oficio), pues no existe norma vigente del orden jurídico nacional que así lo reconozca. Lo que sí puede dar lugar es a un error de comprensión culturalmente

---

(694) En cuanto los plazos de la detención, ver al respecto el Cap. VIII (instrucción).

(695) Así, el art. 263° del CPP.

(696) Vide más al respecto, nuestra obra en coautoría con Manuel MIRANDA ESTRAMPES: *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, APECC, Lima, 2008, op. cit., págs. 300-301.

condicionado, según lo dispuesto en el art. 15° del Código Penal; no obstante, jurisprudencia actual viene recogiendo la primera institución, como una forma de «ejercicio legítimo de un derecho», no de plano desdeñable, mas pensamos que requiere de un desarrollo normativo más prolijo; así, la Segunda Sala Penal Transitoria, en la resolución contenida en el RN N° 1746-2007-Lambayeque, ha dejado en claro que: «*La consumación del secuestro se produce cuando el sujeto pasivo queda privado de su libertad para movilizarse. Sin embargo, no existió en el agente ánimo de privar de la libertad a la agraviada como propósito autónomo o intención específica. Se trató* más bien de una respuesta consuetudinaria de la ronda campesina ante la posible comisión de un delito de hurto en perjuicio de sus integrantes, amparada por el artículo 149 de la *Constitución*»[697].

Así también la misma Sala Penal Suprema, en el RN N° 2294-2012-Cajamarca: «*Si bien el agraviado fue privado de su libertad y sufrió daños en su integridad física, la conducta de los encausados estuvo amparada por una causa de justificación. La detención e interrogatorio del intervenido se produjo en su calidad de ronderos, ante la denuncia de los pobladores, lo cual los sitúa en el pleno ejercicio legítimo de un derecho y en estricto cumplimiento de su deber, esto es, lograr resolver el conflicto de la comunidad en relación con el robo de animales sufrido por los denunciantes, frente a lo cual, luego de reconocer el intervenido su responsabilidad y asumir la compensación económica, fue liberado*».[698]

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Resulta una figura delictiva únicamente reprimible a título de dolo, esto es, conciencia y voluntad de realización típica; el agente debe saber que está privando a un sujeto de forma ilegítima, por lo

(697) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 19, enero de 2011, op. cit., p. 136.

(698) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 53, noviembre de 2013, op. cit., p. 165.

que basta con el dolo eventual. Dicho dolo debe abarcar las circunstancias agravantes que se glosan en el articulado en cuestión.

La particular construcción típica del art. 152° del Código Penal, revela una superposición del error de tipo con el error de prohibición, cuya selección ha de valorar el juzgador caso por caso. Quien no sabe que está privando ilegítimamente a un individuo de su libertad personal, estará actuando sin antijuridicidad.

No se requiere la acreditación de un elemento subjetivo, distinto al dolo, los móviles, como se escribió, son irrelevantes, en orden a la determinación del juicio de tipicidad penal.

5. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

5.1. Por la forma de ejecución

Se abusa, corrompe, trata con crueldad o se pone en peligro la vida o salud del agraviado; es cometido por dos o más personas o se utiliza para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable. En estos casos la agravación obedece al mayor desvalor que se expresa en la ejecución típica, pues se insufla un mayor sufrimiento en la persona del ofendido, colocando, además, en grave riesgo sus bienes jurídicos fundamentales.

Igualmente, por emplear en su comisión a menores de edad o inimputables; así como el acto de corrupción, lo cual da lugar a un mayor reproche ético; y ante la mayor peligrosidad que supone su comisión por dos o más personas.

Así también, cuando se pretexta enfermedad mental inexistente en el agraviado, se realiza una simulación, en cuanto a la salud de la víctima; se supone que ello es así para poder sustraerlo de su lugar de residencia, desplazarlo hacia otro lado y conseguir así la satisfacción de una ventaja ilícita.

5.2. Por los fines que persigue el agente

Cuando el agraviado es secuestrado por sus actividades en el sector privado. Por lo general las víctimas potenciales de esta modalidad delictiva son, precisamente, personas involucradas en el sector empresarial (privado), por cuanto ostentan una capacidad económica por encima del promedio.

Por otro lado, si este tiene por finalidad obligar a un funcionario o servidor público a poner en libertad a un detenido o a conceder exigencias ilegales. Se trata de un canje de personas, cuya reprobación reside en que se afecta el normal funcionamiento de las instituciones y de la administración de justicia o de emplear el secuestro como medio extorsivo para lograr ventajas ilegales.

En otro supuesto, se comete para obligar al agraviado a incorporarse a una agrupación criminal. Esta clase de conductas se advierten, sobre todo, en las organizaciones subversivas que, a fin de enrolar en sus filas a nuevos miembros, no se les ocurre más que privar de su libertad a ciertas personas, *prima facie* indiferentes a sus luchas pero que luego son ideologizadas (concientizadas) para integrar dichas asociaciones delictivas.

La redacción de la agravante *in comento*, como consecuencia de la dación de la Ley N° 30077, se ha estructurado ahora de la siguiente forma: «*Se comete para obligar al agraviado a incorporarse a una organización criminal*». El punto de partida es la intención *ex profesa* del legislador de acriminar con mayor dureza punitiva toda manifestación del «crimen organizado»; propuesta más *criminológica* que *punitiva*, que se endereza en un contexto sociológico amenazado por estas agrupaciones, donde precisamente su potencialidad lesiva radica en la plataforma sobre la cual se asienta su operatividad delictiva. Siendo así, el delito de Secuestro –que importa la privación de la libertad personal del sujeto pasivo– ha de encaminarse a constreñir al ofendido en su esfera decisoria, conminarlo a integrarse a una organización criminal, vale decir, que la víctima no fue persuadida

a dicha integración por fines pacíficos, por lo que el agente acude a esta vía violenta para convencerlo a ello. Nótese que para efectos de consumación delictiva no es necesario comprobar que el sujeto pasivo del secuestro haya sido convencido a enrolarse a la estructura criminal, menos que realice actos propios de los planes criminales que se gestan desde adentro de la estructura delictiva.

Finalmente, si se comete para obtener tejidos somáticos del agraviado. En este caso la privación de libertad del ofendido persigue en realidad la adquisición de ciertos órganos, lo cual, hay que decirlo, tiene basamento en mitos urbanos que aseguraban el rapto de personas para extraerle tales tejidos, no obstante, la extracción de órganos para colocarlos en un supuesto mercado negro es altamente improbable, toda vez que el trasplante de un órgano es una operación técnico-científica extremadamente compleja, que no podría tener lugar en otro sitio que no sea un hospital o una clínica, con gente y equipamiento especializado; por estas y otras razones, para un delincuente o una organización criminal es difícil y poco rentable la perpetración de este ilícito para traficar órganos –mas sí lo es bajo otras modalidades y con aquiescencia o complicidad de las entidades de salud, verbi gratia, los médicos que intermedian (aseguran la compatibilidad, la operación, etc.) una compraventa ilegal de órganos, simulando una donación–. No obstante ello, y dado que no lo exige el tipo penal, la obtención de tejidos somáticos puede tener finalidad distinta al tráfico, como por ejemplo, el caso de aquellas personas que sustraen un órgano a otra para practicar un rito satánico.

5.3. Por la condición de la víctima

El agraviado es funcionario o servidor público, es representante diplomático de otro país, es pariente dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad con las personas mencionadas en los incs. 3, 4 y 5. El agraviado adolece de enfermedad, situación que para su aplicación, debe conocer el agente. Finalmente, la víctima se encuentra en estado de gestación, circunstancia que debe ser

abarcada por el dolo del autor, cuya reprobación reside en el peligro que puede correr el normal desarrollo del proceso del embarazo y dada la repercusión psíquica en el sujeto pasivo.

5.4. Por el resultado

Se causa lesiones leves al agraviado, las cuales pueden ser cometidas a título de dolo (incluso eventual), de cualquier forma, se configura un concurso ideal de delitos, conjuntamente con el tipo penal previsto en el art. 122° del Código Penal, pero que según esta fórmula resolutiva recibiría una pena menor de acuerdo a lo previsto en el art. 48°.

En el caso de que las lesiones se causen a título de culpa, también deben ser comprendidas en esta agravante, aunque no se desprende de forma clara del tenor literal de esta cualificante.

6. AGRAVANTES DE MAYOR PELIGROSIDAD

En primer lugar, si el agraviado es menor de edad o mayor de setenta años. Se incide en una aspecto puramente cronológico, en el sentido de que un menor de edad o una persona de la tercera edad pueden ser más afectados con una situación del encierro, por el hecho mismo de su condición de vulnerabilidad.

Cuando el agraviado sufre discapacidad y el agente se aprovecha de esta circunstancia; es decir, el estado de vulnerabilidad que es objeto de prevalimiento o aprovechamiento por parte del autor, es objeto de una represión más severa.

Si se causare lesiones graves o la muerte al agraviado durante el secuestro o como consecuencia de dicho acto; evidentemente, son dos las circunstancias a saber, si se causa lesiones graves, las cuales deben haber sido provocadas como consecuencia directa del cautiverio o de los malos tratos que han ejercido los captores sobre el rehén, por ejemplo, si ocurrió producto de la pésima alimentación o de la inanición

a la que estuvo supeditado. Debe ser un resultado previsible por el agente, a fin de descartar una mera responsabilidad objetiva por dicho desvalor; en su defecto, pueden haberse causado directamente (dolo), en esta hipótesis de trataría en realidad de un concurso ideal de delitos que el legislador lo ha sancionado con pena de cadena perpetua.

En el caso de la muerte, esta debe acaecer como consecuencia de la conducta cometida por el agente, en el sentido de que debe subyacer una relación de riesgo entre el comportamiento del autor y el resultado antijurídico sobrevenido, imputable a título de culpa; pero, al igual que la otra hipótesis, el deceso de la víctima puede ser también concreción directa de una conducta (dolosa) del autor, que debería ser tratada como un concurso ideal de delitos, de Secuestro y de Asesinato, mas el legislador optó para darle directamente un tratamiento punitivo singular. No se podrá aplicar esta circunstancia, si la causa del deceso del rehén fue, por ejemplo, un paro cardiaco, males o dolencias que ya padecía el sujeto pasivo y que eran imprevisibles para el agente.

7. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Se trata de un delito de resultado, esto es, la perfección delictiva ha de fijarse desde el momento en que el sujeto pasivo pierde su libertad y se encuentra constreñido en su potestad locomotiva. En tal virtud, los actos de violencia o amenaza que el autor haya podido realizar sobre la víctima sin éxito, en cuanto a privarle de libertad, serán calificados como un delito tentado, las cuales entrarían en concurso con otras tipificaciones si se afectaron otros bienes jurídicos; verbi gratia, si se afectó la integridad corporal del ofendido con lesiones o si se ingresó sin consentimiento del titular a una vivienda –Violación de domicilio–.

Si durante el encierro ilegítimo la víctima es afectada en su libertad sexual, se dará un concurso ideal con el tipo penal previsto en el art. 170°, o en el 173° si es menor de catorce años. Se descarta la tipificación por Secuestro, si la privación de libertad momentánea obedeció únicamente a la intención del autor de abusar sexualmente de su víctima.

Los actos anteriores, como la planificación del secuestro, obtención de planos, de informantes, llaves de oficina, etc., son actos preparatorios, por tanto, impunes.

Definitivamente, la consumación a que aludimos no requiere que el agente haya satisfecho su propósito, pues la perfección se logra con la mera privación de la libertad en sus movimientos corporales y locomotivos[(699)]. Como se sostuvo antes, los móviles que persiga alcanzar el agente con la realización delictiva no resultan importantes a efectos de incidir en la relevancia jurídico-penal del comportamiento.

Los motivos, de seguro, siempre estarán presentes en la esfera anímica del sujeto activo, pero ello no es de interés para el legislador, pues el núcleo del injusto reposa en la privación de libertad que sufre la víctima. Ahora bien, que el móvil perseguido sea lucrativo, no cambia la tipificación al tipo penal de Extorsión, al margen de los reparos que se generan por su ámbito de confusión normativo.

8. CONCURSO DELICTIVO

A menudo los operadores jurídicos tipifican simultáneamente dos delitos –dígase, concurso real– cuando uno de ellos forma parte del *iter criminis* del otro; advertido ello en el delito de Robo agravado, que al constituir un injusto penal pluriofensivo puede suponer en su ejecución una afectación de corto lapso de tiempo de la libertad personal de la víctima, lo que no significa la posibilidad de adecuar el relato fáctico a los alcances normativos de los arts. 152° o 189° del Código Penal, en la medida que la finalidad del agente en el Robo no es la obtención de una recompensa –u otro tipo de ventaja– privando de libertad a la víctima, sino de hacerse ilícitamente de un patrimonio que es entregado por el propio ofendido y no por un tercero.

---

(699) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...*, V. I, op. cit., págs. 520-521.

Así se expresa en el RN N° 3425-2007-Lima, emitido por la Sala Penal Permanente, que reza de la siguiente manera: «*El delito de robo agravado es de naturaleza pluriofensiva, debido a que no solo protege el patrimonio, sino, además, la integridad física y la libertad personal. En tal sentido, si bien la conducta de los acusados ha merecido la calificación de dos delitos en concurso real; secuestro y robo agravado, el primero no se configurará, pues la privación de libertad fue breve y la realización con la sola finalidad de garantizar el apoderamiento de los vehículos y su posterior huida, lo cual se subsume en el robo agravado.*[700]

Del mismo modo, en el caso de los delitos contra la libertad sexual (intangibilidad), donde el agente a fin de poder perpetrar su ilícito proceder, priva transitoriamente la libertad de su víctima, lo cual no puede significar un concurso delictivo con el tipo penal de Secuestro, en tanto y en cuanto, este no busca con ello hacerse de una ventaja –«de cualquier índole»– a cambio de disponer la libertad del sujeto pasivo de la acción. Así, cuando en el RN N° 1378-2008-Lima, la Sala Penal Permanente sostiene que: «*La conducta del encausado estuvo preordenada a realizar actos contrarios al pudor a la menor agraviada, para lo cual la amenazó y trasladó a su habitación, sin que se pueda colegir que existió un ánimo de privarla de su libertad como propósito autónomo al del citado delito sexual. La intimidación y traslado bajo amenaza de la menor, si bien implicó una afectación de su libertad formó parte del proceso y modo de realización del delito de actos contrarios al pudor*»[701]. Sin embargo ello debe ser matizado, cuando toma lugar la privación de libertad al rehén y luego se requiere dinero a los familiares para liberarlo, ocurriendo en ese intervalo de tiempo el ultraje sexual; por lo que al constituir el primero de ellos un delito permanente, es que se puede apreciar un concurso ideal de delitos.

---

(700) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 22, abril de 2011, op. cit., p. 160.

(701) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 5, noviembre de 2009, op. cit., p. 154.

V. TRATA DE PERSONAS

1. *El que El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.*

2. *Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.*

3. *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 previstos en el inciso 1.*

4. *El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.*

5. *El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor.*

1. FUNDAMENTO DE LA INCRIMINACIÓN

Abolidas las formas de esclavitud en el mundo, aparecieron otros comportamientos que expresan un intenso desvalor tanto por la condición del sujeto pasivo, como los fines que persigue el agente. Nos referimos concretamente a la utilización de personas para fines de explotación sexual o económica, las cuales son captadas por distintas organizaciones criminales que las arrancan de su lugar de origen y las trasladan a otras latitudes, recurriendo al ejercicio de violencia, amenazas u otras formas de coacción para posibilitar, facilitar o asegurar su cometido.

En efecto, es de verse que en los últimos años se ha incrementado de forma notable la formación de organizaciones delictivas orientadas a la ilícita actividad del tráfico de seres humanos. La comunidad internacional ha perfilado sus baterías contra estos agentes, mediante la sanción de normativas comprendidas en el marco del Derecho internacional público. Enfrentar este agudo problema que azota a los integrantes más vulnerables de la sociedad humana es una tarea pendiente para Estados como el peruano.

En el Perú el nivel de pobreza constituye un caldo de cultivo para la perpetración de este tipo de conductas, en la medida que gran parte de la población, a fin de poder satisfacer sus necesidades más elementales, se somete fácilmente a los propósitos de estas organizaciones. Es de notar que los niños indigentes se encuentran desamparados por la sociedad y el Estado, son presas fáciles de individuos inescrupulosos que hallan su *modus vivendi* en estas infames, execrables conductas. En la actualidad, la mitad de la población peruana se encuentra dentro de lo que se denomina pobreza crítica, incluyéndose a los de pobreza extrema que constituye un contingente

numeroso[702]. Mientras el Estado no incida en medidas político-sociales en realidad efectivas para reducir los márgenes de pobreza, la tarea que pueda desempeñar el Derecho penal, lamentablemente, será mínima o tardía.

A todas luces no podría ser la libertad personal el bien jurídico protegido, al atacarse de forma significativa la dignidad humana, la condición misma de persona, el contenido y núcleo esencial de la personalidad, pues se somete a la víctima a tratos inhumanos y degradantes. Por lo que sería apropiado, legislativamente, comprender esta figura bajo los alcances de los delitos de lesa humanidad, dada que su concreción típica supone una alarma a toda la comunidad internacional en su conjunto. Máxime, si su configuración implica actividades transnacionales, por lo que su concepción como «crimen internacional» debería repercutir en una ubicación sistemática distinta.

Mediante la inconmensurable extensión típica plasmada en la redacción última de este articulado, el legislador ha querido dotar de la mayor extensión posible el ámbito de protección, mediante el encaje de una serie de conductas, cuyo desvalor va más allá de la mera libertad personal, penetrando en la esfera de la dignidad humana. Se podría decir con corrección, que la privación de la libertad se constituye en un medio para la obtención de un estado de degradación humana bajo los móviles más deleznables; más aún, conforme es de verse de su contenido, no solo la privación de libertad constituye un medio comisivo, sino también el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, etc., con lo que se quiebra la sistematicidad del bien jurídico que se propone en el Capítulo I del Título IV del Código Penal.

Cabe añadir que, al margen de la sustantividad penal que se le ha revestido a esta modalidad típica, debe aparejarse mecanismos de

(702) Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho penal...*, V. I, op. cit., p. 527.

persecución de orden internacional, para que estos injustos puedan ser debidamente combatidos, o mejor dicho, prevenidos, sobre todo, cuando las víctimas son menores de edad. Resulta inverosímil que habiendo avanzado tanto la civilización y la cultura, aún se den prácticas de explotación, de servidumbre, en buena cuenta, manifestaciones de moderna esclavitud, por lo que la sanción a estas conductas debe ser sumamente severa.

Lo paradójico a todo esto, es que el delito *in examine* recibe una pena menor a la conminada en el tipo penal de Secuestro, lo que claramente riñe con los principios de culpabilidad y de proporcionalidad en lo que al tipo base refiere.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Definir con propiedad el interés jurídico objeto de tutela penal, constituye una misión de primer nivel como labor de hermenéutica jurídica, en el sentido de fijar los alcances normativos del tipo penal; resultando que dicha comprensión valorativa se refunde en la idea de sistematicidad y coherencia que debe guardar la codificación penal.

El encuadramiento del injusto penal en una nomenclatura en particular, supone determinar el reconocimiento de una familia delictiva, de un grupo emparentado de figuras delictivas que pretenden insertarse en una comunidad de protección jurídico-penal. Así es que se construyó la clasificación delictiva en el Texto Punitivo, partiendo por la estructura de los bienes jurídicos fundamentales.

El Código Penal en su redacción primigenia no encontró cobijo al delito *sub examine*, no por constituir un hecho carente de realidad social, sino porque se creyó que el resto de figuras delictivas de la Parte Especial estaban en condiciones de recoger estos comportamientos disvaliosos. Sin embargo, el tiempo demostró que era necesario, desde un plano de política criminal, penalizar de forma concreta este delito, merced a la sensibilización de la sociedad sobre

este flagelo, producto de ciertos acontecimientos que estremecieron a la comunidad internacional, toda vez que estos actos han tomado y toman lugar en múltiples países, no solo en los de menos recursos, pues en los países llamados de «primer mundo» también se observan la comisión de estos abominables hechos. Estado de la cuestión que propició la comunión concertada de muchos Estados, plasmada en la sanción de convenios y tratados internacionales sobre la materia, lo cual obliga a cada Estado parte a incluir este delito en su codificación legal. Es por ello que el Perú lo incluyó en el art. 182° del Código Penal, en el marco de los delitos sexuales, para luego, vía la dación de la Ley N° 28950, insertarlo en el art. 153°, dentro de aquellos injustos penales que atentan contra la libertad personal.

Lo anotado revela la falta de claridad conceptual que tuvo el legislador al momento de encuadrar el delito de Trata de personas dentro de la codificación penal sustantiva, en razón de que la libertad personal o libertad sexual comprenden de manera muy limitada un delito como el que examinamos. La Trata de personas desborda esta plataforma de sustantividad material para penetrar en esferas llevadas a un plano esencialmente óntico de la persona humana, vale decir, en la integridad moral y la dignidad humana como componentes valorativos que indican la ubicación de este injusto en aquellos denominados de delitos de lesa humanidad. Los motivos político criminales son contundentes, la Trata de personas constituye un crimen sumamente grave; ofende a la comunidad internacional en su conjunto por afectar normas de *ius cogens*, en tanto lesiona los aspectos más esenciales de la individualidad humana. El respeto de dicha condición portadora es la base para la construcción de toda sociedad que se dice ser civilizada.

Dicho lo anterior, no hay mayor discusión en que su actual ubicación no se corresponde con la pluralidad ofensiva que subyace a ese injusto penal, al afectar una variedad de intereses jurídicos, como la libertad personal, la libertad sexual, y con mayor acento, la dignidad humana e integridad moral. Estos últimos conceptos permiten,

con toda corrección, plantear la tesis de la indisponibilidad de estos bienes jurídicos, por tanto, aun advirtiéndose el consentimiento de la víctima –sea esta o no mayor de edad o de 14 años–, el contenido de la antijuridicidad penal queda intacta, conforme lo ha establecido la modificatoria introducida con la Ley N° 30251[(703)]; lo que viabiliza una certera punición de estas conductas, con ello los fines preventivos generales de la pena.

En resumen, la recategorización jurídico-penal del delito de Trata de personas es una labor de *lege ferenda* indispensable, que permitirá dos cosas a saber: definir con mejor precisión el ámbito de protección de la norma, así como cerrar espacios de impunidad; segundo, proponer una severidad de los marcos penales imponibles, en tanto las penas conminadas en los arts. 153° y 153°-A no se corresponden al verdadero desvalor de estas conductas con arreglo a los principios de proporcionalidad, culpabilidad y lesividad.

3. NATURALEZA MATERIAL DEL DELITO Y DEFICIENCIAS NORMATIVAS

Definir con toda rigurosidad científica la naturaleza material del delito no es una cuestión intrascendente, en tanto dicha proposición teórica-conceptual determinará qué conductas ingresarán al ámbito de protección de la norma, esto es, cuáles comportamientos podrán ser reputados de relevancia jurídico-penal; sabedores que algunos injustos penales son calificados como delitos de resultado, de peligro, de mera actividad, etc., lo cual repercute materialmente en la precisión del *iter criminis*.

Esta labor dogmática debe corresponderse con la teleología que guía la descripción típica de los tipos penales y con los

(703) Art. 153° inc. 4 del CP: «*El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1*».

cometidos de política criminal, es decir, hasta qué punto pretende incidir el legislador en cuanto al espacio de intervención del *ius puniendi* estatal. En el caso específico de la Trata de personas, se pretende englobar el mayor número de conductas con el empleo de numerosos elementos de composición típica, lo que lo convierte en un tipo penal «omnicomprensivo». Una figura delictiva muy compleja, al develar una serie de aristas, de variables de comprensión terminológica; lo cual no necesariamente garantiza mejores efectos preventivos, en la medida que el excesivo casuismo empleado por el legislador puede chocar frontalmente con el principio de estricta legalidad, de forma concreta con el axioma de la *lex certa,* con el mandato de determinación que a la postre complica la tarea interpretativa del operador jurídico y a veces, paradójicamente, propicia lagunas de impunidad.

Debe convenirse, por tanto, que dicha definición dogmática ha de partir de una contemplación estricta de la redacción normativa contenida bajo la cobertura legal del art. 153° del CP y no de las proposiciones normativas contenidas en los tratados internacionales, así como de la legislación comparada; resultando que esta devela una serie de estadios que han de tomar lugar de forma secuencial, de manera que se advierte lo siguiente: en primer lugar, el agente debe ejecutar las acciones comprendidas en las primeras líneas del tipo legal, esto es, captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, a través o ejerciendo violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o cualquier beneficio; y, segundo, que dichos actos disvaliosos deben tener por propósito o fin la explotación del sujeto pasivo, lo cual implica la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución o cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico

de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.

Tomando en cuenta lo anotado debe quedar claro que la perfección delictiva de este injusto penal (consumación) toma lugar cuando el agente realiza alguna de las conductas típicas descritas, vale decir, logra captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener al sujeto pasivo, recurriendo a cualquiera de los medios indicados –lo cual no es exigible para victimas menores de edad–, con el propósito de explotarlo, esto constituye el fin ulterior, un elemento subjetivo del injusto de naturaleza trascendente que ha de ser comprobado con los indicios o evidencias que puedan recoger los órganos de persecución penal, mas no es necesaria su realización para que este se perfeccione. Es decir, consideramos que este es un «delito mutilado en dos actos», tal como los delitos de Hurto y Rebelión. Así en la doctrina especializada, al indicarse que los delitos «mutilados en dos actos» son delitos intencionales en los que una acción dolosa (o acción básica) es realizada por el sujeto activo como *medio ejecutivo* para una ulterior actuación del propio autor, que es el *fin subjetivo* que pretende alcanzar. La realización de la conducta básica y necesariamente ha de ser dolosa, pues el elemento subjetivo intencional presupone el dolo del comportamiento básico[704] [705].

Ahora bien, al detentar dicha naturaleza material debemos determinar si es que se admiten o no formas de imperfecta ejecución (delito tentado), considerando que el tipo penal requiere alcanzar un

---

(704) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones de Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 277.

(705) CHOCLÁN MONTALVO y CALDERÓN CEREZO, apuntan que son delitos de intención (*delitos con tendencia interna trascendente)* aquellos en los que se requiere que la intención subjetiva del autor alcance un determinado resultado (por ejemplo, el ánimo de apropiarse de la cosa en el Hurto). A este grupo pertenecen los *delitos mutilados de dos actos*, en los que el delito se consuma con la primera acción pero el autor ha de querer producir con una segunda acción adicionar un resultado. En *Derecho penal. Parte General,* T. I, cit., p. 150.

acto de materialidad típica, lo que importa rechazar que pueda ser calificado como un delito de peligro o de mera actividad, por la sencilla razón de que la descripción típica del art. 153° hace alusión a una serie de medios comisivos: «*la violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o cualquier beneficio*».

Es de verse así, que los actos típicos de violencia, amenaza u otros ingresan al ámbito de protección de la norma, por lo que en sujeción a lo glosado en el art. 16° del CP constituye un delito tentado; póngase el ejemplo de quienes emprenden actos de violencia u amenaza sobre el sujeto pasivo sin lograr captarlo o trasladarlo, su acepción como delito de mera actividad haría de aquellos actos impunes, lo que es a todas luces intolerable, su acepción como delito mutilados en dos actos (con resultado) permite que dichas acciones ingresen al ámbito de protección de la norma, generando mejores efectos disuasivos.

Postular la tesis del delito de mera actividad, implicaría reconocer que el tipo penal se agota con la sola captación, traslación o transporte, dejando de lado el uso de la violencia u otro medio de coacción, generando una impunidad insostenible, sabedores que los actos anteriores a la consumación de un delito de peligro abstracto nunca resultan punibles.

Definir a este injusto penal como un delito mutilado en dos actos, permite reforzar los fines preventivos generales de la pena, así como cerrar espacios de impunidad indeseables, que precisamente debe evitarse si en realidad se pretende poner freno a estas conductas de alta dañosidad social; por lo que tal concepción comulga con los valores de una política criminal acorde a los dictados de un Estado social y democrático de Derecho.

Únicamente en el inciso tercero del articulado, cuando sujeto pasivo es un niño o un adolescente, al no requerirse el uso de la violencia o la amenaza, es que se puede postular la tesis del delito de peligro.

Por lo demás, debe decirse que el apropiado entendimiento de los verbos típicos empleados por el legislador en la definición de la conducta prohibida en el art. 153° del CP bajo los alcances de la Ley N° 28950, no se referían a quien dominaba el evento típico, sino a las formas periféricas de participación delictiva, esto es, al instigador y al cómplice; el afán por trazar dicha equiparación punitiva, dejando de lado que la participación delictiva se construye a partir de las regulaciones de la Parte General, había dejado sin piso la configuración típica con respecto al autor del delito, lo que colisionaba abiertamente con el principio de legalidad, conforme al principio del *nullum crimen sine lege praevia,* lo cual debe fue corregido por el legislador con la dación de la Ley N° 30251.

Punto importante a saber, es que el autor no necesariamente ha de actuar en el marco de una organización criminal, basta que actúe solo o en concierto con otros agentes, y si se vale de una estructura criminal de tal complejidad, ha de responder penalmente por la circunstancia de agravación glosada en el art. 153°-A del Código Penal. Exigir ello es desacertado desde una perspectiva de legalidad, que si bien es un referente de orden criminológico, no tiene por qué tener su correlato sustantivo (penal) en todos los casos.

4. TIPICIDAD OBJETIVA

4.1. Sujeto activo

Puede ser cualquier persona, inclusive el padre de la víctima, también un funcionario o servidor público por lo que es un delito común; basta que el agente realice cualquiera de las conductas en las subetapas –captar, trasladar, acoger, etc.– para que se le compute autor. Mas cuando haya una cualidad especial en el sujeto activo habrá que acudir a lo estipulado por el art. 153°-A, para determinar también la comisión por omisión, de acuerdo al art. 13° del Código Penal.

4.2. Sujeto pasivo

Hasta antes de la modificatoria efectuada por la Ley N° 28950, sujeto pasivo solo podía ser un menor de edad o incapaz, en cambio ahora puede ser cualquier persona; es importante señalarlo porque se informó en los medios de comunicación que ello sería así a partir de la dación de la Ley N° 30251, lo cual es inexacto. Ahora bien, la protección a los menores se relieva en el inc. 3 del art. 153° del Código Penal.

En el Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116, fundamento jurídico 11, se dice que: «[...] el sujeto pasivo en todos estos delitos puede serlo una persona adulta o un menor de edad. En el supuesto del menor de edad, el contenido del injusto se encuentra diferenciado en virtud al nivel etario con que cuenta la víctima y es tratado siempre como una agravante específica».

El sujeto pasivo, titular de los bienes jurídicos protegidos, soporta las conductas de captación, traslado, recepción, acogimiento, etc., sin embargo, respecto de menores de edad se considera Trata de personas incluso cuando no se recurra a la violencia, amenaza u otras formas de coacción.

4.3. Modalidad típica

El tipo penal hace alusión a una serie de verbos rectores –basta que se realice una de estas conductas a través de uno de los medios comisivos (en los mayores de edad), con el fin ulterior de explotación, para que se impute este delito– que concretamente son los siguientes: *Captación* (atraer, con su voluntad o sin ella, a una persona); *transporte* (desplazar a la víctima a sabiendas que es objeto de trata), *traslado* (llevar a una persona de un lugar a otro, dentro o fuera del territorio nacional, realizando actos necesarios para que ingrese o salga), *acogida* (dar refugio o albergar a la víctima en un espacio determinado), *recibir* (acoger por un lapso determinado, sea que la víctima este de tránsito o tenga ese sitio como destino) o *retención* (impedir que se desplace) de una persona, en el territorio de la República, o para su salida o entrada del país.

Ahora bien, ¿cuáles son los medios que se vale el agente para lograr la la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de una persona? Sería la violencia, en primer orden, el despliegue de una fuerza física suficiente para anular los mecanismos de defensa de la víctima; la amenaza, conforme a la denominada *vis compulsiva*, ejerciendo una presión psicológica, mediando la amenaza de un mal para la víctima o un tercero vinculado a ella. Luego la norma menciona «otras formas de coacción», serán todas aquellas que han de importar un vicio de la voluntad, al operar de forma constrictiva sobre la capacidad decisoria (volitiva del agente).

El fraude y el engaño constituyen también formas ilícitas de lograr el convencimiento de la víctima cuando se oculta o se aparenta la verdad de algo amañado, generando falsas expectativas en la persona del ofendido; por ejemplo, la vía más común, la oferta de un puesto de trabajo en la Capital.

El abuso de poder quien ostenta una posición de dominio sobre la víctima, el superior jerárquico del sujeto pasivo, que aprovechándose de la relación vertical que tiene con su subordinado, por ejemplo, lo saca del país y lo vuelca a una actividad o trabajo forzado. Así también, mediando el estado de vulnerabilidad de la víctima, verbi gratia, quien se encuentra en una situación de desespero por estar desempleado por largo tiempo, quien ha sufrido la pérdida de un pariente cercano; los adictos a los fármacos, drogas, o los que padecen una enfermedad grave que requiere de una medicación costosa, entre otros.

La concesión o recepción de pagos o beneficios, es decir, el autor concede ciertos medios económicos para lograr la captación de persona, verbi gratia, quien le entrega dinero a los padres de una adolescente para, supuestamente, criarla cual tutor en otra ciudad a cambio de que ella atienda labores domésticas; o con el mismo propósito les entrega o promete cualquier otra circunstancia que les otorgue una determinada ventaja, tal como la condonación de una deuda.

Es importante saber que la tipificación penal de esta conducta típica está condicionada a la verificación de un plus anímico (tipo subjetivo) ajeno al dolo del autor, de naturaleza trascendente, en este caso «fines de explotación»: venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución –el sujeto pasivo es ingresado al mercado carnal, seguramente, en contra de su voluntad o, probablemente, aceptando para poder sobrevivir; si paralelamente es violentado para tener relaciones sexuales, sin precio de por medio, se dará un concurso con los tipos penales reglados en el art. 170° y ss. del Código Penal –, la esclavitud o practicas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.

La venta de niños, supone de entrada, que la persona captada o retenida, tenga dicha condición, si seguimos el orden reglado propuesto en el CNA, serán todos aquellos menores de doce años. Este propósito viene determinado por el comercio de impúberes, por lo que deberá tratarse de más de uno.

Otras formas de «explotación sexual» son todas aquellas actividades que sin ser prostitución, tampoco esclavitud sexual, inciden en un marco de degradación humana, en lo que respecta a la vida sexual del sujeto pasivo; verbi gratia, se le obliga a realizar bailes en estado de desnudez, etc., o atraer a turistas o comensales, sin llegar a tener contacto sexual.

Obligar a la víctima a mendigar, implica, compeler mediante violencia o amenaza, a que el sujeto pasivo se interne en las calles a pedir limosna a los transeúntes, donde el dinero obtenido será para el autor; lo relevante es que, esta modalidad típica, desplazará a la contenida en el art. 128° del Código Penal.

Cuando el ofendido es sometido a la «servidumbre», es decir, a la condición de criado, empleado del hogar, dedicado a las labores

estrictamente domésticas, por las cuales recibe una remuneración mínima.

La esclavitud importa rebajar a la persona humana a la condición de objeto, cosificar a la víctima, el comercio de hombres es una condición degradante, abyecta y completamente indigna. Mediante la esclavitud una persona se encuentra a merced de la voluntad de otro, en otras palabras, su destino, su integridad, su existencia están supeditadas a las decisiones de otros.

Por otro lado, se hace mención a fines de «extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o tejidos humanos», la cual se configura cuando el sujeto pasivo es objeto de la extracción de uno de sus órganos, esencialmente, para ser comerciado en el mercado negro. Si de dicha extracción ha de derivarse un menoscabo a su salud (fisiológico, corporal o mental) entrará en concurso con el tipo penal de Lesiones.

¿Cómo distinguimos esta figura delictiva con la de Secuestro? En que la segunda de las mencionadas solo requiere para su configuración típica, que se prive de libertad a una persona sin interesar los propósitos delictivos del autor y sin necesidad de que la víctima sea retenida, trasladada en el territorio de la República o para su salida o entrada del país. Por lo general, en el secuestro, la privación de libertad del ofendido tiene por fin la obtención de una ventaja económica.

En el caso del tercer inciso, cuando el sujeto pasivo sea niña, niño o adolescente será suficiente a efectos de «relevancia típica» que se produzca la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención, con fines de explotación, sin que sea necesario que el agente acuda a ninguno de los medios que se hace alusión en el primer párrafo. La razón es simple, estas personas por su edad no cuentan con capacidad decisoria, su consentimiento no tiene efectos positivos para el orden jurídico, son nulos *ipso iure*. Dicha condición

jurídica podemos admitir en el caso de los niños, pero en el caso del mayor de catorce años, la situación es realmente distinta.

5. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Es una figura delictiva únicamente punible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica, para ello el autor debe ser consciente que está realizando una conducta de trata, recurriendo a los medios que vician una libre voluntad, a fin de satisfacer los propósitos que se ponen al descubierto en la norma en cuestión, estos últimos no son abarcados por el dolo del agente, pero de todos modos deben ser verificados como elementos de naturaleza trascendente, que debe estar presente en la esfera anímica al momento de la realización típica.

Siendo así, se tiene la presencia de un *elemento subjetivo de naturaleza trascendente,* aparte del dolo, como finalidad ulterior que determina el emprendimiento del autor de la acción básica. A decir de POLAINO NAVARRETE, donde termina el objeto del dolo (conciencia y voluntad de acción básica), comienza el *elemento subjetivo del injusto* (fin ulterior trascendente del ámbito del dolo)[706] [707] [708]. Dado que estos especiales elementos subjetivos no se refieren a una descripción objetiva, la consumación no exige que el autor alcance tal objetivo propuesto mediante esa especial finalidad. Basta con que se tenga esa

---

(706) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones de Derecho penal. Parte General,* op. cit., págs. 277-278.

(707) A decir de BACIGALUPO, lo que diferencia estas intenciones especiales del dolo directo es que aquí son relevantes para lo ilícito penal aquellos objetivos que el autor quiere alcanzar mediante la realización del tipo, mientras que en el dolo directo el único fin relevante para el Derecho penal es la realización del tipo mismo. En *Derecho penal. Parte General,* op. cit., págs. 325-326; al respecto, vide, STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General I,* op. cit., págs. 90-92.

(708) Como quiera que el tipo penal es solo injusto especial tipificado, anota MEZGER, resulta que dichos elementos subjetivos del injusto, en tanto se refieran al injusto típico, forman parte del tipo como elementos «subjetivos» del mismo. En *Tratado de Derecho penal,* I, op. cit., p. 346.

intención aunque no se logre concretarla, para que el elemento típico se configure[709]; consideración que se ajusta plenamente a lo antes indicado, en el sentido de que la realización típica del delito de Trata de personas, no necesita comprobar la concreción de actos materiales de explotación sexual o laboral.

Cualquier equívoco sobre los elementos constitutivos de la tipicidad penal puede dar lugar a un error de tipo.

6. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La modalidad delictiva describe un tipo penal mutilado en dos actos: la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de una persona, en el territorio de la República o para su entrada o salida del país, mediando violencia, amenaza u otras formas de coacción y, segundo, que la conducta reseñada se realice para lograr los propósitos que se han descrito en la redacción normativa.

A fin de dar por acreditada la perfección delictiva, se necesita únicamente, que se haya logrado la retención o el traslado del sujeto pasivo, a partir de los medios propuestos en la norma, sin que se requiera que el agente alcance a someter a la víctima a una concreta explotación laboral por ejemplo[710]. Eso sí, dichos móviles deben ser lo que inspira la conducta del autor, por lo que deben ser verificados.

Por lo expuesto resulta admisible la tentativa[711], en cuanto al emprendimiento por parte del agente, de los medios comisivos conducentes a la captación, traslado, transporte, retención, etc., al in-

---

(709) SILVESTRONI, Mariano, *Teoría constitucional del delito,* op. cit., p. 228.

(710) A decir de POLAINO NAVARRETE, el delito mutilado en dos actos se consuma con la práctica de la *acción básica* descrita en la norma, siempre que el acto sea ejecutado con la *finalidad subjetiva* exigida en la norma, consistente en el *propósito* de realizar un *ulterior* comportamiento del propio autor; en *Instituciones de Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 279.

(711) Ibídem, p. 279.

gresar al ámbito de protección de la norma. Apreciación que cambia cuando el sujeto pasivo es un niño o adolescente, pues frente a ellos no es necesaria la acreditación de los medios orientados a coartar su voluntad.

7. CONCURSO DELICTIVO

Es sabido por todos, que el delito de Trata de personas presenta un entrecruzamiento normativo con otras figuras delictivas, al identificar la lesión a intereses jurídicos de corte personal, como la libertad personal y la libertad sexual; no en vano se postula su naturaleza supraindividual, cuando se define el objeto de protección jurídico-penal. Tal consideración llevada a la regulación jurídico-penal anterior de este delito, como aquellos que atentan a la libertad sexual, habrían de generar confusiones interpretativas no muy fáciles de desentrañar.

En el Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116, fundamento jurídico 13, se dice al respecto:

> *13. Es evidente que hay una estrecha relación entre los bienes jurídicos involucrados en los delitos sexuales y de trata de personas con fines sexuales. Sin embargo, ello no impide entender las semejanzas y diferencias entre sus elementos típicos, así como las implicancias que acarrean para la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. 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 [...].*

Lo cierto es que el tipo base contenido en el 153° del Código Penal, incluso con las últimas modificaciones, no es objeto de una represión de tal intensidad, como es el caso de los ultrajes sexuales de menores de catorce años, que puede llegar hasta pena de cadena perpetua –como se observa de las dosimetrías penales propuestas en

el art. 173°–, lo que demuestra que la sanción y ubicación de esta figura del injusto penal, no encuentra una correcta sistematización normativa, pues no es la libertad personal el objeto de tutela penal, sino la integridad moral, así como la dignidad humana, tal como lo hemos argumentado en líneas anteriores[712]. Dicho estado de la cuestión revela que un crimen de tal envergadura, no es objeto de un tratamiento jurídico-penal adecuado, conforme las aristas de una política criminal encaminada a ejercer efectos preventivos en puridad disuasivos.

Es así, que la posible concurrencia con otros tipos delictivos, así como la definición de un aparente conflicto de normas penales, no es en definitiva una cuestión de baladí. Primero, al poder determinar la magnitud de pena, según las reglas del concurso real o ideal de delitos; segundo, por la evidente problemática que se da en la práctica, cuando los operadores jurídicos toman conocimiento (*notitia criminis*) de actos de prostitución, donde se involucran a menores y adultos en dicha actividad, pero bajo ciertos matices (explotación) que los hacen aparentar un delito de trata de personas.

Siguiendo este orden de ideas, reconocer a este delito como uno que atenta contra la integridad moral y la dignidad personal allanaría obstáculos para poder identificar un concurso delictivo con los tipos penales de «Favorecimiento a la prostitución» y «Proxenetismo», según las descripciones típicas regladas en los arts. 179° y 181° del CP al evidenciar bienes jurídicos protegidos de diversa naturaleza; empero, dicha valoración jurídico-penal debe ir aparejada con una exacta y precisa delimitación de la materialidad típica de cada uno

(712) Sin embargo, para SALINAS SICCHA, la trata de personas, en los términos como aparece regulada en el Código Penal vigente, constituye un delito que atenta contra la libertad personal, entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la personal para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado. En *Derecho penal. Parte Especial,* V. I, op. cit., p. 498.

de los delitos mencionados, pues de entrada debe decirse que los actos de «explotación sexual» que se hacen alusión en el art. 153°, manifiesta una situación de particularidades muy concretas, que, en cierto sentido, pueden no expresar un típico acto de prostitución; por lo que hacer mención a la naturaleza material del delito de Trata de personas es sumamente importante, en pos de advertir actos secuenciales, en cuanto a un proceso delictivo, que de entrada puede dar lugar a hechos en sí entrelazados, mas susceptibles de ser valorados jurídico-penalmente por separado.

En el caso de la trata de personas, la víctima es sometida a un trato vejatorio, inhumano, donde la dignidad es rebajada a niveles insondables; en cambio en la prostitución, no necesariamente la víctima es objeto de tal vejación, pues puede que esté actuando con total libertad y obteniendo dividendos económicos importantes. En los delitos de prostitución y conexos –al margen de la materialidad sustantiva que deben guardar los tipos penales– sujeto pasivo puede ser un adulto, una persona con plena capacidad de discernimiento, portadora de libertad y voluntariedad, quien desprovista de todo medio coactivo ingresa y se desenvuelve en el mundo del meretricio, lo que incide en reparos legítimos de represión punitiva, en tanto el Derecho penal no debe ingresar a esferas de libre decisión de las personas; lo cual indica un ingrediente ético y moral que impregna de forma decidida el ámbito de intervención del Derecho punitivo en estas figuras delictivas, donde la edad de la víctima y los medios de que se vale el agente para que el sujeto pasivo ingrese al mercado carnal, debieron ser los ápices fundamentales para fijar las coordenadas de intervención del Derecho penal.

Se dice, por tanto, que, en el delito de Favorecimiento a la prostitución el bien jurídico protegido, cuando la supuesta víctima es un mayor de edad, se tutela la moral sexual acuñada por ciertos sectores de la sociedad; mientras que en los casos donde de devela actos de coacción, amenaza o violencia sobre el sujeto pasivo, será la

libertad de disponer su intrínseca sexualidad; y cuando la víctima es un menor de edad o incapacitado, se protege la indemnidad o intangibilidad sexual. Como apunta DONNA, «[...] se trata entonces [...], de analizar conductas que van en contra de esa decisión autónoma, especialmente en el caso de los menores u obligando a mayores a ejercer la *prostitución, o en última instancia, aprovechándose de personas que ejercen individualmente tal actividad*»(713).

Resulta importante acotar que, el delito de Favorecimiento a la prostitución del art. 179° del CP, se consuma con el mero hecho de promover o favorecer la prostitución de una persona, sin que sea necesario que los efectos se cumplan, esto quiere decir, que no es necesario que se materialicen las prestaciones sexuales con personas indeterminadas y en un tiempo prolongado, sino que basta que se haya empleado medios idóneos para favorecer o promover la prostitución de una persona(714); un entendimiento en contrario importaría exigir algo más, como actos concretos de prostitución, que el tipo penal no requiere. Cuestión distinta a saber, es que por lo general estos hechos luctuosos llegarán a conocimiento de las agencias de persecución penal cuando se realizan actos materiales de meretricio, es decir, en su fase de agotamiento, lo que precisamente genera la problemática concurrente con el delito de Trata de personas.

Por otra parte, el tipo penal contemplado en el art. 181° del Código Penal (proxenetismo), tiende a tutelar un interés jurídico similar al señalado en el art. 179°, mas la distinción hemos de fijarla en su materialidad típica, pues acá el autor no es quien directamente promueve o favorece actos concretos de prostitución de la víctima, sino que hace posible que otro lo haga, de no ser así, no habría diferencia alguna con la acción típica del art. 179°. Vendría a ser también

(713) DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte Especial,* T. I, op. cit., p. 315.

(714) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual,* op. cit., págs. 319-320.

un delito mutilado en dos actos: primero, que el agente *comprometa, seduzca o sustraiga a una persona* de su arraigo social o familiar, debiéndose agregar bajo el empleo de medios coactivos y, segundo, que el sujeto pasivo tenga acceso carnal con otros, bajo el contexto de la actividad del meretricio; si la entrega a otro, para que este tenga acceso carnal sexual bajo violencia o amenaza, sería cómplice primario del art. 170°, y si la víctima es menor de catorce años, bajo ese mismo título de participación delictiva, pero bajo la cobertura del art. 173° del CP. A efectos de consumación no se requiere comprobar actos concretos de acceso carnal bajo precio, al tratase de un delito con característica subjetiva de naturaleza trascendente.

Llevado este supuesto de hecho a la materialidad típica del delito de Trata de personas, se tiene que el agente, en el caso del art. 153° del Código Penal, debe emplear violencia, amenaza u otras formas de coacción, por lo que será una u otra; es decir, cuando la víctima sea mayor de edad, y se trata del tipo base, no podrá haber concurso delito; solo podrá configurarse el concurso delictivo cuando se hace uso de los medios previstos en el inc. 2 del art. 181° o cuando el sujeto pasivo es un niño o adolescente, siempre que la finalidad trascendente del agente sea someter a explotación sexual o prostitución, que la persona sea objeto de tratos degradantes, lo cual se evidenciará cuando aquella es obligada a realizar actos sexuales con cualquiera sin que medie contraprestación alguna o cuando reciba un suma insignificante dinero por su prestación sexual. Si el agente seduce a un mayor de edad para que otro lo ingrese al mercado sexual, aduciendo que se tratará de una actividad donde se desenvolverá bajo determinado ámbito de libertad, muy a pesar de que el segundo lo someta a tratos de explotación sexual, no se podrá tipificar por el art. 153° sino solo por el art. 181° del Código Penal.

Es importante subrayar lo concerniente a la naturaleza material del delito de Trata de personas, que conforme lo hemos indicado, la consumación de este delito toma lugar cuando el agente

capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retener al sujeto pasivo, sin necesidad que tenga que verificarse actos efectivos de explotación sexual, laboral u otros, al constituir dichos fines ulteriores, un elemento subjetivo del injusto de naturaleza trascendente, que ha de ser comprobado con los indicios o evidencias, que puedan recoger los órganos de persecución penal. En el Acuerdo Plenario antes citado se sostiene que:

> *15. [...] Es un delito de tendencia interna trascendente donde el uso sexual del sujeto pasivo es una finalidad cuya realización está más allá de la conducta típica que debe desplegar el agente, pero que debe acompañar al dolo con que este actúa. Es más, el delito estaría perfeccionado incluso en el caso de que la víctima captada, desplazada o entregada no llegue nunca a ejercer la prostitución o se frustre, por cualquier razón o circunstancia, su esclavitud o explotación sexual por terceros.*

A fin de fijar correctamente los casos de un presunto concurso delictivo del art. 153° con el 179°, debe decirse lo siguiente: la *prostitución es una actividad carnal sexual, que una persona ejerce, recibiendo un precio como contraprestación;* dicha actividad, tratándose de adultos –desprovisto de medios coactivos–, toma lugar con plena libertad y voluntad, donde esta persona está en posibilidad de decidir en cuanto a su permanencia o cese de realización; empero, ello nunca podrá observar en el delito de Trata de personas, en razón que la víctima está completamente anulada en su capacidad decisoria, en su libertad, quienes la someten a dicho estado, mediando el empleo de la violencia o la amenaza, impiden que aquella pueda salir de la infame actividad.

Dicho lo anterior, si el agente favorece la prostitución de una persona mayor de edad, sin el uso de la violencia o amenaza, o sin las acciones descritas en los primeros párrafos del art. 153° del Código Penal, solo habrá de responder por el delito del art. 179°.

Otro punto importante es el siguiente: quien realiza las acciones de captación, transporte, traslado o retención no es necesariamente aquella que somete a la víctima a los actos típicos de explotación sexual, esto precisamente facilita la comprensión normativa de que su consumación no necesita la acreditación de una efectiva actividad de meretricio, siendo suficiente que esta fuese la finalidad del autor al momento de ejecutar dichas acciones. Descripción importante, en orden a establecer la penalidad de los que coadyuvan a que se efectúen estos actos de degradación humana; por tales motivos convenimos en señalar, que para que se pueda identificar un concurso delictivo, el agente debe primero emprender las acciones antes descrititas y luego generar las condiciones necesarias e idóneas para que las víctimas captadas ingresen al mercado del meretricio; empero, debe tenerse cautela cuando se advierta que las personas prostituidas realizan tal actividad con plena libertad y voluntad, recibiendo dividendos económicos como contraprestación, es decir, que puedan salir cuando les plazca del negocio carnal, de ser así, no podrá haber concurso delictivo, puesto que ya no se podría hablar de un acto que constriñe completamente la esfera volitiva de la víctima, al margen de su comprensión las modulación típica *in comento*. Claro está, que la Prostitución a que se hace alusión en el art. 179° no implica descartar una actividad bajo condiciones degradantes y bajo el uso de la violencia para evitar que el sujeto pasivo se salga de tal situación.

En el fundamento jurídico 18 del Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116, se dice al respecto que:

> *Se podría graficar las diferencias entre tratante, promotor y proxeneta señalando que el primero actúa como proveedor; el segundo como impulsor o facilitador; y el tercero como expendedor y gestor de la prostitución de las víctimas. Por consiguiente, el concurso real entre estos tres delitos resulta ser la posibilidad más técnica de conectarlos hipotéticamente. Así, quien practica la trata puede, también, dedicarse de modo sucesivo o paralelo a la promoción o explotación directa de la*

persona a quien captó, trasladó o retuvo inicialmente con la finalidad de entregarla a terceros promotores de la prostitución o proxenetas potenciales en ejercicio.

Punto importante a considerar, es que la procedencia de un concurso real de delitos, del delito de Trata de personas y con el Favorecimiento a la prostitución, necesita imperiosamente de que se trate del mismo agente; si es otro el individuo el que se encarga de hacer posible el ingreso de la víctima en la actividad de la prostitución, no estaremos ante un concurso delictivo, donde cada uno de los agentes habrá de responder por su propio injusto.

8. LA EFICACIA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS - LEY N° 30251

Conforme los postulados de un Orden democrático de Derecho, solo le es lícito intervenir al Estado por medio del «*ius puniendi*», cuando se adviertan estadios de lesión o de puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente tutelados. Estos intereses jurídicos responden a los fines más valiosos del individuo y de la comunidad, resultando consustanciales a la idea de la autorrealización de la persona humana, como a una vida social basada en el respeto hacia las libertades ajenas.

Los bienes jurídicos adquieren tal denominación merced a una consagración normativa, esto quiere decir, que conforman –en esencia– una categoría prejurídica, en cuanto a su naturaleza ontológica, pues existen al margen de su reconocimiento legal y constitucional; lo que sucede es que el legislador los reviste de cobertura normativa en el marco de su necesaria positivización. El reconocimiento de ellos en los textos legales o constitucionales no determina por sí mismo su creación, sino un poder-deber de protección normativa y práctica, de allí que los límites impuestos por el orden jurídico se entienden como mecanismos para garantizar los derechos de los demás, pero todo derecho de la persona implica necesariamente un ámbito de

disponibilidad; incluso la vida bajo ciertos presupuestos conlleva en última instancia el derecho a una muerte digna[715].

Es de verse así, que los bienes jurídicos si bien son inmanentes a la condición de persona humana, su tutela punitiva parte de una consideración «social» y «estatal» a la vez, en el sentido de que su protección normativa es producto de un consenso social y de una decisión política de colocar en el primer nivel del estatuto jurídico los elementos vitales de la persona y la sociedad.

El hecho de que la intervención del Derecho penal se legitime –materialmente– conforme el constructo normativo del *bien jurídico,* no quiere decir que el resto de parcelas del orden legal no hagan referencia a dichos valores, por lo que la distinción ha de elaborarse según criterios de «lesividad», que en concreto define situaciones de «necesidad» y «merecimiento» de pena[716].

Dicho esto, debe entenderse lo siguiente: *el hecho de que los bienes jurídicos vengan sostenidos desde necesidades sociales y estatales, no quiere decir que no se pueda identificar titulares de los mismos, en tanto su existencia viene ligada a la esencia del ser humano desde un plano de individualidad y de marcada sociabilidad.* Entonces, bienes jurídicos como la vida, el cuerpo, la salud, el honor y la libertad, etc., forman parte del ontologismo humano y, como tales, son intereses inherentes a dicha propiedad natural; los individuos, por tanto, se erigen en portadores de dichos derechos humanos, por lo que gozan de la protección jurídica que el ordenamiento jurídico les otorga.

Visto así las cosas, el Derecho penal está en la obligación de valorar las diversas formas, circunstancias y modos por los cuales estos

---

(715) VERGÉS RAMÍREZ, Salvados, *Derechos humanos,* op. cit., p. 160.

(716) Esto significa que, aun con una víctima renuente a que se persiga el delito, los órganos de persecución penal deben continuar con su labor investigativa, de acorde a los principios de legalidad, oficialidad y obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

bienes jurídicos se pueden ver afectados y/o puestos en peligro, en la medida que en dichos estados de desvalor puede haber intervenido su titular en un ámbito de plena conciencia y libertad, por lo que la respuesta política criminal debe tomar en cuenta dicha decisión de disponibilidad para articular una decisión jurídica, en sintonía con los principios de un Estado constitucional de Derecho.

Dicho en los siguientes términos: *si es que el propio titular del bien jurídico, concedió libremente espacios a terceros, para que éste se vea lesionado, dicha autonomía de la libertad, no puede ser pasada por alto por el Estado, y, así promover una reacción penal que desdice dicho predicado fundamental, de toda democracia liberal.* Bajo una óptica valedera, se dice que el consentimiento se basa en el libre desarrollo de la personalidad [...][(717)]; baluarte esencial en un Estado de Derecho.

8.1. El consentimiento en el Derecho penal

Se tiene de esta forma que, el «consentimiento[(718)]» del titular del bien jurídico en un estado de lesión no podría generar reacción penal alguna, si es que en realidad se respeta la autonomía de la libertad y la voluntariedad humana; claro está, bajo determinados criterios –razonabilidad y proporcionalidad–; verbi gratia, quien consiente estar encerrado por largo tiempo en un determinado lugar o quien decide mantener relaciones sexuales con otra persona, con cierta dosis de violencia; son conductas que no pueden ser calificadas como «típicas[(719)]», en tanto, no ingresan al ámbito de protección de

(717) Cuello Contreras, Joaquin; Mapelli Caffarena, Borja, *Curso de Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 82.

(718) Como expresa Quintero Olivares, al hablar del problema general del consentimiento en el Derecho penal, ante todo existe un planteamiento político e iusfilosófico que ha de ser conocido, rechazado o aceptado, pues solo desde él se comprenderá la posición legal; *Manual de Derecho penal. Parte General,* op. cit., p 478.

(719) A decir de Donna, [...] el consentimiento es una causa de exclusión del tipo penal, habida cuenta de que no existe bien jurídico a proteger porque el propio titular acepta la lesión cuando ello es posible, teniendo en cuenta el principio de la autonomía de la voluntad que guía esta obra, como no puede ser de otra forma; *Dere-*

la norma. En cambio, aquel ciudadano que en plena plaza pública consciente ser azotado de forma brutal por otro, da lugar a una valoración jurídico-penal distinta, máxime, si de dichos actos puede desencadenarse su muerte[720]. Un tema es también, aquella persona que ha sido atropellada por un vehículo y no es auxiliado por los paramédicos del lugar, a aquel paciente de un hospital aquejado de una grave enfermedad, que se niega a recibir el tratamiento médico respectivo; en este último caso no se le puede obligar a recibirlo, so pena de vulnerar la autonomía del individuo. Situaciones como las descritas obligan a formular una postulación doctrinaria que no solo tenga en cuenta la libertad de quien cede en la intangibilidad de un bien jurídico, sino también del interés social en la protección de dichos intereses, una suerte de ponderación que define marcos particulares de resolución teórica.

Importante, entonces, lo que acota Peña Cabrera, de que la libertad que despliega el titular del bien jurídico protegido debe realizare en consonancia con los intereses de los demás. La libertad no puede llevarse a cabo sacrificando los intereses sociales de otros[721]; esta es la clave de la bóveda para discernir los diversos conflictos que pueden presentarse en determinados planos de la criminalidad.

8.2. La naturaleza disponible e indisponible del bien jurídico

Siendo así, se habla de bienes jurídicos «disponibles» y bienes jurídicos «indisponibles»; a decir de Gómez López, la disponibilidad de los derechos emana de que estos le pertenecen al individuo

---

cho penal. Parte General, T. III, op. cit., págs. 422-423; Así, Cuello Contreras, Joaquin; Mapelli Caffarena, Borja, *Curso de Derecho penal...,* op. cit., p. 82.

(720) Sobre los actos sadomasoquistas, Roxin escribe que el consentimiento si es [...] eficaz. Pues en primer lugar, en tales prácticas privadas falta la referencia al daño social y, en segundo lugar, tampoco es manifiesta una reprobación por parte del legislador de conductas de esta índole.

(721) Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte General,* op cit., p. 430.

por el simple hecho de existir, por tanto, no son simple concesiones del Estado ni pertenecen a este, por lo mismo, en principio no puede impedirse la cesión, renuncia voluntaria y disposición por parte de su titular legítimo[722] [723]; por ende, si es que el titular en el marco de su propia autorrealización personal consciente la injerencia de un tercero, el hecho es simplemente atípico[724] [725]; así, el acto sexual consentido de persona mayor de catorce años, no ingresa a un plano de ofensividad, todo lo contrario, resulta favorecedor para su titular[726]. Hasta donde alcanza la libertad del titular queda cubierta la infracción del objeto protegido, en la medida en que concurran los requisitos especiales para la eficacia del consentimiento[727].

---

(722) GÓMEZ LÓPEZ, Jesús, *Tratado de Derecho penal. Antijuridicidad y causas de justificación,* T. IV, op. cit., p. 965.

(723) A decir de PEÑA CABRERA, la permisibilidad de la disposición de determinados bienes jurídicos es un asunto casi aceptado en la doctrina y la legislación comparada, tratándose de bienes jurídicos que no sean la vida humana; *Tratado de Derecho penal...,* op. cit., p. 432.

(724) SALAZAR MARÍN sostiene que, frente a derechos de los cuales puede se disponer, las acciones que los dañan son atípicas, como la sustracción del bien mueble ajeno con el permiso del dueño, o el ingreso a domicilio ajeno con el permiso del morador de la casa; eventos en los cuales no hay hurto ni violación de habitación ajena, pues ambas conductas ilícitas suponen que sea contra la voluntad de sus titulares; Cfr. *Teoría del delito...,* op. cit., p. 578.

(725) Así, BACIGALUPO escribe que, en los bienes jurídicos disponibles, la acción solo realiza el tipo en la medida que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico; *Principios de Derecho penal español,* op. cit., p. 83.

(726) Así, GÓMEZ LÓPEZ, al señalar que si los derechos expresan la autonomía de la persona humana, se presentará la atipicidad cuando el titular del bien en ejercicio de ese poder de disposición que se le reconoce como titular innato (...) de derechos, dispone del interés a favor de un tercero o consiente válidamente en la injerencia en sus bienes, pues no se ha lesionado la autonomía de la persona, ni la libre disponibilidad de los intereses jurídicos; *Tratado de Derecho penal...,* op. cit., p. 967.

(727) JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte General,* Vol. I, op. cit., p. 556.

Si el hombre no es libre para disponer de su libertad, entonces es que no goza realmente de libertad, es decir, no es realmente libre[728].

Aspecto diferente a valorar, se da en aquellos casos donde la lesión de un bien jurídico, como la integridad corporal, resulta el único medio para salvar un interés jurídico de mayor valor, esto es, la vida humana; acá sí estamos ante una conducta típica más, aparejado a un juicio negativo de antijuridicidad.

Ahora bien, ¿cuáles son los bienes jurídicos *indisponibles*, aquellos donde el consentimiento lesivo de su titular no define una suerte de atipicidad o antijuridicidad? De entrada debe decirse que, dicha cualidad se dará ante ciertos bienes que, en mérito a su alto valor constitucional, el Estado y la sociedad no están dispuestos a conferir a su titular un ámbito de plena disponibilidad, como sucede con la vida humana, en tanto el consentimiento del sujeto pasivo a que otro le cause la muerte es constitutivo de un injusto penal: Homicidio piadoso, si bien atenuado, no define una situación de impunidad; así como todos aquellos actos conducentes a colaborar y/o coadyuvar a que otro pueda autoeliminarse, conforme la figura típica de Instigación o ayuda al suicidio[729] [730]. En ambas hipótesis se da preponderancia al interés socioestatal de preservar la vida ante cualquier circunstancia por sobre la autonomía de la voluntad, lo cual puede ser discutible desde la plataforma de un Estado constitucional de Derecho.

Las ideas esbozadas deben ser matizadas, en la medida que aquel que acomete su propia muerte sin éxito, lógicamente, no es

---

(728) BUOMPADRE, Jorge, *Trata de personas, migración legal y Derecho penal,* op. cit., p. 66.

(729) Vide, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. I, 2ª ed., op. cit., págs. 168-171.

(730) Cfr. PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho penal...,* op. cit., p. 432.

punible; solo podrá direccionarse la sanción ante un tercero que provoca de propia mano la lesión del bien jurídico. Así, cuando se expresa que [...] autonomía y libertad comportan la facultad de cada individuo para disponer libre y conscientemente de su vida por mano propia(731). Esto quiere decir que el consentimiento del ofendido, de haberse colocado en un estado de lesión y/o peligro, no libra a su autor de una pena, por existir intereses superiores que así lo aconsejan. De ahí que se diga en la doctrina, que está fuera de discusión que el derecho vigente no conceda a nadie la libertad de renunciar frente a otros a esta misma en su totalidad o, sin razones de peso, a una parte esencial de ella(732).

Si de la vida humana se deduce tal valoración, de hecho, dicha apreciación incide en lo que debemos concebir por «dignidad humana», que, a nuestro entender, no es un derecho fundamental, sino que importa la estructura basilar sobre la cual se construyen y diseñan todos los derechos fundamentales(733) (734). La dignidad humana le pertenece al hombre por su sola condición de tal, al margen de cualquier tipo de criterio diferenciador, verbi gratia, raza, cultura, etnia, ideología, etc.; aún aquellos que están purgando carcelería tie-

(731) GÓMEZ LÓPEZ, Jesús, *Tratado de Derecho penal...*, op. cit., p. 1005.

(732) STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General,* I, op. cit., p. 215.

(733) Sobre este punto, Alonso ÁLAMO, indica que el reconocimiento de la dignidad humana es inherente a la persona humana y que de ella emanan los derechos fundamentales, unido a su consideración como principios materiales, antepuesto a los citados derechos e inspirador de los valores reconocidos en la Constitución, ha llevado a sostener a un sector de la doctrina que, al Derecho penal no le compete la protección directa de la dignidad, sino concreciones de la misma: vida, integridad, libertad, honor, etc.; ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual, en *Revista penal, Doctrina*, op. cit., p. 4.

(734) Entrando ya al análisis del delito de trata de personas, VILLACAMPA ESTIARTE anota que: [...] constituye lugar común la referencia a la dignidad humana, quizá no como concreto derecho humano, pero sí como base de todos ellos, en las declaraciones internacionales y europeas destinadas a la enumeración de los derechos del hombre; *El delito de trata de seres humanos, Una incriminación dictada desde el Derecho internacional,* op. cit., p. 398.

ne dignidad, no en vano se encuentra aun estipulado en las normas nacionales e internacionales pertinentes. Es de este modo que nuestra Ley Fundamental, prescribe a la letra lo siguiente: «*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 aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en* responsabilidad»; concordado con el nuevo CPP (art. 157° inc. 3), define la siguiente situación probatoria: «*No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos*»[(735)]; esto significa que aun cuando el imputado haya prestado su asentimiento para ser objeto de tortura y así confesar[(736)], dicha información no podrá ser valorada por el juzgador, al haberse afectado la dignidad humana, la cual, por tanto, no es *disponible* por el sujeto pasivo.

Derechos como la dignidad humana, la vida, el derecho a no ser sometido a esclavitud, torturas, tratos inhumanos o degradantes, a no ser objeto de trata de seres humanos, a no ser detenido arbitrariamente, al debido proceso no son renunciables, pues poseen aspectos o valoraciones sociales que impiden que sean objeto de renuncia o negociación, en atención a que existe además un interés social, o el que el derecho constituye uno de los principios medulares del sistema constitucional vigente, como valor informante de todo el orden jurídico, tal como sucede en el caso de la dignidad humana[(737)].

---

(735) Cfr., Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho procesal penal,* T. I, op. cit., págs. 465-480.

(736) Así, López Mesa, al indicar que no es válido el consentimiento, por ejemplo, para ser torturado por funcionarios policiales; *Antijuridicidad y causas de justificación,* op. cit., p. 405.

(737) Gómez López, Jesús, *Tratado de Derecho penal...,* op. cit., p. 1002.

Dicho así, la protección de la dignidad humana es absoluta e irrestricta, a diferencia de los derechos fundamentales, por lo que aun estando de por medio el consentimiento de su titular –en el marco de un estado concreto de lesión–, igual la conducta será típica y antijurídica, en consecuencia pasible de punición. De tal modo, el consentimiento no tiene eficacia general. Tal eficacia depende del poder de decisión que el orden jurídico asigna al particular que es titular del bien jurídico, respecto del mantenimiento del mismo(738).

Cuestión a debatir es si la dignidad humana puede ser objeto directo de tutela punitiva, en cuanto a ser considerada como *bien jurídico,* tal como lo planteamos de *lege ferenda* en el caso del delito de Trata de personas, lo cual debe ser concatenada con nuestra postura de estimarla como el constructo basilar sobre el cual se edifican todos los derechos fundamentales, de manera que es la particularidad que reviste este injusto penal lo que conduce a una a la formulación político criminal direccionada a erigirla como bien jurídico penal(739).

8.3. El consentimiento en el delito de Trata de personas - Ley N° 30251

La técnica legislativa empleada por el legislador en los últimos años no siempre ha respondido a los criterios de sistematización que todo cuerpo legal demanda –en el caso del Código Penal peruano– al patrón del bien jurídico protegido, cuyo escrupuloso respeto define situaciones jurídicas de enorme importancia. Nótese que en el caso

(738) López Mesa, Marcelo; Césano, José, *Antijuridicidad y causas de justificación,* op. cit., p. 405.

(739) Así, Alonso Álamo, al sostener que [...] la dignidad, como es por lo general aceptado, es algo distinto a la suma de derechos esenciales que de ella emanan y en los que se concreta, y que, en cuanto tal, es susceptible de ser protegida de forma directa, inmediata, por el Derecho penal; ¿Protección penal de la dignidad?..., op. cit., p. 5.

del delito de «Trata[740] de personas[741] [742] [743] [744]», este se encontraba inicialmente regulado en el artículo 182°, es decir, comprendido en la criminalidad sexual; luego, con la dación de la Ley N° 28950, es reu-

---

(740) «Tratar», dice TERRAGNI, es comerciar, y en su acepción histórica significa el tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos; *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* T. II, op. cit., p. 504.

(741) Para MARTOS NÚÑEZ, con el nombre de trata de seres humanos se denominada una actividad criminal universal, que se caracteriza por el abuso de una situación de superioridad y de la necesidad económica que padecen personas cuya pobreza genera el tráfico y el transporte a otros países distintos a los de su origen, para aprovecharse de ellas como mano de obra barata, en condiciones muy parecidas a la «esclavitud» [...]; *El delito de trata de seres humanos: Análisis del artículo 177 bis del Código Penal,* en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXII, 2012, op. cit., p. 98; el Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas del 2000 - Protocolo de Palermo, en el inc. a del art. 3° la describe como: «*La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otras, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las práctica análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*».

(742) En sentir de BUOMPADRE, la trata de personas –como es sabido– configura un fenómeno delictivo de amplio calado; sus ramificaciones no se agotan en un solo territorio, sino que, por el contrario y cada vez en forma más creciente, traspasan las fronteras nacionales. Se trata de un fenómeno trasnacional que golpea fuertemente a las naciones del mundo; *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* T. I, op. cit., p. 641.

(743) TERRAGNI señala que: [...] la explotación sexual es la tercera actividad ilícita más rentable del mundo, detrás del tráfico de drogas y de armas. Se trata de un tráfico de naturaleza subterránea, imposible de procesar sin la cooperación de las víctimas, quienes, sin embargo, no sólo carecen de incentivos de los gobiernos para hacerlo sino que, además, corren el riesgo de ser criminalizadas por el ejercicio de la prostitución u otros delitos conexos, ser deportadas o sufrir represalias por parte de los traficantes; *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* T. II, op. cit., págs. 503-504.

(744) La LO 5/2010 de 22 de junio en España, modifica la Ley Orgánica 10/1995, introduciendo el Título VII - «De la trata de seres humanos», en el marco del art. 177°; señalando al respecto, VILLACAMPA ESTIARTE, que dicha acriminación venía obligada España como consecuencia de los compromisos asumidos en documentos emitidos a nivel internacional o regional en cuya elaboración ha intervenido; *El Delito de Trata de Seres Humanos, Una Incriminación dictada desde el Derecho Internacional,* Arazadi, España, 2011, cit., p. 355.

bicado en el art. 153° (bis 153°-A[745]), esto es, en el plano de aquellos injustos penales que atentan la «libertad personal» del individuo, un interés jurídico de orden individual, basado en la capacidad locomotora del sujeto pasivo de desplazarse de un lugar a otro[746] que se ve afectada, restringida por parte del sujeto activo del delito.

Acorde a lo anotado, nos preguntamos si en el delito de Trata de personas, lo que se ve afectado únicamente es la libertad personal. La respuesta es negativa, con la libertad personal[747] decimos muy poco, es como identificar solo el primer paso que realiza el autor para acometer su ilícito proceder, nos referimos a los actos de *captación, traslado, retención, recepción del sujeto pasivo al ingreso o salida del territorio nacional*, dejando de lado el verdadero desvalor de estos comportamientos, que significa el sometimiento de la víctima a situaciones de explotación laboral, sexual, etc., que en puridad importan manifestaciones de esclavitud[748], donde el hombre es degradado a un nivel *infra*, rebajado a una suerte de objeto, por parte de estos pueriles agentes, que no dudan en instrumentalizar a sus víctimas, de colocarlas en una infamante contextualización, a fin de hacerse de una ventaja de cualquier índole; se llega a extremos de poner precios sobre los seres humanos[749], algo que no se condice con la ontología y esencia del hombre.

---

(745) Formas agravadas.

(746) Así, el delito de secuestro; Vid, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. I, op. cit., págs. 476-480.

(747) Siguiendo esta sistemática, para BUOMPADRE, en cualquiera de las modalidades típicas de trata previstas, el consentimiento de la víctima adquiere plena eficacia desincriminante, salvo [...] que se tratare de una hipótesis de reducción a la esclavitud, por cuanto tal situación importaría la aniquilación de la persona como categoría jurídica; *Trata de personas...,* op. cit., p. 67.

(748) Según el acápite 2. c del art. 7° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos de derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de estos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.

(749) Cfr., MARTOS NÚÑEZ, Juan, *El delito de Trata de seres...,* op. cit., p. 123.

Dicho esto, consideramos que la *lege lata* no se corresponde en lo más mínimo con el bien jurídico –objeto de tutela–, que por su vital esencia y naturaleza, penetra en lo más preciado del ser humano, es decir, a su intrínseca *dignidad*; es tanto así, que su idónea ubicación ha de ser la titulación concerniente a los delitos de «lesa humanidad». En la doctrina española se dice que el delito de Trata de seres humanos protege bienes jurídicos individuales, básicamente «la dignidad[750] y la libertad» del sujeto pasivo. Se trata de una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas, en tanto la utilización del ser humano para la obtención de fines mercantilistas supone su anulación como persona, en contra de su voluntad o sin consentimiento válido[751] [752]. Pongamos un ejemplo, la mujer mayor de edad que libremente ingresa al mercado de la prostitución, cuya conducta no es punible conforme lo descrito en los artículos 179° y 180° del CP, ha de tener siempre la posibilidad de salir del negocio, por lo que no estamos ante un acto típico de trata de personas; en cambio, valoración distinta se infiere de aquella mujer que, por más que reciba una contraprestación por los actos sexuales que mantiene con sus clientes, es anulada en su libertad y voluntad, pues quienes regentan estas actividades usan la violencia, la amenaza u otras formas de coacción contra el sujeto pasivo o sus familiares para así mantenerla en el mercado sexual, en contra de su voluntad.

---

(750) Así, VILLACAMPA ESTIARTE, quien indica que: [...] si la trata de personas debe ser considerada delito a nivel global, y esa parece ser la intención que guía a las instancias internacionales al normar en la materia, el interés a proteger mediante el delito que la incrimine debe ser un valor que goce también de reconocimiento al mismo nivel. La dignidad humana no sólo es plenamente capaz de cumplir con ese objetivo, sino que además es el interés personal más adecuado para erigirse en bien jurídico en este concreto caso; *El delito de Trata...*, op. cit., p. 401.

(751) MARTOS NÚÑEZ, Juan, *El delito de trata de seres...*, op. cit., p. 100.

(752) En opinión de MUÑOZ CONDE, el bien jurídico protegido es doble, aunque la razón de su incriminación autónoma tiene más que ver con la dignidad e integridad moral, a la que se lesiona a través de diversas formas de atentado a la libertad; *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 207.

Debe quedar en claro que, en el caso de adultos no existe discrepancia alguna de que su posible consentimiento a ser traslados de un lugar a otro elimine la tipicidad penal de la conducta, empero, este es el medio por el cual se vale el agente, para luego él u otro, coloque a la víctima en un estado de esclavitud sexual y/o laboral, por lo que el asentimiento de esta no puede surtir efectos jurídicos válidos. No se olvide que estamos ante un delito mutilado en dos actos, donde es el *elemento subjetivo de naturaleza trascendente* le da patente al desvalor del delito de Trata de personas(753).

En la literatura penal-filosófica, SEELMANN cita a DÜRIG(754), quien consideraba la cualidad de ser fin en sí mismo, como fundamento para la protección de la dignidad humana y, consecuentemente, a la instrumentalización del hombre como el acto decisivo de lesión de esa dignidad: «*La dignidad humana como tal es fulminada cuando el hombre concreto es degradado a un simple instrumento, a un mero medio, a una magnitud fungible*»(755); este mismo autor entiende que la dignidad como tal, queda igualmente comprometida cuando el hombre se ve obligado a subsistir bajo condiciones económicas que le degradan a condición de objeto(756). En definitiva, tratar a la persona como fin en sí mismo supone que esta no puede ser codificada, por lo que la protección de la dignidad requerirá la protección jurídica frente a cualquier cosificación(757).

La propuesta descrita ha de ser confrontada con lo que el legislador ha previsto en el inc. 4 del artículo 153° del Código Penal, que reza de la siguiente manera: *El consentimiento dado por la víctima*

---

(753) Vide, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de trata...*, op. cit., p. 408.

(754) DÜRIG, Günter, *Archiv del öffentlichen Rechts* (81), 1956, págs. 117 y ss.

(755) SEELMAN, Kurt, *Estudios de filosofía del Derecho y del Derecho penal*, Marcial Pons, 2013, op. cit., p. 33.

(756) Citado por GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y Derechos fundamentales*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, op. cit., p. 44.

(757) VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de Trata...*, op. cit., págs. 402-403.

mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inc. 1: violencia, u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio.

En principio parece que la intención del legislador es aclarar una consecuencia que pareciese lógica desde la ubicación que le ha conferido a esta figura delictiva, pues si es la libertad personal y la víctima consiente el acto, este debe ser atípico, con la incongruencia que esta titularidad se obtiene a los catorce años y no a los dieciochos, conforme se revela del alcance cronológico de los delitos sexuales. No hay, por tanto, secuestro, si el sujeto pasivo ha consentido el acto de privación de su libertad, siempre que sea mayor de catorce años. Sin embargo, somos de la convicción de que lo que se protege en realidad es la dignidad humana, el consentimiento que pueda prestar el sujeto pasivo –sea este o no mayor de edad–, en colocarse en un estado de humillación humana[(758)], de esclavitud laboral y/o sexual, no debe surtir efectos jurídicos válidos; fíjese que en algunos casos, hasta las propias familias «venden» a su hijos a estas organizaciones delictivas –sobre todo, en hogares humildes, sumidos en la pobreza y la violencia cotidiana– desde una temprana edad, por lo que se ven desarraigados no solo de su entorno familiar sino también social y jurídico, por lo que si los actos de explotación recién se inician, cumplida ya la mayoría edad no están, pues, ni siquiera en condiciones de prestar un consentimiento «válido», que incluso no puede desplegar efectos jurídicos para eliminar ni la tipicidad ni la antijuridicidad penal de la conducta. Como bien acota Terragni en lo que respecta a la discusión del valor del consentimiento, se olvida que no es un trabajo pactado en igualdad de condiciones. Por lo general las víctimas

(758) A decir de Seelmann, la violación de la dignidad humana es una humillación que consiste en el apartamiento de individuos de la relación de igualdad jurídica general; *Estudios de Filosofía...*, op. cit., p. 46.

son personas extranjeras, mantenidas en lugares cerrados y aislados, con sus documentos retenidos, sin ningún tipo de asistencia médica, jurídica o social, pertenecientes a clases sociales de bajos recursos, y que sufren permanentemente amenazas y sometimiento físico por parte de sus captores [...][759].

El hecho de que el legislador haya tipificado este injusto penal en una ubicación inexacta, no es impedimento para definir su real connotación desde un ámbito de interpretación normativa, tal como sucedió con el inc. 3 del art. 173° del Código Penal [760].

El art. 7° del ECPI[761], señala que es un crimen de lesa humanidad[762]:

> *Cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque»; entre estos, tenemos: Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; [...] g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.*[763]

---

(759) TERRAGNI, Marco, *Tratado de Derecho penal...*, op. cit., p. 504.

(760) Vide, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Los delitos sexuales,* Ideas Solución Editorial, Lima, 2015.

(761) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

(762) En palabras de CASOLA, siguiendo a ASSORATI, la expresión *lesa humanidad* refiere a crímenes, que, por su magnitud, lesionan o dañan a la humanidad en su conjunto; dicho en otras palabras, se trata de «actos serios de violencia que dañan a los seres humanos privándolos de los que es más esencial para ellos; su vida, libertad, bienestar psíquico, salud y/o dignidad. Son actos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites tolerables por la comunidad internacional»; Vid., *Los crímenes de lesa humanidad y el delito de Trata de personas: Análisis del principio de legalidad a la luz del Estatuto de Roma y de la Constitución argentina,* op. cit., p. 4.

(763) Cabe precisar que, el Perú se encuentra adherido al Estatuto de Roma de la CPI.

Todas estas conductas, llevadas al tipo penal de Trata de personas, dan cuenta de un real cobijo, de forma genérica hablando de toda forma de esclavitud, así como explotación humana, que gravita en el núcleo más duro de la persona humana, incidiendo en un reproche jurídico y social que alcanza a toda la comunidad internacional en su conjunto[(764)]. En el Protocolo de Palermo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, proclama en su Preámbulo, que: «*Convencidos de que para prevenir y combatir ese delito será útil complementar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional con un instrumento internacional destinado a prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*».

Las autoridades políticas argentinas entendieron que el delito de Trata de personas requería de una reformulación normativa, desde un aspecto represivo, preventivo y tutelar de las víctimas, por lo que a partir de la sanción de la Ley N° 26842 de diciembre del 2012, se modifica la Ley N° 26364, señalándose lo siguiente:

> *Artículo 2°: Se entiende por trata de personas el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países. A los fines de esta ley se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas: a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad; b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados; c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución*

(764) Como dice Martos Núñez, los crímenes contra la humanidad [...] se dirigen contra cualquier población civil y no sólo contra individuos, lo que no quiere decir que toda la población de un Estado o de un territorio debe verse afectada por el ataque; *El delito de trata de...*, op. cit., p. 122.

ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos; d) Cuando se promoviere, facilita re o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido; e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho; f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos. El consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores.

Importante, entonces, que la legislación penal argentina no haga distinción en que el sujeto pasivo sea menor o mayor de dieciocho años de edad, dando lugar así a un tratamiento punitivo integral, importando que el consentimiento del sujeto pasivo no despliega efectos jurídicos válidos, por lo que su concurrencia no elimina el injusto penal, menos la culpabilidad del autor. En todo caso pensamos que, si el agente recurre a la violencia, amenaza u otra forma de coacción o engaño (abuso de superioridad) debe configurar una circunstancia de agravación, así cuando la víctima es menor de catorce años de edad.

Si el consentimiento no tiene efectos válidos, en orden a establecer la punición de la conducta –sea cual fuese la edad de la víctima–, mal haríamos en concebir a la libertad personal como el objeto jurídico de tutela, siendo, en efecto, la dignidad humana el sostén que puede legitimar tal consideración dogmática.

9. IDEAS CONCLUSIVAS

Somos de la convicción que, una política criminal integral ha de enderezar el brazo punitivo del Estado a todos aquellos focos de conflictividad social donde se manifieste en realidad estados de lesión, conductas humanas, merecedoras de ser alcanzadas por una pena; mas tal acotación debe ser ponderada cuando es el mismo

titular del bien jurídico quien asiente dicho plano de intervención por parte de un tercero, pues un Estado constitucional de Derecho ha de respetar también la autonomía de la libertad humana, como el desarrollo de la personalidad del hombre, apareciendo así el consentimiento como una causal de atipicidad penal en el marco de los bienes jurídicos *disponibles*.

Es de verse así que, en intereses jurídicos anclados en la libertad humana, el asentimiento de su titular hace del comportamiento humano uno de irrelevancia *jurídico-penal*, de forma que no le es lícito intervenir al Estado mediante el Derecho penal. Aspecto que transforma al consentimiento en un filtro indispensable de examen, en orden a definir la probable tipicidad de la acción u omisión humana.

La valoración antedicha adquiere otro matiz cuando se trata de bienes jurídicos *indisponibles*, como la vida humana, cuya afectación –aun con asentimiento de su titular–, no enerva ni la tipicidad ni la antijuridicidad penal de la conducta, a sumo, una causal de atenuación punitiva, tal como se desprende del delito de Homicidio a ruego.

El consentimiento en el caso del delito *sub examine*, ha de ser entendido en su real magnitud, comenzando por comprender que lo que se tutela acá no es la libertad personal, como lo ha dejado entrever el legislador en la Codificación penal desde un plano de *lege lata*[765], sino más bien la *dignidad humana*[766] como elemento vital y

---

(765) En Italia es tipificado también este injusto penal en los delitos contra la libertad, no obstante, señala VILLACAMPA ESTIARTE, y, pese que a un sector de la doctrina italiana se refiere como bien jurídico protegido es el delito al *status libertatis*, no resulta habitual [...] identificar dicha referencia a la libertad con la libertad de obrar, sino esencialmente con la idea de dignidad; *El delito de Trata...*, op. cit., p. 405.

(766) ALONSO ÁLAMO, la concibe como «algo» singular y distinto, que, paradójicamente, constituiría la esencia misma de la persona, podría ser directamente atacado por acciones que comporten la cosificación, instrumentalización, envilecimiento o humillación de la persona; ¿Protección penal de la dignidad?..., op. cit., p. 5.

nuclear de la personalidad humana que se le reconoce a todo individuo solamente por su condición de tal. Si bien no es ordinario tutelar penalmente a la dignidad humana, sino a los derechos fundamentales que dimanan de ella, no es menos cierto que situaciones como las que se desnudan en el delito de Trata de personas –que rebajan a las personas a estadios de esclavitud–, hace irrenunciable dicha tutela jurídico-penal. A decir de VILLACAMPA ESTIARTE, precisamente porque el proceso de trata implica una atentado a la misma línea de flotación de la personalidad humana, porque supone la vulneración de la esencia misma de la persona, la negación de su humanidad debe reclamarse que sea la dignidad y no otro interés el que integre el bien jurídico protegido por el delito, reaccionando con ello frente al proceso de juridificación de la persona y de su mera conversión en objeto de imputación operado por el positivismo jurídico(767).

Según lo esbozado, no resulta admisible ni jurídicamente tolerable que se pretenda dotar al consentimiento del sujeto pasivo (mayor de 18 años de edad) de eficacia jurídica para determinar la atipicidad penal de la conducta, sabedores que la dignidad humana no es disponible por su titular, de manera que la modificación efectuada por la dación de la Ley N° 30251 al art. 153° del Código Penal no se ajusta a la realidad de las cosas, lo cual requiere de una urgente modificación, al margen de poder elaborarse criterios de interpretación que abonen en la postura anotada.

El delito de Trata de personas es un flagelo social que azota a muchas naciones, entre estas el Perú(768), por lo que se debe proyectar una política criminal que entienda que la esclavitud humana, la explotación sexual y toda clase de servidumbre deben ser reprimidas

(767) VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de Trata...*, op. cit., p. 404.

(768) De acuerdo con la estadística proporcionada por RETA (Sistema de Registro y Estadística del delito de Trata de Personas), hasta abril de 2012 se reportaron un total de 1960 casos de trata de personas a nivel nacional, de los cuales 763 tenían como víctimas a niños y adolescentes, en su mayoría mujeres.

penalmente, aun con el consentimiento de la víctima, en la medida que la lesión que se manifiesta como consecuencia de la Trata de personas trasciende todo ámbito local, regional o nacional, anclando en un plano internacional, al afectarse normas de «*ius cogens*», por lo que la fórmula normativa correcta es catalogar a este injusto penal como un delito de «lesa humanidad». En los eventuales delitos contra la dignidad, la persona sería degradada, humillada, envilecida, tratada como un instrumento, una cosa, (o un animal para quien parta de la filosofía moral kantiana)[769].

En resumidas cuentas, los medios que se detallan en el primer inciso del art. 153° del Código Penal, deben ser calificados como circunstancias de agravación, así como la edad cronológica de la víctima, esto es, mientras que esta venga en descenso[770], la penalidad debe ir en aumento.

(769) Alonso Álamo, Mercedes, ¿Protección penal de la dignidad?..., op. cit., p. 5.

(770) Según datos del Minjus, el 80% de víctimas del delito de Trata de personas tienen entre 13 y 17 años de edad.

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

VI. LA CUANTÍA EN EL DELITO DE HURTO AGRAVADO, EN RELACIÓN AL ACUERDO PLENARIO N° 4-2011/CJ-116

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal tiene por misión fundamental la protección preventiva de bienes jurídicos, a tal efecto emplea las normas jurídico-penales en base a un doble plano a saber: primero, identificando la cobertura de la norma prohibida o norma de conducta que configura el espectro de tipicidad penal; y, segundo, conminado con un marco penal la infracción del supuesto de hecho, incidiendo así en los fines preventivo-generales de la pena.

Convenimos, por tanto, que los tipos penales recogen modelos valiosos de conducta. Si bien se penaliza el acto de matar, de lesionar a alguien, de apropiarse de la propiedad ajena, etc., lo que en realidad se propone con ello, es que las personas adecuen un proceder conductivo –en sociedad– a un respeto irrestricto de los bienes jurídicos ajenos; por tales motivos, se tiene que la norma jurídico-penal viene a expresar descripciones fácticas que los individuos no pueden acometer, so pena de ser sancionados penalmente. Es así que se pone en manifiesto una función protectora e informadora del tipo penal, donde el legislador ha de dar contenido a la conducta típica, mediando la utilización de una serie de elementos, en cuanto componentes objetivos y subjetivos, definiendo así el supuesto de hecho que da lugar al juicio de tipicidad penal.

Consecuentemente, el legislador ha compaginado una serie de intereses jurídicos, dignos y merecedores de tutela penal; y sobre la base material del bien jurídico protegido, ha construido normativamente una serie de familias criminales, conteniendo una variedad de comportamientos emparentados sobre la sustantividad material del objeto de ataque (de agresión). Definición que constituye el devenir político criminal del legislador, pues la inclusión de una determinada conducta (prohibida) ha de cobijarla bajo la sistemática del interés jurídico tutelado.

Basándose en esta tarea de hermenéutica, se elaboran –de forma primaria– las formas básicas de comportamiento, esto es, el elemental comportamiento humano que lesiona o pone en peligro el bien jurídico(771). Así, en el caso del Homicidio, Lesiones, Tráfico ilícito de drogas, etc., a la par se añaden ciertas circunstancias, factores o datos, generando la elaboración normativa de «tipos circunstanciados agravados», desprendiéndose un mayor desvalor del injusto típico –sea por desvalor de la acción o desvalor del resultado– o, ante un juicio de reproche culpable de mayor intensidad, dada la cualidad especial del agente o por la particular vinculación que tiene con la víctima(772). Como expresa BACIGALUPO, [...] 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(773) (774). Se trata de delitos que guardan

(771) Así, MEZGER, al sostener que, los diferentes tipos de la Parte Especial del Código pueden ser referidos todos ellos a un número de tipos de fundamentales (básicos), que constituyen, por así decirlo, la espina dorsal del Sistema en la Parte Especial del Código. En: *Tratado de Derecho penal,* 1, cit., p. 350.

(772) Cfr., PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte General,* T. I, op. cit., p. 364.

(773) BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 231.

(774) A decir de CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO, los nuevos tipos penales, así formados, pueden, de esta forma, expresar una agravación (*tipos cualificados*) o una atenuación (*tipos privilegiados*) del contenido del injusto o de la culpabilidad, pero en la relación entre delito básico y el tipo cualificado o privi-

un estrecho parentesco entre sí, por poseer todo un grupo de características comunes, a las que vienen a añadirse otras que son las que determinan la imposición de una pena más o menos grave que la correspondiente al tipo básico[775].

Queda claro entonces que, el Homicidio constituye la forma primaria y simple de cómo el autor puede dar muerte al sujeto pasivo. Por ende, para que puedan configurarse los delitos de Parricidio y Asesinato debe necesariamente producirse la muerte de la víctima; así como, en el Tráfico ilícito de drogas para que concurran las circunstancias agravantes previstas en el art. 297° del Código Penal, deben concurrir previamente los elementos de descripción objetiva, glosados en el art. 296° (*in fine*). De no ser así, simplemente habrá de negarse el juicio de tipicidad penal por el delito agravado.

Prado Saldarriaga, en su voto singular del Acuerdo Plenario, fundamento 2, señala lo siguiente: «*[...] en la Parte Especial, aunque en menor medida, se utilizan tipos penales derivados que son aquellos que adicionan a un tipo penal básico o simple una circunstancia –elemento típico accidental– que califica o privilegia la punibilidad concreta del delito. Característica propia de esta modalidad de tipos penales es que deben reproducir siempre en su redacción la conducta prevista por el tipo básico [...]*».

Mezger apunta que, se habla de un *delictum sui generis* en contraste con el tipo básico simplemente cualificado o privilegiado, cuando, teniendo en cuenta el sentido y conexión de los diversos artículos de la ley, la causa de agravación o atenuación es utilizada

---

legiado hay *igualdad de infracción jurídica*, esto es, tienen la misma función de protección o protegen el mismo bien jurídico. En *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 186.

(775) Rodríguez Devesa, José; Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho penal español. Parte General,* Dykinson, Madrid, 1995, p. 421; al respecto, vide, Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte General,* op. cit., p. 286.

para formar un hecho punible nuevo, independiente; en estos casos, y desde el punto de vista del sistema, solo hay una verdad, una simple modificación del tipo básico, pero jurídicamente surge un delito que posee una relativa independencia[776].

En cambio los tipos agravados serán aquellos que para su configuración necesitan primero ser examinados conforme la descripción típica de la figura base; así, el Robo agravado, el Tráfico ilícito de drogas agravado, la Usurpación agravada, el Daño agravado y, por supuesto, el Hurto agravado. Sería un total despropósito pretender exigir que los tipos agravados –en su composición típica– deban repetir toda la estructuración legal del tipo base, cuando lo que debe hacer el intérprete simplemente es una remisión al contenido del primero.

Como lo hemos señalado, para que pueda darse por configurado el tipo agravado, la primera misión del intérprete es la de identificar previamente la concurrencia de todos los elementos constitutivos del tipo base[777].

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE HURTO

El Hurto, bajo cualquiera de sus modalidades típicas, tutela el patrimonio –desde una perspectiva personal–, en cuanto a los derechos subjetivos que se comprenden en el derecho real de propiedad. Con ello en mente, en lo que al delito de Hurto agravado concierne, no puede postularse la tutela de otros intereses jurídicos comprometidos.

El hecho de que se ponga el acento de desvalor en la cualidad de la víctima (viajero) no es un dato que pueda indicar con suficiente

(776) MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal,* I, op. cit., p. 351.

(777) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte General,* T. I, op. cit., p. 365.

solvencia que se esté añadiendo otro bien jurídico, solo importa una circunstancia particular del sujeto pasivo, que en puridad no tiene basamento material.

Para calificarlo como delito complejo se precisa que afecte otros bienes jurídicos, sea un tipo penal pluriofensivo, tal como se devela en el supuesto del injusto de Robo –art. 188° del CP–. Es en tal virtud, que se aprecia una sustancial distinción punitiva entre los delitos de Hurto y Robo; precisamente por ello, para poder afirmar la tipicidad penal de los tipos de Robo no se necesita acreditar que el objeto material del delito ostente una cuantificación económica superior a una remuneración mínima vital, tal como sucede en el delito de Hurto. Dicha pluriofensividad no puede predicarse en el caso del Hurto agravado, pues no se aprecia algún otro interés jurídico que sea objeto de tutela penal –por el art. 186° del CP–, a lo más ciertos elementos o características que definen un plus de desvalor del injusto típico (en algunos de ellos), en cuanto a una (supuesta) mayor peligrosidad objetiva de la acción.

Al respecto, en el Recurso de nulidad N° 4531-2006, se dice lo siguiente:

> *[...], sin embargo, la conducta desarrollada por los 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 ochenta y seis del Código Penal–; empero, dicha circunstancia agravante (que no tiene 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 artículo cuatrocientos cuarenta y cuatro del Código Penal–(778)*; que, en este último caso, el desvalor de la acción es idéntico al delito de hurto en tanto se 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.*

Siguiendo la línea argumental esbozada, vemos que el legislador se decantó por un criterio cuantitativo en pos de delimitar el delito de Hurto y las Faltas contra el patrimonio, tal como se desprende del art. 444° del CP. A tal efecto, si el valor del bien no es superior a una remuneración mínima vital la conducta es reputada como *falta*, por lo que la sanción punitiva se limita a una prestación de servicios a la comunidad y no una pena efectiva de privación de libertad, lo que se corresponde plenamente con los principios de mínima intervención y de racionalidad, que han de guiar la intervención del Derecho penal en un Orden democrático de Derecho. No debe saturarse la justicia penal (ordinaria) con hechos que no cuentan con un suficiente grado de desvalor del injusto; valoración que permite dar respuestas jurídico-penales diversas ante conductas de variado contenido material.

---

(778) Art. modificado por el art. 1° de la Ley N° 29407, publicada el 18 de septiembre del 2009: Art. 444° del CP –Hurto simple y daño–: *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 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.*
La misma pena se impone si el agente realiza la conducta prevista en el primer párrafo del artículo 189-A, cuando la acción recae sobre ganado cuyo valor no sobrepasa una remuneración mínima vital.

3. LA CUANTÍA DEL BIEN EN LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

La definición cuantitativa –reseñada– no fue entendida en el caso del delito de Hurto agravado, mediando el reconocimiento de su completa autonomía conceptual, con respecto al delito de Hurto simple; estimándose que las conductas comprendidas en el art. 186° del CP no necesitan que el bien mueble (apoderado, sustraído) sea de valor mayor a una remuneración mínima vital, pues cuenta con sus propios elementos de configuración típica. Es decir, ante objetos de mínima insignificancia económica puede postularse la realización típica del tipo penal de Hurto agravado, sea que el acto típico de sustracción tome lugar durante la noche, en inmueble habitado, mediante el concurso de dos o más personas, sobre el equipaje de viajero, entre otros supuestos.

Para mejor entender, apreciemos los siguientes supuestos: dos sujetos intervienen en el acto de apoderamiento del bien mueble, uno distrae a la víctima, el otro le sustrae su billetera que contiene diez nuevos soles; o el caso de aquel que, aprovechando la parada de un bus de transporte interprovincial, sube y se lleva una pulsera de plata cotizada en cien nuevos soles. Las preguntas que surgen son las siguientes: ¿El Derecho penal ordinario debe ocuparse de sustracciones de tal naturaleza?, ¿acaso hechos de tales características no debieran ser perseguidos y sancionados como una falta?

No solo son cuestiones de orden dogmático los que abonan en la tesis de la cuantificación dineraria en la hipótesis del delito de Hurto agravado[779], sino también consideraciones de política cri-

---

(779) Así, Prado Saldarriaga, en su voto singular (fundamento 3), indica que *ha sido tradición del Derecho penal nacional el distinguir la naturaleza jurídica de las infracciones penales consistentes en el apoderamiento de bienes muebles ajenos mediante destreza y sin empleo de violencia sobre las personas, a partir del valor económico que aquellos poseen (Artículo 386° del Código Penal de 1924). Por tal razón el artículo 444° del Código Penal vigente, señaló expresamente que el hurto falta sería aquel donde el valor del bien mueble apoderado*

minal, de ajustar el ámbito de intervención del Derecho penal a un mínimo de racionalidad; una postura sobrecriminalizadora y punitivista, se orienta a un norte diferente, de considerar a estas bagatelas como objeto de conocimiento de la justicia penal ordinaria, algo en realidad irreconciliable con la propuesta de un Derecho penal mínimo y con los fundamentos dogmáticos basilares del Derecho punitivo moderno; sin defecto, de ser constitutivas de verdaderas faltas patrimoniales, ámbito donde también interviene el Derecho punitivo.

4. LA CUANTÍA EN EL DELITO DE HURTO: ¿CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD O ELEMENTO JURÍDICO-NORMATIVO DEL INJUSTO?

Se ha sostenido que nuestra postura de exigir la cuantía del bien en el delito de Hurto agravado se basa estricta y esencialmente en el principio de legalidad(780). Valoración, en sí, débil y carente una adecuada sustentación dogmática, en razón de que no es puramente la ley, la que ampara nuestra posición, sino, precisamente, los criterios de interpretación normativa que deben emplearse en el ámbito penal, en cuanto a una sistematización y armónica lectura de las figuras delictivas emparentadas en cada familia criminal. Son cuestiones básicas de la teoría del delito que convalidan nuestra argumentación y no una directriz positivista –como se quiere alegar erróneamente–.

---

no fuera superior a una remuneración mínima vital. Por consiguiente, se trataría siempre de un hurto delito cuando el valor del objeto de acción de la infracción cometida fuera superior a dicho monto. En consecuencia, de modo implícito tal magnitud económica constituye también un elemento típico para la configuración del delito previsto en el artículo 185° aunque en dicha norma la redacción empleada no lo exija expresamente [...]. Cfr., RAMOS TAPIA, María, *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 408.

(780) PINEDO SANDOVAL, Carlos, *Fundamento legal, dogmático y político-criminal para la exigencia de una cuantía del bien en los delitos de Hurto y Daños*, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 34, Lima, abril, 2012, págs. 23-24.

Afirmar que la cuantía es una condición objetiva de punibilidad[781] [782], es una aseveración que no se corresponde con la naturaleza jurídica de dicho elemento del injusto, en la medida que la dañosidad o lesividad de la conducta no está condicionada al valor del bien, verbi gratia, quien se ve despojado de un reloj valorizado en cien soles se verá igualmente afectado en su derecho patrimonial, mermado por la imposibilidad de uso y disfrute de dicho bien. El tema de fijar una cuantía es un asunto de política criminal, de fijar una delimitación entre la falta y el delito, por lo que si el comportamiento es constitutivo de la primera de las mencionadas, igual se le apareja una sanción, que no es una pena de privación de libertad, sino una pena limitativa de derechos –salvo en casos de reincidencia y habitualidad en faltas dolosas–, conforme se desprende del art. 440° del Código Penal. De suerte que, los criterios de necesidad y merecimiento de pena no operan en esta fórmula normativa. Resultan aleccionadoras las palabras que al respecto esgrime Ramos Tapia, al sostener que en ambos casos se trata de ilícitos penales cuyo enjuiciamiento corresponde a los órganos del orden jurisdiccional penal y, desde el punto de vista dogmático, a ambas categorías resulta aplicable la llamada «teoría jurídica del delito»[783].

Cuando se advierte que un individuo ha sustraído un bien mueble –cuyo valor es menor a una remuneración mínima vital– se ha constatado la lesión al bien jurídico, por ende se identifica la necesidad y el merecimiento de pena[784]. Lo que sucede es que

---

(781) Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte General,* T. I, op. cit., págs. 1049-1060.

(782) Es sabido que las denominadas «condiciones objetivas de punibilidad», han de estar incluidas en la composición normativa del tipo legal en cuestión.

(783) Ramos Tapia, María, *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 408.

(784) A decir de Moreno Torres Herrera, «[...] afirmar la necesidad de pena supone que previamente se ha constatado la existencia del merecimiento de pena, lo que depende única y esencialmente de la concurrencia del desvalor de la acción». En *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 837.

ante hechos de tan insignificante desvalor antijurídico, no resulta racional que sean sancionados con una pena de privación de libertad, por criterios de ponderación y proporcionalidad que deben guiar la intervención punitiva en un Orden democrático de Derecho.

Por consiguiente, la cuantía del objeto material del delito es un elemento componedor de la tipicidad penal del tipo penal de Hurto, que si bien no se encuentra contenido en su cobertura legal, sí complementa el desvalor de la acción, en cuanto a la integración de un elemento «normativo-jurídico» descrito en el art. 444° del CP. Más aún, no puede perderse de vista que el artículo invocado, a partir de la modificación efectuada por la Ley N° 28726 y siguientes, ha reducido, de cuatro a una remuneración mínima vital el valor del objeto material del delito de Hurto; por lo que no puede decirse que conforme la nueva extensión regulativa del injusto de Hurto, no penalizan meras bagatelas.

Por tales motivos, entendemos que no se puede justificar la presencia de un elemento de punibilidad, cuando ya la descripción típica comprende de forma conglobante los elementos de definición de desvalor, desde una visión integral del art. 185° y el 444° de la Codificación punitiva, lo cual no devela ningún criterio legalista, sino más bien sistematizador de la aplicación e interpretación de la normativa penal, en armonía con los segmentos identificables en la teoría general del delito.

Quintero Olivares escribe que los hechos típicos, injustos y culpables que no se castigan –por falta de presupuestos de la punibilidad– están legalmente tasados. Fuera de ellos, la posible inconveniencia de imponer una pena no tendrá otra vía para resolverse que la del indulto a través del procedimiento establecido para su concesión[785].

---

(785) Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 446.

Puede decirse que, en casos en los que el bien tenga un valor menor a una remuneración mínima vital se presenta menor dosis de ofensividad, pero no puede postularse a que ello sea un elemento accidental que define la punibilidad de la conducta para evitar la bagatelización de la intervención penal[(786)]; la cuantía no está incluida en los alcances normativos del art. 185° del CP, mas su condición de elemento normativo parte de una integración con lo dicho en el art. 444° del CP. Y el hecho que la conducta sea reputada como falta, no significa que el Derecho penal no intervenga[(787)], sino que lo hace mediando otras variantes de sanciones punitivas. Máxime, cuando, producto de la dación de la Ley N° 30076, las Faltas contra la persona y contra el patrimonio son susceptibles de merecer una pena de privativa de la libertad en el caso el agente sea reincidente o habitual, con lo cual, lógicamente, estamos en total desacuerdo[(788)]. Por consiguiente, temas tan sutiles como el que nos ocupa, demanda un análisis dogmático riguroso como de política criminal.

Convenimos en señalar que, la cuantía del bien –objeto material del delito– ha de ser comprendido como un «elemento normativo jurídico»[(789)], formando parte conglobante del tipo del injusto típico que se define por vía de integración interpretativa.

---

(786) Así, PINEDO SANDOVAL, Carlos, *Fundamento legal, dogmático...*, op. cit., p. 29.

(787) Restrictivas de derechos y multa.

(788) Cfr., PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte General,* T. II, op. cit., págs. 410-412.

(789) MEZGER, afirma que el necesario «complemento» es siempre parte integrante del tipo. Pero el tipo ya completado cumple exactamente las mismas funciones que en los casos normales, sobre todo en lo que concierne a su significación como fundamento de la antijuricidad y como objeto de referencia de la culpabilidad penal. *Tratado de Derecho penal,* I, op. cit., p. 354.

5. CRITERIOS ESBOZADOS POR LA CORTE SUPREMA EN EL ACUERDO PLENARIO N° 4-2011/CJ-116

La Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N° 4-2011/CJ-116, fundamenta la no necesidad de la cuantía para las hipótesis de agravación del Hurto (art. 186° del CP) en base a los siguientes argumentos a saber: A. El Hurto agravado importa una pluriofensividad de bienes jurídicos. B. En irrestricto respeto del principio de legalidad –base fundamental del Derecho penal– el art. 444° CP exige taxativamente un monto superior a una remuneración mínima vital tan solo para el supuesto de hecho del art. 185° CP (Hurto simple), mas no del Hurto agravado (art. 186° CP), por lo que debe concluirse en forma lógica y coherente que nuestro sistema punitivo no exige cuantía para la configuración del Hurto agravado.

No podemos desvincular el tipo penal de Hurto agravado con el delito de Hurto simple[(790)], de hacerlo estaríamos dando carta de ciudadanía a una autonomía legal de tipificación que no puede ser sostenida bajo argumentos dogmáticos en puridad sólidos y contundentes[(791)]. Y de plano hemos de negar el equívoco argumento (B), de que, conforme el principio de legalidad, no se puede exigir el valor del bien en el delito de Hurto agravado, en

(790) A decir de PRADO SALDARRIAGA, en su voto singular, fundamento 4, «*No existe [...] un delito de hurto agravado sino delito de hurto con agravantes. El delito de hurto con agravantes consistirá siempre en el apoderamiento de un bien mueble ajeno cuyo valor sea superior a una remuneración mínima vital, pero tiene que ser cometido con la concurrencia de cualquiera de las circunstancias agravantes específicas que se detallan en el artículo 186° CP [...]*».

(791) De opinión contraria SALINAS SICCHA, para quien las agravantes del delito de Hurto agravado, descritas en el art. 186° CP, requieren la presencia de la totalidad de elementos típicos del Hurto básico, a excepción del elemento «valor pecuniario», pues conservan una relación al tipo penal básico, un específico margen de autonomía operativa. En *Derecho penal. Parte Especial,* 2ª ed., Palestra, Lima, 2003, p. 867 (fundamento 9 del Acuerdo Plenario); propuesta que sigue de ROJAS VARGAS, *Delitos contra el patrimonio,* Vol. I, Grijley, Lima, 2000, p. 170.

tanto y en cuanto el art. 444° del CP solo hace alusión al delito de Hurto simple[792], lo que se supera y resuelve satisfactoriamente con el orden sistemático y ordenador que ha de guiar la interpretación de los tipos penales emparentados, en el sentido de lo que se exige para el tipo base debe exigirse también para los tipos agravados. El art. 186° dispone a la letra lo siguiente: «*El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido [...]*».

Similar consideración hemos de sustentar en el caso del delito de Daño agravado, donde la propia redacción del art. 206° dispone a la letra que: «*La pena para el delito previsto para el artículo 205° [...]*». Concluyentemente, hemos de señalar que para que podamos estar ante un Hurto el valor del bien mueble debe superar una remuneración mínima vital.

El excesivo culto que la Corte Suprema imprime al principio de legalidad, comporta desconocer la teleología que guía la intervención del Derecho penal en un Estado constitucional de Derecho, así como la directriz reductora del brazo penal estatal. La ciencia

---

(792) Agrega el Tribunal Supremo (fundamento 9), *que con ello, además, se pone de manifiesto el carácter residual de la falta de Hurto. Por tanto, el Hurto agravado no requiere del requisito del quantum del valor del bien para su configuración*; a nuestro entender, la naturaleza residual de las faltas contra el patrimonio, ha de afirmarse con respecto a todos las formas emparentadas del Hurto, pues carece de sentido predicar dicho carácter residual, cuando por motivos de orden nocturno, el agente sustrae de su víctima cinco soles y cuando en el día, este mismo agente arrebata de su víctima, la suma de trescientos soles; mientras que en el primer caso, se deberá activar todo el aparato persecutorio del Estado –a pesar de su insignificancia valorativa–, en la otra hipótesis se instará el procedimiento por faltas, donde las partes confrontadas podrán hacer uso del mecanismo de la transacción y así dar por concluido el procedimiento. Estamos ante un proceso de reforma procesal penal –conforme al modelo procesal acusatorio–, donde debe imperar el empleo de instrumentos de valoración, de selectividad y de racionalidad de la justicia penal, de reservar el proceso penal para aquellas causas que develen hechos en realidad necesitados y merecedores de pena, por lo que procesar meras bagatelas, importa ir contra la corriente de política criminal que inspira la dación de la novel codificación procesal.

jurídico-penal actual no puede orientar sus directrices regulativas bajo cánones estrictamente literales, so pena de vaciar el contenido fundamental de los criterios rectores de un Derecho penal democrático. Existen instituciones aplicables en Derecho penal que no necesariamente han de estar expresamente previstas en la norma jurídico-penal; así, la legítima defensa resulta admisible sin que el tipo penal lo diga de forma expresa.

Por su parte GÓMEZ TORRES afirma que, así se dejan de lado criterios normativos de la Parte General del Derecho Penal, tales como la importancia de reconocer una norma incompleta o la relación existente entre tipos básicos y calificados (Hurto simple-Hurto agravado)[(793)] [(794)].

Cuando la circunstancia agravada «inmueble habitado» refiere la no reputación del hecho por el delito de Hurto agravado, cuando el bien es menor a una remuneración mínima vital, la conducta no queda impune, en la medida que la tipificación penal se desplaza al de «Violación de domicilio»; y el hecho de ser *integrante de una organización criminal destinada a perpetrar esta clase de delitos*, nos evoca la siguiente reflexión: no se puede pensar en los más de los casos, que se estructure todo un andamiaje criminal por parte de una pluralidad de sujetos para sustraer y apoderarse de bienes muebles de poca cuantía, pues lo lógico si ellos deciden formar una organización, será que lo hagan para obtener dividendos económicos significativos. Cosa muy distinta es que podría valorarse, bajo las esquelas del

(793) 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 & Procesal Penal*, T. 30, Lima, 2011, p. 108.

(794) Este mismo autor, siguiendo a LARENZ y a otros autores de la literatura española, indica que para considerar normas penales incompletas, debemos acotar que estos fragmentos de normas deben ubicarse dentro del mismo cuerpo normativo; asimismo, consideramos que su legitimidad se da por razones de técnica y economía legislativa. En *La cuantía en el delito de Hurto agravado...*, op. cit., p. 109.

delito continuado, a quien sustrae diariamente cincuenta soles, pero del décimo día en adelante, logra apoderarse de sumas mayores a s/. 850 soles, siendo posible la configuración legal del delito de Hurto agravado.

En la legislación comparada, por ejemplo, el art. 235° del CP español, se regulan los tipos cualificados de Hurto propio; así, examinando dicha previsión legal, GONZÁLEZ RUS acota que, si bien es verdad que el núcleo central de los respectivos supuestos sigue siendo el Hurto, como reconoce el propio precepto *(«El hurto será castigado [...]»)*, cada previsión viene a añadir una significación peculiar al hecho, que incrementa o complementa el contenido de injusto propio del mismo[795]. Además, el mismo autor señala que el sistema legal utilizado impone un doble procedimiento a la hora de constatar la tipicidad del hecho: en primer lugar, comprobar que concurren todos los elementos del delito de Hurto del art. 234° incluidos la cuantía superior a cincuenta mil pesetas[796] [797] [798]; después, interesarse por la concurrencia de alguno de los supuestos del art. 235°[799].

A decir de MAZA MARTÍN, cabe afirmar «*[...] que los supuestos incorporados al artículo que en este momento examinamos, han de reunir todos y cada uno de los elementos del tipo básico del hurto [...] para, sobre ellos, incrementar la concreta característica que identifica a cada subtipo agravado*».[800]

---

(795) GONZÁLEZ RUS, Juan, *Delitos contra el patrimonio (II),* op. cit., p. 581.

(796) Actualmente fijado en € 400.00 euros.

(797) Según el ordenamiento penal español, este es el valor que integra al delito, si es una suma inferior, es constitutivo de una falta –art. 623° 1–.

(798) Vide, al respecto, MESTRE DELGADO, Esteban, *Manual de Derecho penal. Parte Especial, Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico,* en *Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., LAMARCA PÉREZ, Carmen (Coord.), Colex, Madrid, 2004, p. 229; ROBLES PLANAS, Roberto, et al., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 189.

(799) GONZÁLEZ RUS, Juan, *Delitos contra el patrimonio (II),* op. cit., p. 581.

(800) MAZA MARTÍN, José, *Comentarios al Código penal,* 3, op. cit., p. 1767.

Queda claro entonces que, para poder afirmar la tipicidad penal del delito de Hurto cualificado (legislación penal española), un primer examen a realizar es la determinación de si la conducta incriminada cumple a cabalidad con todos los elementos constitutivos del delito de Hurto propio.

Inclusive en la circunstancia agravante de *colocar a la víctima a o su familia en grave situación económica, mediando la sustracción de un bien con un valor menor a una remuneración mínima vital,* llevaría ciertos reparos, como lo indica MAZA MARTÍN –en la doctrina española–, si esto se afirmase en algún caso, lo que debería de advertirse es que la conducta del autor del ilícito no es realmente la causante de esta grave situación, que era anteriormente tan precaria como para verse afectada con semejante trascendencia por el perjuicio ocasionado con la conducta infractora(801); piénsese, en aquel empresario acaudalado que se encuentra sumido en la bancarrota y, aun vistiendo ropa elegante, es despojado de doscientos soles y así queda incapacitado de proveerse para sus necesidades más elementales. Las personas que viven bajo condiciones de extrema pobreza están así por una serie de circunstancias ajenas a la obra del autor, donde la sustracción de diez soles puede significar en algunos casos que no puedan alimentarse; pero ello no puede justificar la configuración de la agravación sin tomar en cuenta la cuantía de lo apropiado; donde la búsqueda de la reparación del daño es lo importante y no la prisionización del autor.

Se dice también en el Acuerdo Plenario citado que: «[...] *en el supuesto de que se dejase en indigencia temporal a quien percibe menos de una remuneración mínima vital, dicha conducta no constituiría delito. El Derecho penal solo protegería a las personas cuya remuneración asciende a dicho monto, quedando por ende desprotegidas las víctimas de ingresos inferiores [...]*»(802).

(801) Ibídem, p. 1766.

(802) Fundamento 10 c.

Nadie duda que en el Perú no son pocos los pobladores que perciben menos de una remuneración mínima vital, ello es una realidad dramática, sobre todo, cuando se tiene que sostener a una familia; empero, la intervención del Derecho penal no puede encaminarse sobre indicadores socioeconómicos de la población, sino sobre criterios de materialidad sustantiva que construyen el injusto penal; dichas condiciones de indigencia económica no son producto de quienes se dedican a estos hechos luctuosos, sino de las relaciones económicas existentes, por lo que apelar a dicha argumentación carece de una evidente cuota de legitimidad, en lo que al Derecho penal refiere. Si estas personas son desposeídas de su patrimonio, en el proceso por faltas tienen también el camino expedito para recuperar el monto sustraído y ello no se logra a través de intenciones puramente criminalizadoras. PRADO SALDARRIAGA –en su voto singular, fundamento 5–, señala lo siguiente:

> *[...] 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 ponencias sustentadas en audiencia pública (mayor ofensividad de la conducta o mayor peligrosidad en el agente o desigualdad en la tutela de 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.*

En resumen, factores de legitimidad sustancial, así como la vigencia de las instituciones básicas del Derecho penal abonan en el criterio de tener que considerarse que, en el delito de Hurto agravado se debe también verificar la cuantía del objeto material del delito[803].

---

(803) Así, BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO, al señalar que para analizar la tipicidad objetiva del delito de hurto simple, es necesaria la presencia de la cuantía, para distinguirla de la falta. En: *Manual de Derecho penal. Parte especial,* cit., p. 294.

Una postura en contrario supone desconocer las relaciones existentes y subyacentes entre los tipos básicos y las modalidades agravadas[(804)], así como congestionar la justicia penal (ordinaria) a causas que no merecen ser alcanzadas con una privativa de libertad. Seguir dicha dirección muestra una tendencia a todas luces contraria a una reducción progresiva de la violencia que significa el *ius puniendi* estatal, conforme al principio de mínima intervención.

¿Se necesita que el art. 444° del Código Penal haga alusión de forma expresa al Hurto agravado? Consideramos que no, basta hacer una interpretación sostenida en criterios de integración y de sistematización normativa.

6. CONCLUSIONES

El legislador ha definido ciertos comportamientos como típicos, identificando grados de desvalor en cuanto a una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente tutelado; dichos comportamientos prohibidos son objeto de una regulación normativa en cuanto a su encaje en el tipo penal respectivo, mediando la inclusión de una serie de elementos (descriptivos y normativos). Construyendo así el denominado juicio de tipicidad penal, que el agente ha de emprender tanto en sus aspectos objetivos como subjetivos para ser acreedor de una sanción punitiva.

Conforme lo anotado, aparecen en el catálogo punitivo los llamados «tipo base», forma elemental de cómo el autor perpetra el hecho punible; a la par se reconoce que no siempre el agente cometerá el injusto penal, según la simplicidad que recoge la descripción típica básica, pues la contemplación criminológica nos da cuenta que el evento delictivo puede tomar lugar bajo determinadas circunstancias

(804) Así, GÓMEZ TORRES, al sostener que [...] se obvia la regla de que los tipos agravados, deben analizarse siempre con relación a sus tipos básicos. En: *La cuantía en el delito de Hurto agravado...*, op. cit., p. 111.

o factores concomitantes, que lo hacen ver como una conducta reveladora de una mayor peligrosidad, sea por ciertas propiedades que denota el injusto (desvalor de la acción y desvalor del resultado) o porque el agente es portador de un mayor reproche de culpabilidad. Es así que se incluyen en el glosario penal-normativo, las «circunstancias de agravación», tal como se desprende de una serie de figuras delictivas, sobre todo, aquellas ancladas en el Derecho penal nuclear, como es el caso del delito de Hurto.

Convenimos, por tanto, en postular que para que se pueda configurar la circunstancia agravante, primero, la conducta analizada debe cumplir en rigor con todos los elementos constitutivos del tipo base y luego de ello ha de verificarse la concurrencia de los elementos accidentales o añadidos que definen la realización típica, por ejemplo, del Asesinato, Parricidio[(805)], Robo agravado, etc.; en el caso del Hurto, sucede algo muy particular: los componentes de la tipicidad penal no están únicamente reglados en el art. 185° del CP, sino que debe complementarse la cualidad típica de la conducta con lo prescrito en el art. 444° del CP, en cuanto a la valorización del objeto material del delito como elemento normativo-jurídico, que a su vez fija la frontera entre el delito y la falta.

No puede postularse por razones de estricta legalidad, al no haber incluido en la redacción normativa del art. 444° del CP el art. 186°, no exigir la cuantía del bien para dar por configurada esta modalidad del injusto patrimonial; dicho en términos simples, *para que se dé por acreditado el delito de hurto agravado, primero debe probarse la comisión del tipo de hurto simple, por lo que el valor del bien mueble, es un dato indispensable a considerar o valorar*. No en vano en las acusaciones fiscales, cuando se acusa por los delitos de Asesinato o

(805) Ello al margen de reconocer que dichas figuras que atentan contra la vida humana, cuentan con cierto de nivel de autonomía normativa y conceptual con respecto al delito de Homicidio simple; sin embargo, no puede postularse a rajatabla su desvinculación legal e interpretativa.

Robo agravado se invoca en el contenido del dictamen los arts. 106° y 188° respectivamente, con la particularidad de que en el primero de los mencionados, el art. 107° vuelve a repetir la conducta básica, que es de «*matar a [...]*», mientras que en el segundo se parte de una remisión expresa del tipo base.

Punto importante a destacar es que, el hecho de que el bien no sea superior a una remuneración mínima vital no quiere decir que no exista «necesidad» y «merecimiento» de pena, como se apunta en un sector de la doctrina nacional, en cuanto a la presencia de una condición objetiva de punibilidad; en la medida que dichos componentes se encuentran presentes, sea cual fuese el valor del objeto; lo que sucede es que la descarga punitiva estatal debe sujetarse a un mínimo de racionalidad y de ponderación, por lo que ante bienes de valor insignificante lo que se predica es la calificación de una falta y no de delito. Empero, ello no significa que el comportamiento quede exento de sanción punitiva[(806)], en tanto la reacción jurídico-penal en estos casos son penas proporcionales, como las limitativas de derechos, por ende, no es que el hecho se encuentre desprovisto de sanción; lo que sí acontece en aquellos tipos penales que incluyen las condiciones objetivas de punibilidad, sino que se modula la clase y especie de pena, conforme el grado de desvalor de la conducta. Máxime, cuando, merced a la sanción de la Ley N° 30076, en las hipótesis de los reincidentes y habituales por Faltas contra el patrimonio puede producirse una conversión de la pena limitativa de derecho a una pena de prisión efectiva. Ver, art.

De modo conclusivo diremos que, la exigencia de la cuantía del bien en orden a estimar la realización típica del delito de Hurto agravado, se corresponde plenamente con criterios de interpretación sistemática de la ley penal y según baremos de estricta racionalidad,

(806) Así el art. 11°. del Código Penal, al estipular expresamente que: «*Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosa o culposas penadas por la ley*».

mas no sobre argumentos legalistas. Son las propias reglas de la teoría general del delito las que respaldan nuestra posición y no motivos positivistas alejados de una concepción de la dogmática jurídico-penal anclada en una estructura basilar constitucionalista.

VII. DELITO DE ROBO

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.

1. FUNDAMENTOS DE INCRIMINACIÓN. DISTINCIÓN DEL DELITO DE HURTO

Los delitos de Hurto en sus diversas especies constituyen un atentado contra el patrimonio, más concretamente, afectan los derechos inherentes a la propiedad, mermando los actos de disponibilidad y de uso, derechos reales que el ordenamiento jurídico reconoce al propietario o legitimo poseedor del bien mueble; en ese sentido, la configuración típica revela actos propios de apoderamiento, de sustracción del objeto, desplazándolo de un lugar a otro. Se dice, por tanto, que el Hurto importa el empleo de cierta fuerza sobre las cosas; máxime, cuando concurre alguna de las circunstancias prevista en el art. 186° del Código Penal.

La apropiación indebida de bienes muebles no siempre viene precedida por un acto de apoderamiento, sino que, en algunas oportunidades, el agente percibe al sujeto pasivo como un obstáculo al

cual allanar, por lo que hace uso de violencia física o profiere grave amenaza de un peligro inminente para su vida o integridad física a efectos de vencer los mecanismos de defensa que pueda utilizar la víctima para repeler el ataque. El autor no tiene la manifiesta intención de atentar contra la vida o la integridad física del agraviado, sino de apoderarse ilícitamente de alguno de sus bienes muebles pero no tiene reparos en ejercer violencia lo suficientemente intensa para hacerse de los objetos.

La diferencia entre el Hurto y el Robo es en realidad sustantiva, pues, mientras el primero solo significa actos de apoderamiento sobre el bien, el segundo manifiesta una conducta de mayor peligrosidad objetiva, en tanto el autor no tiene reparo alguno de vencer las defensa de la víctima mediante el uso de la violencia, de la fuerza, que puede desencadenar en un resultado más grave al previsto por el agente. La fuerza en el Hurto no necesariamente se da sobre los objetos, pues lo que califica como tal, según el art. 185° del CP, es la destreza que pone en movimiento el autor para apoderarse del bien. Claro está que, la ausencia de la violencia o de la grave amenaza reconduce el hecho al tipo penal de Hurto.

Ambos delitos –Hurto y el Robo– ciertamente contienen elementos comunes de configuración típica en lo que respecta a la acción de sustracción o apoderamiento de un bien mueble total o parcialmente ajeno, siendo que ambos hechos delictivos suponen una tutela jurídico-penal al patrimonio de los ciudadanos; sin embargo, han de advertirse distinciones puntuales cuya identificación no es baladí, en el entendido que el delito de Robo, así como de sus circunstancias de agravación previstas en los arts. 188° y 189° del Código Penal respectivamente son sancionados con una penalidad mucho más drástica a la prevista para los delitos de Hurto y agravantes, conforme se desprende de los arts. 186° y 187° de la Codificación punitiva. Constituyendo aspecto a destacar, los medios por los cuales se vale el agente del Robo (agravado) para lograr el apoderamiento

del bien mueble de su víctima, es decir, el despliegue de una fuerza intensa (violencia) o el anuncio de un mal inminente para el sujeto pasivo, lo cual incide en reconocer a estos delitos como tipos penales «pluriofensivos»; por tales motivos, cuando el apoderamiento del objeto material del delito toma lugar mediante destreza u otro tipo de conducta similar, que no suponga el ejercicio de violencia sobre las personas sino sobre las cosas, ha de ser calificada como un caso típico de Hurto y no de Robo, con arreglo al principio de legalidad material y al subprincipio de tipicidad, y que el fiscal adecue con toda corrección el relato fáctico contenido en la denuncia con los alcances normativos del tipo penal en cuestión tanto en su vertiente objetiva como subjetiva, de no ser así, el órgano jurisdiccional está impedido –en principio– de condenar por una imputación jurídico-penal distinta a la sostenida por el fiscal en su escrito de acusación –principio de correlación entre acusación y sentencia–, a menos que haga uso del principio de desvinculación jurídico-penal, reglado en el art. 285°-A del Código de Procedimientos Penales.

Para algunos, el Robo importa una figura calificada de Hurto, por lo que media una relación género-especie[807]; de ser así tendríamos que llegar a la conclusión de que todos los elementos que se dan en el Hurto deben ser extensibles también al Robo. Lo que no es tanto así, pues la realización típica del Robo no está condicionado a que la valoración del bien mueble supere una remuneración mínima vital, para el legislador, basta que el agente ponga en peligro la vida, el cuerpo y la salud de la víctima, para articular una respuesta punitiva de mayor alcance sancionador, sin interesar el valor del bien[808], de no ser así, dicha conducta tendría que ser calificada solo como Coacciones; el Hurto únicamente atenta contra la propiedad,

(807) Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. IV, op. cit., p. 254; Cfr., Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino,* T. V, op. cit., ps. 213-214.

(808) Así, Salinas Sicchia, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio,* op. cit., p. 107.

a diferencia del Robo que atenta contra una pluralidad de intereses jurídicos.

Otro punto de distinción es que, en el Robo el propio sujeto pasivo puede entregar el bien mueble al agente, en cambio en el Hurto es el autor quien se hace del bien. Por tales considerandos, ha de reputarse al delito de Robo como un tipo penal que guarda su propia sustantividad penal.

En el caso del Código Penal español, se hace una distinción entre el Robo con fuerza en las cosas y Robo con violencia o intimidación; diversificación de construcción típica, que puede haber influencia en la postura de género-especie, como se apuntó en el párrafo anterior. De igual forma en el caso del Código Penal argentino, concretamente el art. 164°[809]. A nuestro modo de ver las cosas, resulta político-criminalmente innecesaria una distinción así concebida, pues la fuerza que se ejercer sobre las cosas debe ser siempre catalogada como un Hurto. Por más que los medios constitutivos de fuerza en las cosas puedan acreditar en ocasiones una cierta habitualidad o profesionalidad delictiva, el verdadero Robo es el violento, aquel en que se utiliza violencia o intimidación sobre las personas[810]. Los aportes criminológicos desmienten claramente el concepto de denominar Robo al empleo de fuerza en las cosas[811].

Dicho lo anterior, se exterioriza un mayor peligro para la víctima que en el caso del Hurto, pues la misma acción típica refleja una aptitud de lesión para los bienes jurídicos fundamentales del sujeto

---

(809) Cfr., FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., págs. 438-440.

(810) GONZÁLEZ RUS, Juan, *Delitos contra el patrimonio (III),* op. cit., p. 592; Vide, al respecto, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho Penal. Parte Especial,* op. cit., p. 200; PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Robos,* op. cit., págs. 371-372; VIVES ANTÓN, Tomas; GONZÁLEZ CUSSAC, José, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV),* op. cit., p. 424.

(811) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...,* II-A, op. cit., p. 145.

pasivo; a su vez esto provoca alarma social, generando que la reacción punitiva se vuelva más severa; de ahí que se diga en la doctrina que en los delitos de Robo se vulneran una pluralidad de bienes jurídicos, haciendo de aquel un injusto penal pluriofensivo. Tal reconocimiento no ha de desvirtuar la sustantividad penal con que cuenta este tipo penal, pues recoge en su seno la suma o dígase combinación de dos hasta tres tipos penales: Hurto, Lesiones y Coacción.

Se dice, en la jurisprudencia de la Sala Penal Transitoria (RN N° 4937-2008-Ancash), sobre la naturaleza compleja del delito contenido en el art. 188° del Código Penal, que:

> *El delito de robo es aquella conducta por la cual el agente se apodera mediante violencia o amenaza de un bien mueble ajeno, privando a su titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia o posesión, y asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición, lo 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 complejidad.*[812]

Debe tomarse en cuenta que el móvil que persigue el agente es en puridad lucrativo (patrimonialista), de tomar como suyo los bienes muebles del sujeto pasivo; el hecho de que medie violencia para vencer la resistencia de la víctima es un dato a saber que reviste de un mayor contenido del injusto a este delito con respecto al Hurto. El aspecto subjetivo, claro que confrontado con la objetividad de los hechos, deslindará la tipificación de este delito en relación con el Asesinato por lucro, en cuanto a la concatenación de los actos que se suceden unos de otros, que permiten su correcta adecuación típica. Es de verse que, el ataque antijurídico incide de forma más intensa

(812) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 13, julio 2010, op. cit., p. 183.

sobre el patrimonio, en relación con el resto de bienes jurídicos que se pueden ver afectados.

El delito de Robo,[813] el de Secuestro y el de Extorsión, en mérito a su reiterancia criminológica, así como a la peligrosidad que llevan ínsitos, han provocado que el legislador, en el marco de la norma de sanción, plantee respuestas cada vez más represivas en orden a los cometidos preventivo-generales, a la par de desplegar efectos comunicativo-sensibles a la población. Desde la vigencia de la Ley de delitos agravados – Decreto Legislativo N° 896 de mayo de 1998, hasta la Ley N° 30076 de agosto de 2013. Postura maximalista que ha terminado por incluir la pena de cadena perpetua como sanción punitiva en el caso del Robo agravado, 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.

Nadie discute que conductas como las que se ponen de relieve en los arts. 188° y 189° deben ser severamente castigadas, mas la objeción reside en el hecho de que otros delitos que se supone reprimen los comportamientos de mayor gravedad reciben una menor pena. Nos referimos a los delitos de homicidio, en el entendido de que la vida es el bien jurídico de mayor rango valorativo según el catálogo de derechos fundamentales que glosa la Ley Fundamental. Por lo que esta asimetría penológica constituye una lesión a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad, pues la sanción debe ser acorde a la magnitud del hecho antijurídico; de esta forma, poco le importará al agente matar a su víctima para apropiarse de su dinero, si sabe que de antemano será pasible de ser sometido a la pena más grave, y ello sin dejar de lado el concurso real de delitos previsto en el art. 50° del Código Penal.

---

(813) Cfr., al respecto, PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Robos,* op. cit., p. 394.

Delitos como el Robo encuentran un campo muy fecundo de reforma penal, cuando la realidad social trae consigo un baremo de incesante crecimiento delictivo; más aún, cuando el legislador ha hecho del Derecho penal la palanca perfecta para la obtención de réditos políticos.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Hemos de partir de que el Robo, al igual que el Hurto, constituye un atentado contra el patrimonio, contra los derechos reales inherentes a la propiedad cuando se produce el desapoderamiento del bien mueble; asimismo es de verse que, el plus de desvalor radica en que la sustracción del bien se realiza mediando violencia o amenaza grave sobre las personas, por lo que la libertad, la vida, el cuerpo y la salud también son objeto de tutela en este tipo penal.

En palabras de PÉREZ MANZANO, esta modalidad de Robo afecta en primer lugar y de forma predominante al bien jurídico propiedad, pero también a la integridad física o salud y a la libertad, en la medida en que la conducta típica implica la realización no solo de un apoderamiento sino de actos de intimidación y de violencia[814].

Para BUSTOS RAMÍREZ se trata de un delito complejo, pues junto al ataque al patrimonio se considera la afección a la vida, salud, libertad y seguridad de las personas[815]. Parece no ser tanto

---

(814) PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Robos,* op. cit., p. 396.

(815) BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 206; En la ejecutoria recaída en el RN N° 821-99-Sala Penal-La Libertad, se dice lo siguiente: «En el delito de robo, se atacan bienes de tan heterogénea naturaleza, como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo que hace de él un delito complejo; ello no es más que 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; aspectos que no cubre el delito de receptación, por lo que mal puede afirmarse una supuesta homogeneidad del bien jurídico que de manera evidente no existe»; En *Revista peruana de normas legales*, Año II, N° 4, op. cit., p. 367.

así, en la medida que si la realización típica del Robo provoca visibles afectaciones a la vida, el cuerpo y la salud; dichos resultados no quedarán absorbidos por el art. 189°, dando lugar más bien a un concurso ideal de delitos, con el de Homicidio, Lesiones o Coacciones[816].

La pluralidad de bienes jurídicos afectados indica inescapablemente una mayor gravedad frente al delito de Hurto, pero de ninguna manera es aliento para esgrimir la tesis del delito complejo[817].

Para Rojas Vargas, la propiedad (la posesión, matizadamente) es el bien jurídico específico predominante; junto a ella se afecta también directamente la libertad de la víctima o a sus allegados funcional-personales. A nivel de peligro mediato y/o potencial, entra en juego igualmente la vida y la integridad física, bien jurídico objeto de tutela de modo indirecto o débil[818]. En cambio para Salinas Siccha, el único bien jurídico que se pretende tutelar con la figura del Robo simple es el patrimonio representado por los derechos reales de posesión y propiedad. [...] la afectación de otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física o la libertad, aquí solo sirven para calificar o configurar en forma objetiva el hecho punible de Robo[819]. Nos decantamos, por razones obvias, por la primera opción, no cabe duda que de forma mediata o inmediata, los bienes jurídicos de rango personalísimo, son también objeto de tutela por el delito de Robo.

---

(816) Vide, al respecto, González Rus, Juan, *Delitos contra el patrimonio (III),* op. cit., p. 613; Vives Antón, Tomás; González Cussac, José, *Delitos contra el patrimonio...,* op. cit., p. 438.

(817) Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho penal...,* II-A, op. cit., p. 147.

(818) Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra el patrimonio,* op. cit., p. 348.

(819) Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio,* op. cit., págs. 121-122.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

Puede serlo cualquier persona, el tipo penal no exige una cualidad especial para ser considerado autor[820], basta con que cuente con capacidad psicofísica suficiente; en el caso de ser un menor de edad, será calificado como un infractor de la Ley penal, siendo competente la justicia especializada de familia.

De común idea con lo alegado en los tipos penales de Hurto, sujeto activo no podrá serlo el propietario, pues como se ha puesto de relieve uno de los intereses objeto de tutela por el delito de Robo constituye la propiedad; de tal manera, que dicha conducta quedaría subsumida únicamente en los tipos de Lesiones, Coacciones hasta Homicidio de ser el caso[821]. Es de verse que el tipo penal comprendido en el art. 191° –Sustracción de bien propio– solo hace referencia a la sustracción sin fuerza sobre las personas.

Si ha de sostenerse que el injusto de Robo ha de contar con similares elementos de tipicidad que el Hurto, ha de concluirse que sujeto activo puede ser también el copropietario, puesto que el bien mueble puede ser «total o parcialmente ajeno».

En lo concerniente a las formas de participación delictiva (complicidad), la Sala Penal Transitoria en el RN N° 697-2001-Santa afirmó lo siguiente:

> *El encausado tiene la calidad de cómplice secundario, pues el autor del delito requirió su apoyo en la etapa final de la ejecución del robo*

---

(820) Si esta cualidad se verifica en el caso del agente, si era funcionario o servidor público, podrá ser pasible de una penalidad más grave conforme lo dispone el art. 46°-A del CP.

(821) A menos que se intente una interpretación contraria: que en el delito de Robo también se tutela la posesión propiamente dicha, lo cual atenta contra la sistematicidad que ha de cautelar en todo cuerpo de normas.

agravado, esto es, para cargar los bultos, donde se encontraban los aparejos marinos sustraídos en un camión, en el cual los trasladaron a un lugar desconocido donde fueron intervenidos por la Policía. Si bien el encausado alega que desconocía la procedencia ilícita de los bienes, no es usual que en horas de la madrugada y en forma clandestina se trasladen bultos hacia un lugar desolado; más aún si al advertirla presencia policial, los descargó y escondió, e intentó sin éxito darse a la fuga.[822]

3.1.1. La admisión de participación delictiva en el delito de Robo (agravado)

Es de verse que la figura delictiva de Robo, así como la del Robo agravado –contenidos en los arts. 188° y 189° de la Codificación punitiva–, tienen como características principales –que lo definen como tipos penales pluriofensivos– el empleo de la violencia y/o de la amenaza como medios comisivos del agente para lograr su propósito delictivo, esto es, de lograr el desapoderamiento del bien mueble a su víctima; importando, por tanto, el despliegue de una fuerza muscular intensa o el anuncio de mal inminente para la vida, cuerpo o salud del sujeto pasivo de la acción típica. Consecuentemente, solo pueden responder como autores o en su caso, como coautores de este injusto patrimonial, quienes intervienen en la etapa ejecutiva del delito, sea desplegando el ejercicio de una entidad de violencia o amenaza suficiente sobre la esfera pisco-orgánica de la víctima o procediendo al desapoderamiento de los bienes muebles del sujeto pasivo, cuando actúa en concierto con quien ejecuta la primera acción anotada; empero, si el título de participación delictiva es de complicidad, la intervención de dicho partícipe puede tomar lugar en la etapa preparatoria o ejecutiva del delito, mediando una aportación imprescindible o accesoria para que el autor pueda perfeccionar la realización típica del delito en cuestión, no debiendo contado por ello con el codominio funcional del hecho.

---

(822) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 36, junio 2012, op. cit., p. 153.

Por consiguiente, si la participación del agente toma lugar cuando el delito ya se consumó, esto es, cuando los autores ya han logrado la sustracción del bien mueble, teniendo a su vez la posibilidad de obtener un aprovechamiento, su conducta no será típica, pudiendo en todo caso responder por un hecho punible independiente; salvo de que se trate de una organización criminal dedicada a perpetrar esta clase de delitos, lo que necesita de una probanza especial dada su especial configuración criminológica, en cuanto a una estructura vertical u horizontal, con necesario reparto de roles y con una inobjetable vocación de permanencia. Mas si se presenta la primera opción, habría de responder como autor del delito de receptación, quien ha de ser necesariamente una persona distinta a la del autor del delito precedente (Robo agravado, Hurto, Apropiación ilícita, etc.) por motivos estrictos de razonabilidad y de legalidad; de no ser así, se estarían penado actos posteriores al delito, que por su propia naturaleza no pueden ser alcanzados por una pena. Siendo relevante destacar que, la posibilidad de admitir formas de participación en el delito de Robo agravado se supedita a actos anteriores a su efectiva consumación, por lo que una vez que los agentes logran la posesión del objeto material del delito para así poder obtener un provecho del bien, ya no procede admitir ninguna forma de participación delictiva, por lo que la persona que interviene luego de su perfección delictiva sea ocultando el bien o comercializando en el mercado negro, etc., será autor del delito de Receptación.

3.1.2. La coautoría

Comprobar fehacientemente una participación delictiva a título de coautoría requiere: primero, verificar si se ha realizado alguna de las acciones que se describen en la literalidad del art. 188° del Código Penal, en cuanto al uso de la violencia física (vis absoluta) o de la amenaza (vis compulsiva) para allanar el camino y proceder a la sustracción de los bienes muebles de la víctima; segundo, examinar las circunstancias que configuran las modalidades típicas de agravación (art. 189° del Texto Punitivo).

Como en todo delito, en la producción antijurídica del evento lesivo en afectación a los derechos propietarios de la víctima sobre el bien mueble puede participar más de una persona, lo cual en algunos casos da lugar al título de participación delictiva por coautoría, para ello se requiere acreditar que cada uno de los coautores intervinieron en la fase ejecutiva del delito; esta hipótesis, llevada al injusto penal de Robo agravado, significa que hayan intervenido en el momento justo que tomó lugar el ejercicio de la violencia o la amenaza sobre la esfera de libertad y voluntariedad de la víctima; que mediante el reparto de roles o división de funciones un agente se encargue de reducir los mecanismos de defensa del sujeto pasivo a través del uso de la violencia y de la amenaza; y otro proceda al acto típico de apoderamiento del objeto material del delito; circunstancias que en conjunto nos indican un juicio afirmativo de codominio funcional de hecho, así como la recíproca atribución del suceso delictivo como una unidad a todos los coautores.

A lo cual debe añadirse que, en cada uno de los coautores deben concurrir todos los elementos subjetivos del injusto en cuanto al dolo y a su vez se verifique el acuerdo previo o concomitante entre todos los agentes delictuales; figura delictiva, cuya consumación, siguiendo en estricto la teoría de la disponibilidad, supone que los agentes hayan contado con tiempo suficiente para poder obtener un aprovechamiento de las bondades del bien mueble.

En la Ejecutoria recaída en la Casación N° 55-2009 - La Libertad[823], se sostiene válidamente sobre la coautoría de Robo agravado, que:

> *Así las cosas, no hay duda a los efectos de la subsunción típica que los cuatro individuos actuaron en coautoría, figura jurídico-penal*

(823) En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 31, enero del 2012, op. cit., págs. 314-317.

que supone la realización conjunta de un delito por varias personas que intervienen en él conscientemente. En el caso concreto medió un supuesto de coautoría ejecutiva, en la que se produjo un reparto de las tareas ejecutivas: si bien todos atacaron y dispararon sus armas de fuego, es obvio que no todos los disparos de necesidad mortal fueron realizados por el imputado Guevara Abanto, quien según la sentencia recurrida los disparos que efectuó no impactaron en la víctima. Disparar contra los agraviados fue la ejecución de un plan común, aceptado por todos. Así, entonces, las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. La contribución del imputado, formando parte del grupo, atacando a unísono a los agraviados y apoderándose de las armas, es pues, un eslabón importante de todo el acontecer delictivo. El resultado muerte permanecía en el ámbito de la decisión común acordada previamente, que se expresó en la forma como se atacó a los vigilantes, no fue un exceso de uno de los asaltantes matar al agraviado.

El imputado cometió en común con otros el hecho punible. Hubo, pues, pactum scaeleris –que, como es obvio, no necesariamente ha de ser formal e incluso puede ser tácito, basta que se desprenda su existencia de la misma naturaleza y dinámica de los hechos que se incriminan colectivamente–, elemento subjetivo –dolo compartido o decisión conjunta– y elemento objetivo –aportación causal decisiva–. Dados estos elementos o presupuestos, no obsta la variedad y diversa entidad de los papeles asignados a los distintos coautores en el desarrollo del proyecto delictivo asumido, ya que cada uno de los coautores no tiene por qué realizar la totalidad de la conducta típica, aunque siempre es atribuible la totalidad de la acción a cada uno, es decir, el hecho delictivo les pertenece en igual medida –vinculo de solidaridad penal–, no son partícipes en los hecho por otro y por ello no juega el principio de accesoriedad propio de la participación en un hecho ajeno –se presenta un supuesto de imputación recíproca entre todos los coautores–. No se infringió el artículo 23 del Código Penal.

3.1.3. Las conductas neutrales o estereotipadas en el delito de Robo (principio de confianza)

Cuestión no menos importante es lo referido a las llamadas conductas «neutrales» o «estereotipadas», que conforme una doctrina muy renombrada, se afinca en la denominada «teoría de los roles», lineamiento teórico que, llevado a la jurisprudencia, ha pretendido ser empleado para sustraer del ámbito de punición verdaderos culpables, en el entendido de que estos agentes se involucran conscientemente en un evento unívocamente delictivo, transgreden roles que trasvasan rígidos y esquemáticos roles específicos, no olvidemos que detrás de estos se identifican el «rol de ciudadano», lo cual significa en cristiano, no coadyuvar o colaborar en la realización de un hecho punible; fundada esta argumentación en que la complicidad para que sea penalizada basta que el tipo subjetivo del injusto indique el llamado dolo eventual.

El rol que hubiere desempeñado el sujeto al momento de contribuir en la realización típica de un delito puede servir como primer elemento a valorar desde un plano objetivo, mas la negación de la subsunción típica requiere algo adicional: el nivel cognoscitivo del individuo, en cuanto su involucramiento en el evento en cuestión y ello supone a la par, el deber que tiene todo ciudadano de no contribuir en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente tutelado. En el RN N° 229-2012-Cañete, la Sala Penal Transitoria ha dejado en claro que:

> *Si bien el acusado alega que solo prestó servicios de taxi e ignoraba que sus coinculpados iban a cometer el asalto [principio de prohibición de regreso], se acreditó que participó en el planeamiento y ejecución del hecho ilícito [con reparto de roles entre varios agentes]. En tal sentido, su conducta no fue cotidiana, neutral o estereotipada y carente de sentido delictivo [negocio usual de transporte y desempeñó su rol de taxista, inocuo], que no produjo riesgo especial alguno, en tanto sus coinculpados no se aprovecharon de su prestación [servicio*

de taxi] para configurar el delito, sino que el acusado participó activamente en él.[824]

En el RN N° 4166-99, la Sala Penal Permanente acogió los criterios de la postura funcionalista en el marco de la teoría de la imputación objetiva (prohibición de regreso), señalando que:

> *[....] corresponde calificar la participación de Villalobos Chumpitaz a efectos de determinar si es posible imputarle o no el delito materia de autos; que, el punto inicial del análisis de las conductas a fin de establecer si devienen en penalmente relevantes, es la determinación del rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción; así el concepto de rol está referido a "un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables" (cfr. JAKOBS, Günther, La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Trad. Manuel Cancio Meliá, Ed. Grijley, Lima 1998, p. 21) de modo que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol, es aquello que objetivamente se imputa a su portador; que, 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, que, como hemos sostenido, ha quedado acreditado en autos que Villalobos Chumpitaz, se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual, podríamos calificar de inocuo, ya que no es equivalente per se, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado.*

Consideramos que una sociedad dinámica y de incesante movimiento, como la que caracteriza la descripción de las hipótesis, define una compartimentación de roles, es decir, los ciudadanos, conforme dicha configuración, asumen una serie de tareas, de labores, de

(824) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 57, marzo 2014, op. cit., p. 91.

acuerdo a su posición en el sistema social. En virtud a ello es que se habla en la doctrina de esferas de competencia organizativa, por cuanto cada individuo ha de desarrollar dicha esfera de acuerdo a las normatividades que las rigen, pues es sabido que una persona ejerce una variedad de labores en el decurso de su participación social: actividades técnicas, profesionales, ocupacionales, etc., siempre y cuando sea portador de libertad y de autonomía de la voluntad; es a partir de ello que ha de sujetar su proceder conductivo en estricto apego a las disposiciones que regulan en específico dicha actividad. Por consiguiente, una persona solo ha de responder (penalmente) por aquellas conducciones defectuosas que se enmarcan en su particular esfera de organización personal y no por aquellos comportamientos inadecuados –que superan el baremo del riesgo jurídicamente desaprobado– que toman lugar como consecuencia de una conducta desarrollada en un ámbito de organización ajeno.

Los ámbitos de organización que protegen las normas penales no tienen un perfil fijo, sino que son determinados por las normas que van construyendo ámbitos individuales o supraindividuales (estatales, colectivos, etc.) de organización. La existencia y alcance de dichos ámbitos, se dice en la doctrina especializada, dependen de las circunstancias y necesidades de una determinada sociedad y carecen de un contenido fijo ajeno a las normas de ese sistema social[(825)].

Conforme lo anotado, se diría que si dicha persona no ha quebrantado los roles que guían su proceder conductivo, no puede ser responsable por las conductas riesgosas que hayan de generar terceros, muy a pesar de estar íntimamente conectadas; dicho en otros términos, el enlace que pueda existir entre dos acciones u omisiones, que tienen como protagonistas a dos personas –y que sumados

(825) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva*, Cámara-Madrid, op. cit., págs. 43-44.

desencadenan una conducta típicamente relevante– no importaría atribuir responsabilidad penal a quien sujetó su proceder conductivo de acuerdo a su ámbito de competencia personal; verbi gratia, el médico no responderá por la probable impericia del anestesiólogo antes de que proceda la operación quirúrgica, de manera que son los roles y el principio de confianza los que delimitan los ámbitos de responsabilidad individual. Ello cuenta con pleno asidero justificativo en un sistema social provisto de una multiplicidad de actividades socio-económicas-culturales.

Si bien la teoría de los roles puede proporcionarnos una base informativa relevante, en orden a definir la responsabilidad penal de una persona no puede dejarse de lado que una sociedad no puede ser contemplada de una forma tan rígida, esquemática y mecanizada (formalista), ello supondría un proceso de deshumanización que niega los lazos de solidaridad humana; de manera que de forma subsidiaria a los roles propiamente específicos de un individuo aparecen los roles que asume toda persona como ciudadano, y ello significa no contribuir en un comportamiento que pueda reportar una lesión o una puesta en peligro a un bien jurídico penalmente tutelado; por tales motivos, la responsabilidad o no responsabilidad de una persona no puede determinarse únicamente desde un plano estricto de los roles que desempeña en la sociedad, sino también en mérito a la forma anímica y espiritual que ha manifestado en su comportamiento.

En consecuencia, si desde un plano subjetivo se logra advertir que este sabía que estaba contribuyendo a la realización de un acto típicamente delictivo, no podrá salvar su responsabilidad penal, en tanto habrá obrado dolosamente (dolo eventual); a tal efecto, en el decurso del procedimiento penal habrá de acreditarse dicha esfera cognoscitiva del injusto penal, a través de una suficiencia probatoria que puede construirse a partir de la prueba indiciaria, mas no a través de meras conjeturas, sospechas o presunciones.

Como se expone en la doctrina, si se parte de la idea de que el «*principio de confianza es un elemento necesario de toda división del trabajo*», pasa a ser una cuestión decisiva en este ámbito hasta dónde está permitido o resulta legítimo confiar (el principio de confianza no es contrafáctico, sino que depende del contexto y de los «otros»).[826]

El principio de confianza, por ende, puede brindar una base informativa importante para determinar los ámbitos de responsabilidad penal, mas dicho principio regulador de la teoría de la imputación objetiva no puede ser empleado como una fórmula general, pues en casos de ciertas características, una persona no puede confiar que la otra este procediendo de acuerdo a Derecho (amparado en las normas del orden jurídico), lo que importaría una afirmación positiva de responsabilidad penal de aquel que sabe perfectamente que está coadyuvando a la materialidad de una conducta delictiva, mediando una división del trabajo.

3.2. Sujeto pasivo

El delito de Robo trae una particularidad en este aspecto, de conformidad con su naturaleza pluriofensiva. El sujeto pasivo será, en definitiva, el titular del bien mueble que es objeto de sustracción por parte del agente, con arreglo a la denominación que se glosa en el Título V del CP. Sin embargo, la acción que toma lugar en la construcción típica, importa el despliegue de violencia física o de una amenaza inminente para la vida o integridad física, por lo que en algunas oportunidades, dicha coacción puede recalar en una persona ajena al dueño del patrimonio, que es apoderada por obra del autor; verbi gratia, quien va a realizar un depósito al banco, puede ser la empleada de una empresa, dinero que le pertenece a la persona jurídica y no a su persona, la cual es objeto de violencia por parte del agente para que entregue el dinero. Así también, los vigilantes

(826) Feijoo Sánchez, Bernardo, *Derecho penal de la empresa...*, op. cit., p. 193.

del banco reducidos por los asaltantes en su afán por apoderarse del dinero de las ventanillas, estos custodios no son los propietarios de los valores que son sustraídos.

En razón a lo antes expuesto, cabe diferenciar dos variantes de sujetos pasivos: a) Sujeto pasivo del delito, quien es el titular del objeto material del delito, y b) Sujeto pasivo de la acción típica, sobre quien puede recaer los actos físicos de violencia o los actos de amenaza[827]. Ello no obsta a que en ciertos casos, haya de refundirse ambas cualidades en una sola persona.

El sujeto pasivo del delito, puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica, pero sujeto pasivo de la acción típica, siempre debe serlo una persona psicofísica considerada; no olvidemos que la *societas* es una ficción legal, que no tiene existencia propia.

3.3. Modalidad típica

Se deduce de la redacción típica del art. 188° del Código Penal, y de lo vertido anteriormente, que el apoderamiento ilegítimo del bien –total o parcialmente ajeno– sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, debe ser el resultado del empleo de violencia física contra la persona o de la amenaza de causarle un peligro inminente para su vida o integridad física.

En todo lo que se refiere al apoderamiento o sustracción, así como el carácter ajeno (total o parcial del bien mueble), el intérprete debe atenerse a los aspectos del delito de Hurto simple. Eso sí, debe destacarse que en el caso del Robo no se aprecia, como en el Hurto, un acto propio de destreza del agente, pues la violencia o la amenaza que ejerce sobre la psique del ofendido, configura una apropiación directa –de propia mano– o mediando la propia entrega del coaccionado.

---

(827) Así, Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio,* op. cit., p. 123.

Se habla en primera línea, de una violencia física, despliegue de una energía lo suficientemente intensa como para vencer la resistencia de la víctima o los mecanismos de defensa que pueda anteponer para conjurar la agresión ilegítima. Atar, amordazar, golpear, empujar, apretar o utilizar cualquier mecanismo, es emplear violencia material[828]; por lo que debe ser efectiva (real), mejor dicho, debe manifestarse con actos concretos. No basta, pues, que la víctima se atemorice por obra de conocimientos que no resultan del despliegue de una actividad física por parte del autor[829]. Si la víctima confunde el sujeto con un malhechor prófugo dado a conocer por los medios de comunicación, al cual de solo verlo le siente temor y le entrega sus pertenencias, no sería esto un acto típico de Robo.

Para que exista violencia se requiere que se venza por la fuerza una resistencia normal, sea o no predispuesta, aunque, en realidad, ni siquiera se toque o amenace a la víctima[830].

Las diversas modalidades prácticas que puede asumir se dirigen, así, a frustrar o imposibilitar la concreción de la voluntad de defensa de los bienes muebles o a vencer resistencias ante la acción ilícita de sustracción/apoderamiento que ejecuta el agente del delito[831].

Debe tratarse, por tanto, de una violencia real, actual y susceptible de causar un daño en los bienes jurídicos fundamentales de la víctima; de tal forma que se requiere de una cierta entidad de violencia para que el agente pueda reducir al sujeto pasivo y hacerse del bien mueble. En tal virtud, el mero arrebato de una cartera, reloj, etc., constituye un ejemplo típico de Hurto, mas no de Robo, como se ha considerado por la jurisprudencia nacional, salvo, claro está, que el

(828) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...*, II-A, op. cit., p. 149.

(829) FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 445.

(830) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. IV, op. cit., p. 269.

(831) SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio,* op. cit., p. 115.

agente hubiese propinado un puñetazo a la persona de la agraviada, situación subsumible en el delito de Robo[832]; como se sostuvo, no es tan sencillo distinguir entre una conducta de pura destreza del agente para apoderarse del bien, con aquella que manifiesta ya un signo visible de violencia física.

Si la fuerza se ejerce sobre un objeto puede dar lugar a la calificación de Robo con intimidación, en caso de que se utilice como medio amedrentamiento, señala PÉREZ MANZANO. Si se ejerce la fuerza directamente sobre un objeto, pero esta incide indirectamente sobre las personas se puede calificar como Robo con violencia[833].

No necesariamente la violencia ha de recalar en la persona que lleva el bien mueble en su esfera de custodia, pues puede recaer sobre una persona[834] vinculada a la misma que justamente está a su lado, suficiente arma de coacción para que entregue voluntariamente el bien.

Cuestión de relevancia es que la violencia física que se ejerce sobre la esfera somática de la víctima debe realizarse con el fin de apoderarse del bien, esto es, el sujeto pasivo se erige como el obstáculo que el autor ha de vencer para poder apoderarse del bien mueble. Si luego de sustraído el bien con un mero acto de apoderamiento –sin mediar violencia–, el agente golpea cruelmente a la víctima, no será un delito de Robo, sino un concurso real de Hurto con Lesiones, siempre que la víctima no se haya constituido en obstáculo para la fuga del malhechor y así poder ejercer el nuevo señorío sobre la cosa –recobrar el apoderamiento efectivo del bien–; como enseña NUÑEZ, para afirmar el Robo, la violencia tiene lugar después de cometido el Robo para procurar su impunidad, vale decir, una vez consumado

(832) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...*, II-A, op. cit., p. 149.

(833) PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Robos,* op. cit., p. 396.

(834) Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 206.

el apoderamiento se ejerce en el mismo contexto de la acción de Robo, para lograr la propia impunidad o del otro participante[835]. En resumidas cuentas, que la violencia posterior debe constituir unidad de hecho con el apoderamiento y no una actividad posterior independiente[836]; no obstante, para otro sector de la doctrina en torno a esta materia, dicha violencia debe darse siempre que no se haya consumado el apoderamiento, siempre y cuando no haya disponibilidad del objeto[837].

En la Ejecutoria recaída en el RN N° 5373-99 - Cono Norte - Lima, se sostuvo lo siguiente: «*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 consolidarlo*»[838]

Si la violencia que ejerció el agente sobre la víctima produjo lesiones de magnitud en la esfera fisiológica o corporal del sujeto pasivo, no podrá decirse que el Robo absorbe el tipo penal de Lesiones[839]; de ser así estaríamos propiciando el vaciamiento de un bien jurídico tan importante como lo es la «salud humana», ello, al margen de las diferencias penológicas que se advierten entre ambos tipos penales. A menos que se trate de lesiones de mínima significancia, cuya valoración autónoma de lugar a Faltas contra la persona, aquellas que son consecuencia inmediata y normal del apoderamiento del objeto, cuando hubo resistencia por parte de la víctima.

---

(835) NUÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte Especial,* T. V, op. cit., p. 225; Cfr., SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. IV, op. cit., págs. 271-272.

(836) FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 447.

(837) PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Robos,* op. cit., págs. 404-405.

(838) En *Revista Peruana de Jurisprudencia, Normales Legales*, Año II, N° 4, op. cit., p. 399.

(839) Al respecto, PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...,* II-A, op. cit., págs. 149-150; NUÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte Especial,* op. cit., p. 225.

Otra consideración valorativa ha de verse cuando el uso de la violencia se ejerce posteriormente, por ejemplo, cuando los bienes ya han sido sustraídos de una casa, siendo que de forma súbita ingresa el propietario y es asesinado a tiros; será la conducta constitutiva de un Asesinato para ocultar otro delito (Hurto agravado).

Cuando son dos los que participan en el evento criminal y solo uno de ellos hace uso de la violencia sobre la víctima, en cambio el otro se encarga de sustraer los objetos; toma lugar la figura de la codelincuencia (coautores) en base a un codominio funcional del hecho, de acuerdo al reparto de roles que supone la atribución comunitaria del hecho como un solo suceso típico. Si el que sustrae los bienes aprovecha que estos han caído al piso, producto de la gresca en que se encuentran enfrascados su titular y un tercero, no será un delito de Robo sino un Hurto, mientras que los otros responderán a título de Lesiones si es que ha de apreciarse una afectación concreta a la salud de ambos.

Ahora bien, ¿qué sucede en la hipótesis de las denominadas «peperas» –mujeres (personas) que empelan sustancias tóxicas, sedantes, etc., para colocar a sus eventuales parejas en un estado de inconsciencia, para así poder despojarlos impunemente de todas sus pertenencias–? ¿Se puede decir que se trata de una clase de destreza que daría lugar al tipo de Hurto?, ¿acaso no importa una manifestación típica de violencia?; todo dependerá de la definición que se tenga con respecto a la violencia, si la extendemos a todo medio capaz o susceptible de poder lesionar la vida o salud de las personas, no queda más que incluir esta modalidad delictiva, como un Robo. Máxime, como ha acontecido en los hechos, algunas de estas víctimas, producto de la ingesta de dichas sustancias junto con el alcohol, fallecieron; no obstante el inc. 2 del segundo rubro de agravantes previstas en el art. 189° del CP, en forma expresa a esta modalidad delictiva, incluye como medios comisivos «drogas, insumos químicos o fármacos». Resultado antijurídico (muerte) que no puede ser

conducido al delito de Hurto en concurso con un Homicidio culposo, pues su correcta calificación en un Robo seguido de muerte, que habría de ser penalizado conforme el último párrafo del art. 189°.

En lo que respecta a la distinción del Robo y la Extorsión debe señalarse que, en el primero la acción típica da lugar a un acto típico de apoderamiento, que se ejerce mediante la violencia física o la amenaza, en cambio en el segundo, la obtención de la ventaja patrimonial se alcanza mediando la entrega directa por quien se ve conminado a hacerla[840]. Otro aspecto importante es que en el Robo la violencia ha de incidir necesariamente sobre quien tiene la custodia del bien mueble, pudiendo o no ser su propietario; en tanto la Extorsión se puede dar con privación de libertad ilegítima de una persona, siendo un tercero quien dispone realmente de la ventaja económica.

Luego se hace alusión a la «*amenaza de un peligro inminente para su vida o integridad física*», la cual debe ser entendida, por tanto, como aquel anuncio serio, inmediato, de gran probabilidad de que se acometa un atentado contra la vida o salud de la víctima; de igual forma que en el caso de la violencia física, la amenaza puede recaer sobre quien porta el bien o un tercero vinculado.

Por intimidación ha de entenderse aquella conducta que supone el anuncio de un mal, con el fin de conseguir el efecto psicológico de constreñir la libre formación de la voluntad, referida a la disposición patrimonial del sujeto pasivo de la acción de apoderamiento[841]; [...] toda coerción de índole subjetiva que se hace sufrir a una persona a fin de quebrar su voluntad permitiendo al reo, realizar así, el apoderamiento[842].

---

(840) Así, FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., págs. 443-444.

(841) PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Robos,* op. cit., p. 401; Así, GONZÁLEZ RUS, Juan, *Delitos contra el patrimonio (III),* op. cit., p. 618.

(842) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...,* II-A, cit., p. 150.

Se distingue de la violencia, en que esta representa una *vis* física dirigida contra las personas, mientras que en la intimidación, aun en la llevada a cabo mediante el uso de la fuerza material, no llega a haber acometimiento personal[843]. Hay violencia, por tanto, y no intimidación, cuando la amenaza no es un hecho instantáneo y discontinuo, sino presente, inmediato y subsistente en toda su intensidad[844].

Entonces, al hablarse de una amenaza inminente, debe entenderse que el mal que se pretende realizar ha de concretizarse de forma inmediata, si se dice que la amenaza es un mal a futuro no desplegará los efectos que se espera de la misma, de incidir en un plano psicológico concreto, reduciendo, por tanto, las mecanismos de defensa de la víctima.

La amenaza debe ser además sería o cierta, es decir, idónea para poder provocar el estado que se describe en la norma (inminente peligro para la vida o integridad física), por ejemplo, cuando se le coloca una navaja en el cuello exigiendo el dinero; no podrá ser reputada como «seria» o de inminente realización cuando la amenaza se haga mediando un instrumento ineficaz, verbi gratia, un palito de fósforo, un globo; pero sí lo podrán ser un encendedor, un cuchillo, un artefacto pirotécnico, etc. Así tampoco, el empleo de maleficios, brujería o cualquier aspecto carente de materialidad (espiritual) propio de la metafísica. Por consiguiente, han de quedar al margen del ámbito de protección de la norma, aquellas amenazas desprovistas de los elementos necesario para poder causar el impacto psicológico en la esfera emotiva de la víctima.

La ley quiere que la amenaza o amago sea anuncio de un daño grave e inminente, relacionado con la vida o la integridad física, pues

---

(843) VIVES ANTÓN, Tomás; GONZÁLEZ CUSSAC, José, *Delitos contra el patrimonio...*, op. cit., p. 442.

(844) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. IV, op. cit., p. 268.

las amenazas de otra índole (secuestro, contra el honor, etc.), no se encuadran en el art. 188°[845]. Si se amenaza con violentar la libertad sexual de una persona, será en este caso un concurso de Coacciones con Acceso carnal sexual, si es que se llega a configurar la violencia de forma concreta.

Como la intimidación tiene un carácter estrictamente subjetivo lo que importa es el efecto sobre la víctima, la afección sobre su libertad de actuar, es indiferente que la intimidación se logre mediante un engaño (así amenazar a la víctima con una pistola de juguete que sea imitación de una verdadera, etc.)[846]. Para tales efectos, debe considerarse las circunstancias concomitantes que rodean al hecho delictivo, así como las características personales de la víctima[847]; verbi gratia, si la acción se acomete en una calle peligrosa, cerca de la playa, y de noche, cuando una mujer está presta a abordar un taxi, y así es rodeada por dos o más sujetos de aspecto intimidante; por si sola dicha circunstancia constituye una grave amenaza, sin necesidad de que los facinerosos le muestren un arma de fuego o de juguete. Cuestión distinta acaece, cuando a plena luz del día, un orate pretende amenazar a un transeúnte simulando con una pistola de juguete, lo que a todas luces constituye un delito imposible por inidoneidad del medio empleado[848].

En el caso del empleo de un arma de fuego, hay que tener presente que su uso es ya incriminada como un Robo agravado y si esta se utiliza como un objeto contundente será un Robo simple (como violencia física).

---

(845) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...*, II-A, op. cit., p. 151.

(846) BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 207; Así, FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial,* op. cit., p. 445.

(847) Así, GONZÁLEZ RUS, Juan, *Delitos contra el patrimonio (III),* op. cit., págs. 619-620; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el Patrimonio,* op. cit., p. 119.

(848) Así, PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...*, II-A, op. cit., p. 150.

Cuestión importante es que la víctima sea susceptible de ser intimidada a efectos de lograrse el estado de angustia que el tipo exige. Tal exigencia comporta una limitación en cuanto a los sujetos pasivos: solo podrán ser sujetos pasivos de un Robo con intimidación quienes cuenten con la capacidad volitiva y cognoscitiva suficiente para percibir la entidad de la amenaza e intimidarse por ella; lo que no coincide, sin embargo, con el criterio de imputabilidad[849].

Cuando de forma simultánea aparece la violencia y luego la amenaza intimidante, debe subsumirse el hecho en la primera de ellas, pues revela una mayor intensidad antijurídica.

El consentimiento de la víctima (sujeto pasivo) para que el agente pueda llevarse el bien mueble no tiene relevancia alguna a efectos de determinar la tipicidad o atipicidad penal de la conducta, en el sentido de que justamente los medios que utiliza el autor para que el ofendido le entregue el objeto son reputados como vicios de la voluntad.

A nuestro entender, la admisión de causas de justificación son de dudosa aceptación, el estado de necesidad justificante se condiciona a una interés jurídico de mayor valor que ha de resguardar el agente, pero la vida, el cuerpo y la salud son bienes de igual rango con aquel que pretende procurar mantener el autor (vida de su esposa). Siendo así, solo podemos admitir un estado de inexigibilidad, una causa de disculpa, que no elimina la antijuridicidad penal de la conducta, pues tiene que ver en realidad con la motivación normativa que decae de forma significativa, así como los fines preventivos de la pena.

---

(849) GONZÁLEZ RUS, Juan, *Delitos contra el patrimonio (III),* op. cit., p. 618.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La figura delictiva de Robo solo resulta reprimible a título de dolo, esto es, conciencia y voluntad de realización típica; el autor dirige su conducta a desapoderar a la víctima de sus bienes muebles, mediando violencia física o amenaza de peligro inminente para su vida o integridad física.

Al igual que en el Hurto, el autor debe ser consciente de la ajenidad del bien, por lo que podría darse un error de tipo, que si es invencible no implica la impunidad de la conducta, pues el despliegue de los medios violentos serían desplazados a los tipos penales de Coacción o Lesiones.

Basta con el dolo, el Robo a diferencia del delito de Hurto, no exige la presencia de un elemento subjetivo del injusto de naturaleza trascendente (ánimo de tener provecho) que haya de tener relevancia para distinguir con la mera intención de uso, en el sentido de que no existe Robo de uso. Tanto la finalidad de disponibilidad como de utilización serán reputadas como constitutivas del art. 188° del Código Penal, no debe acreditarse, por tanto, en el proceso penal que el autor haya actuado inspirado por dichos móviles[850].

5. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

El tipo penal previsto en el art. 188° adquiere perfección delictiva cuando el agente logra apoderarse del bien mueble, esto es, se produce el desplazamiento de la esfera de custodia del sujeto pasivo hacia el sujeto activo, quien a partir de dicho momento está en capacidad de realizar actos de disponibilidad sobre el objeto[851].

---

(850) En contra, SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio,* op. cit., p. 124.

(851) Ibídem, págs. 621-622.

A diferencia del Hurto, el delito tentado ha de fijarse a partir de que el autor acomete el despliegue de la fuerza física o desde que toma lugar la amenaza grave, antes de ello solo se puede hablar de actos meramente preparatorios.

No cabe ninguna duda que, en la hipótesis de la violencia efectuada para lograr la impunidad, la consumación se realiza una vez verificado el acto violento[852].

Ni bien el autor logró desapoderar a la víctima del bien mueble y ya está en posibilidad fáctica de su disposición, ya no se admiten formas de participación; verbi gratia, quien recibe el bien en venta, prenda o depósito, será autor del delito de Receptación.

Las Salas Penales de la Corte Suprema, en lo que respecta al delito de Robo agravado, vía precedente vinculante (Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A) resuelven en el acápite de la decisión que: «[...] *respecto a los delitos de robo agravado, que el momento consumativo requiere la disponibilidad de las cosa sustraída por el agente. Disponibilidad que, más que real y efectiva debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída*». Así, cuando el agente es desposeído del bien, cuando es sorprendido en delito flagrante o no puede perfeccionar el delito por motivos ajenos a su voluntad. Asimismo, puede darse un desistimiento, siempre y cuando el cese de la ejecución delictiva obedezca a una decisión libre y voluntaria del agente, y que los actos ya realizados no sean constitutivos de otro tipo legal.

Sobre la consumación del Robo, la Sala Penal Transitoria en el RN N° 2245-2012-Loreto, sostiene que:

---

(852) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...*, II-A, op. cit., p. 156.

> *La sentencia recurrida establece que el delito de robo agravado quedo en grado de tentativa. Sin embargo, conforme a la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-2301-A [referida al momento de la consumación del mencionado delito], en el presente caso, el robo agravado fue consumado, pues el agente fue detenido luego de haberse apoderado de la motocicleta, justamente cuando ya tenía disposición sobre el bien, dado que se encontraba remolcándolo con otro vehículo que había tomado en calidad de servicio de taxi, media hora después de ocurridos los hechos.*(853)

Así, en la Ejecutoria suprema recaída en el Exp. N° 1608-2000-Lima: «[...] la consumación del delito de Robo agravado se produce cuando el agente se apodera mediante violencia y amenaza de un bien total o parcialmente ajeno, privando al titular del bien jurídico así como del ejercicio de sus derechos de custodia y posición asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición de dicho bien [...]»(854). En el RN N° 2308-2005-Lima Norte, la Sala Penal Permanente, dejó sentado que: «[...] el robo se consumó, pues *aun cuando la policía recupero el vehículo, por el tiempo transcurrido, desde que tuvo lugar el despojo patrimonial, los acusados estuvieron en condiciones de disponer de la camioneta*».(855)

En lo que respecta al concurso delictivo, como se dijo, si el ejercicio de la violencia física desencadena una visible y grave afectación a la integridad corporal de la víctima, se dará un concurso ideal de Robo con Lesiones, mas si se produce la muerte mediando imprudencia por el resultado, la conducta debemos cobijar bajo los alcances del último párrafo del art. 189° del Código Penal. Pero si el resultado antijurídico más grave fue propinado con dolo eventual, nos

---

(853) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 56, febrero 2014, op. cit., p. 160.

(854) *Taller de Dogmática Penal*, Jurista Editores, op. cit., p. 468.

(855) San Martín Castro, César, *Jurisprudencia y Precedente penal vinculante*, op. cit., p. 459.

inclinamos por un concurso de Robo con Homicidio (Asesinato), cuya resolución punitiva daría una pena menor a la hipótesis antes reseñada que, sin lugar a dudas, afecta los principios de proporcionalidad y de culpabilidad.

No resulta factible un concurso de Robo con el tipo penal de Desobediencia y Resistencia a la Autoridad (art. 368°), pues es de verse que no resulta admisible determinar la relevancia jurídico-penal de la conducta cuando de por medio está la detención del agente.

VIII. ROBO AGRAVADO

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. *En inmueble habitado.*
2. *Durante la noche o en lugar desolado.*
3. *A mano armada.*
4. *Con el concurso de dos o más personas.*
5. *En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.*
6. *Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.*
7. *En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.*
8. *Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.*

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

1. *Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.*

2. *Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.*
3. *Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.*
4. *Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.*

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.

1. FUNDAMENTOS DE INCRIMINACIÓN. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Como se puso de relieve, el Robo es un delito que atenta contra el patrimonio, concretamente, los derechos reales amparados en el ordenamiento jurídico, cuya sustantividad radica en la forma, o mejor dicho los medios, que emplea el agente para apoderarse del bien mueble, esto es la violencia o la amenaza de peligro inminente para la vida e integridad física del sujeto pasivo de la acción típica. Lo que revela un mayor contenido del injusto típico, dando lugar a una reacción punitiva, en puridad, más severa.

Sin embargo, al igual que el caso del delito de Homicidio, por lo general será difícil advertir que el Robo se configura de una forma simple y convencional, pues la praxis judicial demuestra que, en la mayoría de casos, este delito viene acompañado por ciertos añadidos, que lo hacen de mayor reproche en vista de su manifiesta peligrosidad. Agregados o elementos que le otorgan un plus de antijuridicidad penal tanto por la forma de su comisión, las circunstancias que rodean el hecho punible, la calidad del autor, la mayor vulnerabilidad de la víctima, así como de sus efectos perjudiciales; factores concurrentes o concomitantes que han servido

al legislador para construir normativamente la figura del Robo agravado.

Agregados circunstanciales que inciden, como es lógico, en la intensidad de la respuesta penal, lo cual es significativamente mayor que en el Robo simple, e incidirá en una defensa más audaz del imputado para negar la circunstancia agravante. Es de verse, pues, que las penas por este delito pueden oscilar entre los doce años como mínimo, hasta el extremo de que el agente puede ser sancionado con pena de cadena perpetua, cuando se da la hipótesis contenida en el último párrafo del articulado.

Es de recibo, entonces, que la construcción normativa de las circunstancias de agravación, importa, *prima facie*, dotar de ciertos añadidos al tipo base, sea en el tipo del injusto (desvalor de la acción y desvalor del resultado) o en el reproche de imputación individual (*culpabilidad*), por lo que la acreditación del delito de Robo agravado implica primero la verificación de todos los componentes (objetivos y subjetivos) del tipo penal contenido en el art. 188° del Código Penal[856]. Siendo que en el RN N° 3093-99-Lima se expresó lo siguiente:

> *El delito de robo agravado , deriva del tipo básico de robo simple previsto en el artículo 188 del Código Penal; que, siendo esto así, cuando se realiza la subsunción de la conducta en esta clase de delitos, no basta únicamente invocar el artículo 189 del Código Penal, pues ésta norma no describe conducta alguna, sino que solamente contiene las circunstancias bajo las cuales la conducta básica del delito de robo se agrava; que, teniendo en cuenta ello, se debe precisar que la conducta delictiva imputada al acusado, se subsume en el tipo penal contenido en el artículo 188 del Código Penal.*

(856) No en vano en la imputación delictiva formulada por el persecutor público, sea en la formalización de la denuncia o en la acusación, ha de invocar tanto el art. 189° como el 188° del CP.

Por otro lado, no nos oponemos de ninguna forma a que delitos tan graves como el Robo agravado sean reprimidos con penas en puridad severas, pero lo peligroso es que la modulación sancionadora desborde los principios legitimadores del Derecho penal, verbi gratia, de proporcionalidad, de culpabilidad, de humanidad de las penas, sobre todo, el fin preventivo-especial (positiva) de la pena que ha de resguardarse siempre, de común idea con lo dispuesto en el inc. 22 del art. 139° de la Ley Fundamental. Resultando ahora que, en mérito a la postura neocriminalizadora del legislador, los delitos de homicidio son sancionados con una pena atenuada con respecto a este delito, lo que a nuestro parecer es irrazonable desde los fundamentos de un Estado social y democrático de Derecho.

Por otro lado cabe señalar que, la técnica excesivamente casuística de cual hace gala el legislador en el art. 189°, importa una contravención al principio de legalidad, pues en vez de precisar los supuestos de hecho, su excesiva proliferación de hipótesis propicia lagunas, oscuridades y ambigüedades, que ha de repercutir en el juicio de subsunción jurídico-penal, lesivo al principio de seguridad jurídica. El recurrir al sistema casuístico es insuficiente, ya que se puede dejar de lado conductas merecedoras de una sanción por no encontrarse específicamente señalados en el catálogo de agravantes; lo que resulta a todas luces inapropiado, porque materialmente es imposible formular un tipo que prevea todas las circunstancias.[857]

En lo que respecta al bien jurídico tutelado por el art. 189°, ha de convenirse que, de igual forma que el Robo simple, lo constituye la propiedad y la posesión, como derechos reales que vinculan jurídicamente a su titular con el bien mueble y que son objeto de apoderamiento por parte del agente, pero debe agregarse que otros bienes jurídicos resultan también tutelados, tales como la vida, el cuerpo, la salud y la libertad personal del sujeto pasivo de la acción

---

(857) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...*, II-A, op. cit., págs. 158-159.

típica; dígase, de forma más intensa que en el caso del art. 188° del CP; siendo que incluso la muerte de la víctima es contemplada por este articulado –según lo expuesto en el último párrafo–.

Según lo antes expuesto, no cabe más que ratificar nuestra postura adoptada en el artículo anterior, de que el Robo agravado es un delito pluriofensivo; al atacar una diversidad de bienes jurídicos. Punto de la cuestión que incide también en la determinación del círculo de sujetos pasivos; pues si la acción típica (violencia o amenaza) recae sobre una persona distinta al titular del bien (propietario o poseedor), será calificado como el «sujeto pasivo de la acción» y el titular afectado en su patrimonio, el «sujeto pasivo del delito», lo que no obsta a que en una sola persona puedan conjugarse ambas calidades dogmáticas; pero lo que debe quedar claro es que la acción típica siempre ha de recaer sobre la persona que cuenta con la tenencia, custodia o posesión del bien, pues si esta recala sobre la persona del propietario no poseedor, a fin de que se le entregue al agente una ventaja patrimonial, el hecho será constitutivo de un delito de Extorsión y no de Robo agravado.

2. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Antes de abordar la temática en cuestión, cabe precisar que básicamente serán de análisis aquellas circunstancias cualificantes que no se encuentran comprendidas en el marco normativo del art. 186° (Hurto agravado).

2.1. Circunstancias agravantes de primer grado (la pena será no menor de doce ni mayor de veinte años)

2.1.1. En inmueble habitado

Cuando se hace alusión a «inmueble habitado», no solo ha de comprender el domicilio como tal, sino también la morada, casa de negocios ajena, dependencia o recinto habitado por otro; esto es, cualquier espacio y/o lugar geográfico (perimétrico) que delimitado

arquitectónicamente, da lugar a la configuración de un ámbito separado del exterior, donde se desarrolla la intimidad personal y/o familiar.

El recinto debe mantener vigente una residencia, por parte de una o más personas, que no necesariamente deben estar presentes al momento en que ingresan los ladrones, con la intención de sustraer los bienes muebles que se encuentran allí. Como se dijo, lo que da el plus de desvalor del injusto, es el peligro que corren los moradores, mas si este adquiere una real configuración, en cuanto a una probable lesión a la integridad de aquéllos, la tipificación penal se desplaza al artículo 188° del CP.

Para BAJO FERNÁNDEZ, la razón de esta agravación se encuentra en el riesgo que se genera para las personas al cometer el hecho en casa habitada[858]. Y también el peligro de que se ponga en riesgo la incolumidad de la intimidad de los residentes, quienes pueden ser objeto de una invasión de la «*privacy*», con ello el desarrollo de su personalidad.

En el caso de que se ingrese efectivamente al domicilio y se produzca el apoderamiento, deberán salir los objetos de dicho plano espacial, para que se pueda dar la consumación y, si esto es así, será reputado como un hurto agravado; desplazando a la figura de violación de domicilio, por consunción, pues el acto mismo de ingresar al domicilio de forma ilegal, ya está contenido en el supuesto delictivo en análisis. Lo que no sucedería en el caso del tipo penal de violación a la intimidad, si el agente aparte de ingresar a la casa y llevarse consigno una serie de objetos, graba y/o registra una conversación familiar, dará lugar a un concurso ideal de delitos con el artículo 154°.

(858) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 95.

Si uno de los involucrados es residente del inmueble, donde se produce el hurto, es decir, este es quien ha entregado las llaves para que puedan ingresar los hurtadores, no será penado a título de autor, pues no realiza la acción que describe el tipo penal, sino como cómplice por el mismo delito.

Cuestión importante a saber, y que debe verificarse en todas estas circunstancias agravantes, es que el agente debe actuar (típicamente) conociendo de los elementos que la convierten en un hurto agravado; si en este caso, el autor estaba convencido de que el inmueble estaba abandonado, podrá ser incriminado solamente por un hurto simple.

2.1.2. Robo durante la noche o en lugar desolado

Bajo esta hipótesis el legislador hace alusión a un factor natural relacionado con el momento en que se realiza el hecho punible. La noche es un espacio de tiempo que transcurre cuando la Tierra, por efectos de su movimiento de rotación hacia el este, queda en penumbra, es decir, queda del lado opuesto al sol; este espacio de tiempo es relativo, depende del área geográfica y la época del año en que nos encontremos; por ejemplo, en los Polos de la Tierra una noche no dura como el promedio de los lugares próximos al ecuador (12 h) sino seis meses.

Consideramos que este factor propio de la naturaleza, fue tomado por el legislador de acuerdo a concepciones de antaño, donde la criminalidad solía actuar y aterrorizar con mayor frecuencia bajo el manto impune de la noche. Situación que ha cambiado hoy en día, pues los actos delictivos, sobre todo, los cometidos por la criminalidad convencional, se ejecutan a plena luz del día, los agentes no tienen mayor reparo e inconvenientes con ello; los ejemplos sobran, basta con revisar los diarios una mañana o ver algún noticiero: cámaras de seguridad que graban asesinatos en moto, robos a centros comerciales, secuestros, extorsiones, etc. En efecto, ninguna hora

del día garantiza no ser víctima de un delito, la prevención general negativa se encuentra significativamente debilitada. Máxime, ahora las calles tienen una mayor número de ciudadanos transitando, existe un mayor resguardo policial, claro no en todos los lugares, y una mayor desplazamiento de vehículos; de forma que si se producen hechos violentos, habrán más daños colaterales, el peligro aumenta exponencialmente.

Cuando los actos de sustracciones toman lugar en centros comerciales, tiendas, negocios, etc., en el transcurso de la noche, estando provistos, dichos lugares, de una suficiente iluminación, debe descartarse la presente hipótesis de agravación, pues no se cumplen las condiciones que dicho factor natural ha de propiciar al agente del delito para apoderarse con mayor facilidad del objeto. La Sala Penal Permanente ha indicado en un caso relacionado (en RN N° 2716-2005) que: «[...] *el hecho ocurrió a las cinco y treinta de la mañana, de suerte que aun cuando la luz del día no se había expresado plenamente no puede calificarse el momento del delito como «durante la noche» –que apunta a una noción objetiva de nocturnidad natural y que además se utiliza de propósito aprovechando la situación de indefensión de la víctima– conforme al inciso dos del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal*».[859]

En lo que respecta a lugar «desolado», se trata de una circunscripción física descampada, en la cual no habita nadie o también aquel lugar por donde ninguna persona transita, a pesar de que existan viviendas con sus respectivos ocupantes al momento de realizarse el hecho punible; por lo que el fundamento de la agravación reside en que la víctima difícilmente podrá ser objeto de salvamento por otra persona y a su vez el agente adquiere una aptitud de mayor peligrosidad.

---

(859) San Martín Castro, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante,* op. cit., p. 464.

La jurisprudencia española ha resuelto que «despoblado» es el lugar donde no hay población ni concurrencia de gentes.[860]

Un espacio geográfico determinado puede estar desolado por una serie de circunstancias, por ejemplo, porque es, simplemente, un lugar no urbanizado, una carretera hacia el área rural, zona urbana del litoral que en temporada de invierno no cuenta con ocupantes, entre otros supuestos.

En legislaciones antiguas se hacía alusión al «despoblado». La agravación del robo por haber sido cometido en despoblado es tradicional y se remonta al Derecho romano, en el cual los ladrones de caminos recibían la designación especial de *grassatores*[861]. El concepto de despoblado es de apreciación de circunstancias, apunta FONTÁN BALESTRA, pues un mismo lugar será o no despoblado según el momento, la hora, etcétera. Un lugar de acampar lleno de automovilistas en determinados días y horas, puede constituir en otros momentos un lugar despoblado.[862] El robo se comete en despoblado cuando se realiza en un paraje situado fuera del radio poblado, donde sus víctimas no puedan recibir auxilio inmediato de terceros[863].

2.1.3. Robo a mano armada

Esta circunstancia agravante trae a colación una serie de aspectos controversiales, que son puestos en el tapete por parte de la doctrina, lo cual resulta muy importante a efectos de establecer con corrección su procedencia calificadora, tomando en cuenta su incidencia criminológica; conocida con el nombre de «asalto», señala PEÑA CABRERA[864].

---

(860) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. IV, op. cit., p. 281.

(861) Ibídem, p. 280.

(862) FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 456.

(863) NUÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte Especial,* T. V, op. cit., p. 234.

(864) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...,* op. cit., p. 160.

Fundamento de la agravante reposa en la singular y particular «peligrosidad objetiva» que se revela cuando el agente porta un arma, cuya efectiva utilización puede desencadenar un evento lesivo de magnitud considerable, dada la naturaleza de los bienes jurídicos que se colocan en un estado de aptitud de afectación, lo cual redunda en contenido del injusto típico de intensidad desvalorativa[865].

Hemos de fijar que su procedencia está condicionada a los siguiente: que los instrumentos u objetos que han de ser calificados como «arma» deben haber sido los medios empleados por el agente para poder vencer la resistencia de la víctima, haber reducido sus mecanismos de defensa y así poder apoderarse de los bienes muebles que se encuentran bajo su esfera de poder; violencia que debe ser continua y uniforme hasta lograr un total desapoderamiento, que permita al autor disponer de la cosa sustraída. Para ello se requiere que el agente utilice de forma efectiva el arma en cuestión; en el caso de producirse el apoderamiento con sustracción, sin usarla pese a contar con ella, será un Hurto y no un Robo agravado.

Se distingue comúnmente, las llamadas armas «propias» y las armas «impropias»; en el primer rubro se comprenden a las escopetas, los fusiles, los revólveres, las pistolas, es decir, todas aquellas que son creadas especialmente para causar lesiones y/o la muerte de una persona; las cuales efectúan la propulsión de un proyectil que ha de incidir en un determinado blanco. Las armas de guerra implican de por sí una mayor sofisticación y se supone solo las portan las Fuerzas Armadas. Mientras que en la segunda variante (armas blancas punzantes, inciso contusas, punzocortantes), hemos de glosar los cuchillos, las navajas, puñales, las hachas, tijeras, instrumentos de labranza así como herramientas que se emplean en ciertos oficios menores, pero que usados con fines delictivos tienen la suficiente idoneidad como para provocar un daño grave en la vida o salud de las personas;

---

(865) Así, GONZÁLEZ RUS, Juan, *Delitos contra el Patrimonio (III)*, op. cit., p. 625.

claro está, que un objeto puede ser nimio para algunos, sin embargo, para otros que han alcanzado, por ejemplo, un adiestramiento significativo en ciertas artes, pueden ser letales; asimismo, el caso de las extremidades de un luchador de artes marciales, podrían considerarse «un arma letal», salvo que su extensión vulneraría el principio de legalidad.

Por arma, dice SOLER, debe entenderse tanto aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona, como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como un medio contundente[(866)]; en el ejemplo del ladrón que al ingresar a la vivienda amenaza con el revólver, pero al no servir como medio de intimidación es empleada como objeto contundente para reducir a la víctima. En opinión de PÉREZ MANZANO, armas son aquellos objetos que, desde el punto de vista del peligro, son capaces de producir las lesiones más graves a la integridad física o incluso la muerte de la víctima, de manera que objetos que solo sean aptos para producir lesiones leves no deben considerarse medios igualmente peligrosos, sino medios menos peligrosos cuya utilización no dará lugar a la agravación[(867)]. Según nuestra ley positiva, el arma ha de ser idónea para poder provocar una aptitud de lesión para la vida o integridad física del ofendido, en el entendido de que hayan de reducir al máximo sus posibilidades de repeler el ataque.

Ahora bien, como se dijo, el arma para poder ser calificada como elemento de agravación de Robo debe ser efectivamente empleado por el agente, debe ser el medio para doblegar la voluntad de la víctima; no basta, por consiguiente, el hecho de llevar o portar un arma[(868)]; sea ejerciendo una violencia concreta, verbi gratia, disparando al aire o al cuerpo de la víctima, lo que importa que pueda

(866) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. IV, cit., ps. 187-288.

(867) PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Robos,* op. cit., p. 413.

(868) NUÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte Especial,* op. cit., p. 240.

ser configurada como una fuerza contundente o como una forma de amenaza al ser exhibida[869]. Si del disparo acaecen lesiones graves, habría que apreciar un concurso delictivo y si luego del disparo se arrepiente del apoderamiento, sin lesiones graves, será calificado como un delito tentado de Robo agravado.

Su empleo entonces debe ser para que el autor logre desapoderar a la víctima de sus pertenencias; si el agente ya logró el desapoderamiento y usa el arma para no ser atrapado por el agraviado, disparándole, puesto que aquél ulteriormente se percató del desapoderamiento, no será un caso de Robo agravado sino un Hurto, en concurso con Asesinato para ocultar otro delito. De esta opinión es ROJAS VARGAS, quien escribe que no es configurador de tal especie delictiva agravada, el hacer uso del arma una vez logrado el apoderamiento para defender el bien ilícitamente sustraído de terceros o de la misma Policía o víctima[870]; siempre y cuando, como se dijo en el Robo, el desapoderamiento haya logrado su plena concreción, pues si la víctima se erige aún como un obstáculo para alcanzar lo mencionado, deberá ser calificado como un Robo agravado.

Cuestión importante es la estructura real del instrumento para poder ser calificado como un «arma». De forma rayana, cuando se trata de una pistola de juguete o de fogueo, para un sector de la doctrina habría que rechazar la agravante. La razón estriba en el uso efectivo del arma o del instrumento que pudiera servir de tal. Interesa que el arma aumente la potencialidad agresiva del agente y, por tanto, la mera simulación no es suficiente para delinear la agravación que comentamos, concluye PEÑA CABRERA[871]. SOLER, es de esta posición desde la perspectiva anímica del autor, pues a su

---

(869) Cfr., SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio,* op. cit., p. 153.

(870) ROJAS VARGAS, Fidel, *Estudios de Derecho penal, Doctrina y jurisprudencia,* op. cit., p. 303.

(871) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, op. cit., p. 161; Así, Fontán Balestra, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 455.

consideración el dolo debe consistir en el empleo de algo que sea un arma también para él[872].

Otra postura ha de verse en SALINAS SICCHA, para quien los argumentos antes anotados no toman en cuenta que muy bien aquella arma aparente (revólver de fogueo, pistola de juguete, etc.) puede ser utilizada como arma contundente y fácilmente poner en peligro la integridad física de la víctima[873].

A decir de ROJAS VARGAS, las críticas al concepto funcional de arma que puedan plantearse, apuntan a poner de manifiesto la suma relatividad de los condicionales requisitos que pueden subjetivizar las vulnerabilidades de la víctima y maximizar o sobrevalorar las capacidades ofensivas del agente[874].

¿Qué sucede en el caso de armas descargadas?, es decir, ¿son idóneas para provocar los resultados antes mencionados, aunque no cuenten con balas al interior? Si seguimos la corriente doctrinal antes esbozada, habrá que negar su apreciación como agravante; pero, ¿qué ha de decirse desde la contemplación de la víctima?, pues precisamente el hecho de que el autor cuente con dicho instrumento, es lo que doblega a la víctima, a menos que esta advierta que ello no es así.

Lo que queremos decir en todo caso, es que si bien se parte de una premisa correcta, cuando se dice que el arma debe ser idónea para producir los eventos lesivos en cuanto a la afectación de los bienes jurídicos fundamentales del sujeto pasivo, no se debe perder de vista la perspectiva de la víctima, que puede incurrir en error en cuanto a la apreciación real del arma desde una perspectiva *ex ante*, que desde márgenes racionales puede dar visos en cuanto a la materia de prohibición de este articulado. ¿Hasta qué punto, pues, la

---

(872) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. IV, op. cit., p. 288.

(873) SALINAS SICCHIA, Ramiro, *Delitos contra el Patrimonio,* op. cit., p. 155.

(874) ROJAS VARGAS, Fidel, *Estudios de Derecho penal...,* op. cit., p. 308.

víctima ha de poder verificar la funcionalidad del arma?, más aun, tratándose de especiales y atemorizantes circunstancias en la cuales se ve envuelta; lo cual deberá valorarse caso por caso, debiéndose descartar aquellas que de forma visible y grotesca no pueden ser objeto de simulación[875], que tampoco pueden ser empleadas como objetos contundentes.

La siguiente Sentencia, recaída en el RN N° 5824-97-Huánuco, da visos preliminares de los criterios que han seguido los tribunales peruanos:

> *Un arma es todo instrumento real que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima, de ninguna manera puede considerarse como robo simple la conducta desplegada por los referidos acusados, pues si bien es cierto que aparentemente son inocuas, pero si embargo resultaron suficientes para lograr atemorizar a los agraviados, contra los que ejercieron violencia, participaron más de dos agentes, en casa habitada.*[876]

La Sala Penal Transitoria, sobre esta modalidad del injusto agravado del Robo, en el RN N° 1479-2010-Piura, ha dejado entrever que:

> *Los medios comisivos alternativos del robo no se restringen al uso de violencia física –vis absoluta–, sino que también acogen la amenaza –vis compulsiva–. La utilización del arma como agravante específica del robo no requiere materializarse en un acto directamente lesivo a la integridad física de la víctima –violencia física–, pues también puede dirigirse sobre su aspecto psicológico, a través de la amenaza suficiente para vencer la resistencia que eventualmente aquella oponga. No es necesaria la verificación de lesiones inferidas sobre la integridad*

(875) Vide, al respecto, GONZÁLEZ RUS, Juan, *Delitos contra el Patrimonio (III)*, op. cit., págs. 626-627.

(876) GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo, Código Penal, op. cit., p. 131.

corporal de la víctima para constatar el empleo de armas en la perpetración del delito.[877]

Para distinguir la amenaza del art. 188° con la agravante *in examine*, en la primera de ellas, el autor no puede haber propiciado el estado psicológico de miedo sobre la víctima, pues de ser así habrá que apreciar el art. 189°. Si esta no fue empleada y el agente reduce a la víctima a golpes, habrá que admitir un Robo simple.

Si se pretende aplicar la agravante ante la presencia de más de un autor, la comunicabilidad solo será admisible cuando el coautor sabe que el otro coautor está empleando un arma para reducir al ofendido.

Por último, ¿la concurrencia de la agravante ha de absorber o consumir al delito de tenencia ilegal de armas? Dependerá del criterio que se tenga en cuanto al art. 279° del CP; se habla en este caso de una tenencia «ilegal» que para su configuración no requiere que el arma sea utilizada, pues lo que se castiga es su posesión al margen de las licencias estatales que ha de procurar contar un particular para hacer uso de un arma de fuego, constituye un delito de peligro abstracto. La peligrosidad de estos instrumentos obliga al Estado a reglar su uso y posesión. En tal mérito, solo ha de descartarse el concurso cuando la tenencia del arma es legítima, mas no cuando es ilegal su posesión, en este último caso solo se castigará al autor por Robo agravado.

Es de notar que el tema de un probable concurso delictivo o conflicto aparente de normas, entre el delito cometido por el agente (Robo, Asesinato, Reglaje, etc.), con el tipo penal de Tenencia ilegal de armas ha llevado, en no pocas ocasiones, a resoluciones judiciales que confunden los criterios para identificar una u otra institución

(877) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 35, mayo 2012, op. cit., p. 158.

jurídico-penal, en el sentido de que piensan erróneamente que el hecho de que el delito de Robo agravado haga alusión a «mano armada» (dígase, arma de fuego) absorbe o consume al contenido en el art. 279° del CP, cuando lo fundamental en este punto es establecer la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos, donde en este último es la «Seguridad Pública», máxime, cuando puede darse el caso de que el perpetrador del Robo u Homicidio cuente con licencia para portar arma de fuego, ergo, no cabe la figura del concurso delictivo. Así es de verse en la Resolución recaída en el RN N° 2921-2010-Puno, emitida por la Sala Penal Transitoria, en la cual se sostiene que:

> *Se acreditó que el imputado causó la muerte de su conviviente y que con posterioridad a ello colocó una carga explosiva en su cuerpo, configurándose un concurso real (artículo 50 del CP) entre los delitos de Parricidio y tenencia ilegal de materiales peligrosos, al concurrir dos hechos punibles que deben considerarse como delitos independientes, aunque no procede imponer la pena privativa de treinta y cinco años, pues el acusado le alcanza el beneficio de la responsabilidad restringida.*[878]

En tanto, en la Ejecutoria recaída en el RN N° 584-98 se señala al respecto que:

> *El delito de robo con utilización de arma de fuego como instrumento para ejecutarlo, configura un delito de robo agravado y por ende no cabe que se considere dos delitos autónomos, pues el uso de armas en la ejecución de un robo constituye un sub tipo agravado del delito de robo; que, siendo esto así, la tenencia de armas de fuego con dicho propósito se subsume en la circunstancia agravante antes referida.*

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema realizó un análisis equivocado para discernir si el delito de Robo agravado bajo el supuesto de *a mano armada,* puede concurrir con el tipo penal de

(878) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 28, octubre 2011, op. cit., p. 153.

Tenencia ilegal de armas, pues no toma en cuenta la naturaleza del bien jurídico tutelado por ambas tipificaciones legales, al sostener en el RN N° 1680-2005-Amazonas, que:

> *Que, conforme a reiterada jurisprudencia de este Supremo Tribunal, el delito de tenencia ilegal de armas de fuego –delito de peligro abstracto de mera actividad y de comisión instantánea– no puede concurrir –en concurso real o ideal– con el delito de robo agravado en la modalidad de utilización de armas de fuego, por lo que el inciso tres del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal subsume el tipo legal del artículo doscientos setenta y nueve del Código acotado; que, en tal virtud, debe absolverse al imputado por el delito en referencia.*[879]

En el presente caso, la tenencia ilegal del arma de fuego es lo que otorga contenido a la acreditación del comportamiento típico –en su categoría formal–, lo que a nuestro entender resulta insuficiente para argumentar que estamos ante una conducta de relevancia jurídico-penal según el principio de ofensividad, como guía que reviste de legitimidad a la intervención del Derecho punitivo. Por consiguiente, dicha posesión fáctica o tenencia ha de indicar imperiosamente una relación de pertenencia entre el agente y el objeto material del delito, que en términos estrictamente probatorios, implica la exigencia de acreditar que las armas (municiones, proyectiles, etc.) se encuentren en el ámbito de disposición de dominio del autor; constituyendo un tipo penal de peligro abstracto –de mera actividad–, pues no resulta necesario verificar que el empleo de dicha arma haya colocado en un estado de aptitud de lesión a un bien jurídico personal, sino que la esencia supraindividual de esta figura delictiva (seguridad pública) determina que su mera aprehensión ilegal construya el desvalor que es sancionado por el legislador con una pena. Son estos presupuestos a saber que determinan la perfecta admisibilidad de un concurso

(879) San Martín Castro, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante,* op. cit., p. 478.

delictivo entre el delito de Robo agravado (a mano armada) con el tipo penal de Tenencia ilegal de armas, pues en este último, el fundamento político criminal de la acriminación subyace en la necesidad de garantizar que solo ciertos ciudadanos puedan portarlas, así, su posesión no puede significar un peligro para el orden público.

2.1.4. Robo en cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos

Esta agravante toma lugar conforme a la locación, el lugar, el sitio, el marco territorial donde se produce el robo que, conforme es de verse de su originaria redacción típica, ha sido ampliada inconmensurablemente a una serie lugares y esto en realidad desborda la *ratio* de la norma. Extensión tipificante que toma lugar a raíz de la sanción de la Ley N° 28982 del 3 de marzo del 2007 y se ha mantenido en el decurso de las modificatorias al artículo que la contiene.

Mediando esta sobreabundante oferta de adecuación típica, la agravante pierde coherencia y sistematicidad, pues se suponía que el único fundamento de la agravante era la mayor peligrosidad que se configura cuando el robo se acomete en un medio de transporte público. Parece ser que el fenómeno de la politización normativa adquiere cierta dimensión en esta agravante, pues es de advertir que el sostén de la inclusión de mayores lugares (públicos y privados) tiene como antecedente los atracos que acaecieron en algunos restaurantes afamados en la ciudad de Lima, donde sus comensales fueron sustraídos ilegítimamente de sus pertenencias con de armas de gran alcance potencial. En todo caso, si el fundamento es el mayor peligro que puede crearse en lugares, centros y recintos que albergan a un número indeterminado de personas, debió haberse construido una fórmula abierta,

en la cual se puede cobijar todo supuesto de hecho que se adecue a las características que se pretende estructurar en el dispositivo legal.

Asimismo, debe decirse que el medio de transporte público, al momento de los hechos, debe estar ocupado por pasajeros, en uso y/o funcionamiento del servicio público[880], pues si el chofer esta ya regresando a su unidad solo en compañía del cobrador, no se dará la agravante en cuestión; medios de transporte público que podrán serlo los autobuses, camionetas, furgonetas, combis, taxis, colectivos, trenes, tranvías, embarcaciones (botes, cruceros, lanchas), entre otros.

Finalmente, que el Robo acaezca en áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos o bienes integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos hace referencia a determinados espacios donde se desarrollan ciertas actividades (científico-culturales) de una Nación, que si bien debe ser protegidas con las figuras delictivas pertinentes, no entendemos a ciencia cierta qué peligrosidad encierra el Robo si toma lugar en dichos recintos cuando no hay una pluralidad de personas en su interior; pareciese que lo que se quiere proteger es al turista, para ello bastaba con incidir normativamente en la característica de la víctima en la construcción de la agravante. Si del museo se trata puede darse, según la hipótesis anterior, siempre que se cumpla con los presupuestos antes anotados.

2.1.5. Robo fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad

Bajo esta hipótesis ha de comprenderse aquel comportamiento del agente, en virtud del cual simula ser una autoridad o servidor público, tomando lugar la asunción mendaz (engaño) de una actuación pública; empero no se configura el tipo penal de Usurpación de funciones que se incrimina en el art. 361° del CP –pues para que

(880) Así, SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio,* op. cit., p. 161.

pueda darse dicha tipificación penal se requiere que el autor ingrese de forma ilegal al aparato público, sin haber sido nombrado o sin contar con el título correspondiente, visando de ilegalidad su actuación, como un injusto que afecta la legitimidad de la función pública–, sino que el autor emplea medios fraudulentos, ardid, artificios, etc., para perpetrar el Robo; verbi gratia, quien simula ser un ejecutor coactivo para poder ingresar a un recinto privado y así poder apropiarse de los bienes muebles mediando violencia o grave intimidación. Sin embargo, conjuntamente a esta agravante podrá concurrir el tipo penal previsto en el art. 362° del Código Penal –Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce–.

Cuando la apropiación de los bienes, por parte del agente que finge ser una autoridad pública, se realiza sin emplear violencia, ha de convenir la aparición de la estafa, siempre y cuando sea la propia víctima quien entregue los objetos al autor mediando una voluntad viciada.

El agente con esa falsa atribución de conducirse como autoridad o utilizando una orden apócrifa, busca en la víctima una relación de superioridad para sorprender o impedir una respuesta ante la agresión que sufre[881]; el empleo del uniforme de policía lleva ya consigo ciertos efectos intimidatorios que anudan en una reducción significativa de los medios de defensa que ha de contar la víctima para repeler el ataque; más aún, cuando es sabido que, lamentablemente, verdaderos agentes del orden forman parte de organizaciones delictivas dedicadas a cometer estos delitos.

En lo que respecta a mostrar orden o mandamiento falso de autoridad, sería, por ejemplo los casos, aquel que finge ser cobrador coactivo y a fin de poder ingresar a un local privado so pretexto de ejecutar un embargo, se vale de una orden o un mandato judicial

(881) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...*, II-A, op. cit., p. 163.

fraudulento elaborado por él mismo en un taller de imprenta. Quien realiza la acción típica puede ser cualquiera, alguien que finge ser un servidor público, un verdadero funcionario público o un particular.

No se dará esta hipótesis cuando el agente desconoce del origen falsario de la orden, a menos que la imputación se traslade al hombre de atrás, al superior jerárquico como autor mediato, lo cual no podría ser de todos modos, pues este tiene autoridad para emitir dicha orden, y si desborda el marco de su actuación funcional será un acto típico de Abuso de autoridad. Debe verificarse el dato objetivo del tipo, que la orden o mandato que muestra el agente de forma directa a la víctima es falso, caso contrario, si se determina que la orden era legítima o legal, la agravante no se configura[882], al menos con este elemento del tipo, no. Por lo general esta agravante entrará en concurso con el tipo penal de Falsedad material (art. 427° del Código Penal).

En otro supuesto se hace mención a que el agente finge ser un trabajador del sector privado, será el caso de empresas que prestan servicios públicos como de electricidad y telefonía, en virtud del cual deben en algunas circunstancias ingresar a locales cerrados, viviendas, etc., para realizar refacciones, conexiones, reparaciones o instalaciones de líneas, cajas de luz, medidores, etc.; en tal sentido, los agentes aprovechan dicha falsa condición para internarse en el interior de las viviendas, departamentos, fábricas, tiendas, etc., para así dar rienda suelta a sus propósitos delictivos. Los medios que emplea deben ser idóneos para lograr engañar al sujeto pasivo, es decir, deben ser eficaces para hacer aparentar al agente como auténtico trabajador del sector privado, pues si el autor no requirió hacerse pasarse como tal para poder ingresar al domicilio, y se dio simplemente por la indiligencia del ofendido, será un Robo simple, sin perjuicio que concurran otras circunstancias agravantes glosadas

(882) SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el Patrimonio,* op. cit., p. 164.

en el art. 189°. Si el apoderamiento se realizará sin mediar violencia o amenaza, constituiría un Hurto agravado, que puede ir en concurso con el tipo penal de Falsedad material.

2.1.6. Robo en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor

Entre otras circunstancias, en las coberturas normativas de los tipos penales de Hurto y Robo agravado se ha incluido un inc. 11 del art. 186° y 7 del primer listado del art. 189°, que hace alusión a lo siguiente: *en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor*. ¿Qué revelan todas estas personas en común? En definitiva, encontrarse en un estado de mayor vulnerabilidad, ergo, ser presa fácil de estos delitos. El agente conseguirá con mayor facilidad el apoderamiento o sustracción del bien mueble perteneciente a la víctima e incluso apelará a la violencia o amenaza sobre aquella de ser necesario. Sin embargo, esta situación pudo estructurarse en una fórmula genérica; indicándose allí el estado de vulnerabilidad o de indefensión de la víctima aprovechable por el agente delictual, sin necesidad de regular cada una de estas circunstancias personales del sujeto pasivo.

Ahora bien, menor de edad es toda persona que aún no ha llegado a la adultez, esto es, hasta los diecisiete años, once meses y veintinueve días de edad. Aspecto que abre un indefectible cuestionamiento: ¿Es lo mismo, que el agente se apodere de un celular de un niño de seis u ocho años, a que sustraiga la billetera de un adolescente de 16? En definitiva, no; por lo que el legislador debió haber puesto un límite cronológico; en este caso los 14 años de edad, de común idea con lo previsto en el Código de los Niños y los Adolescentes; únicamente los primeros deben merecer un reforzamiento de la tutela punitiva y no los segundos. Los niños son personas indefensas e ingenuas, víctimas fáciles y preferentes de agentes delictuales, lo cual determina un mayor merecimiento y necesidad de pena.

Las personas con discapacidad también presentan un evidente estado de vulnerabilidad, como los ciegos, los inválidos, aquellos que hayan perdido todo movimiento muscular, etc.; puede ser, entonces, una discapacidad parcial o total. No obstante, una persona que cojea, alguien que presenta un alto grado de miopía, la enyesada de un brazo, etc., no está comprendida en esta denominación, al ser portadora de ciertas capacidades mentales y fisiológicas de menor y no tan grave vulnerabilidad; sí en cambio, el que está discapacitado mentalmente, aquel que se encuentra privado de discernimiento, el enajenado mental, la persona desprovista de guiar sus actos conforme a un estado normal de las capacidades psicomotrices, existiendo una total desconexión de la ordenación mental (inteligencia) con los movimientos musculares; personas así concebidas, al ser también vulnerables, pueden ser catalogadas como «discapacitados»; empero, una afectación mental de menor intensidad, donde aún se develen estados de lucidez, no pueden adquirir este amparo jurídico-penal intensificado.

Cuestión importante para que se pueda aplicar válidamente esta circunstancia de agravación, es que el agente debe ser consciente de que está hurtando un bien o robándose la pertenencia de una persona discapacitada, pues de no ser así, habrá de aplicar el tipo base, a menos que concurra otra circunstancia de agravación.

Mujeres en estado de gravidez o en estado de gestación es considerada así una vez que el óvulo fecundado se ha implantado en la pared uterina. El estado de gestación importa todo un proceso que culmina, normalmente, antes de los nueve meses, con la expulsión del *nasciturus* del cuerpo de la madre, sea de forma inducida o natural; siendo que recién a partir del tercer mes de embarazo se estará ante un feto, por lo cual la barriga se vuelve más pronunciada y visible; antes de ello es muy difícil advertir tal situación fisiológica; cuestión que incide en la aplicación de esta circunstancia agravante; en el sentido de que el agente debe saber que la mujer a la cual le está

robando se encuentra, efectivamente, en estado de gravidez, según el componente cognitivo del dolo. De manera que, si por ejemplo la víctima tiene un solo mes de gestación, es complicado aplicar válidamente esta circunstancia agravante, a menos que el agente sea pariente del sujeto pasivo o mantengan una relación cercana que le haya permitido conocer el embarazo.

En tanto adulto mayor, según la Resolución 50-141 de 1996 de la Organización de las Naciones Unidas, es la persona mayor de 60 años; lo que llevó a su congruencia normativa en el Perú con la dación de la Ley N° 28803 de noviembre del 2006. Dicho concepto se relaciona con el envejecimiento, como aquella etapa del ser humano donde se van perdiendo de forma gradual una serie de funciones psicomotrices, es una suerte de degradación de las funciones cerebrales y fisiológicas de la persona humana, que lo lleva finalmente a su extinción, a su muerte. Sin duda, una persona que alcanza tal edad es más vulnerable, en tanto su capacidad de reacción ante ciertas situaciones se torna más lenta e ineficaz, así, por ejemplo, para desplegar resistencia ante una probable agresión ilegítima que puede darse en el decurso de un Robo. Sin embargo, tal situación debe ser matizada, en el entendido que una persona de sesenta años aún conserva ciertas potencialidades físicas y mentales, muy distinto a una persona de más de setenta años y, en mayor medida, a un anciano que bordea los ochenta y cinco años de edad. Es en estos últimos casos se puede estar ante una persona «discapacitada», de modo, que se podría aplicar cualquiera de los dos factores de agravación, mas no de forma concurrente, en armonía con el principio de proporcionalidad.

Esta última característica de la víctima se entrecruza con la reglada en el inc. 2 del segundo grupo del art. 189° del CP, al disponerse que el Robo es cometido *con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima [...]*, de recibo, una persona discapacitada o un adulto mayor de 75 años de edad puede ser portador de una acusada incapacidad física o mental, lo cual sí generaría problemas de subsunción

típica, ergo, de la penalidad aplicable, pues si es de aplicación el inc. 7 de la primera tabulación, la pena será no menor de doce ni mayor de veinte años, mientras si se aplica el inc. 2 del segundo listado, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años. A tal efecto, se debe hilvanar muy fino, en pos de subsumir la conducta en el supuesto que en mejor medida se encuadre el relato fáctico, no por tanto, privilegiando lo más favorable al imputado, verbi gratia, si es que el agente abusa de la incapacidad física del discapacitado o del adulto mayor para perpetrar el Robo ha de optarse por el inc. 2; mas si se trata solo de un adulto mayor de sesenta años, se aplica el inc. 7. Lo problemático radica en el discapacitado mental o físico con la situación descrita en el inc. 2, pues se supone que en ambas hipótesis siempre tiene que haber un aprovechamiento de tal situación por parte del agente, en tanto es lo que fundamenta la dosis de mayor desvalor del injusto típico. En realidad acá se presenta un conflicto normativo que coloca en aprietos al operador jurídico, producto de la poca visión de sistematicidad que el legislador hace gala en estas reforma normativas.

2.1.7. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios

La violencia cotidiana que cunde en nuestras ciudades, es materia de difusión permanente por los medios de comunicación, cubriendo preferentemente los hechos de sangre que cobran a diario numerosas víctimas: accidentes de tránsitos, asesinatos, robos y secuestros. Son estos hechos luctuosos los que ocupan los titulares de la prensa escrita y televisiva, puesto que concitan la atención de millones de lectores, por y a través de la magnificación de la noticia, sobre todo, si sus protagonistas pertenecen a la farándula o espectáculo nacional.

No solo son los asesinatos y los parricidios los delitos que más interés generan a los medios de comunicación, sino también los Hurtos y Robos, aquellos que se cometen mediando un determinado *modus operandi*, es decir, una forma generalizada de comisión del injusto penal

patrimonial. Sabedores que en nuestro país existe una industria de autopartes de procedencia delictiva, al existir numerosos lugares de acopio, de distribución y venta de repuestos, motores y otros accesorios de vehículos, que fueron obtenidos ilícitamente, a partir de la realización típica de las figuras delictivas de Hurto y Robo.

Es en esta esfera de la criminalidad donde aparece todo un circuito delictivo, pues se advierte en primera línea, aquel agente que sustrae y/o se apodera del bien mueble (autoparte) con ardid, violencia y/o intimidación, despojando de sus bienes a su legítimo propietario y/o poseedor. Existen numerosos individuos que se dedican a este quehacer delictivo: unos se apoderan del objeto material del delito, mediante un acto típico de apoderamiento, al desplazar el bien mueble a una esfera de custodia ajena al sujeto pasivo; mientras que otros despliegan una conducta de mayor desvalor, en sí de peligro para los bienes jurídicos personales de la víctima, al adquirir la posesión del bien como consecuencia del empleo de violencia física (*vis absoluta*) o una intimidación psicológica bastante (*vis compulsiva*). Ambas descripciones conductivas configuran respectivamente, los delitos de Hurto y Robo.

A lo anotado cabe agregar a otro sujeto que también forma parte del circuito delictivo: «el receptador», quien se encarga de distribuir, vender, comercializar las autopartes de procedencia delictiva. Dicho en los siguientes términos: el agente de receptador ingresa en la escena criminal *a posteriori*, cuando los delitos de Hurto o de Robo han sido consumados, recibiendo el bien de procedencia ilegal, amén de guardar, esconder, vender o ayudar a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito.

Debe quedar claro que, el autor del delito de Receptación no puede ser a su vez calificado como sujeto activo de los delitos de Hurto o de Robo, so pena de vulnerar el principio del *non bis in idem material*, a menos que se trate de dos hechos distintos.

Entonces se advierten dos secuencias delictivas en el marco de la comercialización de autopartes: aquellos involucrados en el apoderamiento ilícito del bien mueble y aquellos que se dedican a la comercialización de dichos productos en el mercado de consumidores.

El punto de debate sería, si la incidencia criminal de dichos hechos justifica en puridad la construcción de las circunstancias agravantes en los delitos de Hurto, Robo y Receptación.

La funcionalización política del Derecho penal encuentra fiel reflejo en las modificaciones producidas en los artículos: 186° (Hurto agravado) y 189° (Robo agravado)[883], en lo concerniente a la inclusión de la modalidad típica agravada sobre: vehículo automotor, –vía la sanción de la Ley N° 29407–; donde el objeto material sobre el cual recae la acción penalmente antijurídico, no reviste con propiedad naturaleza suficiente como para justificar la concurrencia de un mayor desvalor del injusto penal.

Así como la cotidiana y constante sustracción y robo de autopartes, también figuran permanentemente en el listado delictivo, apoderamiento de celulares, carteras, joyas, etc.; es decir, la incidencia criminal de una determinada modalidad delictiva (criminológica) no legitima per se la construcción normativa de una Circunstancia agravante, cuando no se identifican elementos de desvalor suficientes, sea por el contenido de la acción o del resultado.

La excesiva taxatividad de las conductas típicas que se recogen en el listado de circunstancias agravantes, ha supuesto una técnica legislativa caracterizada por el casuismo exagerado, incluyendo cualquiera conducta que acontece en la realidad social, creyendo que así se logrará una mayor represión e intimidación, al cerrar cualquier atisbo de impunidad. Todo lo contrario, una técnica

(883) Así, como en el artículo 195° del CP (Receptación agravada).

así concebida lo único que propicia es un espacio de inseguridad jurídica, pues el juzgador va a tener que asumir una labor interpretativa complicada, por las manifiestas intercesiones normativas que se develan entre las múltiples e innumerables circunstancias típicas que se han puesto de relieve en varias figuras delictivas. Por consiguiente, se debilita el principio de legalidad, según el mandato de la «*lex stricta*» («determinación»), al generar marcos confusos de interpretación normativa.

2.2. Circunstancias agravantes de segundo grado (la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años)

El legislador ha configurado un rubro de agravantes que vendrían a manifestar un desvalor del injusto intensificado por el resultado, por las particularidades de la víctima y por la naturaleza del objeto material del delito.

2.2.1. Robo causando lesiones a la integridad física o mental de la víctima

En este primer inciso se propone una agravación que se basa en los efectos perjudiciales que se provocan como consecuencia de la conducta criminal, los cuales trasvasan el marco del bien jurídico, que de forma preponderante se pone en referencia en el art. 189° (el patrimonio), pues si bien es cierto, el Robo en sus dos modalidades implica el ataque a una serie de bienes jurídicos como la vida, el cuerpo, la salud y la libertad del sujeto pasivo; empero, no es menos cierto que, en su configuración típica, este injusto no incide directamente en un resultado antijurídico que exteriorice también la concreta lesión a los intereses jurídicos mencionados. No olvidemos que las concretas afectaciones que puede traducirse en la muerte de una persona o en su lesión corporal, fisiológica y mental, se encuentran cubiertos por los tipos penales de Homicidio y Lesiones, por lo que si ello sucediera sería de aplicación un concurso ideal de delitos entre el Robo y las tipificaciones penales invocadas; pero ello solo tendrá

lugar cuando al menos ha de apreciarse dolo eventual en la psique del agente con respecto a los resultados más graves producidos, es decir, si bien el autor dirige su conducta, con conciencia y voluntad a fin de apoderarse los bienes muebles de la víctima, sabe perfectamente que la violencia física o la grave amenaza que está desplegando sobre la esfera somática o psíquica puede desencadenar una grave afectación a su salud corporal o mental. Cuestión muy aparte es que, de acuerdo a dicha fórmula, se obtenga una pena menor que la considerada en esta agravante, lo que no se ajusta a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad.

Con arreglo a lo antes anotado, somos de la consideración que en este caso el legislador no se ha colocado en la hipótesis reseñada, por la que hemos de fijarla en la causación de un mayor desvalor del resultado, que debe ser imputable a la esfera de competencia individual del autor a título de culpa[884], es decir, las lesiones graves a la integridad física o mental de la víctima no han estado cubiertas por el dolo del agente sino que, como obra de la generación de un riesgo no permitido, colocó en un estado de aptitud de lesión a este bien jurídico, del cual no estaba seguro de poder producirse o confiaba ciegamente en su no concreción.

Seguimos así la pauta del legislador que se plasma en la introducción de los delitos preterintencionales en una serie de figuras delictivas; y si bien empleó el término de la «previsibilidad», no por ello debe negarse que se pretendiera el mismo carácter en la imputación delictiva. Debemos rechazar, por tanto, cualquier interpretación versarista que se pretenda elucubrar, de que bastaría la causación del resultado para que opere la agravante mediando el nexo o la relación de causalidad, pues riñe con los elementos sobre los cuales operan los criterios que se aglutinan en la moderna teoría de la imputación

(884) En cambio, SALINAS SICCHA, ubica también aquellas que han sido causadas a título de dolo; *Delitos contra el Patrimonio,* op. cit., págs. 166-167.

objetiva[885]; muy a pesar de que la norma en cuestión haga alusión al término «causar», puesto que estaríamos dejando de lado la imputación subjetiva, con arreglo al art. VII del Título Preliminar del Código Penal.

Entonces, si las lesiones no fueron ni siquiera previsibles por el autor, habrá que negar la agravante, lo que dependerá de las circunstancia de cómo se produjo el evento lesivo; si el autor empleo un objeto contundente para vencer la resistencia de la víctima, no puede siquiera apelar una negligencia, pues sería al menos dolo eventual.

La agravante *in examine* no específica la magnitud que deben adquirir las lesiones, por lo que estas deben ser todas aquellas que han de cobijarse en el art. 122° del CP, esto es, deben constituir la calidad de Lesiones leves; dejándose de lado a las que han de reputarse como faltas, que se encuentran comprendidas en el art. 441° del CP, y constituirá el Robo simple o básico, pues la *ratio* de la norma es de sobrepenalizar los robos que repercuten en una afectación significativa de la salud mental o corporal de la víctima. Lesiones que han de ser producidas como consecuencia de la acción típica; si estas se producen cuando ya el agente se había apoderado del bien mueble, no cabe la admisión de esta agravante, sino un concurso de delitos de Robo simple con Lesiones, las cuales deben haber recaído sobre el sujeto pasivo de la acción.

En lo que a las formas de participación refiere, solo podrán ser autores de este delito quienes de forma directa ejecuten el hecho

---

(885) Sebastián SOLER, interpretando el art. 166° inc. 1 del CP argentino, sostiene que dicho articulado no solamente resulta aplicable cuando las lesiones son directamente inferidas para robar, sino siempre que sean sencillamente producto de la violencia empleada contra las personas, en cualquiera de los elementos en que la violencia resulta constitutiva de robo; *Derecho penal argentino,* T. IV, op. cit., p. 279; Vide, NUÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte Especial,* op. cit., págs. 232-233; DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte Especial,* T. II-B, op. cit., p. 152.

punible; si tomamos en cuenta que la coautoría importa una codecisión común, donde el acuerdo no podría comprender un evento solo previsible, que siendo a título de culpa no puede hablarse de codelincuencia. Análisis diverso ha de verse en el caso de que las lesiones se causen a título de dolo eventual.

2.2.2. Robo con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima

Bajo esta modalidad agravante el legislador funda una pena más severa en atención a la particular condición de la víctima, esto es, si se encuentra padeciendo de una incapacidad física o mental o se haya empleado contra ella fármacos, drogas u otras sustancias; quiere decir esto que, el mayor desvalor de la conducta ha de sustentarse en el aprovechamiento del autor sobre la vulnerabilidad que presenta el sujeto pasivo, lo cual redunda en una facilitación en cuanto a la perpetración del injusto, pues las condiciones que caracterizan al agraviado son sus reducidos mecanismos de defensa.

Es significativo advertir que el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos, importa crear un riesgo concreto de lesión sobre los bienes jurídicos inherentes a la persona humana; verbi gratia, la vida, el cuerpo y la salud; mas si dichos bienes jurídicos resultan efectivamente lesionados, habría que reconducir la conducta a un concurso de Robo simple con Lesiones o Robo con Homicidio, en el caso de haber actuado con dolo eventual con respecto a dichos resultados, pero únicamente si no le fuera previsible será objeto de penalización como Robo agravado, de conformidad con el inc. 1 o el último párrafo del articulado.

Al hablar en la primera hipótesis de «incapacidad física o mental de la víctima», ha de comprenderse a quienes se encuentren imposibilitados de ejercer una defensa directa sobre el agresor, sea por estar atados, maniatados, o por minusvalías físicas o sensoriales,

como, la del inválido, del hemipléjico, del ciego, del poliomielítico, etc. Esta clase de víctima comprende el significado del acto, al conservar su capacidad de percepción y sus facultades volitivas, pero las circunstancias materiales le privan de la facultad de actuar para oponer resistencia suficiente y evitar el Robo[886]; circunstancias que no obedecen a una conducta positiva del autor, sino a un estado previo, ajeno a su proceder, puesto que el fundamento es el prevalimiento, mas no que el autor coloque a la víctima en un estado de «imposibilidad de resistir».

Esta subespecie delictiva parte de la idea de que existe como base, como dato de la realidad, un estado de incapacidad observable en la víctima, que no ha sido creado ni propiciado por el agente y de lo cual se aprovecha este para sustraer y apoderarse el bien mueble objeto del delito[887].

Por otro lado, la incapacidad mental ha de ser percibida como aquella minusvalía psíquica que afecta gravemente las funciones volitivas y sensoriales del individuo; es decir, puede que el sujeto conozca y comprenda ciertas cosas, pero en general está incapacitado de dirigir su conducta, no puede controlar su propia conducción, es el caso de los denominados «inimputables»; minusvalía mental que puede ser permanente o transitoria, lo importante a todo esto es que la víctima se encuentre padeciendo dicho estado al momento de acometerse el Robo y que esto sea conocido por el autor; de no ser así, se podría presentar un error de tipo. La psicosis, la esquizofrenia, la oligofrenia, son ejemplos de taras mentales que nublan la conciencia del sujeto, desdibujan la realidad circundante, se provoca una ruptura entre los pensamientos y los actos corporales que han de guiarse desde las funciones cerebrales.

---

(886) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...*, II-A, op. cit., p. 167.

(887) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra el patrimonio,* op. cit., p. 462.

La modalidad última se configura cuando el agente emplea drogas, fármacos, barbitúricos, así como cualquier otro tipo de sustancia para alterar las facultades psicomotrices de la víctima, colocándola en un estado de inconsciencia. En efecto, estos medios utilizados reflejan una peligrosidad potencial para la vida o salud del ofendido, como es el caso de lo que realizan las denominadas «peperas», cuyo análisis ha de remitirnos al art. 188° del CP. Entendiéndose por drogas, en este punto, que son todas aquellas sustancias susceptibles de ocasionar o causar efectos narcóticos, estupefacientes o sicotrópicos en el organismo de la persona.

Por último, el agente debe saber que la sustancia empleada debe ser la que se consigna en la redacción normativa; pues, si por error o negligencia las consume la víctima y de esto se aprovecha el agente para despojarla de sus pertenencias, sería un acto constitutivo de Hurto. Como afirma Salinas Siccha, para efectos de la agravante el sujeto activo debe causar la incapacidad de su víctima a través de la droga, caso contrario, si se aprovecha de la situación que la víctima ya se encuentra drogada o en estado de ebriedad por ejemplo, la agravante no se verifica[888].

2.3. Circunstancias agravantes de tercer grado (la pena será de cadena perpetua)

2.3.1. Robo 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

Como es de notar, la primera hipótesis de hiperagravación se configura cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización criminal. Una «organización delictiva» será aquella que cuente con ciertas propiedades para alcanzar tal denominación:

(888) Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio,* op. cit., p. 171.

primero, debe estar compuesta por una *pluralidad de personas*, que han de ejercer diversos roles, conforme a la división de tareas que ha de caracterizar a cualquier cuerpo jerarquizado –incluyendo a los delictivos–, por lo que ha de contar con mandos superiores (jefes, cabecillas, líderes), mandos medios y mando ejecutores, con ciertas normas que regulan su estructura funcional; segundo, el *factor temporal*, no podrá hablarse de una organización delictiva propiamente si es que los agentes se reúnen solo para perpetrar de forma ocasional estos delitos; tercero, deben dedicarse a cometer una *pluralidad de delitos*[889], es decir, no han de estar únicamente involucrados en la comisión de robos, sino también otras actividades ilícitas, como la Extorsión, el Secuestro, Asesinato, Tráfico ilícito de drogas, etc.; cuarto, para que pueda hablarse de una existencia real de la organización, no basta que se reúnan para decidir cometer diversos injustos, sino que *dicha planificación intelectual debe plasmarse de forma concreta en actos típicos* (lesión y/o puesta en peligro de bienes jurídicos).

De suerte que, para la aplicación de la agravante el agente debe ser miembro de esta organización, no interesando cual sea su posición dentro de la estructura criminal, lo importante es que participe en el hecho como autor o coautor, no podría extenderse la agravante a los meros partícipes so pena de vulnerar el principio de legalidad. Otro aspecto a considerar, es que su pertenencia a la organización no implica que sea por un lapso de tiempo considerable, basta que se haya integrado momentos antes a la comisión del robo; en cambio si este ya dejó de pertenecer a la organización no podrá verificarse la agravante.

Cabe señalar que a partir de la dación de la Ley N° 30077 se ha integrado en una sola figura (organización criminal) los conceptos

(889) A diferencia del Hurto agravado, donde se hace mención expresa a que la organización criminal debe estar dedicada a cometer estos delitos. La peligrosidad no hay que buscarla en la pluralidad delictiva, sino en la estructura criminal.

de anteriormente comprendidos en este apartado (organización delictiva y banda). A ciencia cierta, no había grandes diferencias entre ambas estructuras criminológicas, pues tanto la organización delictiva, como la banda contaban con estructuras rígidas en su composición funcional, así como los factores temporales y otros, que caracterizaban a las dos[890]. Es decir, era una cuestión meramente terminológica que no incidía de forma gravitante al momento de adecuar el supuesto de hecho.

En esa línea, en palabras de Rojas Vargas, diferenciar organización delictiva de banda con la argumentación que la primera aludía o subsumía a la Asociación ilícita a nivel de realización práctica o dinámica de la misma, como un grado de desarrollo vinculado directamente a la ejecución del delito; mientras que la «banda» estaba al margen de tal posibilidad inclusora; era postular un singular criterio discriminador de base débil por su cuestionable y escasa contrastación[891].

En lo concerniente a la última fórmula, esta combina una serie de resultados antijurídicos, primero la muerte de la víctima y segundo, el causarle lesiones graves a su integridad física o mental; debiéndose señalar que el segundo supuesto guarda una íntima relación con la agravante contenida en el inc. 1 del último rubro de cualificantes, pero con la distinción de que lo contemplado en este párrafo solo sería de aplicación cuando se causaren lesiones graves, mas la otra agravante se aplica cuando a consecuencia del robo se produce una lesión leve.

Sin duda es el resultado muerte, el que da lugar a un análisis más extenso –previsión legal que fue objeto de inclusión vía la sanción del Decreto Legislativo N° 896 del 24 de mayo de 1998, la cual

(890) Vide, al respecto, Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. IV, op. cit., págs. 284-286.

(891) Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra el patrimonio,* op. cit., p. 485.

se mantiene hasta la actualidad– poniéndose de relieve que el deceso de la víctima es una circunstancia que otorga mayor sustantividad de desvalor, a tal magnitud que se puede reaccionar con una pena más severa, lo cual no implica que la sanción sea en sí infamante y neutralizadora de la persona humana, como lo es la pena de cadena perpetua.

Se deduce que la muerte tiene lugar con ocasión del Robo, o si se quiere, como consecuencia de él; ello trae a lugar, ciertas consecuencias a fin de delimitar esta agravante con la aparición de otras figuras delictivas; quiere decir esto, en primera línea de hermenéutica, que el agente no puede haber tenido de antemano la planificación de matar a su víctima para apoderarse de los bienes muebles que pretende sustraer. Si el autor ingresa a un domicilio bajo el designio de cometer un Hurto, pero ya en su interior es advertido por uno de sus ocupantes y de forma directa y a mansalva le propina la muerte con un disparo, no puede decirse que es un Robo agravado, pues acá se revela un dolo directo de «matar», que importa su calificación como un Asesinato para facilitar otro delito (Hurto); si ya obtuvo los bienes sin resistencia alguna del sujeto pasivo, pero al pretender huir es puesto en evidencia por otro morador y bajo esta circunstancia le da muerte, acá tampoco podríamos admitir un Robo, pues a pesar de que la víctima se constituye en un obstáculo para que el autor pueda disponer plenamente de los bienes, el dolo es directo a matar, por lo que es constitutivo de un Asesinato para ocultar otro delito (Hurto).

Ahora bien, habremos de fijar esta agravante conforme una imputación subjetiva a título de culpa, vale decir, la muerte no puede estar abarcada por el dolo del agente, en el sentido de que se haya preordenado a eliminar una vida humana[892]. La violencia que se ejercer para vencer la resistencia de la víctima, reduce al máximo su

---

(892) SALINAS SICCHA, es de la posición de incluir el dolo; *Delitos contra el patrimonio,* op. cit., p. 179.

posibilidad de repeler el ataque antijurídico. La muerte debe ser ocasionada en la misma acción típica, al no medir el agente la violencia que está ejerciendo, precisamente por estar centrado en hacerse de la tenencia de los objetos; empero, no negamos su admisión cuando concurre dolo directo o dolo eventual.

La equivocidad en el manejo de las instituciones de la teoría del delito, en cuanto el discernimiento identificable entre estas, llevadas a un plano concreto de distinción entre dolo y culpa, sumado a la valoración de elementos propios de la subjetividad humana que no están presentes en la tipificación legal de la conducta, llevan a consideraciones, como a la arribada en el RN N° 4025-2000-Cajamarca, cuando se expone lo siguiente:

> *Se ha configurado el delito de robo con subsecuente muerte, conducta que precisa la presencia de un dolo homicida, ya sea directo o eventual, con representación del mortal desenlace, sin exigirse la carga de subjetividad propia del dolo deliberado, con minuciosa y anticipada previsión del modus operandi en cuanto que eliminar una vida se ofrezca como necesaria o conveniente para la realización del plan de apoderamiento, bastando a tal efecto con el surgido de modo repentino, instantáneo en el curso de la acción.*[893]

Bajo tal entendimiento, ¿cómo se diferenciaría, entonces, el delito de Homicidio cometido por dolo eventual con el Robo con muerte subsecuente? Se cae en una circularidad y en un evidente plano de confusión conceptual, que haría de todo homicidio culposo un homicidio doloso en la práctica, siempre que de por medio haya existido la intención del agente de apoderarse de los bienes de su víctima.

Dicho lo anterior, construimos una imputación subjetiva que debe descartar cualquier resquicio de responsabilidad objetiva; por

(893) FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Jurisprudencia penal,* op. cit., p. 299.

ejemplo, si la víctima del robo sufre de una dolencia cardiaca y a consecuencia del susto de verse involucrado en una acto de especial violencia sufre un paro cardiaco y se muere; dicho resultado puramente causal no puede ser objeto de imputación, al no concurrir al menos el factor previsibilidad que sustenta el injusto imprudente.

SOLER apunta que la muerte resultante debe estar conectada, como en los demás delitos preterintencionales, bajo la forma de responsabilidad culposa, porque lo que sea resultado de un puro caso fortuito no es un resultado de la acción desplegada para robar[894].

ROJAS VARGAS, analizando ejecutorías supremas, llega a las siguientes consideraciones: que es distinto el hecho de que el agente haya ido directamente a matar al vigilante para hacer más fácil el apoderamiento; a que la muerte sea el resultado de la lucha entre los agresores y el agente de vigilancia del local de la entidad afectada. En el primer caso se habría tratado de un Homicidio calificado en concurso con Hurto agravado (durante la noche y en número plural), dado que los agentes no tuvieron mayor necesidad de actuar instrumentalmente la violencia o la amenaza sobre otras personas, desestimando la circunstancia modal a mano armada al no cumplir ya su función de destino o conversión; mientras que en el segundo caso cabría la posibilidad de enfocar el supuesto delictivo dentro del contexto del párrafo final del art. 189°, sin que ello implique necesariamente abandonar la tesis del concurso de delitos [...][895].

La muerte debe acaecer con respecto a quien tiene la tenencia del bien, pudiendo ser su propietario o su legítimo poseedor; quien es eliminado para poder vencer ciertas resistencias.

¿Puede haber un concurso de delitos entre el Robo y el Asesinato? Cabe anotar que el Robo mismo implica el despliegue de

---

(894) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. IV, op. cit., p. 277.

(895) ROJAS VARGAS, Fidel, *Estudios de Derecho penal...,* op. cit., p. 317.

una determinada violencia sobre la víctima, la cual puede ser física o psicológica (amenaza), por su parte el Asesinato también cuenta con una violencia ínsita, necesaria, idónea y eficaz para poder causar la eliminación de una vida humana. Siendo así, no resulta desde una visión dogmática correcta, pretender reconducir la violencia a dos tipos penales distintos, tomando en cuenta el principio del *non bis in idem*, así como el tipo subjetivo del injusto, que apunta de forma directa a facilitar la comisión de otro delito. Cuestión que lleva a una resolución dogmática diferenciada en el caso de las Lesiones, pues en este caso, no hay un tipo penal como el Asesinato, que agrave el primer injusto mencionado, cuando se realice para facilitar otro delito, por lo que sí cabe un concurso ideal entre el Robo y las Lesiones, siempre y cuando no fueran directamente dirigidas por la voluntad del autor.

3. EL DELITO DE ROBO CON MUERTE SUBSECUENTE Y EL DELITO DE ASESINATO; LAS LESIONES COMO AGRAVANTES EN EL DELITO DE ROBO. ACUERDO PLENARIO N° 3-2009/CJ-116

Nuestra codificación penal regula una variedad de conductas típicas, cuyo patrón de ordenación sistemática tiene como propósito proteger bienes jurídicos dignos y merecedores de tutela penal; a tal efecto las construcciones típicas recogen una serie de elementos, que en conjunto constituyen sus componentes objetivos y subjetivos. Siendo así, se procede a aglutinar las conductas típicas conforme la hermenéutica del bien jurídico protegido y entre estos, especial connotación asumen los delitos comprendidos en el llamado «Derecho penal nuclear», aquellos injustos penales que atentan contra los derechos fundamentales de las personas, verbi gratia, la vida, el cuerpo, la salud, el honor, la familia, la libertad y el patrimonio; conducciones típicas que no en pocas ocasiones manifiestan entrecruzamientos normativos, como sucede con el Robo agravado seguido de muerte y el Asesinato para facilitar u ocultar otro delito.

Lo dicho adquiere también un concitado interés criminológico y de política criminal, producto de una realidad social que muestra como en los últimos años se ha incrementado la incidencia delictiva en el Perú. Ello lo advertimos en la abultada carga procesal que se acumula en los tribunales de justicia, donde los delitos con mayor proclividad comisiva resultan ser el Hurto, el Hurto agravado, el Robo simple, el Robo agravado, el Secuestro, la Extorsión y los atentados contra la libertad sexual. Esta descripción criminológica provoca efectos sensibles en la población, que al verse como víctimas potenciales de estos hechos violentos, inmediatamente, y justificadamente, demandan mayor intensidad punitiva, la que es pronta y negativamente acogida por los parlamentarios, dando lugar a los procesos normativos de sobrecriminalización; en cambio evaden, olvidan o ineficientemente atacan las raíces del problema.

Es de verse que, el trazado de política criminal se orienta preferentemente en los tipos anotados mediando el empleo de la técnica de los delitos «preterintencionales», tal como se dio patente de corsé en las lesiones, al causarse un resultado más grave del que en realidad se quiso generar, tomando lugar la muerte de la víctima. Aspecto que incide en realidad en la configuración de un concurso ideal de delitos (tentativa del delito que se tuvo conciencia y voluntad de cometer en concurso con el resultado sobreviviente más gravoso, atribuible a título de culpa), pero tanto por motivos de prevención general-negativa, como por fines sociopedagógicos de la norma jurídico-penal, se optó por esta errónea técnica legislativa de la que hace gala el legislador en estas capitulaciones de la criminalidad más violenta.

Sin embargo eso no es todo, el legislador no consideró el principio de jerarquía del bien jurídico, en tanto, los delitos de homicidio y su derivados no fueron tocados en estas reformas legislativas, dando paso a que los delitos de Robo agravado seguido de muerte, Secuestro seguido de muerte, Extorsión seguida de muerte y Ultraje sexual

a menor de catorce años seguido de muerte, sean sancionados con pena de cadena perpetua, mientras el delito de Asesinato (art. 108° del CP) recibe una pena no mayor a los 35 años de pena privativa de libertad; lo que a la postre importa que el homicidio culposo sea reprimido con más severidad que el homicidio doloso. Consecuencias penológicas, cuya evidente irracionalidad e incompatibilidad con los criterios rectores de un Derecho penal democrático; no puede arrastrarse interpretaciones normativas inconsecuentes con los fundamentos basilares del Derecho punitivo, de forma específica con los principios de legalidad y de culpabilidad. Debiéndose añadir que, en estos casos el legislador ni siquiera incluyó el término previsibilidad, lo cual podría valorarse como una pura responsabilidad objetiva por el resultado, en vulneración a la proscripción contenida en el art. VII del Título Preliminar del Código Penal. Infeliz redacción normativa que es salvada con la calificación del delito preterintencional.

No tuvo que pasar mucho tiempo para que los tribunales de justicia procedieran a sancionar como delito de Robo agravado seguido de muerte, aquellos decesos donde la víctima habría sido ultimada por un agente que sabía perfectamente lo que hacía; quiere decir que, si bien su finalidad era el apoderamiento de un bien mueble ajeno, a este no le importa dar muerte al sujeto pasivo y así alcanzar sus ilícitos propósitos. En tal entendido, cuando los malhechores ingresan a una casa habitada, a una tienda o establecimiento comercial y dan muerte a sus ocupantes o a sus vigilantes para así poder apoderarse de una serie de bienes, son plenamente conscientes que están dando fin a la vida humana –cuando menos con dolo eventual– por lo que la tipificación correcta es la de Asesinato para facilitar otro delito: el Hurto; pues si no hay una persona a quien vencerle sus mecanismos de defensa, no hay necesidad de emplear la violencia o la amenaza (medios comisivos del Robo); y si el violador luego de aplacar sus más bajos instintos mata a su víctima, será un Asesinato para ocultar otro delito y no una Violación sexual de menor seguida de muerte.

Pretender sostener que el resultado «muerte» en el decurso de un delito de Robo agravado puede ser atribuible a título de «dolo», importa desconocer el principio de culpabilidad en su verdadera esencia y magnitud, en tanto que los tipos penales solo se refieren al emprendimiento de una conducta dirigida a lesionar un determinado interés jurídico, siempre que el autor con una sola acción vulnere varios bienes jurídicos de homogénea naturaleza, generándose un «concurso ideal de delitos», así, por ejemplo, quien atropella con su vehículo a dos personas causándoles la muerte. En ese sentido, quien pretende robar a otro ha de ejercer una violencia destinada únicamente a vencer todo viso de resistencia del sujeto pasivo, pero si esta violencia adquiere gran magnitud y el agente es consciente que puede causar la muerte de la víctima, aparece a todas luces un *animus necandi*, un dolo de matar, resultando inadmisible subsumir la conducta en el delito de Robo agravado seguido de muerte.

Las ansias o el afán de ejercer castigos ejemplares a estos hechos execrables no pueden llevar al operador jurídico a un juicio de tipicidad penal erróneo y desafortunado. El hecho que el legislador incurra de forma permanente en estas incongruencias normativas, no implica de ningún modo que el operador jurídico se conduzca en ese sendero, pues contra ello se encuentra el irrestricto respeto a los principios limitadores del *ius puniendi* estatal; es a tal efecto que la Corte Suprema, a través de la institución del «precedente vinculante», habría de encargarse de esbozar un criterio interpretativo acorde a los argumentos teórico-conceptuales reseñados en líneas anteriores.

En los fundamentos jurídicos 6 y 7 del analizado Acuerdo Plenario se dice lo siguiente:

§1. Planteamiento del primer problema.

6°. 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 cuando se incurre en uno u otro caso.

§ 2. Análisis del primer caso.

7°. *El artículo 189° in fine CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. Ésta 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 sólo se le puede atribuir al agente a título de culpa –la responsabilidad objetiva por el simple resultado es inadmisible, está prohibida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal–. 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, 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 que 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 produce la muerte de esta última. Seguidamente el referido Acuerdo Plenario en su fundamento jurídico octavo señala que:

8°. 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, 2da. 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 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].

Sobre la línea argumental descrita, la Sala de la Corte Suprema en el Recurso de nulidad N° 3932-2004, publicado el 17 de febrero del 2005, había planteado lo siguiente:

a) La determinación del momento en que se consuma el delito de robo agravado y, b) Violencia ejercida con posterioridad a la consumación del mencionado delito. Que respecto de la primera es de precisar: Que el delito de robo consiste en el apoderamiento de un bien mueble, con ánimus lucrandi, es decir, el aprovechamiento y sustracción del lugar donde se encuentre, siendo necesario el empleo de la violencia o amenaza por parte del agente sobre la víctima «vis absoluta o vis corporales y vis compulsiva», destinadas a posibilitar la sustracción del bien, debiendo ser estas actuales e inminentes en el momento de la consumación del evento y gravitar en el resultado, consumándose el delito con el apoderamiento del objeto mueble aunque sea por breve lapso de tiempo. Que en cuanto a la segunda cabe señalar: Que cuando la violencia es ejercida con posterioridad a la consumación del hecho punible y se cause la muerte de la víctima, la conducta del agresor habría quedado circunscrita a un resultado preterintencional o a un delito contra la vida, el cuerpo y la salud –homicidio doloso– produciéndose aquí un concurso real de delitos, esto es, la presencia de dos ilícitos calificándolos cada uno de ellos como hechos independientes. Que sin embargo, si la muerte la ocasionó el agente para facilitar la consumación del robo o para ocultar su realización o impedir su detención tal acción homicida constituirá delito de asesinato.

En resumen diremos que, la muerte debe acaecer con respecto a quien tiene la tenencia del bien, pudiendo ser su propietario o su legítimo poseedor, es decir, el sujeto pasivo se constituye en un obstáculo que debe ser vencido para así poder proceder al apoderamiento del objeto material del delito (bien mueble). En tal entendido, debe quedar claro que la producción del resultado más grave (muerte del sujeto pasivo de la acción típica) ha de ser consecuencia de la violencia ejercida por el autor en el decurso de su intención de apoderarse de sus bienes muebles, quien no es consciente que la magnitud de dicha fuerza puede provocar la muerte de su víctima, lo que incide en determinar que el deceso del sujeto pasivo ha de ser atribuible a título de culpa y no de dolo; de presentarse esta última hipótesis, la tipicidad penal habrá de ser reconducida a aquellos delitos que atentan contra la vida humana.

Ahora bien, con respecto al segundo problema interpretativo (las lesiones como agravantes en el delito de Robo), cabe indicar primero que la figura delictiva del Robo y la del Robo agravado –contenidos en los arts. 188° y 189° de la Codificación punitiva– tienen como característica principal –lo que lo define como un tipo penal pluriofensivo– el empleo, por parte del agente, de violencia o amenaza para conseguir su propósito delictivo, esto es, lograr el desapoderamiento del bien mueble a su víctima; importando, por tanto, el despliegue de una fuerza muscular intensa o el anuncio de mal inminente para la vida, cuerpo o salud del sujeto pasivo de la acción típica. En consecuencia, la realización de dichas conductas puede significar, en algunos casos, la producción de un daño concreto en la salud del ofendido, de forma particular, en la esfera fisiológica, corporal o psíquica, lo cual supondría a su vez su tipificación penal por el delito de Lesiones –leves (según se argumentará en las líneas siguientes)– mediando la procedencia de un concurso ideal de delitos. Sin embargo, el legislador ha subsumido dichas consecuencias lesivas en el ámbito de descripción típica del inciso primero del segundo párrafo del art. 189° del Código Penal. En el entendido

que la generación de este estado de desvalor es lo que fundamenta la construcción normativa de la circunstancia agravante en mención.

Es de verse que, la agravante *in examine* no específica la magnitud que deben adquirir las lesiones, por lo que dicha definición interpretativa requiere de un proceso de intelección, tomando como base la circunstancia agravante que se ha previsto en el último párrafo del art. 189°, donde de forma taxativa y literal se ha determinado que las lesiones que se causen –como consecuencia del robo– han de ser «graves», ergo, por deducción lógica, las lesiones a las que se hace alusión en el primer inciso del segundo párrafo no pueden tener dicha intensidad. A ello debe añadirse, el hecho que el Robo simple al contener una cierta dosis de violencia o de amenaza, lleva ínsito la materialidad que se advierte en un acto típico de Lesiones, pero que no puede llegar a una magnitud tal que lo convierta en un Robo agravado, lo que significa que la interpretación normativa correcta –desde un plano de orden sistemático–, es inferir, que dichas lesiones han de ser aquellas susceptibles de encuadrarse normativamente en el art. 122° del CP, esto es, debe constituir lesiones leves; dejándose de lado a las que han de reputarse como faltas, que se encuentran comprendidas en el art. 441° del CP, pues la *ratio* de la norma es sobrecriminalizar los robos que repercuten en una afectación significativa de la salud mental o corporal de la víctima. Un entendimiento en contrario importaría extender la cobertura normativa de dicho supuesto de agravación a hechos que no corresponden con su sentir finalista, repercutiendo en la fijación de una zona de entrecruzamiento normativo con el delito de Robo simple, lo cual no puede aceptarse en un Estado constitucional de Derecho, donde rige el principio de seguridad jurídica.

La posición asumida adquiere rigor jurisprudencial, en mérito a lo sentado en el Acuerdo Plenario N° 3-2009/CJ-116 del 13 de noviembre del 2009 en el acápite 11, en el cual el Tribunal Supremo sostiene lo siguiente:

> *11°. Es potencial al ejercicio de violencia física en la realización del robo que el afectado resulte con lesiones de diversa magnitud. Ahora bien, la producción de lesiones determina en nuestra legislación vigente la configuración de circunstancias agravantes específicas y que están reguladas en el inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP y en el párrafo final del mencionado artículo. En este último supuesto se menciona taxativamente que el agente ha de causar lesiones graves, mientras que en el primer supuesto se indica que el agente ha de causar lesiones a la integridad física o mental de la víctima. Cabe, por tanto, dilucidar las características y tipo de lesión que corresponde a cada caso.*

Al respecto es de precisar que son lesiones graves las enumeradas en el art. 121° Código Penal. 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.* Por consiguiente, la producción de esta clase de lesiones en la realización del robo determinará la aplicación del agravante del párrafo *in fine* del art. 189° Código Penal. Asimismo, en el acápite 12 se señala que:

> *En relación a las lesiones aludidas en el inciso 1° del segundo párrafo del artículo 189° cabe definir si 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 de 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 demanda. Así, (i) si estas requieren hasta 10 días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, siempre que no concurran 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 contenido.

En consecuencia, si las lesiones causadas no son superiores a 10 días de asistencia o descanso la conducta ha de ser calificada como Robo simple o básico, siempre que no concurran 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 el agravante del inc. 1 de la segunda parte del art. 189° Código Penal.

IX. 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.

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.

1. FUNDAMENTO DE INCRIMINACIÓN

Los injustos que atentan contra el patrimonio, glosados en la Codificación punitiva a partir de la quinta titulación, revelan una serie de modalidades típicas por las cuales el agente consigue acrecentar su patrimonio a costa de los bienes de un tercero, quien se ve despojado del goce y disfrute de sus derechos reales (Hurto, Robo, Apropiación ilícita) o, en el caso de la Estafa, es objeto de un perjuicio económico desde una visión global del patrimonio.

Tal como sucede en el delito de Robo –el agente a efectos de hacerse de la tenencia del objeto, emplea una violencia física o una amenaza psíquica intensa sobre el sujeto activo, para doblegar su voluntad de resistencia y con ello el desplazamiento del objeto material del delito a su esfera de custodia, es reprimido con una mayor pena, a distinción del Hurto, en la medida que se ponen en peligro bienes jurídicos de naturaleza personal (libertad, la vida, el cuerpo y la salud)– que constituye un tipo penal pluriofensivo, en el caso de la Extorsión no solo el patrimonio es objeto de tutela por parte del art. 200°, se incluyen también otros intereses jurídicos de especial relevancia constitucional, como la libertad personal y la salud de la víctima, que también pueden verse afectados a instancia de la realización de esta conducta.

Lo que no significa que no pueda darse un concurso de delitos, a pesar de que en los últimos incisos de las agravantes ya se incluyen dichos hechos antijurídicos, que, a nuestra consideración, se refieren a construcciones preterintencionales.

La Extorsión, desde una visión criminológica, mantiene un alto índice de comisión a consecuencia del accionar de las organizaciones delictivas que se mueven a grandes escalas en el Perú, las cuales amenazan a sus víctimas a través de múltiples modalidades, desde los atracos en las unidades vehiculares de transporte público, hasta los que extorsionan a empresarios en el área de construcción a cambio de brindarles, supuestamente, seguridad en la obra. Bajo estas circunstancias se diría

que se configura la figura delictiva *in comento* sin mayores problemas, pero cuando la conducta se plasma a través de la privación de libertad de una persona surge la confusión normativa, pues es de verse que el tipo penal de Secuestro revela una identidad típica.

El art. 200° del Código Penal ha sido objeto de innumerables modificaciones dentro del marco de las reformas penales que el legislador tiene acostumbrado efectuar desde el año 1998, cuando se sancionó el Decreto Legislativo N° 896, el 24 de mayo; luego, con la dación de la Ley N° 27472, del 5 de junio del 2001; la Ley N° 28353, del 6 de octubre del 2004; la Ley N° 28760, del 14 de junio del 2006; lo dispuesto en el art. 2° del Decreto Legislativo N° 982, del 22 de julio de 2007 que incorporó tres párrafos al tipo penal en cuestión; y el art. 1° de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto del 2013.

Pero, en teoría, ¿cuál es el común denominador de todas estas modificaciones legislativas? Como siempre, ejercer una mayor incidencia en la prevención general negativa, aumentando de forma severa la respuesta punitiva y creando mayores circunstancias agravantes; es decir, una conducta inconmensurablemente ampliada, creyendo que con ello se podrá lograr una auspiciosa criminalización, so pena de vulnerar las garantías materiales que limitan el ejercicio del *ius puniendi* estatal. En este caso se olvida el legislador que ciertas circunstancias pueden ser resueltas con las instituciones de la Parte General, en cuanto a las reglas de autoría y participación o en lo que respecta al concurso delictivo. La necesidad de legislar para las galerías provoca una hipertrofia normativa, cuyo rendimiento en la realidad social es casi nulo.

2. CONCEPTO DE EXTORSIÓN Y SU DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS DELICTIVAS

Ha de entenderse por Extorsión, aquella violencia física o amenaza grave que el agente produce en la esfera de libertad de su víctima, para que esta le entregue una ventaja patrimonial ilícita;

en efecto, el agente es coartado en su capacidad decisoria a raíz del temor en que se ve envuelto: la vulneración de sus bienes jurídicos fundamentales. En la Extorsión hay [...] un ataque a la libertad de la persona, que se lleva a cabo mediante una intimidación (propia o engañosa), la que tiene por finalidad forzar o constreñir su libre determinación en cuanto a la disposición de sus bienes o de los que están a su cuidado[896].

A decir de GONZÁLEZ RUS, viene a ser una especie de coacciones o amenazas condicionales de naturaleza y efectos patrimoniales, con las que se planteará, en su caso, un concurso de normas pero no de delitos[897]. En el delito de Coacciones, se puede decir que el agente solo profiere amenazas que constriñen la libertad decisoria, mientras que en la Extorsión ya se produce una afectación directa, que determina el desplazamiento patrimonial a la esfera de custodia del autor; no olvidemos que las coacciones solo han de tutelar la libertad personal y no el patrimonio.

En relación al Hurto podemos distinguir dos elementos claros: primero, que el desplazamiento patrimonial que se produce en el art. 185° es a propia instancia del autor, mediando un acto de sustracción, mientras que en la Extorsión es la propia víctima la que entrega la ventaja patrimonial al agente, lógicamente, mediando una voluntad viciada[898]. Lo dicho puede terminar emparentándolo con el Robo, pues en ambas modalidades se exige el uso de la violencia física o de la amenaza de un peligro inminente, donde la distinción es en realidad empresa problemática.

---

(896) CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* T. I, op. cit., p. 470.

(897) GONZÁLEZ RUS, Juan, *Delitos contra el Patrimonio (IV),* op. cit., págs. 629-630; Así, FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 464.

(898) Vide, al respecto, SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. IV, op. cit., págs. 299-300.

No solo el Robo –como se ha expuesto– constituye una modalidad de injusto que implica un ataque pluriofensivo, por eso, como es de notar, en el art. 200° –Extorsión– se ha previsto otro supuesto, cuya concreción típica también afecta intereses jurídicos superiores, como la vida, el cuerpo, la salud y la libertad. El ataque a la libertad, salud, vida, etc., no es aquí un fin en sí mismo, sino un medio para atacar el bien jurídico patrimonio[899].

La Extorsión importa conductas que se definen a partir de la violencia o amenaza que el agente despliega sobre el sujeto pasivo de la acción, para que este o un tercero le proporcionen una ventaja económica indebida; a diferencia del Robo, el desplazamiento patrimonial no se produce con inmediatez, en tanto sí se identifica un intervalo de tiempo considerable; asimismo, el Robo es un acto típico de «desapoderamiento», mas en la Extorsión, el acto que provoca el perjuicio, aun obligado, lo realiza el propio sujeto pasivo, lo que aleja el delito de la dinámica propia del Robo –apunta GONZÁLEZ RUS– y lo acerca a las defraudaciones, en las que es también la víctima quien efectúa el acto de disposición patrimonial de que se deriva el perjuicio[900].

A decir de MARÍN, la distinción entre la Extorsión y el Robo está dada porque en la primera existe un intervalo de tiempo que debe transcurrir entre la amenaza de un mal y su ejecución, o bien entre la amenaza del mal y el apoderamiento de la cosa[901]. Para CREUS, la distinción tiene que venir por el lado de la acción; cuando hay apoderamiento del agente hay Robo; cuando hay disposición de la víctima, Extorsión[902].

---

(899) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte Especial, Delitos contra el patrimonio,* II-A, op. cit., p. 460.

(900) GONZÁLEZ RUS, Juan; et al., *Curso de Derecho penal español. Parte Especial,* T. I. Dirigido por Manuel COBO DEL ROSAL, op. cit., p. 630.

(901) MARÍN, Jorge, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 436.

(902) CREUES, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 423.

En este punto –diferencia del delito de Robo con la Extorsión–, la Sala Penal Permanente, en la decisión emitida en la Casación N° 145-2010-Lambayeque, expone lo siguiente:

> *Los acusados, inicialmente, mediante el ejercicio de fuerza suficiente contra la víctima, le sustrajeron sus tarjetas. Posteriormente, mediante amenazas de muerte, la llevaron hasta un supermercado para que retire dinero con su tarjeta, teniéndola controladas por medio de un teléfono celular, siendo obligadas a solicitar un adelanto de su sueldo para cumplir con sus exigencias. En tal sentido, resulta evidente que no estamos ante un delito de robo agravado, sino ante un acto de disposición por parte de la víctima (delito de extorsión). En el delito de extorsión, el agente, usando como medios facilitadores la violencia o la intimidación, obliga al agraviado a hacerle entrega de una ventaja económica indebida –en este caso una suma de dinero– [el verbo rector es "obligar a otro"]. En cambio, en el delito de robo, la acción se consuma con el apoderamiento ilegítimo del bien sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, entendido como el arrebato y posterior huida del agente, usando violencia o amenaza para doblegar la capacidad defensiva de la víctima, de lo que se colige que ambos ilícitos son excluyentes entre sí.*[903]

Cabe destacar lo establecido por la Ejecutoria en el RN N° 2924-99:

> *El delito de robo agravado es eminentemente 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 un tercero; en el supuesto de 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 como hemos sostenido, el delito de robo importa la acción de "sustraer", mientras*

(903) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 49, julio del 2013, op. cit., p. 145.

que la acción propia de la extorsión, implica la acción de "obligar", la cual supone la existencia de una voluntad contraria que el agente debe vencer; dicho esto, queda claro que entre el acto de disposición patrimonial y la intimidación o violencia, debe existir una relación causal; que, las precisiones conceptuales expuestas, nos llevan a concluir que resulta técnicamente imposible, que una misma conducta sea calificada como 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 por parte de la víctima hay extorsión.[904]

Sea otro caso el del RN N° 119-2004-Arequipa, donde la Sala Penal Transitoria sostuvo que:

Concurren los elementos objetivos y configurativos del delito de extorsión, puesto que los procesados usando como modos facilitadores la "vis compulsiva" o intimidación obligaron con amenazas a la víctima a hacer la entrega de la ventaja patrimonial económica, consistente en una suma de dinero. En el delito de robo la acción se consuma cuando se produce el apoderamiento de forma ilegítima de un bien mueble, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, e igualmente concurren los modos facilitadores vis compulsiva y vis absoluta, pero en este caso, 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 en este tipo penal el sujeto activo usa la coacción como medio, por ende el verbo rector es el obligar a otro, por ende estos delitos son excluyentes.[905]

---

(904) ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal,* 1999-2000, Idemsa, op. cit., págs. 521-524.

(905) En AVALOS RODRÍGUEZ, Carlos; ROBLES BRICEÑO, Mery, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia de la Corte Suprema,* op. cit., p. 275.

Entre los supuestos típicos mencionados en el art. 200° del Código Penal, el legislador ha incluido la Extorsión manteniendo cautiva a una persona, lo que en otras palabras supone en realidad un secuestro. Habiéndose señalado que la distinción entre uno y otro, sería el ánimo de lucro que guía la determinación delictiva del agente, en el caso del art. 200° –«*[...] el agente con la finalidad de obtener una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, mantiene en rehén a una persona [...]*»; lo que no es tanto así, como es de verse en el primer párrafo de la construcción normativa del delito de Secuestro, cuando se establece que la privación de libertad de la víctima puede obedecer a cualquier «*móvil*» o «*propósito*».

Por lo que se infiere, el móvil del lucro constituye una deliberación del agente, plenamente identificable en el caso del Secuestro; entonces, ¿cómo se determinaría la delimitación normativa entre ambos injustos? Es algo de muy difícil concreción, pues las zonas oscuras de delimitación hacen difícil la tarea interpretativa. Sin embargo, cuando el ataque antijurídico revela una mayor intensidad en la libertad personal del rehén, no cabe duda que debe optarse por el injusto penal contemplado en el art. 152° del Código Penal. Asimismo, bastaría para corregir la confusión normativa que, en el caso de la Extorsión se eliminara la modalidad típica mediando la privación de libertad de una persona[(906)]. Con ello se garantiza la propiedad de hermenéutica jurídica que debe desplegar el bien jurídico en el pensamiento sistemático-racional.

3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La figura delictiva descrita en el art. 200° del Código Penal tiende a tutelar el patrimonio, en cuanto a la libre disposición, al uso y disfrute de los derechos inherentes a la propiedad por parte de su titular; mas es de verse que, también otros intereses jurídicos son

(906) Así, el art. 243° del Código Penal español.

objeto de ataque por medio de la conducta típica: la vida, el cuerpo, la salud y la libertad personal. Debiéndose convenir, según el orden expuesto, que se trata de una conducta pluriofensiva[907], tal como se hizo mención en el caso del Robo.

Debiéndose anotar que existe un tamiz entre la Extorsión y el Robo digno de destacar: en la Extorsión el agente solicita una ventaja de cualquier índole, es decir, no solo que se le pueda entregar un determinado bien –dígase, una joya– sino también la obtención de un crédito, la calificación para un trabajo, extinción de una deuda, etc.; lo que da lugar a una diversa concepción del patrimonio, una consideración de mayor amplitud no es la mera tenencia de una cosa. Por eso dice con corrección la doctrina que el objeto material de este delito puede comprender no solo dinero, sino también títulos valores, documentos que generen efectos jurídicos[908], un documento firmado en blanco, esto es, el agente pretenderá se le reconozca una obligación inexistente o incluso la suscripción de un contrato laboral. No obstante, se descarta una ventaja de contenido sexual, pues de ser así, estaríamos ante la conducta típica que se contempla en el art. 170° del Código Penal.

4. TIPICIDAD OBJETIVA

4.1. Sujeto activo

Puede ser cualquier persona, el legislador no ha incluido algún elemento objetivo que pueda abonar en su carácter especial; aunque de forma inconsistente y asistemática se han incluido a los

(907) Así, Morán Mora, Carolina, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal,* op. cit., p. 623; Cfr., Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 216; Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho penal...,* II-A, op. cit., p. 460.

(908) Cfr., Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho penal...,* II-A, op. cit., págs. 466-467.

funcionarios públicos con poder de decisión y a los que desempeñan cargo de confianza o de dirección, vía la incorporación del cuarto párrafo al art. en análisis, vía el Decreto Legislativo N° 982.

Se supone que solo puede ser autor aquel que tiene capacidad de acción y reconocimiento de imputación individual; los enajenados y los niños no pueden ser considerados agentes, y si estos intervienen habría que esclarecer si existe alguna persona atrás que ejerce el dominio de voluntad sobre ellos, dando lugar a una autoría mediata y consecuentemente a la agravante reconducida al lit. d del tercer catálogo de agravantes –Ley N° 30076–.

En el caso de la participación delictiva, se comprenden a personas que sin tener el dominio del hecho, prestan una colaboración imprescindible o accesoria, para que el autor pueda perfeccionar su plan criminal; verbi gratia, cuando una trabajadora del sujeto pasivo brinda información relevante al agente para que este pueda proceder con el acto típico de amenaza o violencia sobre los bienes jurídicos fundamentales de su víctima. Lógicamente, esta contribución debe tomar lugar ora en la etapa preparatoria, ora en la etapa ejecutiva del delito, pues una vez que el delito se consuma, ya no se admiten formas de participación delictual. Todos aquellos que intervienen de forma ulterior, luego de que el hecho punible adquirió realización típica, para comercializar el bien o para colocar los valores al mercado económico, habrán de responder por el delito de Receptación o de Lavado de activos, dependiendo de las características del caso en particular. En la Ejecutoria contenida en el RN N° 1150-98-Lima, se dice al respecto que: «*Los supuestos de complicidad implican un acto de colaboración antes o en la ejecución misma del ilícito, mas no así un acto realizado con posterioridad a la consumación del delito*»[909].

---

[909] En: Rojas Vargas, Fidel, *Jurisprudencia penal patrimonial,* op. cit., p. 46.

Si el autor es un funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones, se configuraría el delito previsto en el art. 382° del Código Penal (Concusión), pero este tipo penal no contiene como medio ni la violencia, ni la amenaza, por lo que nos inclinamos por admitir la Extorsión en estos casos; de lo contrario estaríamos quebrando el principio de proporcionalidad, de que el funcionario reciba una menor pena que el particular, lo cual es incompatible con los cometidos preventivo-generales de la sanción punitiva.

4.2. Sujeto pasivo

En principio, se diría que puede ser cualquier persona, pero según la redacción normativa, se hace alusión a una circunstancia que puede dar lugar a la identificación de dos sujetos pasivos: una de la acción, sobre la cual recae la acción intimidante o la violencia, en este caso el rehén, y el titular del patrimonio, que se ve afectado cuando tiene que disponer de una recompensa a fin de que se pueda liberar al privado de su libertad. Por lo general será una persona distinta al rehén la afectada en su patrimonio, precisamente, para que los raptores devuelvan la libertad al cautivo.

Es necesario aclarar que tanto en el caso en el que la amenaza de ocasionar daño a una persona allegada, como en el supuesto en que esta incida directamente sobre el representante o administrador de bienes ajenos, el perjudicado es el propietario, el cual también puede ser amenazado para que disponga del bien[910].

La persona para poder asumir la amenaza, debe contar con un mínimo de discernimiento, en efecto, los inimputables no pueden ser pasibles de la conducta que da lugar a la Extorsión.

---

(910) Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho penal...*, II-A, op. cit., p. 462; Ver, Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. IV, op. cit., p. 304.

Nos causa conmoción intelectual, que el Poder Ejecutivo, producto de la modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 982, haya incluido a las «instituciones públicas o privadas» como sujetos pasivos del delito, y esto se haya mantenido con la Ley N° 30076, pues lógica elemental, la violencia o la amenaza solo pueden incidir sobre por una persona psicofísica, las instituciones son corporaciones creadas por la ley, manejadas por personas naturales; ello no obsta a que las amenazas o la privación de libertad de una persona, obedezca a la intención de conseguir una ventaja de cualquier índole en el marco de una institución pública o privada. Inclusión que solo puede crear rechazo en la persona que las intérprete.

4.3. Modalidad típica

La materialización de la conducta prohibida, supone el ejercicio de violencia o amenaza que ha de recaer sobre el sujeto pasivo, el cual no necesariamente será la persona patrimonialmente afectada por la acción típica.

Antes de todo debemos definir el término «obligar», como verbo rector que se desencadena como producto de la violencia o de la amenaza. A nuestro entender importa un acto de constricción, de constreñir la voluntad de un tercero, torciéndola en un determinado sentido; [...] imponer, compeler, constreñir o someter a determinada persona a realizar alguna conducta en contra de su voluntad[911]. Lo que se pretende, en todo caso, es someter la voluntad del sujeto pasivo a los propósitos ilícitos del agente.

La expresión «obligar», indica la existencia de una voluntad contraria que el agente debe vencer; cuando ese presupuesto falte, cuando la disposición económica se haya producido por propia decisión del sujeto pasivo, sin plegarse a la actividad intimidatoria del agente, o sea, cuando se esté al margen de toda relación causal entre

(911) Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio,* op. cit., p. 343.

la intimidación de este y la disposición de aquél, se estará fuera del tipo de la Extorsión[912].

Entendemos por «violencia», el despliegue de una fuerza física intensa por parte del autor a efectos de doblegar mecanismos de defensa o resistencia y lograr la obtención de la ventaja indebida; por ello debe ser apta, idónea y eficaz para los objetivos que persigue alcanzar el individuo. La violencia, debe quedar claro, no se dirige a causar una afectación a la integridad física del ofendido, sino que el propósito –que motiva al agente– es allanar los obstáculos para que la propia víctima le entregue una ventaja económica. Así, en la siguiente Ejecutoria, recaída en el Exp. N° 4229-98-Lima: «*El delito de extorsión es un delito complejo con carácter pluriofensivo ya que se atenta contra el patrimonio, y eventualmente a otros bienes, como la integridad física o la vida; pero, también hay un ataque a la libertad de la persona, la salud, no siendo estos últimos un fin en sí mismo, sino un medio elegido para exigir a la víctima la realización de un acto de disposición patrimonial*»[913].

Si el autor a partir de la energía física que ejerce sobre el sujeto pasivo, lo neutraliza y así toma poder fáctico sobre la cosa, el acto constituirá un Robo y no Extorsión; mas, si primero se ejecutan las lesiones producto de una gresca y luego aparece la idea de sustraer el bien, se dará un concurso entre Lesiones y Hurto.

Punto a saber es que la violencia ha de recaer únicamente sobre las personas, no resulta admisible que la actividad típica de la Extorsión se realice mediante fuerza sobre las cosas; verbi gratia, si alguien violenta un bien mueble, por ejemplo, un escritorio, para que se le entregue una ventaja indebida, se estaría ante un delito que ataca de forma directa bienes jurídicos personalísimos.

---

(912) CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* T. I, op. cit., p. 471.

(913) En *Revista Peruana de Jurisprudencia,* N° 01.

Entre el ejercicio de la violencia y la obtención de la ventaja patrimonial no ha de mediar un intervalo corto de tiempo, sino que este debe aparecer discontinúo, dada la distinción con el delito de Robo.

La «amenaza», por su parte, importa el anuncio de un mal inminente en cuanto a la producción de un daño a los bienes jurídicos fundamentales del sujeto pasivo o de tercero vinculado a él; esta debe revelar una magnitud suficiente para poder aminorar de forma sustantiva las capacidades de respuesta de la víctima, anulando su capacidad decisoria conforme a sentido.

La amenaza ha de ser seria, inminente y de probable concreción; no puede aceptarse el aviso de un mal sujeto a una eventualidad o a través de medios absolutamente inidóneos para poder lograr los objetivos propuestos; eso sí, debe ser de cara a futuro[914], no aquel que ya se produjo. Como apunta SOLER, la idoneidad del medio se mide [...] con respecto a su posibilidad de intimidar con relación al criterio del hombre medio; pero no puede declararse la impunidad del intento, por el solo hecho de que el delincuente no haya logrado efectivamente producir terror en la persona a la cual se dirigía[915]. Debe ponerse en cuestión las circunstancias concomitantes al caso concreto, las particularidades que presenta la víctima, los rasgos del agente, etc., desde una base objetiva y subjetiva a la vez, por lo que ha de rechazarse el criterio del «hombre medio».

La intimidación no tiene por qué alcanzar una gravedad extraordinaria, escribe CREUS: basta con que ella esté configurada por el anuncio de un mal suficiente para colocar al sujeto pasivo ante la opción de salvar el bien amenazado aceptando la exigencia del agente[916]; que provoque los efectos psíquicos en la víctima, que se esperaba lograr. Lo decisivo en este punto para que el delito se considere consumado, es que la amenaza haya producido en la víctima

---

(914) Así, FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial,* op. cit., p. 466.

(915) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. IV, op. cit., p. 305.

(916) CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, op. cit., p. 473.

el temor buscado, obligándola a efectuar la disposición patrimonial exigida mediante la intimidación[917].

Los bienes jurídicos que deben correr la suerte de la amenaza, son la vida, el cuerpo, la salud y la libertad en un sentido genérico.

Entre la amenaza y el mal producido, o entre la amenaza y la prestación, debe existir un intervalo[918]; la inmediatez en la entrega de la ventaja económica daría lugar al Robo.

Se ha convertido en una modalidad usual de varios agentes delictuales, realizar llamadas telefónicas a domicilios u oficinas, inventando o fingiendo que determinado familiar del interlocutor está detenido o privado de libertad –por ejemplo, en alguna carceleta– y ante ello le solicitan que entregue una suma de dinero para que «cese la detención», con ese propósito se ocupan en recopilar información real sobre la persona aparentemente detenida –nombre, dirección, teléfono, oficio... detalles sobre su vida– lo cual genera, evidentemente, un estado de angustia y miedo fundado del familiar que recibe la llamada, que, en ciertos casos, solo atina a depositar la suma de dinero requerida. Sin embargo, si el requerimiento toma lugar y la víctima cede, la situación descrita puede transformarse en una relación ilegal, por cuanto, las organizaciones criminales le podrían exigir periódicamente el pago «cupos». Ello no cuenta con un expreso acogimiento en la redacción normativa del art. 200° del Código Penal, en la medida que la violencia o amenaza que se definen en su composición típica ha de ser real, efectiva y potencialmente generadora de un daño a un interés jurídico vital del ser humano –de ahí que se estime al delito de Extorsión, como uno de naturaleza jurídica *pluriofensiva*–.

Conforme lo anotado, es que líneas más adelante procederemos a su examen pormenorizado, tanto desde una visión de *lege lata* como de *lege ferenda*.

---

(917) NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte Especial,* T. V, op. cit., p. 257.

(918) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, op. cit., p. 464.

5. VENTAJA ECONÓMICA INDEBIDA O DE CUALQUIER OTRA ÍNDOLE

Si hemos de convenir que el art. 200° del CP tutela el patrimonio, ha de estimarse también que la conducta típica debe generar un menoscabo al acervo patrimonial del sujeto pasivo, puesto que lo persigue obtener el autor es una ventaja económica «indebida», quiere decir ello que, no será pasible de esta figura delictiva cuando la ventaja económica es «debida». El acreedor que mediante amenaza de causar un mal a su deudor, lo obliga a pagar su acreencia, a satisfacer la deuda; o el trabajador que compele al empleador a que le pague el sueldo de meses de retraso, no da lugar a una Extorsión, sino a un concurso delictivo de Coacciones[919] con el tipo penal de Ejercicio del ilegítimo de un derecho o Justicia de propia mano (art. 417° del CP); pero si el agente toma de propia mano el bien propio que se le dio en prenda, será constitutivo solo de la conducta contenida en el art. 193° del Código Penal –Apropiación de prenda–.

Cuando el despliegue de la fuerza física ha causado un daño efectivo en la salud de la víctima, el concurso será entre los tipos de Lesiones, conjuntamente con el previsto en el art. 417° del Código Penal.

Convenimos con SOLER, en el sentido de que la Extorsión arraiga [...] en la substancial ilicitud del provecho propuesto, de manera que aun cuando el extorsionado debiera algo, puede concurrir Extorsión por la exigencia de un plus que no parece fundado en la causa de la obligación sino en el temor provocado por la amenaza[920].

Ahora bien, ventaja indebida será aquella por la que el autor no tiene derecho alguno, es el caso clásico del Secuestro extorsivo; también serán los derechos expectaticios, por ejemplo, quien pretende

---

(919) Así, CRUES, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, op. cit., p. 474.

(920) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. IV, op. cit., p. 303; Así, FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial,* op. cit., p. 468; NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte Especial,* op. cit., p. 258.

heredar y obliga a su pariente a que lo incluya en el testamento mediando amenaza suficiente, estará cometiendo el tipo penal *in comento*.

Los trabajadores que toman como rehén a un funcionario público para que se proceda a admitir un pliego reivindicatorio, no puede ser una Extorsión, al no verificarse el contenido patrimonial; más bien toma lugar el delito de Secuestro.

El legislador ha pretendido ampliar el ámbito de protección de la norma, al hacer mención a «*ventaja de cualquier otra índole*»; mas consideramos que lo adecuado debería ser una «ventaja de naturaleza patrimonial» a fin de conservar la homogeneidad del bien jurídico tutelado. Hacerse nombrar heredero, obligar a reconocer como hijo a una persona carente de parentesco, suscribir un contrato de compraventa de un bien mueble o inmueble a favor del agente o de tercera persona, poner acciones de una empresa a nombre del autor, etc. Un sector de la doctrina, siguiendo una aplicación estricta a la ley positiva, incluye como figura extorsiva, al agente que manteniendo como rehén a una persona, la obliga a mantener relaciones sexuales por un tiempo determinado con aquel o con un tercero[921]. Consideramos que los criterios de interpretación deben sujetarse a un correcto ámbito material del interés tutelado, en tal virtud la *lege lata* no nos puede cerrar espacios a una aplicación adecuada de la ley penal, sin que ello suponga un quebrantamiento al principio de legalidad.

6. MODALIDADES TÍPICAS INCLUIDAS CON EL DECRETO LEGISLATIVO N° 982

Son tres los párrafos que fueron incluidos en la construcción típica del art. 200° del Código Penal, como consecuencia del Decreto Legislativo N° 982 (publicado el 22 de julio de 2007), el cual reformó drásticamente dicho tipo penal.

---

(921) Cfr., SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el Patrimonio,* op. cit., p. 350.

El primero de ellos –conservado sin modificaciones de ese tiempo a esta parte– señala lo siguiente: «*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*»[922].

El sistema penal peruano, en cuanto a la imputación delictiva, sigue la suerte del principio de accesoriedad en la participación, esto es, aparte del autor del hecho intervienen otros individuos que no tienen el dominio funcional, pero que sí contribuyen de forma decidida a asegurar el éxito de la realización típica; aportan un elemento objetivo en la etapa preparatoria o ejecutiva, imprescindible para lograr la consumación del delito; nos referimos a los partícipes (instigador y cómplice), su actuación se encuentra subordinada a la intervención final del autor y cuya punición se encuentra condicionada a un factor volitivo y cognoscitivo (dolo) y que la acción que emprenda el autor ingrese al ámbito de protección de la norma.

El fundamento de la punición de la participación reside en que provoca la decisión a una acción socialmente intolerable y por eso antijurídica, o favoreció su realización[923]. Por consiguiente, para saber quién es partícipe (cómplice) debemos remitirnos a las regulaciones que sobre este aspecto prevé la Parte General (arts. 23°-25° del CP); mientras que la calidad de autor se desprende del tenor literal del tipo penal en cuestión (Parte Especial), de común idea con lo previsto en el art. 23°; de tal modo que, en las tipificaciones penales por lo general no se hace alusión al cómplice primario o secundario[924], sino solo al autor del hecho punible.

---

(922) Inclusión que se efectúo de manera semejante en el caso del tipo penal de Secuestro (art. 152° del CP).

(923) WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General,* op. cit., p. 161.

(924) La excepción la constituyen los denominados delitos de «participación necesaria», delitos de relación, donde la tipificación normativa comprende la actuación del

En el caso *in examine*, se introduce innecesariamente al cómplice primario, pues como se sostuvo, a este se le identifica con las reglas de la Parte General; quien suministra información de relevancia para que se pueda cometer el delito de Extorsión; verbi gratia, la secretaria de un empresario que conoce en detalle el itinerario diario, o su guardaespaldas que proporciona dicho dato a una gavilla de delincuentes; ambos colaboran de forma trascendente y se aprovechan del cargo o función para que se alcance la realización típica, por ende, su intervención es «imprescindible», lo que da lugar a una complicidad primaria, de acuerdo a lo establecido en el art. 25° del CP[925]. Resulta entonces una inclusión normativa que no tiene menor utilidad, únicamente dirigida a fines de politización normativa.

En el tercer párrafo del art. 200 del Código Penal se estableció lo siguiente: «*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 principio de legalidad importa que la conducta prohibida u ordenada a realizar sea clara, precisa y exacta en su construcción típica, a fin de garantizar el proceso de comunicación cognitiva y de evitar zonas oscuras de interpretación normativa. El mandato de determinación es consustancial al Estado de Derecho, como una vía dirigida a impedir la arbitrariedad pública. Tal como se desprende de las diversas tipificaciones de la Parte Especial, el legislador ha

---

cómplice, dado que el delito solo puede ser definido típicamente, a partir del concierto de voluntades criminales que se produce entre ambos (autor y partícipe).

(925) Siguiendo la letra de dicho articulado, se establece que recibe la misma pena que el autor.

incluido una serie de conductas que afectan bienes jurídicos personalísimos, como la vida, el cuerpo y la salud y a su vez ha determinado la represión de comportamientos que afectan la seguridad pública, como son los delitos de peligro común, que ponen en riesgo un bien jurídico de naturaleza colectiva, pues no es de propiedad de una sola persona, sino de toda la comunidad.

En el marco de las protestas públicas, movilizaciones y marchas sociales, en las organizaciones sindicales y gremiales, frecuentemente se infiltran vándalos, que aprovechando la multitud provocan saqueos, daños a la propiedad pública y/o privada, mientras otros obstaculizan el normal funcionamiento del transporte público y privado. Conductas que no se dirigen a la obtención de una ventaja económica indebida, como da lugar a una correcta tipificación del delito de Extorsión, sino a la obtención de ventajas sindicales, laborales y sociales, justos reclamos en un Orden democrático de Derecho. Empero, quienes realizan tomas de locales, saqueos, caos y obstaculizan la vía pública, por más que se adscriban en un cometido de reivindicación laboral, incurren en los delitos de Coacciones, Daños, Violación de domicilio, Entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos[926]; comportamientos que ya se encuentran catalogados como «delitos», por tanto, pasibles de una pena. Consecuentemente, la inclusión de este párrafo lo que origina, en todo caso, es una superposición de tipificaciones penales, incorrecto desde un planteamiento sistemático, que tiene como pilar al principio de legalidad.

Por último, se incluyó en el cuarto párrafo una conducta típica que ha generado una serie de cuestionamientos, de por sí legítimos, por parte de las autoridades locales y regionales del país; cuyo tenor literal –solo modificado en cuanto a la ortotipografía por la Ley

(926) El art. 283° del CP, precisamente incluye una agravante, cuando el agente actúe con violencia y atente contra la integridad física de las personas o cause grave daño a la propiedad pública o privada, de conformidad con la modificación efectuada por la Ley N° 29583 del 18 de septiembre de 2010.

N° 30076– dispone lo siguiente: «*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 u otra 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*».

Todos aquellos que se encuentran investidos de una función pública deben sujetar su actuación a los cometidos –estrictamente generales– que se desprenden de la Ley Fundamental, esto quiere decir la independencia, objetividad, imparcialidad y autonomía en el ejercicio de dicha función, tal como lo proclama el art. 39° («*Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación [...]*»). De ello se colige que, el funcionario o servidor público no puede anteponer sus intereses personales o políticos a los intereses públicos, pues de ser así estaría ingresando a una zona de ilegitimidad. Habiéndose establecido en el art. 42° de la Constitución, que los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, están impedidos de ejercer el derecho de huelga; estando comprendidos en dicho listado, los Presidentes de los Gobiernos Regionales y los alcaldes (provinciales y distritales). Prohibición que se dirige a cautelar el normal desarrollo de las actividades políticas, económicas y sociales, propias de un Estado social y democrático de Derecho. Empero, cabe precisar que dichos funcionarios públicos también se deben a sus electores, a la población que confió en ellos el ejercicio del cargo, a quienes representan ante el Gobierno Central; en tal virtud, cuando ellos apoyan las reivindicaciones sociales y laborales de sus pueblos, están realizando un acto de plena esencia democrática, siempre y cuando se encaucen en parámetros legales y permisibles. Máxime, si la prohibición constitucional se sujeta a la huelga, que debe ser entendida como el cese de las actividades laborales por voluntad de los trabajadores, habiéndose agotado los medios de negociación

colectiva; cuestión distinta, es una marcha o movilización social que no necesariamente implica la misma connotación jurídica.

Debiéndose agregar que, la prescripción constitucional se refiere a la huelga que realiza y/o efectúa el funcionario público a título personal, es decir, cuando cesa intempestivamente en sus labores, pese a estar impedido de hacerlo.

Por lo expuesto, debemos formular las siguientes objeciones: 1. Que la conducta incriminada no se corresponde con el bien jurídico –objeto de tutela– en el art. 200° del CP, pues el patrimonio individual no estaría en riesgo de lesión, sino el correcto funcionamiento de la función pública; y 2. Si bien constituye un desvalor jurídico, la conducta del funcionario público o de aquellos que desempeñan cargos de confianza de alzarse en huelga, dicho comportamiento no revela una suficiente perturbación social, para ser elevado a la categoría de «delito»; menos aún participar en movilizaciones sociales que se encuentran sustentadas en legítimas reivindicaciones sociolaborales, con arreglo a los principios democráticos de Derecho. A tales efectos debe preservarse la calidad de *última ratio* del Derecho penal, ubicando dicha conducta en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. Constituye a todas luces una contravención administrativa, si no fuese así no se explica por qué el legislador no la incluyó en la redacción primigenia del art. 200° del Código Penal a partir de una interpretación de que el propio funcionario se declare en huelga, mas no cuando participa en la huelga de otros.

7. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La figura delictiva contenida en el art. 200°, en cualquiera de sus modalidades típicas, solo resulta reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente dirige su conducta, ejerciendo una fuerza física intensa o una amenaza grave, obligando a la víctima a que le otorgue una ventaja económica indebida. El dolo debe de abarcar el propósito perseguido por el agente, en cuanto a la obtención del beneficio indebido.

En cambio el Secuestro extorsivo, importa no solo el dolo, la conciencia de ilegitimidad en lo que respecta a la privación de libertad de una persona, sino también debemos agregar un plus anímico de naturaleza trascendente: de hacerse con una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole.

8. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

8.1. AGRAVANTES DE PRIMER GRADO (LA PENA SERÁ NO MENOR DE QUINCE NI MAYOR DE VEINTICINCO AÑOS E INHABILITACIÓN CONFORME A LOS NUMERALES 4 Y 6 DEL ARTÍCULO 36°)

8.1.1. A mano armada

El fundamento de la agravante reposa en la singular y particular «peligrosidad objetiva» que se revela cuando el agente porta un arma, cuya efectiva utilización puede desencadenar un evento lesivo de magnitud considerable, dada la naturaleza de los bienes jurídicos que se colocan en un estado de aptitud de afectación, lo cual redunda en contenido del injusto típico de alta intensidad de desvalor[927].

Hemos de fijar que su procedencia está condicionada a lo siguiente: que los instrumentos u objetos que han de ser calificados como «arma» deben haber sido los medios empleados por el agente para poder vencer la resistencia de la víctima, ver reducidos sus mecanismos de defensa y así poder apoderarse de los bienes muebles que se encuentran bajo su esfera de poder; violencia que debe ser continua y uniforme hasta lograr un total desapoderamiento, que permita al autor disponer de la cosa sustraída. Para ello se requiere que el agente utilice de forma efectiva el arma en cuestión, en el caso de producirse el apoderamiento con sustracción, sin usarla pese a contar con ella, será un Hurto y no un Robo agravado.

---

(927) Así, GONZÁLEZ RUS, Juan, *Delitos contra el patrimonio (III),* op. cit., p. 625.

8.1.2. Participando dos o más personas

Siempre se ha visto que la concurrencia de dos o más personas en el evento delictivo genera una mayor peligrosidad objetiva, pues el agraviado se encuentra expuesto a una mayor afectación; a mayor número de participantes, más simplicidad, menos resistencia y complicaciones para la perpetración del injusto.

No se requiere de la previa concertación de voluntades criminales, basta que de forma concomitante y en base a una codecisión se decida cometer el delito; pueden admitirse, por tanto, las otras formas de participación (complicidad primaria o secundaria).

8.1.3. Contra el propietario, responsable o contratista de la construcción de una obra de construcción civil pública o privada, o de cualquier modo, impidiendo, perturbando, atentando o afectando la ejecución de la misma

De plano debe decirse que, entre este núcleo duro del Derecho penal, posición especial ocupa el delito de Extorsión, por su alta incidencia criminológica en el Perú, lo cual preocupa mucho a las autoridades estatales competentes, pues la estrategia de política penal trazada años atrás no ha rendido los frutos que se esperaba, esto lo decimos por la permanente modificación que ha sido objeto del artículo 200° del Código Penal. Sin embargo, no vamos a detenernos en el aspecto criminológico y en el inoperante sistema de investigación penal de este delito, sino en la parte sustantiva, donde, de recibo, la realidad nacional deja perplejo a cualquiera, por las nuevas modalidades de las que el delincuente hace uso para obtener una ventaja patrimonial «indebida» por parte de su víctima. Según este indicador realístico, la cuestión está en proceder a un innumerable listado de supuestos del injusto o de reformar la modalidad del tipo base. Entendido esto por las ansias legítimas de cerrar espacios de impunidad, que encuentra validez en una consideración estricta de política criminal; no puede haber rajatabla con el principio de legalidad, por lo que ambos planos del sistema penal han de ser debidamente matizados, a fin de elucubrar criterios

interpretativos, calibrados según la plataforma basilar de los principios de un Derecho penal democrático.

La legislación en general, debe adecuar su composición normativa a los nuevos hechos que van sucediendo en cada contexto histórico-social, es por eso que el Derecho positivo ha de renovarse constantemente, a partir de las reformas legales que así lo convengan. Siendo esto así, son muchas las oportunidades en que los medios de comunicación social difunden noticias relacionadas a trabajadores de construcción civil comprometidos en típicos actos de Extorsión, quienes a través del uso de la violencia y/o la amenaza, exigen a las empresas constructoras y afines que contraten a sus operarios en las obras que están llevando a cabo; lo cual se ha convertido en una práctica usual en todo el país, donde personajes involucrados en esta actividad no dudan en ejercer los actos más reprobables de violencia y agresión para así obtener ventajas en sus objetivos laborales. Situación que coloca en grave riesgo el normal funcionamiento de las actividades ligadas a la construcción, así como la integridad de las personas que la representan.

Según dicha constelación criminológica, es que la Ley N° 30076 ha supuesto incluir en el inc. c de la primera tabulación de las circunstancias de agravación. De la descripción típica de esta circunstancia se desprende que la amenaza o la violencia debe recaer sobre una persona, si no, no podría hablarse con propiedad de poder «obligarlo» a otorgar una ventaja económica indebida; esto quiere decir que, impedir, perturbar, atentar y/o afectar la ejecución de la obra, debe verse como una forma «implícita» de amenaza contra una de las personas que se detallan en la redacción normativa, para así convencerlo a la entrega de la ventaja económica. Una postura distinta implicaría la punición de actos que podrían ser considerados como «turbación» a la posesión, inadecuado desde todo punto de vista de política criminal. De ahí que la inclusión de los últimos términos en el substrato definidor de la conducta haya sido innecesario, al ser suficiente con una correcta interpretación normativa.

De plano cabe sostener que, entre este núcleo duro del Derecho penal posición especial ocupa el delito de Extorsión, por su alta incidencia criminológica en el Perú, lo cual inquieta o causa preocupación a las autoridades competentes, pues la estrategia de política penal trazada años atrás no ha rendido los frutos que se esperaba; advertimos esto por la permanente modificación que ha sido objeto el art. 200° del Código Penal. No vamos a detenernos en el aspecto criminológico y en el inoperante sistema de investigación penal de este delito, sino en la parte sustantiva, donde, de recibo, la realidad nacional deja perplejo a cualquiera que se detenga a examinar la evolución de la normatividad y las nuevas modalidades que el delincuente emplea para obtener una ventaja patrimonial «indebida» de su víctima. Según este indicador realístico, la cuestión está en proceder a un innumerable listado de supuestos del injusto o de reformar la modalidad del tipo base.

8.2. Circunstancias agravantes de segundo y tercer grado (la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el agente con la finalidad de obtener una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, mantiene en rehén a una persona; mas la pena será privativa de libertad no menor de treinta años:

8.2.1. Por el tiempo de duración de la privación de libertad

Se señala en el lit. a, que la agravación tomará lugar cuando el secuestro se prolongue por más de veinticuatro horas. La mayor permanencia del estado antijurídico, que se configura con la figura del rehén, puede provocar mayores repercusiones negativas en la esfera psicosocial del sujeto pasivo de la acción, lo que en efecto se reprime con pena más severa.

8.2.2. Por la forma de ejecución

Se emplea crueldad contra el rehén –lit. b–. En esta hipótesis, la agravación obedece al mayor desvalor que se expresa en la ejecución

típica, infundiendo un mayor sufrimiento en la persona del ofendido, que resulta en realidad innecesario para la obtención de la ventaja económica indebida.

8.2.3. Por la condición de la víctima

El agraviado ejerce función pública o privada o es representante diplomático –lit. c–; ello implica que, la especial vinculación que liga a la víctima con el aparato público del Estado o la representación consular, en cuanto a las relaciones diplomática del Perú con otras Naciones, determinan una reacción punitiva más intensa.

Cuando el rehén adolece de enfermedad grave –lit. d–. La particular condición de salud del ofendido que se encuentra resquebraja o sensiblemente disminuida, importa que este pueda correr un peligro concreto, al mantenerse en cautiverio bajo condiciones infrahumanas. Tanto su vida como su integridad física se ven amenazadas de una posible afectación.

8.2.4. Por el resultado

Se causa lesiones leves a la víctima –lit. f–, las cuales parecen ser cometidas a título de dolo (cuando menos eventual). De cualquier modo, se configura un concurso ideal de delitos, con el tipo penal previsto en el art. 122° del Código Penal, pero que según esta fórmula resolutiva recibiría una pena menor, de acuerdo a lo previsto en el artículo 48°.

En el caso de que las lesiones se causen a título de culpa, también deben ser comprendidas en esta agravante, a pesar de que no se desprende de forma clara del tenor literal de esta hipótesis de agravación.

8.2.5. La pena prevista en el párrafo anterior se impone al agente que, para conseguir sus cometidos extorsivos, usa armas de fuego o artefactos explosivos

Bajo esta hipótesis agravante, se tomado en cuenta los medios que emplea el agente para perpetrar el injusto penal; es de verse que, la utilización de armas de fuego, explosivos o cualquier otro instrumento o sustancia peligrosa, genera un peligro concreto a los bienes jurídicos fundamentales de las víctimas (sujeto pasivo); pues si el autor coloca un explosivo (dinamita) para poder intimidar al receptor de la amenaza extorsiva, y así infundir el temor que espera generar en aquél, puede también provocar lesiones de magnitud, inclusive la muerte, y si ello sucede, estaríamos hablando de un concurso delictivo con los tipos penales de Lesiones o de Homicidio, que pueden ser atribuidos al agente a título de dolo eventual o de imprudencia.

Si las armas son empleadas directamente para matar al sujeto pasivo ya no se puede hablar de Extorsión, máxime cuando fallecida la víctima lo que hace el agente es de apoderarse del dinero, dando lugar a un Asesinato para facilitar otro delito (Hurto).

Cuando las armas son usadas *a posteriori*, en cuanto a la amenaza y/o violencia que se ejerce sobre el sujeto pasivo, habiendo procedido la entrega del dinero solicitado por el agente delictual, configura la Extorsión (tipo base) en concurso con el delito que pudo haberse generado como consecuencia de su empleo.

Es de recibo, la palpable duplicidad regulativa en la que incurre el legislador al momento de definir las circunstancias de agravación, en tanto el inc. a ya lo toma en el listado agravatorio, por lo que estando en el presente caso ante una penalidad más intensa, pensamos que su aplicación habría de reservarse para el caso de los artefactos explosivos.

8.3. Agravantes de cuarto grado (la pena será de cadena perpetua cuando)

8.3.1. El rehén es menor de edad o mayor de setenta años

Se incide en un aspecto puramente cronológico, en el sentido de que un menor de edad o una persona anciana pueden verse más afectados con la situación del encierro por su condición de mayor «vulnerabilidad». Máxime, cuando el encierro se prolonga de forma indefinida.

8.3.2. El rehén es persona con discapacidad y el agente se aprovecha de ésta circunstancia

El estado de vulnerabilidad que es objeto de prevalimiento o aprovechamiento por parte del autor es materia de una represión más severa. Queda claro que, personas en dicha situación requieren de una atención médica especializada, dando lugar a una situación riesgosa para la indemnidad de la víctima.

8.3.3. Si la víctima resulta con lesiones graves o muerte durante o como consecuencia de dicho acto

Son dos las circunstancias que se ponen en cuestión: si se causa lesiones graves, las cuales deben haber sido provocadas como consecuencia directo del encierro, de los malos tratos que han ejercido los captores sobre el rehén, son producto de la pésima alimentación o simplemente de la inanición. Debe ser un resultado previsible por el agente, a fin de descartar una mera responsabilidad objetiva por dicho desvalor o, en su defecto, pueden haberse causado directamente (dolo eventual), en esta hipótesis se trataría en realidad de un concurso ideal de delitos, que directamente el legislador lo ha establecido con pena de cadena perpetua. En el caso de la muerte, esta debe acaecer como consecuencia de la conducta cometida por el agente, en el sentido de que debe subyacer una relación de riesgo entre el comportamiento del autor y el resultado antijurídico sobrevenido,

imputable a título de culpa (*imprudencia*), pero igual que la otra hipótesis, el deceso de la víctima puede ser también concreción directa de una conducta (dolosa) del autor, que debería de ser tratada como un concurso ideal de delitos –Secuestro y Asesinato–, mas el legislador optó para darle directamente un tratamiento punitivo singular, merced a los efectos sociocognitivos que despliegan las normas jurídico-penales. No se podrá aplicar la circunstancia *in comento* si el fallecimiento del rehén fue a causa de un paro cardiaco, en vista que no era previsible para el agente.

8.3.4. El agente se vale de menores de edad

En este apartado de la última tabulación de las circunstancias agravantes, nadie duda que merece un mayor reproche social y jurídico, sin embargo debe hacerse hincapié de que esta recurrente técnica legislativa, llevada al excesivo y ampuloso casuismo, puede acarrear una exagerada extensión de lo que deben regular los tipos penales, considerando que es en la Parte General donde deben estatuirse dichas circunstancias y así ser aplicadas al momento de la determinación e individualización de la pena. Del mismo modo, se advierte que se se incorporó el art. 46°-D al Código Penal –Ley N° 30030 del 4 de junio de 2013–, concerniente al uso de menores de edad y de personas que padecen de anomalías psíquicas y otras alteraciones mentales en la comisión de delitos; mientras que la Ley N° 30076 antes mencionada en el marco del art. 46°, incorporó en el literal j como circunstancia de agravación que el agente ejecute la conducta punible valiéndose de un inimputable.

Según el listado del art. 20° del Código Penal, ¿no es cierto que el menor de edad es un «inimputable»? Claro, desde un punto de visto puramente declarativo parece que la respuesta es afirmativa. Por consiguiente, advertimos una reiteración innecesaria de condiciones y/o circunstancias que ya se encuentran detalladas en los tópicos correspondientes de la Parte General; parece ser que el empleo

de la norma jurídico-penal según sus efectos sociocognitivos en la comunidad o tal vez la falta de apego a la forma de cómo se debe legislador en una determinada codificación, llevan al reformador a estos excesos normativos, que nada abonan en crear un clima de verdadera seguridad jurídica.

Por lo demás, no puede considerarse en serio que todos los menores de edad sean un verdadero «instrumento» en las manos del agente, en tanto este ha de ser el fundamento de incidir en una reacción penal de contornos más intensos, la perturbación en la normal autorrealización personal del impúber y lo corrosivo que resulta, de ingresarlo en actividades ilícitas, de naturaleza tan nefasta, como la Extorsión. No puede predicarse de forma general que todo menor de edad es un *instrumento en las manos de un adulto, en tanto la sociedad actual, muestra claramente que los adolescentes están en capacidad, cada vez más, de alcanzar un desarrollo genésico pleno de forma más temprana, merced al desarrollo científico y tecnológico, en cuanto a la mayor aprehensión y contacto de éstos en las diversas actividades de la vida social; de forma, que ante personas de 16 años de edad, que de forma voluntaria ejercen este tipo de actos luctuosos, no se puede decir en serio que son verdaderos sujetos irresponsables y/o inimputables, conocedores que la ley, parte de una presunción legal iure et de jure, que no admite prueba en contrario, basado en una consideración de política criminal*[928] [929].

---

(928) Así, cuando CÁMARA ARROYO señala que [...] toda determinación del límite mínimo de edad responsabilidad penal no se corresponde con ninguna deducción científica acerca del grado de madurez del menor, sino que se trata de una cuestión de política criminal; *La reforma de la justicia juvenil...*, op. cit., p. 59; Así, GÓMEZ RIVERO, citada por BOLEA BARDON, para quien la *ratio* de la presunción de que parte el legislador de que el menor carece o tiene disminuida su capacidad de culpabilidad, no se basa en la imposibilidad de que el caso concreto pueda tener madurez, sino en necesidades político-criminales que aconsejan evitar su ingreso en prisión; *La autoría mediata en Derecho penal,* op. cit., p. 328.

(929) Como apunta CUELLO CONTRERAS, la razón por la cual someter al menor y al joven a un régimen distinto al penal cuando ha cometido un delito estriba en la conveniencia político-criminal de que, por tratarse de alguien que se encuentra en una fase crucial de la vida (crisis de la pubertad), es fácil que lleve a cabo

A nuestro parecer, debe procederse a una distinción entre el niño y el adolescente para atender a la verdadera naturaleza de las cosas, pues recoger un criterio tan general puede arrastrar a conclusiones punitivas desafortunadas, como se apuntó en el delito de Robo agravado.

9. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Según se desprende de la redacción normativa del art. 200° del Código Penal, existen dos modalidades típicas frecuentes y debidamente marcadas: primero, cuando el autor ejerce violencia y/o amenaza sobre el sujeto pasivo, a fin de hacerse de una ventaja económica indebida; segundo, cuando mediando la privación de libertad de una persona (rehén), el agente también obtiene una ventaja económica o de cualquier otra índole.

Según lo expuesto, en la primera modalidad, los actos de violencia física o de amenaza grave que han de producirse deberán reputarse como delito tentado, siempre y cuando cuenten con idoneidad para obligar a la víctima a la disposición patrimonial; por ende, la perfección delictiva ha de fijarse cuando el autor logra la obtención del beneficio, no siendo necesario exigir su disponibilidad. Para un sector de la doctrina, sería suficiente que la víctima se haya desprendido de su patrimonio, mas no así el apoderamiento fáctico del agente[930]; en

---

actos de rebelión de naturaleza antisocial que, aunque se le pueden imputar, es más conveniente no hacerlo, al menos en los mismos términos en que se imputan al autor adulto, porque se trata de una crisis pasajera en la que, sin necesidad de intervención del Estado tan drástica como la penal, desaparecerán sin dejar huella con la simple evolución hacia la adultez, y porque la intervención estatal, que alcanza desgraciadamente también al Derecho penal juvenil, sí la deja, estigmatizando al menor (casi siempre procedente de los estratos más bajos de la sociedad) que muy pronto fue sometido al Derecho penal (incluido el de menores), iniciándole en la denominada "carrera criminal" [...]; *El Derecho penal español. Parte General,* op. cit., p. 971.

(930) Así, Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho penal...,* II-A, op. cit., p. 469; Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. IV, op. cit., págs. 312-314;

otros términos, el delito se consuma cuando la víctima otorga ventaja obligada por el constreñimiento de los medios empleados, sin importar que aquella ventaja llegue a manos del sujeto activo[931]. Postura a la cual disentimos, en el sentido de que si estamos hablando de un delito que ataca el patrimonio no solo ha de observarse el menoscabo de aquel por parte de su titular, sino también la posibilidad concreta que debe tener el agente de incorporar el bien a su esfera de custodia. Qué pasaría entonces en caso la víctima entregue el dinero a un intermediario que, aprovechando la circunstancia, no lo entrega al extorsionador, sino más bien lo ingresa a su custodia. No podemos dar por consumado el delito, pues no hay posibilidad de beneficio patrimonial.

No puede dejarse pasar el hecho de que nuestra ley positiva hace mención, en la descripción típica al verbo «otorgar»; no obstante, en el caso del art. 168° del CP argentino, se incluyen también el «envío», «depósito» o «poner a su disposición o a la de un tercero». Como expone CREUS, en la entrega, el delito se consuma cuando el objeto es dado al autor o al tercero, en cuyo caso el momento del desapoderamiento se confunde con el apoderamiento[932].

Se advierte un intervalo de tiempo entre el despliegue de la amenaza y el desprendimiento del dinero por parte del sujeto pasivo; si bien este último dato puede significar ya una merma en el patrimonio, ha de convenirse que aquel ingrese al poder fáctico del agente para su efectiva realización típica.

Sobre la modalidad de la Extorsión con rehén, es una conducta que en realidad da lugar a un Secuestro, al margen de su inclusión de *lege lata* por parte del legislador; máxime cuando la privación de

---

CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* T. I, op. cit., p. 476; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 470.

(931) SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio,* op. cit., p. 363.

(932) CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* T. I, op. cit., p. 476; Así, FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 470.

libertad adquiere un tiempo significativo. En esta hipótesis, la mayor intensidad de la acción antijurídica recae sobre la libertad personal del rehén, por ello, no podemos señalar como el acto consumativo, la entrega efectiva de la ventaja económica indebida, sino a partir de que la víctima del comportamiento típico, resulta privado de su libertad[933], de todos modos el ánimo que motiva al autor a cometer este hecho es importante a efectos del juicio de subsunción jurídico-penal. No es necesario siquiera que la víctima de la maniobra extorsiva se entere de la exigencia del autor, pues, según los términos de la ley, es suficiente que la intención de sacar rescate exista en el ánimo del agente con motivo de la detención[934].

Se puede decir, por lo tanto, que es un delito de efectos permanentes[935], que ha de cesar cuando el rehén recobra su libertad personal. La tentativa tomaría lugar en todos aquellos actos que de forma decidida se dirigen a la privación de libertad del futuro rehén.

10. ¿LAS LLAMADAS AMENAZANTES DE DESTRUCCIÓN DE BIENES MUEBLES (VEHÍCULOS) CONSTITUYEN DELITO DE EXTORSIÓN O DE RECEPTACIÓN? - ACUERDO PLENARIO N° 2-2012/CJ-116

El Perú se encuentra sacudido por una inefable e incontenible criminalidad; acaecen continuamente delitos de sangre, sexuales, de corrupción, contra la salud pública, etc. En este contexto ha visto la luz una modalidad delictiva (contra el patrimonio) muy particular: personas inescrupulosas que llaman por teléfono a propietarios de vehículos hurtados o robados, para devolvérselos a cambio de cierta suma de dinero y bajo amenaza de destruirlos. Es así que se advierte una amenaza pero no sobre la vida, el cuerpo, la salud o la libertad

(933) Así, Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho penal...*, II-A, op. cit., p. 470; Soler, Sebastián; *Derecho penal argentino,* T. IV, op. cit., p. 317.

(934) Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte Especial,* T. V, op. cit., p. 274.

(935) Ibídem, p. 275.

de una persona, sino sobre la integridad de un bien mueble; relato fáctico, que ha supuesto un debate doctrinario y jurisprudencial, en cuanto a una posible incriminación del delito de Extorsión o el de Receptación –en la modalidad de *ayudar a negociar*–. Resolución dogmática que debe tomar lugar en franco respeto al principio de legalidad (*lex certa* y *lex stricta*), considerando las consecuencias jurídicas que cada una de ellas conlleva.

El intérprete debe buscar la *ratio* de la ley, los confines justificadores de la incriminación sobre la base del bien jurídico tutelado, lo que se quiere proteger con la conducta prohibida; empero, este norte interpretador no puede significar la extensión de su ámbito regulador más allá de lo previsto en la ley o cobijar supuestos de hecho que no se corresponden con el interés jurídico que se quiere proteger. A decir de PALOMINO RAMÍREZ, se debe acudir a un criterio axiológico, en cuya virtud entre las interpretaciones semánticas posibles, solo son esperables las interpretaciones de una norma que sean valorativamente acordes con la Constitución[936].

En el núcleo más duro del Derecho penal está el delito de «Extorsión», tanto por cuestiones de orden criminológico como por alto contenido desvalor del injusto; no en vano ya la doctrina y la jurisprudencia son coincidentes en afirmar que la conducta contenida en el art. 200° del CP es una de naturaleza *pluriofensiva*, en tanto no solo el patrimonio del sujeto pasivo del delito es objeto de protección jurídico-penal, sino también la vida, el cuerpo, la salud y la libertad, que pueden verse afectadas cuando el agente proceder a hacer uso de la violencia y la amenaza –como medios comisivos– para obtener la ventaja patrimonial indebida. Es a tal efecto que, este injusto penal cuenta con una conminación penal sumamente drástica, tal como

(936) PALOMINO RAMÍREZ, Walter, ¿Extorsión o *receptación? Comentarios al Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116*, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. N° 58, abril 2014, op. cit., p. 105.

se aprecia de su redacción normativa, a comparación del delito de Chantaje, con el cual mantiene cierta similitud en la composición típica.

El asunto en concreto consiste en si puede ser catalogado como delito de «Extorsión» la amenaza que profiere el agente sobre la integridad de un bien mueble, en este caso de un vehículo, donde la interpretación –que se endilga al respecto– debe ser coherente con la naturaleza de este delito, cuyo alto contenido de desvalor se ha sustentado generalmente por la puesta en peligro de los bienes jurídicos (ontologismo) inherentes a la condición de persona humana, y entre estos, en definitiva, no está el patrimonio (*integridad de los bienes muebles*), lo que no supone –de entrada– que calificar como Extorsión los hechos mencionados, importe una vulneración al principio de legalidad. Lo cierto es que la respuesta en cuestión debe construirse a partir de solventes argumentos dogmáticos y no en una argumentación de política criminal, que será absuelto líneas más delante.

Por su parte, el delito de «Receptación» importa una lógica conceptual y conducción típica muy distinta al tipo penal de Extorsión, en el entendido que el perista aparece en el escenario cuando al delito patrimonial previo –Hurto o Robo– ya adquirió su forma de perfecta ejecución (consumación). Señala Muñoz Conde, que la razón de la incriminación del delito de Receptación es [...] que favorece al autor de cualquier delito de índole económica al ayudarle a que se beneficie de los efectos del delito en el cual ha intervenido –ya que el receptador le paga una cantidad al autor a cambio de ellos–, beneficiándose, al mismo tiempo el propio receptador de los efectos del delito de índole económica cometido por otro, ya que normalmente paga por ellos una cantidad menor a la que valen[937].

---

(937) Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 542.

Importa una suerte de intervención *post delictum*, en el cual un agente hace uso de una serie de actos (translación de dominio) encaminados a ingresar el objeto material del delito al mercado negro. De suerte que a pesar que la *lex lata* no lo establezca de forma expresa, el autor del delito contemplado en el art. 194° del Código Penal –Receptación– ha de ser necesariamente una persona distinta al autor del delito previo, al prohibirse los actos posteriores (*no copenados*) al delito ya consumado por motivos de razonabilidad y de proporcionalidad[938]. Es de notar –no se advirtió por la doctrina y la jurisprudencia– que el sujeto pasivo de esta figura delictiva no puede ser la víctima del delito previo, al configurarse un bien jurídico distinto, que en realidad define contornos de supraindividualidad, incompatible con su sistematización en el Código Penal peruano, como si fuese un interés jurídico de orden individual[939]; como se ha indicado en su oportunidad, no se puede ser en simultáneo sujeto pasivo de Hurto y de Receptación, la sociedad es la agraviada cuando se procede a contaminar el mercado con objetos de origen ilícito. Como bien apunta González Rus, el castigo de la Receptación no debe encontrar su fundamento en el delito anterior, sino en el interés general de no favorecer la delincuencia patrimonial y económica, en la medida en que posibilitar que el autor se vea satisfecho el lucro y pretendido con el delito, es un factor decisivo en el desarrollo de este tipo de criminalidad[940]. Asimismo, como lo propone Reátegui

(938) No pueden incriminarse los actos direccionados al aprovechamiento, uso o disfrute del objeto ilícitamente obtenido, es como si a todo hurtador se le sancionará no solo por haber desapropiado al sujeto pasivo de la posesión del bien, asumiendo una nueva posición de dominio sobre este, sino también, por aprovecharse de sus bondades. Motivos de razonabilidad así lo aconsejan. En un bien jurídico (patrimonio) que se ve ya lesionado, las posteriores traslaciones de dominio sobre la cosa no puede dar lugar a una continua y permanente afectación, pues el interés jurídico ya se agotó en el tiempo.

(939) De esta postura, Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contra el Patrimonio,* op. cit., p. 265.

(940) González Rus, Juan; et al., *Delitos Socioeconómicos (IX), Curso de Derecho penal español,* I, op. cit., p. 843.

SÁNCHEZ, el legislador al sancionar la Receptación tiene un objetivo político-criminal de largo alcance, cual es evitar el aprovechamiento de los bienes precedentes de hechos delictivos, propósito que constituye el móvil o finalidad última del receptador[941].

Esta argumentación nos lleva a establecer con toda corrección que, al ser la sociedad el sujeto pasivo del delito de Receptación, el titular del bien hurtado debe ser excluido de tal cualidad jurídico-penal[942], por lo que en la modalidad delictiva de «vender», al requerir su perfección delictiva de una confluencia de voluntades y acuerdo de realización de prestaciones recíprocas entre el perista y el comprador[943], este último –aun siendo el propietario del bien– puede ser considerado cómplice primario del delito de Receptación, sostenida esta inferencia, en la inobjetable autonomía del bien jurídico protegido en el art. 194° del CP, en relación al delito precedente[944].

Entonces, quien realiza las llamadas por teléfono puede ser una persona distinta a quien cometió el Hurto o el Robo (sea autor o partícipe), por lo que se podría postular –conforme lo ha propuesto un sector de la doctrina nacional[945]– que este está incurso en la modalidad delictiva de *ayudar a negociar*; quien busca al comprador y así permite que el bien ingrese al orden socioeconómico (mercado negro), lo que hace es coadyuvar a que los agentes del delito previo puedan obtener provecho del bien en una fase consumativa posterior a los delitos de Robo y Hurto. Empero, esta inferencia ha de ser matizada, conforme se detallará en las líneas siguientes.

---

(941) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos contra el Patrimonio,* op. cit., p. 190.

(942) En contra, SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio,* op. cit., p. 265.

(943) Tomando en cuenta, que la admisión de formas de participación delictiva solo puede apreciarse hasta antes de la consumación de la actividad típica, Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...,* op. cit., p. 257.

(944) Vide, PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...,* op. cit., p. 256.

(945) Así, PALOMINO GUTIÉRREZ, Walter, ¿Extorsión o receptación?..., op. cit., p. 106.

Lo determinante en el tipo penal de Extorsión es, sin duda, los intereses jurídicos sobre los cuales ha recaer la amenaza como medio comisivo. En un principio ha sido coincidente en la doctrina, que el anuncio del mal (probable, cierto e inminente) habría de recalar sobre la vida, el cuerpo, la salud y la libertad de las personas, en atención a su vital relevancia según los valores constitucionalmente consagrados. Ello también en virtud de una conminación penal sumamente grave; estamos ante una escala punitiva no menor de diez ni mayor de quince años en su forma más simple; de modo que no puede dejarse de lado el principio de proporcionalidad, en cuanto a la adecuación entre la gravedad del injusto material y la reacción penal estatal. Es así que los bienes amenazados pueden ser la vida, el patrimonio o cualquier otro bien jurídico apreciable[(946)]. Según SALINAS SICCHA, es evidente que el mal a sufrirse de inmediato o mediatamente, puede constituirse en el daño de algún interés de la víctima que le importa resguardar, como su propia persona, su honor, sus bienes, secretos o personas ligadas por afecto, etc.[(947)]

Jorge BUOMPADRE, sostiene que la intimidación o amenaza, consiste en infundir temor en la víctima a través del anuncio o advertencia de un mal, que recaerá sobre ella o un tercero, o sobre bienes que se estiman valiosos para la persona[(948)]. Líneas más adelante, indica este mismo autor, que lo relevante para la procedencia de este delito es que la intimidación sea idónea para atemorizar, es decir, que tanga la aptitud suficiente –circunstancia que debe ser evaluada en el caso concreto– para crear en la víctima ese estado de miedo que la obliga a realizar la prestación exigida por el autor[(949)].

---

(946) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* II-A, op. cit., p. 463.

(947) SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio,* op. cit., p. 345.

(948) BUOMPADRE, Jorge, *Tratado de Derecho penal...,* op. cit., p. 95.

(949) Ibídem, p. 95.

La pregunta que debe formularse de inmediato es la siguiente: ¿La amenaza de que se destruya el vehículo de una persona, infunde un temor suficiente, un estado de constricción volitiva, como para que proceda a pagar por su devolución, máxime si se entiende que la Policía está en la obligación de recuperarlo? Podría suceder, por ejemplo, cuando el vehículo del sujeto pasivo del delito previo es su medio de trabajo. Sin embargo, piénsese en el empresario o el alto funcionario público, al cual la desposesión del bien no lo afectan gravemente, más aun, considerando que en un país como Perú, donde se producen mucho delitos de esta índole, muchos propietarios de vehículos cuentan con un seguro contra robos, por lo que si a alguno de estos se le profiere tal amenaza, preferirán hacer los trámites pertinentes ante la compañía de seguros para recibir un nuevo vehículo, que negociar con los delincuentes con los riesgos que esto acarrea. Nos aunamos, por tanto, a un sector de la doctrina especializada, que entiende que lo característico de la intimidación es que coloca a la víctima ante un dilema: se somete a las exigencias del autor o afronta el riesgo de que se produzca el daño anunciado[950].

Conforme lo anotado, es que debe ser rigurosamente valorado lo sostenido por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 2-2012 –en lo que respecta al desmantelamiento o destrucción del bien– cuando indica que: «*El potencial perjuicio y definitivo que ello ocasionaría sobre el patrimonio de quien fue la víctima de tales delitos otorga, a esa forma de amenazas, una evidente capacidad extorsionadora. El sujeto pasivo de esta acción extorsionadora podrá ceder a esta presión psicológica para asegurar la recuperación de su vehículo y la indemnidad del mismos*». Esta inferencia a la que llega el Tribunal Supremo, no puede ser predicada de forma general, pues, como se acotó líneas atrás, deberá valorarse en cada caso en concreto para determinar apropiadamente en qué situaciones la amenaza de destrucción y/o desmantelamiento del vehículo constituye

(950) Ibídem., p. 96.

en realidad una gran afectación al patrimonio de su titular; pues si es este contaba con seguro o el vehículo ya significaba para él más gastos que utilidades, dicha amenaza no generará los efectos psicológicos requeridos para estar ante un anuncio de un mal idóneo para ser constitutivo del delito de Extorsión.

En lo concerniente al delito de Receptación, su aplicación en el caso que nos ocupa, encuentra un obstáculo difícil de superar, nos referimos a la forma y circunstancias de cómo debe tomar lugar la negociación del bien entre el receptador y el comprador, en la medida que siempre se ha estimado que la compra del bien debe ir precedida por un voluntad caracterizada por una dosis de libertad, desprovista de todo elemento que la pueda viciar; y es claro que la negociación viene caracterizada por un elemento constrictor, mediando la coacción que significa el anuncio del inminente mal a los bienes jurídicos más preciados de la supuesta víctima, por lo que ya no puede tener dicha connotación, al anularse la libertad con la cual ha de ir presidida siempre toda negociación. Huelga abonar, por tanto, lo que la Corte Suprema señala en el fundamento 10 del Acuerdo Plenario mencionado:

> *En consecuencia, pues, el espacio residual que quedaría para la asimilación típica de la modalidad receptadora de ayudar o negociar vehículos robados o hurtados, tendrían que situarse siempre fuera del empleo de toda forma de amenaza, por parte de quien contacta y propone vías onerosas de recuperación o ubicación de los vehículos hurtados o robados. Esto es, se requiere un acto de negociación, por lo que debe entenderse esa en sentido amplio y no solo como formas de compraventa, sino como tratativas bilaterales que involucren al interesado en la ubicación y recuperación del vehículo objeto del delito previo, con quien lo tiene ilegalmente en su poder o con quien a este último representa.*

Solo cuando no haya de por medio amenazas en la llamada del agente, es que se puede hablar con propiedad jurídica de un delito de Receptación, en la modalidad de *ayudar a negociar*.

10.1. Conclusiones

El estado de la discusión (dogmática y político criminal), en el marco del *factum* propuesto, incide en un asunto de estricta subsunción jurídica, de cobijar el relato fáctico a los alcances normativos a los tipos penales de Extorsión y de Receptación, donde la solución elegida no puede resultar siendo extensiva al ámbito de protección de la norma (susceptible de afectar el principio de legalidad), ni tampoco sobre la base de criterios interpretativos contrarios a la *ratio* de la norma en cuestión.

Si bien el Derecho penal debe ser orientado a los fines político-criminales que lo inspiran, dichos cometidos no pueden terminar por trasvasar los principios legitimadores del *ius puniendi* estatal a la luz de un orden democrático de Derecho. Ese afán por dar respuestas sobrepenalizadores a la población frente al crimen más violento, corre el grave riesgo de ingresar a oscuras zonas de legítimo cuestionamiento, por lo que debe imperar siempre la razón por sobre la emotividad en la decisión; esto implica no endurecer la reacción merced a direccionamientos coyunturales, ni abrazar intelecciones valorativas impulsadoras de una intolerable impunidad.s

En resumidas cuentas, nuestra posición se inclina por el delito de Extorsión por la argumentación antes esbozada, pero esto matizado con dos aspectos a saber: primero, que la amenaza que profiera el agente, en cuanto a su idoneidad de infundir el temor en la esfera decisoria de la víctima, ha de ser analizada conforme las circunstancias del caso particular, pues si para este, que destruyan su automóvil no provoca mayor preocupación, es lógico que no estamos ante una idoneidad suficiente para que la conducta ingrese al ámbito de protección de la norma, por lo que se debe desdeñar la tipificación por el delito contenido en el art. 200° del CP, sin defecto de poder subsumir el hecho en el delito de Coacción; y, segundo, al ser el patrimonio un bien jurídico de menor valor que la vida, la salud o la libertad de la persona, la sanción debe adquirir contornos de menor intensidad

punitiva, lo cual debería ser previstos en la redacción normativa de este tipo penal, a fin de evitar penas que, a toda vista, pueden resultar transgresoras a los principios de proporcionalidad y lesividad[951].

Solo si el agente procede a negociar con el tercero, en un plano de plena libertad, es que la conducta podrá ser cobijada en el delito de Receptación, mas no cuando estemos frente a una comunicación amenazante del agente.

LA EXTORSIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CONSTRUCCIÓN CIVIL - DECRETO LÉGISLATIVO N° 1187

La legislación -en general-, debe adecuar su composición normativa, a los nuevos hechos que van sucediendo, en cada contexto histórico-social, es por eso, que el Derecho positivo -vigente-, ha de renovarse constantemente, a partir de las reformas legales que así lo convengan.

Siendo esto así, son muchas las oportunidades, en que los medios de comunicación social, difunden noticias relacionadas con los trabajadores de construcción civil, comprometidos en típicos actos de Extorsión, quienes a través del uso de la violencia y/o la amenaza, exigen a las empresas constructoras y afines, a que contraten a sus operarios en las obras que están construyendo; lo cual se ha convertido en una práctica usual en todo el país, donde personajes involucrados en esta actividad, no dudan en ejercer los actos más reprobables de violencia y agresión, para así obtener ventajas en sus objetivos laborales. Situación que coloca en grave riesgo, el normal funcionamiento de las actividades ligadas a la construcción (contratistas), así como la integridad de las personas que la representan.

---

(951) En palabras de PALOMINO RAMÍREZ, nos parece claro que una conducta que ponga en riesgo una pluralidad de bienes importantísimos como la vida, la salud o la libertad de las personas, tenga asignada una mayor cantidad de pena en comparación con otra que representa la lesión o puesta en riesgo de un bien jurídico como lo es el patrimonio; Cfr., ¿Extorsión o Receptación?..., op. cit., p. 107.

La mayoría de obras públicas en Lima y en algunas Provincias estarían controladas por aparatos criminales que cobran "cupos", a todos los empresarios y contratistas; es decir, lo que estas organizaciones exigen es que se contrate a un determinado número de miembros de sus respectivos sindicatos. Amenaza que toma lugar mediando el anuncio de un mal inminente a la vida, cuerpo y salud del destinatario del mensaje o persona estrechamente vinculada a aquél. Siendo que en algunas oportunidades, estos operarios que son contratados, ni siquiera llegan a efectuar su labor, repercutiendo en una pésima calidad de la obra.

Las mafias de construcción civil dedicadas a la extorsión tienen zonas dominadas a las que llaman su "territorio", por ello cuando conocen del inicio de una obra, lo primero que hacen es averiguar el nombre de los ingenieros a cargo, para chantajearlos y amenazarlos, a ellos como a sus familias, conforme lo sostenido por el jefe de la DIRINCRI - general José Lavalle Santa Cruz, a diversos medios de comunicación social. Se informa asimismo, que las mafias de construcción son dirigidas por unos 470 temidos delincuentes, que están libres o recluidos en algún penal del país y, que, entre el 2011 y lo que va del 2015 han sido asesinados catorce dirigentes de la Federación de Trabajadores de Construcción Civil afiliados a la CGTP que se oponían al pago de "cupos" a estas organizaciones criminales. No sólo estamos hablando, entonces, de sistemáticas Extorsiones por parte de los integrantes de estos Sindicatos, sino de Asesinatos por doquier.

En un Estado Constitucional de Derecho, si bien se tutela la libre asociación y sindicalización de los ciudadanos, no por ello se ampara también los actos ilícitos que se puedan cometer desde su estructura organizacional, de manera que la cobertura legal y laboral del «Sindicato», no puede ser empleada como una cobertura de impunidad, máxime cuando de por medio esta la afectación de bienes jurídicos fundamentales.

Es de verse, la urgencia de medidas drástica y efectivas para prevenir y controlar estas accione luctuosas, que hace rato han desbordado las cifras normales de la criminalidad, colocando a las personas involucradas en el negocio de construcción, en un estado de pánico y zozobra. Por consiguiente, el tema pasa por identificar plenamente a los autores y/o partícipes de estos eventos delictivos, por lo que regular la operatividad y funcionamiento de los Sindicatos de «Construcción Civil» es una misión de primera línea del Estado, que se ha asumido a través de la emisión del Decreto Legislativo N° 1187, del 16 de agosto del 2015 - establece las normas, las medidas de prevención y sanciones contra la violencia en la actividad de construcción civil, tal como se declara en su primer articulado.

Estableciéndose en el artículo 3° (*in fine*), que son fines del presente Decreto Legislativo, los siguientes:

- Prevenir la violencia y contrarrestar los delitos vinculados a la actividad de construcción civil.
- Contribuir con la mejora de la seguridad ciudadana y el orden público en la actividad de construcción civil.
- Promover mecanismos que aseguren la integridad física de los empleadores y trabajadores de la actividad de construcción civil.
- Velar por el libre ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores de la actividad de construcción civil.
- Articular acciones entre las autoridades de la administración pública que cumplen funciones vinculadas con la prevención y lucha contra la violencia en la actividad de construcción civil.

En suma, lo que se pretende con la presente Ley es de hacer frente a este flagelo social, desde diversos planos a saber, que de

forma conjunta puedan articular respuestas en realidad «preventivas», dejando un espacio de actuación importante al Derecho penal, tal como se aprecia de la modificación producida en el artículo 200° del CP.

Resulta interesante destacar de la norma -in examen-, que el Registro Nacional de Obras de Construcción Civil – RENOCC, es obligatorio para las empresas contratistas y sub-contratistas que, conforme al artículo 12 de la Ley de Fomento para la Inversión Privada en la Construcción vigente, realizan obras de construcción civil cuyos costos individuales exceden las cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UITs); por otro lado, que la llamada «Cuota sindical», *debe realizarse necesariamente mediante el mecanismo de retención por parte del empleador*, estando el empleador obligado a realizar el depósito de las cuotas retenidas en una cuenta del sistema financiero, de titularidad de la organización sindical, en un plazo no mayor de tres (03) días hábiles de efectuada la retención. Está prohibido el abono de las cuotas retenidas en cualquier otra modalidad bajo sanción administrativa, de conformidad con lo establecido en la Ley General de Inspección del Trabajo. La bancarización de las cuotas sindicales, es fundamental para controlar las sumas retenidas como el destinatarios de la misma y así evitar el pago de cuotas por debajo de la mesa que obedezcan a otras razones. Es por ello, que *la organización sindical perceptora de la cuota sindical debe proceder a la apertura de una cuenta en el sistema financiero*. El registro sindical habilita a ser titular de una cuenta en el sistema financiero.

Importa a resaltar, es que se alienta y fomenta en la normatividad, la participación de la ciudadanía en la persecución de estas ilicitudes penales, generando la posibilidad de activar todo un mecanismo de protección de víctimas y testigos, sabedores que los individuos que integran estas organizaciones -en puridad *delictivas*- no tienen el menor reparo para ejercer la amenaza y la violencia en

su ilegal accionar, por lo tanto de presionar a todos aquellos que pretendan hacer público estos actos luctuosos. Así, se desprende del artículo 7° (*in fine*) de la normatividad -in comento-.

- NUEVAS MODALIDADES TÍPICAS:

Aprovechando su condición de integrante de un sindicato de construcción civil; la agravante incorporada responde a la calidad especial del agente, en un cuanto un trabajador de Construcción Civil integrante de un Sindicato, que dadas las condiciones surgidas en los últimos tiempos en el Perú, estas estructuras sindicales se han convertido en focos de grave delincuencia, lo que precisamente ha sido recogido por el legislador para dar patente a la presente hipótesis de «agravación». A nuestra consideración, la materialidad de este supuesto no requiere de una membrecía y/o pertenencia formalmente perfecta del agente, a la estructura sindical, por lo una irregularidad al respecto, no afecta la configuración de la misma. Lógicamente, quien se hace pasar como sindicalista de esta actividad -no siéndolo en realidad-, no se le puede aplicar la agravante en cuestión, sin defecto de poder subsumir en otra de las variantes del injusto agravado de Extorsión. Necesariamente debe verificarse que el autor haya cometido el hecho punible, en *aprovechamiento de la calidad de sindicalista de construcción civil,* al constituir este elemento, el fundamento de la agravación, v. gr., si éste actúa como integrante de una organización delictiva ajena a esta estructura laboral (cobran cupos a todo tipo de empresarios), a pesar de ser sindicalista, no se dará este supuesto delictivo en estudio.

Simulando ser trabajador de construcción civil; en este supuesto del injusto agravado, apreciamos un agente que para cometer el hecho punible (Extorsión), aparenta ser un operario de construcción civil y, así logra generar el temor fundado en su víctima, a efectos de que ésta le entregue una ventaja de orden patrimonial o de otra índole. Circunstancia como la descrita amerita que el

autor genere una percepción objetiva de tal cualidad a la vista del sujeto pasivo, por lo que una simulación burda e inocua no puede ser valorada positivamente por el operador jurídica, para aplicar la agravante en cuestión, aún la víctima haya procedido a entregar lo solicitado por el sujeto activo, dejando intacta su culpabilidad por el tipo base.

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA

X. POSESIÓN NO PUNIBLE DE DROGAS (ARTÍCULO 299°)

No es punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de cinco gramos de pasta básica de cocaína, dos gramos de clorhidrato de cocaína, ocho gramos de marihuana o dos gramos de sus derivados, un gramo de látex de opio o doscientos miligramos de sus derivados o doscientos cincuenta miligramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxianfetamina - MDA, Metilendioximetanfetamina - MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas.

Se excluye de los alcances de lo establecido en el párrafo precedente la posesión de dos o más tipos de drogas.

1. VALORACIONES DOGMÁTICAS Y DE POLÍTICA CRIMINAL

Es sabido que el Derecho penal solo puede ingresar a la esfera de libertad de la persona cuando se exteriorice una conducta que lesione o ponga en peligro un bien jurídico penalmente tutelado. Es en definitiva, el principio de «ofensividad» el que legitima la descarga punitiva estatal, como fuerte dosis de coacción que recae sobre las libertades fundamentales de los ciudadanos. Son ellos los postulados de un Derecho penal democrático que deben ser respetados con todo rigor, so pena de ingresar a zonas nebulosas u oscuras donde impera la arbitrariedad, el abuso y el uso excesivo del poder penal, propios de Estados autoritarios, negadores de la libertad y de los derechos fundamentales.

Convenimos entonces que, la dación del *Corpus* Punitivo de 1991 sentó las raíces de un «Derecho penal del acto» en correspondencia con una «culpabilidad por el acto», vale decir, solo se puede sancionar mediante el uso de una pena cuando se produzca una acción u omisión reveladora de una idónea peligrosidad para la intangibilidad de un interés jurídico penalmente tutelado. Quedan fuera del radio de acción del Derecho penal, aquellos estados de sospecha, conducciones humanas portadoras de juicios apriorísticos, estimaciones presuntivas que por su naturaleza encajan en regulaciones punitivas incompatibles con las máximas de un Estado constitucional de Derecho.

Como bien se apunta en la doctrina nacional, el Derecho penal en un Estado de Derecho, se destaca por el hecho de incluir en su normativa límites al *ius puniendi*, entre ellos el principio de culpabilidad, en base al cual no pueden castigarse formas de ser sino actos queridos o imprudentemente ocasionados por el autor[952].

Si algo hemos de reconocer a la entrada en vigencia del Estado liberal de Derecho, es la garantía o respeto hacia las libertades fundamentales; en efecto, el Derecho penal no debe intervenir cuando se identifique un plano de autorrealización personal, desprovisto, por tanto, de todo rasgo de *lesividad social*. Siendo así, mientras la conducta humana no desborde un ámbito de circularidad, le está vedado intervenir al poder penal estatal, ergo, que dicha expresión de la personalidad humana sea objeto de represión.

Llevados los argumentos esbozados al tema que nos ocupa, se tiene que el articulado *in examen*, exonera de responsabilidad penal a quien posee drogas ilícitas para su consumo personal (e inmediato), lo cual genera una serie de reflexiones tanto desde una perspectiva de política criminal, como de orden dogmático, en el sentido de

---

(952) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal,* IV, op. cit., p. 300.

escudriñar las razones o motivos por los que una conducta así concebida no es objeto de sanción por parte del Derecho penal; de ahí que quepa una primera consideración: identificar si existe o no lesividad social en esta clase de comportamientos, conforme la identidad del bien jurídico protegido; y una segunda: cuál es el tratamiento jurídico que se le debe proporcionar a esta clase de agentes.

Cabe señalar que, la conducta contenida en el art. 299° del Código Penal no constituye un verdadero injusto penal[953], no se está ante una excusa absolutoria, ante un estado de inexigibilidad u otra institución similar –el tema del reproche de imputación individual se tratará líneas adelante–; el legislador se inclinó por estimar que tal conducción humana no es delictiva, a diferencia de legislaciones punitivas de otras latitudes. Ahora bien, para que la posesión de la sustancia prohibida pueda ser objeto de penalización, debe acreditarse, con suficiente solvencia probatoria, que la tenencia tiene como finalidad el tráfico; es la frontera que separa la exención de responsabilidad penal con la actividad de Microcomercialización –art. 298° del Código Penal–.

Conforme se ha sostenido, el bien jurídico protegido en esta capitulación de la criminalidad es la «salud pública» de corte supraindividual, que solo puede ser puesta en peligro con el ingreso al mercado de consumidores de una significativa cantidad de sustancias prohibidas; así, el art. 296° del CP sanciona los actos de tráfico o de comercialización de la droga ilícita.

Al mismo tiempo debe decirse que, estos adultos tienen capacidad de autoconducirse libremente en sociedad, es decir, hacer lo que crean más conveniente con su esfera psicosomática, al

(953) A decir de Peña Cabrera, la punibilidad de la adicción puede presentarse de dos formas: la primera, considera delito al consumo y la segunda, lo trata como contravención. En ambos casos la respuesta penal no toma en cuenta la libre determinación del usuario para ingerir la sustancia que apetezca, aplicándosele una pena, además de someterlo a un tratamiento forzoso como medida de seguridad. En *Tratado de Derecho penal,* IV, op. cit., p. 294.

margen de reconocer que la vida no es un bien jurídico plenamente disponible para su titular. En todo caso, lo que se quiere plantear es que si un individuo realiza acciones que redundan en una afectación de su propio organismo, ello ha de ser calificado como una «autolesión», una conducta no punible[954]. Bajo tal entendimiento, la observación contemplativa de quien voluntariamente se somete a continuos o prolongados estados de drogadicción, nos lleva a rechazar de plano estado de desvalor alguno que pueda sustentar válidamente la formulación de una convención penal bajo la nomenclatura acogida en la Sección Segunda del Capítulo III del Código Penal. Este es, pues, un supuesto en el que el consumo de drogas no representa una amenaza real o potencial contra el bien jurídico salud pública[955].

Adviértase que, como en el caso del suicidio, el consumidor no realiza conducta alguna que pueda ser calificada como típica y antijurídica, cuestión distinta importa la punición de quien coadyuva o instiga al suicida a organizar su propia muerte[956]. La afectación que pueda desencadenar como resultado de su propia adicción a la sustancia ilícita, es un dato que se entronca en la individualidad humana, lo que evita que pueda ser valorado positivamente en orden a proponer su penalización. Solo incumbe al Derecho penal intervenir cuando son otros los que ofertan la droga ilícita en el mercado, puesto que con ese comportamiento se amenaza la salud pública del colectivo. No puede admitirse que el consumidor sea autor o partícipe de actos que favorecen o promocionan ilegalmente su propio consumo o el de los demás ciudadanos[957].

---

(954) Cfr., Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. I, op. cit., págs. 236-237.

(955) Bustos Ramírez citado por Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho penal,* IV, op. cit., p. 300.

(956) Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. I, op. cit., págs. 164-166.

(957) Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho penal,* IV, cit., p. 300.

Ahora bien, otro tema es determinar cuál debe ser el tratamiento del consumidor que se ha convertido en toxicómano, un rehén de ciertas sustancias prohibidas. Ante ello, cabe recordar que el sistema vicarial adoptado por el CP de 1991 supone la vigencia de penas y de medidas de seguridad, conforme el grado de imputabilidad o inimputabilidad del agente delictual, esto es, ante autores que presenten una «imputabilidad relativa»; conforme lo dispone el art. 77° del CP, la reacción punitiva primero ha de ser una medida de seguridad y luego una pena, esta última se podrá dispensar si el juzgador verifica el éxito del tratamiento[958].

Desde una similar consideración, BACIGALUPO indica que a partir de la prevención especial, una medida de duración indeterminada como la de internamiento previsto para los inimputables tiene muchas posibilidades de ser más eficaz que la simple aplicación de una pena, dada su naturaleza totalmente inadecuada para resolver el problema social de la drogadicción. El internamiento, por otra parte, tiene la posibilidad de ser sustituido en determinadas condiciones por un tratamiento ambulatorio, lo que permite un control progresivo de los resultados del tratamiento[959] [960].

Según lo anotado, la imposición de medidas de seguridad está condicionada al principio de legalidad, en la medida que su efectividad requiere necesariamente la constatación de que se ha cometido un hecho punible que satisfaga los elementos de tipicidad y de antijuridicidad, conforme se desprende del art. 72° del CP. Por consiguiente, se encuentran proscritas las medidas de seguridad predelictivas, basadas

---

(958) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte General,* op. cit., pág. 316-318.

(959) BACIGALUPO, Enrique, *Teoría y Práctica del Derecho penal,* T. II, op. cit., p. 1393.

(960) Vide, al respecto, ZAFFARONI, Eugenio, *La Legislación anti-droga en Latinoamérica: Sus componentes de Derecho penal autoritario.* En *Derecho penal – Homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera*, op. cit., págs. 720-721.

esencialmente en el denominado pronóstico de peligrosidad, tal como lo acuñaban los partidarios del positivismo criminológico.

Por otro lado, debe decirse que el Estado no puede constreñir a los ciudadanos a comportarse de una u otra manera; en el caso del consumo de drogas, no puede prohibirles hacerlo; además, el Derecho penal tampoco podrá intervenir, en tanto dicho consumidor no perpetre algún injusto penal, como lo sería un acto concreto de tráfico de sustancias prohibidas.

El sistema jurídico estatal le podrá ofrecer un abanico de alternativas para que abandone dicho estado de adicción, mas no de forma coactiva, ello resulta impensable en un Orden democrático de Derecho. En palabras de PEÑA CABRERA, las medidas de tratamiento deben cimentarse en el derecho del ciudadano a elegir o no someterse a aquellas. Cuando el consumidor haya perdido esta capacidad de elección y se presenten anormalidades y trastornos de la personalidad, es la sociedad la que puede sustituir la decisión del usuario[961]. BUSTOS RAMÍREZ, siguiendo a LAMO DE ESPINOSA, indica que no es legítimo dictar a ciudadanos adultos cómo deben vivir ni lo que deben hacer consigo mismos, porque esta legislación es ineficaz y todo castigo ineficaz es injusto, porque no solo es ineficaz, sino contraproducente, pues pretendiendo controlar a la delincuencia, contrariamente, la genera. Así, sostiene el autor, que conceder tal intervención de tutela al Estado no tiene legitimidad alguna y es contradictorio con el sistema democrático (es la vuelta al antiguo régimen de vinculación personal y jerarquizada)[962].

Entonces, se debe ser consciente que el fenómeno de las drogas en una sociedad democrática implicará resignarse a ver cómo un

(961) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal,* IV, op. cit., p. 296.

(962) BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 277.

número significativo de ciudadanos caen en el abismo de la adicción y en la autodestrucción. El Estado y la sociedad solo podrán hacer uso del Derecho penal cuando esta persona promueva o facilite el tráfico de drogas ilícitas –ahí puede resultar también desafortunada la implicancia del Derecho punitivo, de quien trafica drogas para poder abastecer su propia adicción–.

Cabe señalar que, la exoneración de responsabilidad penal que recoge normativamente el art. 299° del Texto punitivo, no está circunscrita o limitada a quienes se les puede identificar como «toxicómanos» o «drogodependientes», los cuales están sumergidos en un estado irrefrenable de adicción; sino a todo aquel ciudadano que por primera vez decide consumir drogas prohibidas o que lo hace de forma infrecuente. Por tales motivos, debe quedar claro que la aplicación de esta fórmula de exención de pena no tiene por qué basarse en una pericia farmacológica que diga con suficiente certeza que el agente es un *consumidor habitual de drogas ilícitas*. Ello es todo un despropósito que debe ser rechazado por los operadores de justicia, pues es usual observar en las causas penales que para dar por configurada la posesión impune se necesita de una constatación de drogadicción del agente, a *contrario sensu* se presume, por parte de los órganos de persecución penal, que se trata de un traficante; cuando no debe bastar la cantidad de la droga aprehendida, sino que debe aparejarse datos demostrativos u objetivos que indiquen con rayana seguridad tal propósito. Un entendimiento en contrario significa crear un delito de *sospecha,* un prototipo de un Derecho penal de autor, inconciliable con un Derecho penal del acto. La posesión de la droga ilícita que supere los índices cuantitativos no es suficiente para proceder a castigar la conducta según los arts. 296° o 298°, se tiene que aparejar la acreditación de que la finalidad sea la de *traficar*[963].

(963) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal,* IV, op. cit., p. 301.

No se puede perder de vista que, la legislación penal contra el TID es una manifestación palmaria de un Derecho penal en realidad represivo y autoritario, al adelantarse de forma significativa las barreras de intervención del Derecho punitivo, mediando la penalización de actos preparatorios, así como la equiparidad de típicos actos de participación delictiva con la autoría, de manera que debemos ser muy recelosos al momento de definir cuándo una posesión escasa de droga tenga que ser calificada como delictuosa, sabedores que no en pocas ocasiones serán los estigmas, los estereotipos los que determinarán la suerte del agente, sin ingresar a una valoración estricta del cumplimiento de todos y cada uno de los elementos constitutivos del tipo penal.

ZAFFARONI acota lo siguiente: «*Es sabido que, como bien lo expresa BARATTA en un trabajo reciente, se inventa una realidad conforme a la cual todo usuario de un tóxico prohibido es un dependiente y todo dependiente comete delitos. Esto, por supuesto, no se corresponde con la realidad, menos aún se corresponde con la realidad la afirmación de que todo usuario es un traficante en potencia o en acto [...]*»(964). Así también BUSTOS, expresa que el consumidor pasa a ser un juguete de sus designios, un enfermo, un «inimputable», un «adicto» al que hay que extirpar el mal. Todo este proceso es considerado ajeno a un cuerpo social sano e indefenso que debe exterminar a este agresor externo, comenzando primero por sus adictos, que son el enemigo interno (de ahí la fácil identificación con el disidente o el rebelde)(965).

Convenimos con un sector importante de la doctrina nacional, cuando afirma que en realidad el Texto punitivo, en el art. 299°, exige para eximir de castigo al consumidor de estupefacientes, la concurrencia de condiciones legales de carácter cuantitativo y cualitativo

(964) ZAFFARONI, Eugenio, *La Legislación anti-droga en Latinoamérica: Sus componentes de Derecho penal autoritario*, en *Derecho penal – Homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera*, op. cit., p. 720.

(965) BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 277.

temporal –como imponer que la dosis sea para el consumo inmediato–, está creando un sistema de condiciones *iuris et de jure* de destino al tráfico cuando no se cumplan los requisitos legales para determinar la posesión de una dosis personal[966].

El hecho de que a una persona se le encuentre con mayor cantidad de droga prohibida, del pesaje previsto en el art. 299° del CP, no quiere decir necesariamente que se trate de un traficante (*drug dealer*). Este es el problema generado por una política criminal que no ha podido orientar su norte preventivo e informador sobre esquemas normativos –en verdad valorativos–, incidiendo en resoluciones dogmáticas insatisfactorias; por ejemplo, cuando se penaliza aquel empresario acaudalado que posee cantidad de droga superior a la permitida, cuyo fin es la de compartirlo con otras personas (adultas) en una fiesta o reunión que ha organizado. Parafraseando a ZAFFARONI diremos que el usuario no es un traficante en potencia; sostener lo contrario es consagrar un tipo de autor normativo presunto (*iuris et de iure*), lo que resulta inadmisible en el Derecho penal no autoritario[967].

En una proyección de política criminal más coherente y realista con el problema de la adicción a las sustancias prohibidas, se tiene la opinión de que las pequeñas transmisiones gratuitas de drogas que tienen lugar en el ámbito del consumo –invitaciones, donaciones compasivas a adictos, actos de «compra compartida» o «consumo compartido», etc.– no han de ser consideradas delictivas. A diferencia de las que tiene lugar en el ámbito de la oferta criminalizada que carecen de capacidad difusora del consumo de drogas y de trascendencia social[968].

---

(966) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal,* T. IV, op. cit., p. 301.

(967) ZAFFARONI, Eugenio, *La Legislación anti-droga en Latinoamérica: Sus componentes de Derecho penal autoritario*, en *Derecho penal – Homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera*, op. cit., p. 465.

(968) PEDREIRA GONZÁLEZ, Felix, *El Delito de Tráfico de drogas,* op. cit., p. 65; Cfr., al respecto, DÍEZ RIPÓLLES, José, *Principios inspiradores de una nueva política*

Valorando la argumentación esbozada a un campo estrictamente procesal, se tiene que son los órganos de persecución penal los que están obligados a la acreditación de que la posesión de la droga prohibida tiene por finalidad el tráfico o comercialización de la sustancia prohibida(969), con arreglo a los principios de presunción de inocencia y el acusatorio; no puede invertirse la carga de la prueba, recayendo en el imputado el deber de probar que la droga incautada es para su propio e inmediato consumo. Dicha estimación conmueve los cimientos de un proceso penal democrático y garantista, y de un Derecho penal del acto conforme a una culpabilidad por el acto. Precisamente, PEÑA CABRERA afirma que esta situación lleva a la detención de los consumidores como «sospechosos» de ser traficantes, mientras no se les someta, previamente, a un peritaje con la finalidad de conocer si efectivamente la droga que portaba o encontrada en el lugar de la aprehensión era poseída para su consumo o para promocionarlo(970).

2. FUNDAMENTO POLÍTICO CRIMINAL DEL CONSUMO IMPUNE

Siguiendo el orden de ideas, queda por determinar el substrato dogmático de la exención de responsabilidad penal, partiendo de un hecho incuestionable: quien de forma libre y voluntaria procede a consumir drogas ilícitas, define un comportamiento desprovisto de

---

sobre drogas, op. cit., p. 745; CALDERÓN CEREZO, Ángel; CHOCLÁN MONTALVO, José, *Derecho penal. Parte Especial,* T. II, op. cit., págs. 425-426.

(969) Así, cuando se dice que la posesión de droga preordenada al tráfico puede acreditarse sobre la base de una prueba por indicios, donde será esencial la valoración judicial de si la cantidad de droga poseída resultaba excesiva para un supuesto autoconsumo, así como su modo de distribución (v. gr., en pequeños envoltorios o dosis); *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 4, octubre del 2009, op. cit., p. 103; a nuestro parecer, si no excede la cantidad determinada en el enunciado penal –art. 299°–, no podrá ser constitutivo de delito, puesto que el consumidor, a su vez, pudo haber adquirido droga ilícita en varios envoltorios para ser consumidos de forma gradual y progresiva.

(970) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal,* IV, op. cit., p. 302.

toda lesividad, al imbricarse en una esfera de plena disponibilidad por el consumidor, ajeno al substrato espiritual del bien jurídico tutelado en este ámbito de la criminalidad, concretamente la salud pública; cuando lo que se quiere prevenir con los enunciados prohibitivos es que se propague y difunda el consumo de drogas ilícitas, haciendo que disminuya la oferta y, por ende, también su demanda.

Conforme dicha afirmación, debemos descartar de plano que se esté ante una causal de atipicidad penal, en la medida que la conducta *in comento* no involucra el interés jurídico supraindividual recogido en esta tabulación de la delictuosidad; con el añadido que sujeto pasivo de los delitos de TID no es el consumidor, sino la colectividad, empero, siendo este la víctima de su propia autoconducción adictiva[971] [972].

Siguiendo con el orden de las categorías dogmáticas, anclamos en las causas de justificación, donde la identificación de preceptos autoritativos producirá que la lesividad de la conducta se muestre tolerada por el ordenamiento jurídico, al subyacer intereses jurídicos preponderantes. Dicho esto, no encontramos basamento alguno que nos pueda conducir a un estado de necesidad justificante, tampoco al terreno del consentimiento; primero, porque ello no es posible ante bienes jurídicos supraindividuales; y, segundo, en razón de que el propio consumidor ejecuta la acción descrita en la norma como autolesión.

Tercer elemento a saber, es lo concerniente a los «estados de inexigibilidad», lo cual debe también descartarse, al no concurrir

---

(971) Vide, al respecto, BACIGALUPO, Enrique, *Teoría y práctica del Derecho penal,* T. II, op. cit., p. 1391.

(972) Como expone MANNA en la doctrina italiana, [...] aun cuando no existen dudas sobre la identificación de la salud como el bien jurídico perjudicado, surge la necesidad de comprender si el consumo de estupefacientes es un comportamiento que «sobrepasa» jurídicamente la esfera de la salud individual para implicar también la colectiva. En *La política criminal italiana actual en materia de tráfico y consumo de estupefacientes*; en *Debate Penal*, 13, PEÑA CABRERA, Raúl (Dir.), Ediciones Jurídicas, op. cit., p. 100.

un conflicto de bienes jurídicos de valor similar, en el sentido de que el consumidor no se encuentra incurso en una situación excepcional que lo determine a lesionar un bien jurídico ajeno, pues es su propio organismo, su salud individual que se coloca en un estado de riesgo.

Dicho lo anterior, queda en un juicio de estricto reproche de imputación individual, la valoración de la culpabilidad como núcleo referencial del agente. Es aquí donde podría postulase que la exención de pena se construye en una anulación completa de la conciencia humana, conforme la institución de la «grave alteración de la conciencia», contenida en el inc. 1 del art. 20° del CP; cuando la incidencia de la ingesta de la sustancia prohibida solo afecte de forma ocasional y temporal –variedad de anomalía psíquica– el control sobre sus actos, por tanto, incapaz de dirigir su conducta conforme al sentir de la normativa penal[973], como una manifestación de psicosis.

Sobre la posibilidad anotada, caben dos objeciones o reparos fundamentales: primero, para proceder a la valoración de la «imputabilidad» del agente, se debe verificar que estamos ante un verdadero injusto penal; de no ser así, resulta en realidad innecesario penetrar en dicha esfera de la individualidad humana; que en el presente caso no es un comportamiento ni típico ni antijurídico el consumo personal de sustancias prohibidas; y, segundo, como lo hemos venido señalando, la exoneración de responsabilidad penal no está condicionada al toxicómano o al adicto a las drogas, al ser admisible también para

(973) Al respecto, MARTÍNEZ GARAY, indica que en los ordenamientos jurídicos [...], que pertenecen al modelo continental la incidencia del consumo de sustancias psicoactivas sobre la responsabilidad penal se considera un supuesto de trastorno mental, y, con ello, una causa de de inimputabilidad. En consecuencia, esta materia o bien se entiende incluida en las disposiciones que regulan el efecto de las anomalías psíquicas sobre la responsabilidad penal, o bien se establece para ella un régimen similar al que los Códigos penales contienen para estas últimas. En *Consumo de drogas y responsabilidad penal,* op. cit., p. 193.

quien por primera vez consume la sustancia prohibida o para quien lo hace de forma ocasional. Es decir, la cláusula penal *sub examine*, no está pensada únicamente para los adictos, y que por ello develan un reproche disminuido de culpabilidad o un estado completo de inimputabilidad.

Si toma lugar esto último, habría que analizar en primer lugar, si el agente está incurso en actos de tráfico o comercialización de drogas ilícitas y después decidir si la respuesta apropiada es una medida de seguridad y no una pena[(974)]; dependiendo de si la anulación de motivabilidad normativa es completa o incompleta. Empero, si el consumidor no ha perpetrado delito alguno, no puede recaer en las redes de represión punitiva, estando proscritas las medidas de seguridad predelictivas, acorde a las garantías de un Derecho penal democrático.

Conforme lo anotado, debe desdeñarse también un presunto «*actio libera in causa*»[(975)], puesto que ello implica la preordenación a delinquir (dolosa) o quien ingresa a un estado de inimputabilidad de forma imprudente, en tanto y en cuanto el consumo de drogas prohibidas no constituye *per se* un hecho delictivo, ergo, no puede apelarse a esta institución para fundamentar algo que sería contrario, es decir, su punición cuando el juicio de reproche personal se retrotrae a un momento anterior a la perpetración del injusto penal.

---

(974) Si las consecuencias jurídico-penales no son la exención total de responsabilidad, como señala SEQUEROS SAZATORNIL, la atenuación derivada del consumo habitual de drogas tóxicas o estupefacientes se producirá en aquellos casos en que la adicción cree una dependencia del consumo que pueda generar estados de ansiedad y perturbaciones de carácter psicofísico, que alteran de manera sensible las facultades volitivas, impeliendo al sujeto a realizar compulsivamente actos lícitos o ilícitos encaminados a procurarse la dosis necesaria. En *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* op. cit., p. 110.

(975) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte General,* T. I, op. cit., págs. 812-819.

En resumidas cuentas, el consumo de drogas ilícitas no puede ser objeto de represión por parte del Estado[976], ello en consonancia con el bien jurídico que se quiere proteger en esta capitulación (salud pública); y lo más importante, el reconocimiento de las libertades fundamentales de todo ser humano bajo las esquelas de un Orden democrático de Derecho, donde la posibilidad de consumir estas sustancias comporta una elección dañina para la salud, pero que justifica la intervención del Derecho penal a un ámbito de plena libertad personal. Solo le será legítimo intervenir al Derecho punitivo, cuando la drogadicción de un ciudadano sea producto de un acto de coacción o ante un consumidor que no cuenta aún con capacidad de discernimiento.

La punición del propio consumo –conforme la reforma producida en la legislación española– significa, como lo indica Díez Ripólles, una actitud político criminal inadmisible: Implica una flagrante violación de la libertad personal en un contexto pervertido de protección de la salud, de un modo difícilmente compatible con importantes preceptos de nuestra Constitución. Supone perseguir un objetivo imposible, con los consiguientes efectos negativos sobre la conciencia de validez de normas jurídicas; va a causar, con diferencia, más daños que ventajas, en oposición al principio de *ultima ratio* que debe inspirar la legislación penal, y contradice el precepto de la propia Convención que taxativamente establece que las medidas tendentes a eliminar o reducir la demanda ilícita deberán tener como mira destacada la de reducir el sufrimiento humano[977].

---

(976) Así, Bustos Ramírez, al escribir que el consumo de droga entre adultos no se puede prohibir. Sería un contrasentido punitivo, implicaría una violación de los principios más elementales del Derecho penal moderno (pensemos que tampoco se prohíbe el suicidio). En *Manual de Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 277.

(977) Díez Ripólles, José, *Tendencias político-criminales en materia de drogas,* op. cit., p. 760.

3. CONCLUSIONES

En resumen, la política criminal en materia de drogas, debe encaminarse esencialmente a combatir los cárteles del narcotráfico, a aquellas organizaciones criminales que se dedican a comercializar, a inyectar ingentes cantidades de sustancias prohibidas al mercado de consumidores con afán de lucrar a costa de la salud pública. Organizaciones delictivas que han adquirido extensiones operativas que desbordan las fronteras nacionales, dando marco al crimen globalizado, lo cual implica a su vez la proyección de estrategias punitivas regionales e internacionales.

Conforme a lo anotado, resulta legítimo apelar a las funciones preventivo-generales de la pena, incidiendo en una acentuación sustancial de los marcos penales, tal como se devela de las sanciones punitivas glosadas en los arts. 297° y 298° del CP, a lo cual debe aparejarse otro tipo de sanciones, en primer orden, de naturaleza económica (decomiso, pérdida de dominio, etc.). Sin embargo, se debe ser cauteloso de que la finalidad preventiva trasvase el umbral de legitimidad del Derecho penal, con arreglo a una sociedad democrática de Derecho, en el sentido de equiparar las variantes de participación delictiva con manifestaciones típicas de autoría, así como punir actos meramente preparatorios con el fin de cerrar el circuito delictivo del TID, pues a la postre se genera una vulneración a los principios de proporcionalidad, culpabilidad y lesividad.

Convenimos, por tanto, que la represión penal ha de focalizarse en las organizaciones delictivas, y no en aquellos que han hecho de la drogadicción su *modus vivendi* o en aquellos que consumen estas sustancias prohibidas de forma ocasional, por curiosidad o por primera vez. Punir el consumo de drogas (prohibidas) significaría desmantelar las bases del Estado constitucional de Derecho, al sancionar conductas privativas de la personalidad humana, esfera íntima del individuo, indicador de la libertad de hacer con el propio cuerpo u organismo lo que le plazca, al margen de aquellos que aún no han

logrado un desarrollo genésico pleno o ante sujetos manifiestamente inimputables. Una posición en contrario significaría hacer uso de criterios metajurídicos alejados de todo viso de substancia material, calando en posiciones moralistas, éticas y religiosas, cuya evidente relatividad implica el divorcio con los principios legitimantes de un Derecho penal democrático. Bajo tal entendido se debería criminalizar también el consumo indiscriminado del alcohol y tabaco, que produce igual o más daño a la salud, mas ello no se hace merced a los intereses económicos (tributarios) que implican.

Siendo así, la opción de política criminal del legislador nacional fue dejar impune el consumo de sustancias prohibidas, no por razones de atipicidad, de no antijuridicidad o de inimputabilidad, sino por exteriorizarse una conducta propia de la libertad y voluntariedad humana. Por tales motivos, en estos casos no estamos ante un comportamiento que se pueda reputar lesivo a la salud pública, pues para que dicho interés jurídico pueda verse en franco peligro, ha de identificarse una conducta encaminada a introducir fuertes cantidades de droga prohibida y susceptible de propagar y difundir el consumo de estas sustancias. Así, cuando se postula que la exclusión de la posibilidad de individuar en la tóxico dependencia un comportamiento ofensivo, una subespecie de la puesta en peligro de la salud colectiva, con el consiguiente desmérito de la legitimidad –a la luz del principio de ofensividad–, de una intervención penal en el sector del consumo de drogas(978).

Si bien somos partidarios de la elección despenalizadora del art. 299° del CP, no estamos de acuerdo que la frontera delimitable entre la posesión de drogas ilícitas (Microcomercialización –art. 298°–) se fije únicamente en un criterio cuantitativo(979), es decir,

(978) MANNA, Adelmo, *La política criminal actual en materia de tráfico y consumo de estupefacientes,* op. cit., págs. 100-101.

(979) En opinión de MANNA, [...] este parámetro cuantitativo es incluso un elemento esencial de los ilícitos en palabra, constituyendo el discutible instrumento para distinguir entre responsabilidad por consumo y responsabilidad por venta, lo

basta que se aprehenda al agente con una cantidad mayor a la prevista en dicho articulado para que se le califique jurídico-penalmente como una actividad orientada al tráfico ilícito de drogas, pues podrán presentarse ciertas circunstancias que indiquen con suficiente solvencia probatoria, que dicha posesión se dirige a la donación, al consumo de drogas compartidas, teniendo como protagonistas a personas adultas libres de comportarse a su libre albedrío. No valorar estas circunstancias significa crear un delito de sospecha, donde el denominado peligro hipotético se construye conforme a un juicio probabilístico, presuntivo, lo cual conmueve los cimientos de un Derecho penal del acto y de un proceso penal democrático y acusatorio, donde la carga de la prueba recae sobre el órgano acusador y no sobre el imputado.

Es el persecutor público quien tiene que acreditar –más allá de toda duda razonable–, que el acusado poseía la sustancia prohibida para traficarla o comercializarla en el mercado de consumidores; *a contrario sensu,* se opta por el empleo de estigmas, de rotulaciones y estereotipos sociales, en prejuicios, percibiendo al drogadicto como una fuente de peligro, como un elemento corrosivo de la sociedad, al cual hay que apartar del resto para evitar el contagio, así como la propagación del consumo de estas sustancias.

Es así, que muchos adictos a las drogas ilícitas caen bajo las redes de punición del Estado, son encarcelados por un tiempo prolongado, mediando los fines preventivo generales[980] y preven-

---

que equivale a decir que la distinción entre consumidor y vendedor viene «presuntamente» establecida por la superación de la dosis media diaria [...]. En *La política criminal italiana actual en materia de tráfico y consumo de estupefacientes;* op. cit., p. 100.

(980) Al respecto, MANNA señala –conforme los datos estadísticos carcelarios en Italia–, que ellos demuestran la notable ineficacia de la estructura carcelaria con respecto al tóxicodependiente, tanto desde el punto de vista general como especial-preventivo, ya sea que este último haya entrado en la estructura por poseer la sustancia estupefaciente o porque esto suceda debido a delitos con ella

tivo especiales que tendrán nulos efectos, pues es de notar que, seguirán consumiendo estupefacientes prohibidos incluso –en mérito a la corrupción– en los establecimientos penitenciarios; siendo la opción apropiada el tratamiento y la desintoxicación no como penas, sino como medidas de seguridad, contando con la voluntariedad del penado y siempre que este haya perpetrado un comprobado injusto penal, de no ser así, se estaría convalidando la imposición de medidas de seguridad predelictivas, algo impensable y desdeñable según los dictados de un Estado constitucional de Derecho.

En la doctrina especializada, MANNA sostiene que, conforme al coma 2 del art. 32° de la Constitución italiana, una intervención cuyo fin sea la tutela de la salud colectiva, será legítima solo en el caso en el que la patología individual no extinga sus propios efectos en la esfera del sujeto afectado por ella. Se ha sostenido con competencia, que es una exageración considerar al tóxicodependiente como un elemento potencial de difusión del vicio propio, constituyendo así un factor que pone en peligro la salud pública, se ha subrayado que la capacidad de contagio del vicio pueda, de hecho, referirse directa y exclusivamente al vicio mismo, y no a las alteraciones físico-psíquicas que puedan eventualmente producirse, no pudiéndose en consecuencia «reconocer una relación directa e inmediata con la salud de los demás»[(981)].

Si en verdad se pretende evitar que los ciudadanos incurran en el consumo vicioso de estas sustancias prohibidas, se deben

---

relacionados; y líneas atrás, este mismo autor subraya que, el fracaso de la cárcel como instrumento general-preventivo, registrado en otros países, incluso en el caso del consumidor primario, hace difícil creer que tal efecto pueda por el contrario ser alcanzado por sanciones menos severas. En *La política criminal italiana actual en materia de tráfico y consumo de estupefacientes,* op. cit., págs. 95 y 89.

(981) MANNA, Adelmo, *La política criminal italiana actual en materia de tráfico y consumo de estupefacientes,* op. cit., p. 101.

formular políticas de salud pública –en verdad preventivas–, a través de la difusión de programas informativos a la población, empezando por las escuelas y las universidades, así como la fundación de verdaderos centros de rehabilitación estatales, con el apoyo de la empresa privada y no con la nefasta intervención del Derecho penal[982].

(982) Así, MANNA, al indicar que en el marco de la política criminal italiana, se ha previsto la introducción en los programas escolares de actividades de educación de la salud y cursos de información sobre los daños que se derivan del consumo de alcohol, del tabaquismo y del uso de estupefacientes, así como la creación, por parte de las superintendencias para los estudios, de centros de información y consulta para los estudiantes de las escuelas secundarias y superiores. En *La política criminal italiana actual en materia de tráfico y consumo de estupefacientes,* op. cit., p. 83.

DELITOS DE CONTAMINACIÓN

XI. LOS DELITOS DE MINERÍA ILEGAL (ARTÍCULO 307°-A Y SS.)

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa, el que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas. Formas agravadas

1. ANÁLISIS DOGMÁTICO Y CRIMINOLÓGICO

En los últimos años la actividad minera en el Perú ha experimentado un auge expectante, producto de la alta cotización de los minerales en el mercado internacional. En tal virtud, se podría decir que el crecimiento económico obedece principalmente a las divisas que genera esta actividad económica. Esta proclamada prosperidad económica tiende a repercutir positivamente en varios aspectos: primero, como fuente directa de plazas laborales en varios sectores; segundo, atrae inversiones nacionales y extranjeras, lo que supone una inyección fuerte de capital, por ende la circulación de valores

importantes en el sistema económico, esto a su vez implica un ensanchamiento de la imposición tributaria en beneficio de la hacienda fiscal; y, tercero, el progreso socioeconómico en los lugares donde toma lugar esta actividad económica, pues es sabido que determinadas regiones reciben el llamado «canon minero», el cual debe ser invertido en directo y exclusivo bienestar de la población.

Conviene, sin embargo, advertir que, así como la actividad minera reporta ventajas indudables a la sociedad, devela también una faz negativa, pues si aquella no se sujeta a la normativa que regula su actuación, puede desencadenar riesgos considerables o desequilibrar los ecosistemas en particular o el medio ambiente en general. El Estado, a partir de una serie de regulaciones legales, pretende evitar y sancionar estos hechos de consecuencias descomunales que vulneran derechos fundamentales, como por ejemplo, el contenido en el art. 2° inc. 22 de la Constitución, en vano el legislador a tipificado una serie de conductas disvaliosas, que resultan lesivas para este bien jurídico pluriofensivo, constituyendo un apartado importante de la criminalidad, en vista de la gran relevancia que ha adquirido este bien jurídico en el devenir del tiempo.

Lo indicado pone en relieve un escenario donde el Estado tiene arduas tareas de fiscalización y sanción. La actividades mineras, si bien constituyen una fuente permanente de crecimiento económico para el país, no es menos cierto, que estas deben tomar lugar de forma responsable, diligente –con arreglo al estándar permitido– y, sobre todo, lícita, a fin de evitar la aparición de riesgos jurídicamente desaprobados. Tal exigencia la podemos advertir en la gran cantidad de requerimientos que deben cumplir las empresas en pos de efectuar actividades mineras, así como otras afines, tal como se desprende de la densa normativa ambiental.

Por otro lado, tenemos un escenario social protagonizado por sectores radicales de la sociedad, que se han convertido en

antagonistas de las empresas mineras, e incluso de cualquier actividad minera –en sus respectivas localidades o regiones–; por lo que en algunos casos se produjeron movilizaciones masivas, mediando una fuerte dosis de violencia, y terminaron paralizando todas las actividades económicas de determinas ciudades –por ejemplo, Cajamarca–, movimientos cuyo estandarte, precisamente, es la protección del medioambiente y el ecosistema.

No obstante los fines altruistas de estas protestas –en muchos casos las razones son totalmente válidas y entendibles–, lo paradójico es que se focalizan única y exclusivamente contra empresas formales, contra las grandes corporaciones legalmente constituidas, que antes de emprender sus actividades cumplen con todas las exigencias que el sistema jurídico-estatal le impone para el otorgamiento de una concesión minera; lo que no implica que estas unidades económicas no puedan propiciar focos de riesgo para este bien jurídico. Nuestra reflexión discurre en otros torrentes, en el hecho de que así como existe en el Perú una actividad minera formal, existe una actividad minera ilegal-informal que ha proliferado en los últimos años, a raíz de una serie de factores que por desidia de este mismo Estado, no fue objeto de regulación alguna.

La informalidad no es privativa del comercio y la industria, sino que actividades primarias, como la minería, se han convertido en un terreno fecundo para que campee la ilegalidad, sabedores que la alta cotización de los minerales hace lucrativa dicha actividad, donde la mano de obra la constituyen los lugareños, mas los propietarios o administradores se encuentran en lugares insospechados, pues en su mayoría son personas ambiciosas de poder y tratan de infiltrarse e influir en las instituciones públicas y privadas. Algo similar sucede en el Tráfico ilícito de drogas, pues quienes se dedican al cultivo de la hoja de coca, la amapola y la marihuana, no son los comercializadores o traficantes, sino campesinos y lugareños, que inmersos en dicho circuito delictivo están en la posibilidad de recibir ingresos más

ventajosos, que aquellos que captan por los cultivos tradicionales. Por consiguiente, no puede obviarse el trasfondo social que se esconde tras este tipo de comportamientos disvaliosos.

Es de verse que en el Perú no se han dado las condiciones necesarias para el desarrollo de la pequeña y artesanal minería, pues muchas de las personas que se dedican a ella operan sin contar con la respectiva concesión minera, de forma que al estar al margen del amparo legal ejecutan sus actividades en condiciones ambientales riesgosas. Por ende, se encuentran sustraídos de todo control y fiscalización de las entidades estatales. Tal es el caso de la minería aurífera que, por ejemplo en Madre de Dios, impacta notablemente el medio ambiente, considerando la gran cantidad de minerales que se extraen a través del empleo de explosivos y otros productos riesgosos en latitudes territoriales que no son aptos para tal actividad. Dicha descripción del estado de las cosas, muestra un campo muy fecundo para la aparición de estas conductas disvaliosas, que no solo son susceptibles de poner en riesgo los componentes ambientales, sino también la vida y la salud de las personas que se dedican a ello, en mérito a las condiciones en que toma lugar dicha actividad, así como la hacienda fiscal, que no percibe los impuestos que por ley debe recaudar de todo aquel que explota los recursos mineros en el Perú[983].

Se identifica así toda una compleja red de actuación, en tanto se han estructurado organizaciones de personas cuyo objeto es la de extraer un gran volumen de minerales en zonas como Madre de Dios, Piura, La Libertad, Puno, Ica, Áncash, Cuzco, Apurímac, Lima y Arequipa. Fuentes confiables, como la Agencia de Noticias Andina, indican que son más de cien mil personas que están involucradas

(983) Así, la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (SNMPE), indica que la minería ilegal genera más de 1000 millones de dólares al año que no pagan impuestos, regalías y menos aún genera canon minero; siendo que dicho monto, alrededor de 750 millones de dólares están ligados a la explotación informal de oro.

en la minería ilegal, donde mujeres y niños son sometidos a trabajo forzoso por los promotores de la extracción ilegal de minerales; personas que realizan dichas labores en condiciones infrahumanas, desprovistos de las mínimas condiciones de higiene y salubridad; podemos estar frente a actos típicos de esclavitud, puesto que algunas de estas personas son obligadas a realizar estas labores sin recibir remuneración alguna, en concurso, por tanto, con el delito de Trata de personas. Aspecto que debe considerarse, al momento de trazarse el rumbo de la política criminal.

Ahora bien, ingresado al campo estrictamente normativo, se advertía un gran vacío sobre la minería artesanal, hasta antes de la dación de la Ley N° 27651 –Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal–, la cual fue modificada posteriormente por el Decreto Legislativo N° 1040, entre otras razones, porque: «[...] *la experiencia en la aplicación de la norma antes señalada ha demostrado, que se ha venido desnaturalizando la figura del Pequeño Productor Minero (PPM) y/o Productor Minero Artesanal (PMA), por cuanto se presentan personas jurídicas formadas por otras personas jurídicas que, más que buscar la maximización de sus ingresos de subsistencia, o la mejora de las condiciones de vida de las poblaciones aledañas, pretenden acogerse a un régimen que brinda mayores beneficios económicos, en virtud a su carácter promocional*»; el mismo que establece en el art. 2° lo siguiente:

> *La minería artesanal es una actividad de subsistencia que se sustenta en la utilización intensiva de mano de obra que la convierte en una gran fuente de generación de empleo y de beneficios colaterales productivos en las áreas de influencia de sus operaciones, que generalmente son las más apartadas y deprimidas del país, constituyéndose en polos de desarrollo, por lo que resulta necesario establecer una legislación especial sobre la materia*
>
> *La pequeña minería es la actividad minera ejercida a pequeña escala, dentro de los límites de extensión y capacidad instalada de producción*

y/o beneficio establecidos por el artículo 91 de la Ley General de Minería.

La pequeña minería es la actividad ejercida a pequeña escala, dentro de los límites de extensión y capacidad instalada de producción o beneficio establecidos por el artículo 91° de la Ley General de Minería.

La presente ley brinda a la pequeña minería un régimen promocional con el fin de fortalecer su desarrollo a nivel nacional, con el consiguiente empleo de mano de obra local y mejora de las condiciones de vida de las poblaciones aledañas.

La pequeña minería y la minería artesanal comprenden las labores de extracción y recuperación de sustancias metálicas, no metálicas, así como de materiales de construcción del suelo y subsuelo, desarrollándose únicamente por personas naturales, conjunto de personas naturales, o personas jurídicas conformadas por personas naturales. Están comprendidas también las labores descritas que sean desarrolladas por las cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, se encuentren conformadas por otras cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras, siempre que hayan sido constituidas sin propósito de lucro, con el fin de procurar mediante el esfuerzo propio y la ayuda mutua de sus miembros, el servicio inmediato de estos y el mediato de la comunidad, de conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas, aprobado por Decreto Supremo N° 074-90-TR.

Luego, en un ámbito más decisivo y represivo del Estado, es que se sanciona el Decreto Legislativo N° 1099, aprobando acciones de interdicción a la minería ilegal en el departamento de Puno y remediación ambiental en las cuencas de los ríos Ramis y Suches; determinando que las actividades mineras que se ejecuten sin contar con la autorización de inicio o reinicio de operación minera, otorgada por autoridad competente, serán consideradas como ilegales y serán materia de interdicción, es decir, que sus maquinarias, bienes,

equipos e insumos serán decomisadas, las que serán puestas a disposición del Gobierno Regional de Puno[984].

La normativa mencionada, tiene como referente la Ley N° 29815 del 22 de diciembre del 2011, en virtud de la cual el Parlamento de la República delega al Poder Ejecutivo, por un plazo de 120 días calendario, la facultad de legislar en materia de «minería ilegal», incluyendo la interdicción en contra de sus actividades. Es así que se dicta el Derecho Legislativo N° 1101 del 29 de febrero del 2011 –Decreto Legislativo que establece medidas para el fortalecimiento de la fiscalización ambiental como mecanismo de lucha contra la minería ilegal–, en cuyo art. 1° se establece:

> *El presente Decreto Legislativo tiene por finalidad establecer medidas destinadas al fortalecimiento de la fiscalización ambiental de las actividades de la pequeña minería y minería artesanal, como mecanismo de lucha contra la minería ilegal y para asegurar la gestión responsable de los recursos mineros; a fin de garantizar la salud de la población, la seguridad de las personas, la protección del ambiente y el desarrollo de actividades económicas sostenibles.*

En el mismo paquete legislativo, se dicta el Decreto Legislativo N° 1102, en el plano estricto de política criminal del Estado, de cuyo preámbulo debemos citar lo siguiente:

> *Que, en el marco de las acciones adoptadas por el Estado en la lucha contra la criminalidad organizada y, particularmente contra las diversas formas delictivas que atentan gravemente contra el medioambiente y el ecosistema, resulta necesaria la adecuación de las modalidades delictivas previstas en el ordenamiento jurídico-penal que*

(984) De no ser posible el decomiso, por razones diversas, se determina la destrucción o demolición de bienes, maquinaria y equipos que utilicen los mineros considerados como ilegales.

atentan contra este interés supraindividual, que si bien corresponde a la sociedad en general, es asumido formalmente por el Estado [...].

Esa es la normativa que propicia la inclusión de los arts. 307°-A y siguientes al Código Penal, bajo la denominación de los delitos de Minería ilegal.

El Derecho penal ha de intervenir ante todo ámbito social que devele un foco latente de riesgo para la intangibilidad de los bienes jurídicos fundamentales; es en tal proceder, que la política criminal del Estado debe reformularse (*lege ferenda*) cuando la contemplación sociológica identifica conductas que resultan nocivas para dichos intereses jurídicos. Y, siendo que los primeros apartados del Título XIII del CP no recogen dicha actividad *per se*, en armonía con las exigencias del principio de legalidad es que debe penalizarse dichos comportamientos;[985] en el presente caso, la actividad de la minería ilegal, al cumplir con el principio de lesividad. Conforme a ello, se encamina una propuesta de política penal destinada a reforzar la tutela de este bien jurídico de corte pluriofensivo: el medio ambiente, apelando a la función disuasiva de la pena y la seria amenaza de la descripción jurídico-penal.

Sin duda, estamos frente a un ámbito de plena legitimación de intervención punitiva, en tanto la materialidad de las conductas descritas en el art. 307°-A representan un riesgo potencial para la conservación e integridad de los componentes ambientales (la biodiversidad), por las condiciones en que toma lugar la minería ilegal. Empero, no se puede perder de vista que en estos hechos –ahora

(985) Así, cuando se señala en el marco introductorio de la Ley que: «*La necesidad de abordar legislativamente esta particular cuestión en el marco jurídico-penal se halla plenamente justificada en la medida en que actualmente el ordenamiento penal, si bien prevé figuras delictivas que protegen el medio ambiente de forma genérica, no cuenta con un mecanismo normativo que contemple especiales formas de criminalidad de naturaleza pluriofensiva, como es la minería ilegal, en sus diversas formas y modalidades*».

luctuosos– hay un trasfondo social que debe ser analizado y valorado rigurosamente, lo que determina la imperiosa necesidad de que proceda a una mejor regulación de las zonas a desarrollar actividades mineras, así como sus requisitos, en aras de su formalización. A ello debe aparejarse la adopción de medidas para la protección del medioambiente, así como la dación de dispositivos legales para regular todo lo referente a la salud de quienes se encuentran inmersos en esta actividad; una equitativa distribución de la riqueza que genera la actividad minera, entre todos los actores involucrados y por último, incentivar o promover que estos pobladores puedan insertarse en otras actividades (agrícolas, ganaderas, turísticas, etc.) que les puedan resultar legítimamente rentables.

En resumen, si bien el Derecho penal ocupa un espacio importante en la prevención y sanción de estas conductas disvaliosas, no es menos cierto que si no se completa dicha intervención estatal con otro tipo de medidas (extrapenales), el *ius puniendi* tendrá limitados efectos de contención, de acuerdo al contexto social en que toma lugar la minería ilegal. Lo dicho es importante, en aras de evitar penalizaciones irracionales y absurdas, puesto que los derroteros punitivos han de recaer en aquellos que tienen el dominio o control de estas actividades ilegales, así como quienes la financian, mas especial cuidado habrá de tener con aquellos que probablemente hayan sido coaccionados, obligados o compelidos a realizar labores de exploración, extracción, explotación u otros actos similares; máxime, cuando son impúberes o personas carentes de una adecuada educación, pues se convierten en instrumentos de quienes realmente ostentan el dominio del hecho.

Anclando en los tipos penales en particular, el art. 307°-A viene a recoger la materialidad típica de los delitos de minería ilegal, en cuanto aquellas acciones que importan actos de *exploración, extracción, explotación u otros actos similares,* de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin *contar con la autorización de la entidad administrativa competente.* Debiéndose indicar que cualesquiera

de dichas *acciones típicas* pueden ser cometidas de forma directa y formal (autoría inmediata) o a través de otro (autoría mediata); develando una doble particularidad que debe verificarse para darse por configurado el injusto típico: primero, que el agente (persona psicofísica considerada) realice dichas labores sin contar con el permiso respectivo, dando lugar a una infracción de orden administrativo, y luego –lo que la reviste de lesividad– que *cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o salud ambiental.*

En tal entendido, se erige en un tipo penal mixto, en la medida que su realización típica puede ser en algunos casos puramente de peligro y en otros, de resultado; lo cual ha de ser valorado por el juzgador al momento de la determinación e individualización de la pena. Cabe añadir que, el Poder Ejecutivo ha querido fortalecer las tareas preventivas del Derecho penal, al haberse incriminado la modalidad culposa, tal como se desprende del último párrafo del articulado.

Por otro lado, la pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos (art. 307°-B del Código Penal):

1. En zonas no permitidas para el desarrollo de actividad minera.
2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas.
3. Utilizando dragas, artefactos u otros instrumentos similares.
4. Si el agente emplea instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas.
5. Si se afecta sistemas de irrigación o aguas destinados al consumo humano.

6. Si el agente se aprovecha de su condición de funcionario o servidor público.
7. Si el agente emplea para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable. Delito de financiamiento de la minería ilegal

El art. 307°-B comprende una serie de circunstancias de agravación, conforme a una serie de criterios a saber, entre estos: la calidad o naturaleza de la zona en que se desarrolla la actividad minera ilegal, los medios comisivos empleados por el agente (dragas, artefactos, etc.), así como aquellos que pueden poner en peligro la vida, salud o el patrimonio de las personas; en cuanto al desvalor del resultado producido (afectación a sistemas de irrigación o aguas destinada al consumo humano), por la cualidad especial del agente (funcionario o servidor público) que se entiende debe ser competente en alguna área relacionada con el control, vigilancia o inspección de dichas actividades, y, finalmente, la utilización de menores de edad o de otra persona inimputable, lo que a la postre dará lugar a una variante de autoría mediata, quedando el hombre de adelante (ejecutor formal del delito) exento de responsabilidad penal, salvo que estemos ante un acto típico de instigación –cuando el menor de edad es un adolescente infractor de la ley penal–. Son dos puntos que merecen destacarse: primero, que para que se determine la circunstancia agravante, debe verificarse la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo base y, segundo, si es que los medios empleados desencadenan las lesiones o la muerte de una persona, se dará un concurso delictivo de los tipos penales convencionales con el tipo base.

Asimismo, en el art. 307°-C del CP es establece que: «*El que financia la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, o sus formas agravadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de doce años y con cien a seiscientos días-multa*».

El delito contenido en el art. 307°-C –Financiamiento de minería ilegal–, implica promover o facilitar la comisión de la conducta descrita en el art. 307°-A, proveyendo de dinero suficiente para que se pueda realizar el acto típico de minería ilegal; actividad típica que en realidad puede ser expresión de un acto de instigación o de complicidad, que ha sido equiparado como una variante de autoría. Aparte de lo mencionado, el mayor reparo sería en cuanto al marco penal, pues resulta que el financista puede recibir una pena no menor de cuatro ni mayor de doce años de pena privativa de libertad, mientras que el extractor ilegal de minerales, una pena no menor de cuatro ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad, lo que a todas luces vulnera los principios de proporcionalidad y de culpabilidad.

Continuando con la revisión de los delitos, advertimos el de Obstaculización de la fiscalización administrativa, contemplado en el art. 307°-D del CP, el cual establece lo siguiente: «El que obstaculiza o impide la actividad de evaluación, control y fiscalización de la autoridad administrativa relacionada con la minería ilegal, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años». Este tipo penal no encuentra coherencia sistemática con el bien jurídico protegido –en la presente titulación–, sino más bien viene a cautelar la correcta actuación de la Administración, en cuanto al control y fiscalización de las actividades vinculadas a la minería ilegal.

Por su parte, el art. 307°-E –Tráfico ilícito de insumos químicos y maquinarias destinados a minería ilegal– contempla los siguientes supuestos:

> *El que, infringiendo las leyes y reglamentos, adquiere, vende, distribuye, comercializa, transporta, importa, posee o almacena insumos químicos, con el propósito de destinar dichos bienes a la comisión de los delitos de minería ilegal, será reprimido con pena privativa de*

libertad no menor de tres años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

El que adquiere, vende, arrienda, transfiere o cede en uso bajo cualquier título, distribuye, comercializa, transporta, importa, posee o almacena maquinarias, a sabiendas de que serán destinadas a la comisión de los delitos de minería ilegal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Con este tipo penal se pretende cerrar todo el circuito delictivo de la minería ilegal, en el sentido de abarcar todas aquellas conductas que, aún relegadas a una efectiva lesión o puesta en peligro, significan una contribución importante para que se puedan perpetrar las modalidades típicas comprendidas en el art. 307°-A del Código Penal. Constituyen, por ende, actos preparatorios que, por estrictos motivos de política criminal, resultan siendo punibles, muy a pesar de que no sea necesario acreditar que dichos insumos o maquinarias no hayan sido utilizadas de forma efectiva en un acto típico de minería ilegal. Si el agente, aparte de suministrar dicho insumo, a su vez forma parte de los que extraen o exploran recursos minerales, ha de ser penado por el tipo base y no por este tipo legal, es decir, quien incurre en esta conducta delictiva no puede ser penalizado a al mismo tiempo por el art. 307°-A por consideraciones de proporcionalidad y estricta razonabilidad.

Finalmente, el art. 307°-F regula una pena de inhabilitación, de conformidad con lo previsto en el art. 36° inc. 4 del Texto Punitivo: «*El agente de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E será además sancionado, de conformidad con el artículo 36, inciso 4, con la pena de inhabilitación para obtener, a nombre propio o a través de terceros, concesiones mineras, de labor general, de beneficio o transporte de minerales metálicos o no metálicos, así como para su comercialización, por un periodo igual al de la pena principal*».

DELITO CONTRA LA PAZ PÚBLICA

XII. MARCAJE O REGLAJE

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 106, 107, 108, 108-A, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del Código Penal, acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos.

La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años cuando el agente:

1. *Es funcionario o servidor público y aprovecha su cargo para la comisión del delito.*
2. *Mantiene o mantuvo vínculo laboral con la víctima u otro vínculo que la impulse a esta última a depositar su confianza en el agente.*
3. *Utilice a un menor de edad.*
4. *Labora, pertenece o está vinculado a una empresa del sistema financiero y, por razón de su cargo u oficio, tiene conocimiento de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima.*
5. *Actúa en condición de integrante de una organización criminal.*

1. UNA NUEVA MANIFESTACIÓN TIPOLÓGICA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: EL DELITO DE REGLAJE EN EL PERÚ

El Perú afronta en la actualidad una creciente e irrefrenable delincuencia, que se manifiesta desde las urbes hasta las zonas rurales. Robos, secuestros, extorsiones, violaciones y otras manifestaciones delictuales generan un clima de inseguridad y el presagio fatalista de ser víctimas, de no tener protección por parte de las autoridades y, sobre todo, el desolador panorama de no contar con una clase dirigente que ataque estos problemas desde la base, desde todas sus aristas de forma eficaz.

Como es sabido, el hampa se caracteriza, actualmente, por ocuparse en seguir, en vigilar a sus víctimas (reglaje) antes de cometer el crimen; pues, como todo plan criminal se sujeta a todo un proceso, es decir, el *iter criminis*, que trasunta desde el plano estrictamente ideológico hasta el fenoménico (fáctico), desde que el agente idea el programa criminal hasta su exteriorización en el mundo exterior, plasmado en una concreta lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente tutelado.

Por otro lado, el concepto de «Seguridad Ciudadana[986]» que ahora se maneja, trasvasa un contenido meramente ideológico o doc-

(986) Esta es la banderola que flamean y el discurso que enarbolan quienes acogen, postulan y difunden el discurso punitivista, sin recordar que la política criminal, conforme los dictados de un Orden democrático de Derecho, se encuentra sujeta a límites, a contornos jurídicamente definidos, que no pueden ser desbordados en el trazado normativo; cuando ello sucede, se hace prevalecer los intereses jurídicos sistémicos, sobre los estrictamente individuales. La prevención delictiva, así como la defensa de la sociedad frente al crimen, constituyen labores irrenunciables en un Estado de Derecho, empero, ello no puede suponer el sacrificio de las garantías fundamentales, contenidas en el primer numeral del Texto Iusfundamental. Haciendo memoria, traeremos a la mente a los gobiernos autoritarios y dictatoriales, que emplearon, precisamente, dicho concepto ideológico para arremeter contra la sustantividad de todo el complexo de derechos y libertades fundamentales. Fácilmente, se puede aplaudir y mostrarse a favor de estas medidas represivas y demagógicas, mas, complicado resulta legitimarlas;

trinario, para penetrar en políticas de gestión sectoriales, esto quiere decir que, la sensación de miedo e inseguridad dan pie a actuaciones proactivas de quienes ostentan el poder penalizador, quienes definen las conductas como delictivas(987). En efecto, el Derecho penal se convierte en la panacea del legislador, en el instrumento que despliega efectos psicocognitivos en la mente del ciudadano, la herramienta predilecta para la solución de toda conflictividad social; de manera que, el poder represivo se constituye en un arma potente de réditos políticos(988) y a su vez, en fuente fecunda de ingresos para un sector que se aprovecha de la situación de marcada necesidad de seguridad. Asistimos, pues, a un discurso de solventación del cada vez más acentuado ejercicio del *ius puniendi*. La realidad nos enrostra, día a día, que el poder punitivo no resuelve sino que agudiza los conflictos. Algo más, los incrementa(989).

Por consiguiente, la descripción de la sociedad del riesgo(990), proyecta una directriz de política criminal, que aleja a la normativa penal de sus principios legitimadores –según el ideal democrático– para imbricarse en variables perceptivos, simbólicos y comunicativos, en tanto la norma jurídico-penal se aparta de su fuente ética y

---

una cosa es salir a la prensa y opinar para complacer a estas reformas penales, y otra muy distinta, justificarlas en las aulas académicas y en las tribunas de la juridicidad peruana.

(987) Al respecto, BRANDARIZ GARCÍA, escribe que el relanzamiento de una línea dura (de mayor punitividad objetiva), en materia de control social formal, constituye un mecanismo de gestión ciudadana e institucional de la emergencia de la sensación social de inseguridad. *Itinerarios de evolución del sistema penal...*, op. cit., p. 36.

(988) Así, BRANDARIZ GARCÍA, José, *Itinerarios de evolución del sistema penal...*, op. cit., p. 38.

(989) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte General,* 3ª ed., Grijley, Lima, op. cit., p. 81.

(990) Como apunta RAMOS VÁZQUEZ, la cuestión del «Derecho penal del riesgo» es, [...], una de las que más ocupan a la doctrina actual, dentro de una más compleja "lucha teórica" [...]. *Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual,* op. cit., p. 98.

programática para erigirse en un receptáculo de intereses políticos-sectoriales, donde la sensación de seguridad, por intermedio de la policitación de la norma jurídico-penal, se estanca en un nivel sociocognitivo[991] [992]. Es a tal efecto que, juristas como ZAFFARONI postulan la importancia actual de la contención jurídica; tarea que cobra especial importancia, pues en las últimas décadas del siglo pasado han debilitado a los estados de bienestar y polarizado la riqueza en los países desarrollados (y detenido el desarrollo de los subdesarrollados), potenciando la conflictividad violenta y creando una sensación general de inseguridad existencial, que se pretende compensar con una falsa sensación de seguridad por medio de una mayor represión punitiva, que no conoce obstáculos a su irracionalidad, manipulando a la opinión pública a través de un discurso único de medios de carácter mundial[993].

El objetivo político ha sufrido una mutación sustancial, pues las estrategias públicas ya no se encaminan a reducir tasas de delito en una sociedad, sino a reducir los niveles de miedo o ansiedad que experimenta la ciudadanía. De esta forma la inseguridad y el miedo se convierten en promotores de cambios en la legislación penal y procesal penal[994]. En otras palabras dicho, no interesa el real rendimiento de la

---

(991) Así, MIRANDA ESTRAMPES, al sostener que nuestras sociedades postindustriales se caracterizan por una mayor demanda de seguridad por parte de los ciudadanos para conjurar o minimizar tales riesgos. En coautoría con PEÑA CABRERA, Alonso, *El populismo penal,* en *Temas de Derecho penal y procesal penal,* Apecc, 2008, Lima, op. cit., 558.

(992) A decir, de RAMOS VÁZQUEZ, [...] criterios de seguridad cognitiva sustituyen ahora a los clásicos criterios de peligrosidad, la pluralidad cultural y política a la ideología subversiva, pero lo que no varía es la función de (cierta) dogmática penal, dedicada a otorgar prestancia –en el sentido señalado por el diccionario de «aspecto de distinción»– a la secular tendencia del Derecho penal a luchar contra el «desviado», lucha, que en puridad, no es la suya. *Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas*..., op. cit., p. 99.

(993) ZAFFARONI, Eugenio, *Estructura básica del Derecho penal,* Ediar, op. cit., págs. 32-33.

(994) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El Populismo Penal,* op. cit., p. 569.

norma jurídico-penal en la realidad social, en cuanto a una verdadera contención y prevención de la criminalidad, sino únicamente sus efectos inmediatos hacia los comunitarios, sobre todo, en coyunturas de alta conmoción pública. A tal efecto, los medios de comunicación social constituyen la plataforma ideal de esta irracional legislación penal, toda vez que sobredimensionan la noticia criminal[995], reducen las cuestiones a melodramas, a informes tragicómicos, a discusiones bizantinas, etc. –con honrosas excepciones–, y esta gravidez del morbo atrae al público y le genera falsas percepciones de la realidad. Con lo manifestado no se pretende, de ningún modo, negar el estado de inseguridad nacional e internacional; lo cuestionable es la forma en cómo se lo aborda, la hipocresía del sistema privado que lucra con el morbo, fomenta la violencia en sus programas y periódicos, incita a la promiscuidad e impone estándares de conducta libertina, da tribuna a pseudoespecialistas en temas técnicos, etc., genera potenciales agentes agresores y, en otros ciudadanos, despierta el miedo, la angustia[996], la victimización, etc.; estos, justificadamente, demandarán una enérgica respuesta punitiva, y encontrar un legislador proclive y dispuesto a atemperar dichas exigencias, incidiendo en una expansión desmedida del Derecho penal[997]; sin advertir que una cirugía estética no cura el tumor, las bases del sistema siguen generando delincuentes.

---

(995) Como expresa SILVA-SÁNCHEZ, [...] la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúa a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo; *La Expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 38.

(996) Así, SILVA-SÁNCHEZ, al escribir que nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como al sociedad de la «inseguridad sentida» (o como la sociedad del miedo). En efecto, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación general de inseguridad, esto es, la aparición de una forma especialmente aguda de vivir el riesgo. *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 32.

(997) Así, BRANDARIZ GARCÍA citando a PAVARINI, al apuntar que [...] la creciente sensación social de inseguridad genera demandas de seguridad que, debido a la centralidad del sistema penal en esta interacción social, se convierten en incrementos del nivel punitivo que, al no responder a las expectativas, redoblan la

Siguiendo a SILVA-SÁNCHEZ diremos que, la sociedad postindustrial es [...] además de la «sociedad del riesgo» tecnológico, una sociedad con otros caracteres individualizadores, que convergen en su caracterización como una sociedad de «objetiva inseguridad»[998].

El estado apocalíptico de la cuestión criminal reclama mayores cuotas de intervención del Derecho penal, lo cual ha de ser explicado desde un plano sociológico (criminológico), político y cognitivo, a su vez identificando por una descripción referencial, toda vez que aparecen nuevas interactuaciones (incesante intercambio de bienes y servicios), generadoras de nuevos riesgos e intensificación de los riesgos ya conocidos; como bien se señala en la doctrina española, la profunda interrelación de las esferas de organización individual incrementa la posibilidad de que algunos de esos contactos sociales redunden en la producción de consecuencias lesivas[999]. Ello conlleva a reconocer un decaimiento significativo de los mecanismos de solidaridad social, pues los individuos cada vez están menos dispuestos a sacrificar espacios de seguridad personal, afectando la corresponsabilidad de la sociedad en el delito y por otro lado, una mayor amenaza a los bienes jurídicos fundamentales, surge como consecuencia de la adscripción del crimen organizado, que adquiere ribetes de mayor lesividad para la coexistencia pacífica de toda sociedad.

Se incide, por tanto, en los factores preventivos del Derecho punitivo, en el sentido de no esperar que se produzcan concretos estados de lesión, sino que la función ahora ha de ser la contención de los riesgos jurídicomente-penalmente desaprobados[1000].

---

sensación de inseguridad y las demandas sociales. *Itinerarios de evolución del sistema penal*..., op. cit., p. 23.

(998) SILVA-SÁNCHEZ, Jesús; *La Expansión del Derecho penal*..., op. cit., p. 28.

(999) Ibídem, p. 29.

(1000) Un Derecho penal orientado a la realización de fines sociales y a un máximo de racionalidad, importa asumir nuevos ámbitos de intervención, que se construyen a partir de las nuevas descripciones conductivas del hombre en una sociedad

Dicha situación debe ser entendida desde un doble plano a saber: primero, con la modernización del Derecho penal, según la imagen socioreferencial de la sociedad del tercer milenio, mediando la construcción normativa de nuevos bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, como el medio ambiente, el orden económico y financiero, etc., lo cual ha supuesto el empleo de categorías dogmáticas como el delito de peligro abstracto, aparejado a los delitos de comisión por omisión y a las modalidades delictivas imprudentes, lo cual avizora un cierto relajamiento de los criterios de imputación jurídico-penal, indispensable para hacer frente a estas nuevas manifestaciones de criminalidad empresarial y económica[1001] y, segundo, una evidente degradación de las garantías materiales y procesales, ante la inclusión de categorías conceptuales incompatibles con los criterios legitimantes del *ius puniendi* estatal, que desbordan todo umbral de legitimidad, al hacer uso de convenciones penales vagas, difusas y ambiguas, que ponen el acento en el perfil personal del autor, en su forma de vida, en su enemistad hacia el Derecho, decidiendo por estados de sospecha, bajo el rotulo del «enemigo[1002]», entonces sobre

---

caracterizada por una multiplicidad de interrelaciones sociales, cuya realización puede propiciar riesgos no permitidos para la integridad de los bienes jurídicos individuales y para la vitalidad de los bienes jurídicos supraindividuales.

(1001) Así, Faraldo Cabana, al señalar que diversos autores reivindican el adjetivo «moderno» para un Derecho penal que, en consonancia con la evolución del Estado liberal de Derecho al Estado social y democrático de Derecho, ha cambiado su objeto de referencia, pues de prestar atención casi exclusiva a la delincuencia patrimonial de las clases bajas se ha pasado a la criminalización de las actividades ilícitas de las clases media y alta, interviniendo en sectores que tradicionalmente permanecieron al margen del Derecho penal liberal, además de hacer frente a nuevos riesgos que amenazan a bienes jurídicos supraindividuales o con nuevas formas de ataque a los tradicionales bienes jurídicos individuales. *Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales, La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, en *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la Globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, op. cit., págs. 303-304.

(1002) Así, Brandariz García, cuando sostiene que este paradigma de construcción social de la realidad (del sistema penal), el riesgo que amenaza, generalmente en forma de enemigo, es presentado, y vivido, como emergencia, como peligro an-

ellos puede recaer la violencia penal institucionalizada, desprovista de todo margen de racionalidad y ponderación.

Una cosa es la flexibilización de los criterios de imputación jurídico-penal y, otra muy distinta el desmantelamiento de sus garantías fundamentales, propias del Estado constitucional de Derecho.

Así, en la doctrina española, cuando se señala que la disminución de las garantías del acusado en el proceso penal, la creación de nuevas figuras delictivas de márgenes poco precisos y la exasperación de los marcos punitivos de las infracciones ya presentes en el Código Penal parecen ser las notas distintivas del moderno Derecho penal y procesal penal en la lucha emprendida contra la delincuencia organizada en general, y contra el terrorismo como forma particularmente grave de actividad criminal organizada[1003] [1004].

Un sector de la doctrina especializada, señala, con razón, que paradójicamente el discurso de la modernización o expansión del Derecho penal, [...] ha sido utilizado por los partidarios del modelo de seguridad ciudadana para intensificar la intervención penal en el núcleo de la delincuencia clásica, especialmente patrimonial, alejada de aquellos ámbitos en donde se producen nuevos riesgos que caracterizan a nuestra sociedades postindustrializadas[1005].

Se maneja entonces un doble discurso político criminal, en la medida que el crimen corporativo y empresarial, que perpetra una cantidad grande de perjuicios a los consumidores y a los principios de la libre competencia, es enfrentado con mecanismos de control social

---

te el que hay que responder de forma urgente y excepcional. *Itinerarios de evolución del sistema penal...*, op. cit., págs. 58-59.

(1003) FARALDO CABANA, Patricia, *Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales...*, págs. 302-303.

(1004) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Los procesos penales especiales y el Derecho penal frente al Terrorismo*, Idemsa, Lima, 2012.

(1005) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El populismo penal*, op. cit., p. 564.

carentes de toda eficacia disuasiva (Derecho administrativo sancionador), mientras que el núcleo duro del Derecho penal es objeto de severidad punitiva. No existe, en realidad, una política penal encaminada a combatir los nuevos riesgos que genera el fenómeno de la criminalidad organizada, pues se sigue perfilando la respuesta punitiva en los delitos convencionales; ello comporta la carencia de una estrategia, en puridad preventiva e integral, capaz de propiciar verdaderos estados de contención. Así, DIÉZ RIPÓLLES, al indicar que el concepto de «expansión» ha dejado ya de referirse primordialmente a las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad de riesgo, las cuales pasan a ocupar, dentro del nuevo concepto de expansión, un lugar marginal, tanto cuantitativa como cualitativamente. La expansión ha dejado de ser extensiva para pasar a ser intensiva, concentrando sus esfuerzos en el incremento de punición de ciertos tipos de delincuencia clásica[1006].

A partir del ataque terrorista a las Torres gemelas, en el 2001 en New York, se ha introducido en el lenguaje jurídico-tecnocrático (política criminal), la idea del «control crime», es decir, lo que más interesa ahora es el orden; por ende, ante las manifestaciones del crimen tradicional y convencional, se aplica la regla de «tolerancia cero», lo cual significa una máximo de intervención en la esfera de libertad ciudadana y una gradual e intensa relatividad de las garantías fundamentales[1007].

Conforme la línea anotada, la huida ciega al Derecho penal, incide a su vez, en la escenificación del llamado «populismo penal», es decir, la utilización política del Derecho penal, en cuanto a la obtención de objetivos político-sectoriales, los cuales son sobreexaltados en coyunturas de particular conmoción pública.

(1006) DÍEZ RIPÓLLES, José, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, op. cit., p. 570.

(1007) Vide, al respecto, BRANDARIZ GARCÍA, José, *Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas,* op. cit., págs. 17-23.

La socióloga peruana LUCÍA DAMMERT, en una entrevista al diario La República, ante la pregunta: ¿Cuáles son las soluciones simples que no funcionan (en el problema de la seguridad ciudadana)? la entrevistada, señaló lo siguiente:

> *Las que no funcionan son todas las que tienen que ver con el "populismo penal". No funciona aumentar los castigos, no funciona meter a los inocentes mientras esperan castigo, no funciona tratar a la cárcel a aquellos que son consumidores de droga. No funcionan tampoco los partidos de fútbol para prevenir el delito. Hay miles de cosas que no funcionan. No funciona decirle a la Policía que salga a caminar a la calle si no tienen medianamente una estrategia de adónde ir, qué hacer. En ese sentido muchas de las cosas que se escucha y recoge, sobre todo en las discusiones electorales durante los procesos electorales, son cosas que ya han sido probadas como equivocadas, inefectivas, ineficientes incluso.*[1008]

En palabras de MIRANDA ESTRAMPES, para erradicar esta utilización populista, toda propuesta nueva de criminalización debería someterse a un test de efectividad; esto es, debería acreditarse, como criterio decisional, el plus de utilidad que en cada caso reportará esta llamada al Derecho penal frente a todo tipo de intervenciones[1009]. A nuestro entender, el asunto pasa por someter los proyectos de Ley en materia penal, a filtros programáticos y de racionalidad, tomando en cuenta los criterios legitimantes de un Derecho penal democrático, los cuales requieren de toda una discusión dogmática y criminológica.

Debe manifestarse, por tanto, que las medidas estrictamente punitivistas no tendrán rendimiento alguno en la práctica, pues para nada sirve una legislación penal extremadamente draconiana,

---

(1008) En *La República*, domingo 20 de mayo del 2012, op. cit., p. 16.

(1009) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El populismo penal,* op. cit., págs. 561-562.

si quienes tienen que perseguir y prevenir el delito, no cuentan con los mínimos elementos e instrumentos para contener efectivamente la imparable criminalidad, sin una verdadera estrategia de inteligencia, sin la dotación de equipos de moderna tecnología y sin policías apropiadamente remunerados, lo que a se produce a la postre es un Derecho penal simbólico, sin comprobación contrafáctica.

2. EL NUEVO DERECHO PENAL DE INTERVENCIÓN, CONTRARIO A UN DERECHO PENAL DEL ACTO

Una de las conquistas más importantes de la ciencia jurídico-penal en las últimos decenios, es haber centrado la materialidad sustantiva del injusto penal en el desvalor del acto, en cuanto una conducta que lesiones o ponga en peligro un bien jurídico penalmente tutelado, dejando de lado estimaciones personales apriorísticas del agente culpable, basados en una visión etiológica del crimen.

Convenimos, entonces, en señalar que la intervención del *ius puniendi* estatal ha de sujetarse a los dictados de un Orden democrático de Derecho, y así fue, cuando el legislador en la sanción de la Codificación penal de 1991 sentó las bases de punibilidad en base al acto, un «Derecho penal del acto», en correspondencia con una «culpabilidad por el acto». Ello en simples palabras significa que, a un individuo únicamente se le puede atribuir responsabilidad penal por lo que hizo y nunca por lo que es; si es que con su quehacer conductivo no ha exteriorizado en el mundo fenoménico un estado de lesión o puesta en peligro de un interés jurídico penalmente tutelado, no puede ser objeto de represión, como garantía de un Derecho penal democrático y humanista.

Lo que debe ser objeto de punición en un Orden democrático de Derecho es la acción u omisión del hombre contemplada como delito, en cuanto a mutación de la realidad social (material o espiritual), y no el hombre como tal, en cuanto a una pura manifestación

de su personalidad frente al colectivo. Así, cuando se postula en la doctrina nacional, todo el fundamento del Derecho penal –particularmente de la teoría jurídica del delito– se apoya en la realización de un acto[1010].

Conforme lo anotado, únicamente los actos típicamente ejecutivos del delito, así como de su eventual consumación, pueden ser objeto de punición, cuando la conducta del agente denota una evidente peligrosidad objetiva para la indemnidad del bien jurídico tutelado; *por mor,* la fase de ideación del delito y los actos preparatorios no resultan punibles y ello es fundamental en un Orden democrático que pretende tutelar al máximo las libertades fundamentales.

No obstante lo dicho, se sabe que por motivos de política criminal los actos preparatorios son también penalizados, cuando de bienes jurídicos supraindividuales se trata, tal como se desprende de los delitos de Tráfico ilícito de drogas (salud pública), cuando se penaliza el cultivo de la hoja de coca, adormidera, etc., y cuando se advierte la posesión de máquinas destinadas a la falsificación de billetes y monedas, en la titulación de los delitos monetarios[1011]. En tal entendido, la represión de los actos preparatorios ha de tomar lugar de forma excepcional, cuando razones de política criminal así lo aconsejen, empero, si es que apuntalamos la intervención del Derecho penal bajo derroteros únicamente «eficientistas» e «utilitaristas», anclamos en una normativa penal abiertamente incompatible con sus postulados legitimadores.

Siendo que, en el presente caso, los actos que son constitutivos de esta figura penal *sui generis,* desde una mayor amplificación de

---

(1010) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 82.

(1011) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte General,* T. I, op. cit., 615-617.

configuración objetiva, pueden ser subsumidos perfectamente en las figuras delictivas que se encuentran fijadas como delito fin, en el presente articulado; por ello convenimos en resaltar que la solución pasa mas por un tema persecutorio que sustantivo, mas son en definitiva los efectos sociocognitivos los que definen la orientación de política criminal.

Esta forma de proyectar la política criminal, bajo variables estrictamente eficientistas, propone una expansionismo del Derecho penal por senderos que no se condicen con su plataforma legitimadora, y ello se avizora claramente con las permanentes modificaciones, agregados e inclusiones que han tomado lugar en los últimos años en el CP de 1991, restituyendo la vigencia de instituciones propias del positivismo criminológico, como la Reincidencia y la Habitualidad[1012] [1013], así como de una intensificación de la respuesta punitiva contenida en los marcos penales, propia de la neocriminalización, ahora bajo los estados de sospecha, de la rotulación, del estigma y del estereotipo del delincuente, venido a más por el desdichado programa del Derecho penal del enemigo. Esto es lo que aparece hoy en día, la falaz idea de que con el adelantamiento significativo y sustancial de la intervención del Derecho punitivo se podrá reducir al máximo las cifras de criminalidad en el país, sin observar que al maximizar la participación del Derecho penal, lo que se degradan son las libertades fundamentales; ello conlleva a la dialéctica irreconciliable de un Estado constitucional de Derecho con un Estado policial, este último caracterizado por sobredimen-

---

(1012) Ibídem, T. II.

(1013) A decir, de Peña Cabrera, Raúl, [...] un Derecho penal de autor es incompatible con un auténtico Estado de Derecho; precisamente en los regímenes totalitarios en los cuales el sentir y el pensamiento de las personas son controladas por el Estado, donde la persona no es el fin supremo de la sociedad ni del Estado. El Estado subyuga y avasalla. La persona es un medio para alcanzar el fin de un Estado omnipotente y controlador. *Tratado de Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 83.

sionar las actuaciones de los agentes policiales y permitir una mayor intervención en la esfera de actuación ciudadana.

Parafraseando a RAMOS VÁZQUEZ diremos que, la relación dialéctica entre seguridad y libertad, que siempre es fuente de profundas tensiones, es uno de los campos *par excellence* de la actividad comunicativa del poder, de suerte que en más de una ocasión, la sensación de inseguridad para el conjunto de la ciudadanía, convenientemente amplificada por los *mass media*, se encuentra en cierto modo propulsada por este último motor inmóvil (por realizar un símil aristotélico) que es el propio poder[1014].

En palabras del recordado penalista nacional, Raúl PEÑA CABRERA, para nosotros los penalistas finiseculares nos encontramos en una situación espiritual de difícil trance, pues debemos extraer fuerzas para alimentar el optimismo de un discurso que pese a todas sus limitaciones es mejor que la zapa siempre amenazante del autoritarismos jurídicos[1015].

Conforme lo expone correctamente DELMAS-MARTY, en cuanto a la corriente autoritario, escribiendo que [...] la exaltación y en ocasiones sacralización del valor nacional considerados como el valor supremo del orden político: voluntad de instaurar un Estado fuerte, haciendo prevalecer su autoridad sobre los derechos y las libertades de las personas: estrecha integración y sumisión del individuo a la colectividad; estructura fuertemente centralizada y jerarquizada, frecuentemente militar, en la que la autoridad dimana de un jefe único[1016].

(1014) RAMOS VÁZQUEZ, José, *De otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas...*, op. cit., p. 84.

(1015) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* op. cit., p. 81.

(1016) DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de política criminal, Colección Temas Penales*, Centro de Publicaciones Secretaría General Técnica Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, op. cit., p. 35.

En tiempos sacudidos por la violencia cotidiana, resulta empresa fácil acogerse a estos vientos reformistas de corte esencialmente punitivista, sobre todo, cuando vienen respaldados por el clamor popular, mas difícil es defender las convicciones y postulados de un Derecho penal democrático; el jurista de hoy no puede hipotecar su conciencia y sus dogmas al servicio del gobernante de turno, pues ello significa traicionarse a sí mismo y, a su vez, a los principios que debe gobernar a todo orden jurídico y político, que pretenda adscribirse a un Orden democrático y respetuoso de los derechos y libertades fundamentales.

3. PRESUPUESTOS DE CONFIGURACIÓN TÍPICA

Primero hemos de definir el concepto de «reglaje», como el seguimiento continuo y permanente que efectúan ciertos agentes delictuales sobre personas y cosas, con la finalidad de acopiar información o datos relevantes que les permitan ejecutar su plan criminal con toda garantía; sea para identificar trayectos de desplazamiento de la víctima, con el objetivo de secuestrarla; conocer de sus operaciones en bancos u otras instituciones financieros, con el afán de apoderarse del objeto material, etc.[1017]

Consideramos que, actos como los considerados como «reglaje» han de tener lugar únicamente en el marco de la criminalidad violenta, es decir, en los casos de asesinatos lesiones graves dolosas, violaciones sexuales –contra la libertad e intangibilidad sexual– robos, secuestros y extorsiones; es ahí, que observamos un evidente

(1017) Habría que ahondar en el listado de delitos que el agente pretende perpetrar, merced a los actos de reglaje: Homicidio, Parricidio, Homicidio calificado, Lesiones graves, Secuestro, Trata de personas, Violación sexual, Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, Violación sexual de menores, Seducción, Actos contra el pudor, Hurto simple y agravado, Robo simple y agravado, y Extorsión.

equívoco en la comprensión de los delitos que el agente pretende cometer, y así, estar incurso en esta tipificación penal de autor.

Ahora bien, en la redacción normativa se establece: *el que para cometer o facilitar la comisión* de los hechos punibles mencionados, *acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora con la realización de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos*. De lo cual se deduce que estamos ante una figura de concurso medial de delitos –la perpetración de un delito para alcanzar la realización típica de otro–, con la particularidad que el primero hace alusión a los actos preparatorios del mismo delito que se pretende perpetrar, es decir, si es se evidencia que el injusto penal fue cometido en toda su faz descriptiva, estaríamos frente a dos actos, que no obstante estar integrados en un mismo *iter criminis,* se encuentra fraccionado en su secuencia delictiva, con la manifiesta probabilidad de que se pueda punir dos veces a un autor por el mismo hecho. Por ejemplo, por encontrársele las armas en su vehículo (propósito de cometer un asesinato) y, segundo, por la perfección delictiva del Homicidio agravado; cuando, conforme el principio de absorción, se debe optar por el estadio delictivo más intenso.

Dicha circunstancia paradojal el legislador al parecer no la previó o estimó, porque los principios de razonabilidad y proporcionalidad indican que la acriminación se ha de sostener, únicamente, por el delito consumado o tentado; empero, creemos que la *ratio* de la norma –si la queremos ajustar a los fines de política criminal que la justifican–, sería que la penalización tiene el afán de evitar que los delitos enumerados en la tipo penal *sub examine,* no se lleguen a cometer, donde el adelantamiento de las barreras de intervención punitiva a estadios muy lejanos de la idea de lesión, tiendan a neutralizar probables perpetraciones de dichos injustos penales. Asimismo que, desde un punto de vista puramente operativo (persecutorio), los efectivos policiales cuenten con un amparo legal para aprehender

presuntos sospechosos, que ni siquiera hayan dado inicio a los actos ejecutivos del delito que han planeado cometer; con la salvedad, que ya la posesión del arma o el acopio de la información es un acto constitutivo de delito, cuya identificación por parte de las órganos de persecución, importaría un estado de flagrancia.

3.1. La penalización de actos preparatorios

La realización –para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los arts. 106°, 107°, 108°, 108°-A, 121°, 152°, 153°, 170°, 171°, 172°, 173°, 173°-A, 175°, 176°, 176°-A, 177°, 185°, 186°, 188°, 189° o 200° del Código Penal– de acopio o entrega de información, vigilancia o seguimiento, o de colaboración en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos; significa dos cosas a saber: primero, la equiparación de actos preparatorios de un delito a un acto típicamente delictivo, pues, al agente detenido o sorprende con tales objetos o instrumentos se le hará penalmente responsable por la sola tenencia, sin necesidad de que los haya empleado en la perpetración concreta de un acto delictivo; y segundo, se estaría configurando legalmente un concurso medial de delitos, pues, inicialmente se tienen los actos preparatorios del delito y luego el delito que se llega a cometer. Podría darse el caso que, a un individuo se le encuentra en su poder armas para las cuales no tiene autorización –tenencia ilegal– y luego se encuentra evidencias que fueron utilizadas para la comisión de un asalto a un banco. La pregunta sería: ¿Se le podría reprender por ambos hechos? De plano la respuesta será negativa, ya estando los actos preparatorios subsumidos en la realización típica del delito, habrá que privilegiar la tipificación por el delito consumado.

Convenimos en señalar, que la penalización de las conductas contenidas en el art. 317°-A, comporta un desvalor en puridad artificial, pues se encuentran ya comprendidos en las modulaciones

típicas regladas en los delitos convencionales, que son proyectados en el propósito ulterior del agente. Como bien lo asevera ZAFFARONI, pretender considerarlos tipicidades independientes –clonando bienes jurídicos– es inconstitucional en muchos casos, aunque se insiste legislativamente en ella en los últimos tiempos[1018].

3.2. ACTOS DE ACOPIO O ENTREGA DE INFORMACIÓN

Ingresando a los elementos constitutivos del tipo penal, se tiene que la conducción típica toma lugar cuando el agente *acopia* o *entrega* información para facilitar la comisión de estos delitos; ello importa el acopio de una serie datos relevantes o proporcionados para poder asegurar el éxito de la operación criminal; en realidad supone una descripción fáctica propia de participación delictiva, dado que quien se encarga de estas tareas por lo general no interviene en la etapa ejecutiva del delito, a menos que se trate de una organización delictiva; consecuentemente, un emprendimiento así concebido se eleva a nivel de autoría y además quiebra los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

3.3. REALIZAR VIGILANCIA O SEGUIMIENTO

En cuanto a los actos de vigilancia o seguimiento de personas, es de notar que se está ante a comportamientos muy próximos a la etapa ejecutiva del injusto penal; necesarios para la perpetración de figuras delictivas como el Robo, el Secuestro o la Extorsión. Sin duda, estas son conductas típicas de *reglaje,* donde el agente acomete y acecha a su víctima, ora para contar con condiciones *óptimas* para la realización típica del delito que pretende cometer, ora investigando las rutas que emprende la víctima, ora cuando toma información de quien retirará dinero de una entidad bancaria o financiera, etc. Este seguimiento podrá ser prolongado o breve,

---

(1018) ZAFFARONI, Eugenio, *Estructura básica del Derecho penal,* op. cit., p. 151.

dependiendo de la complejidad del caso, por ello se debe valorar cada acto con precisión al hacer el juicio de subsunción; en circunstancias como las descritas, si se apreciase que el agente participará en la etapa ejecutiva del delito, ya no será factible la acriminación por el tipo *in examine*, sino será en grado de tentativa o consumación por el delito cuyo emprendimiento haya adquirido concreción en el mundo fenoménico.

Por lo general una modalidad delictiva así concebida podrá aplicarse a través del empleo de cámaras de video vigilancia o de seguridad, así como en seguimientos escrupulosos del personal policial, agentes encubiertos, en lugares estratégicos, con el propósito de prevenir delitos contra la vida, contra el patrimonio o contra la libertad; o reducir lo más posible sus efectos perjudiciales.

3.4. Colaborar en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos

En este supuesto del injusto penal, se hace alusión al aporte, por parte del agente, de instrumentos, objetos o herramientas, que cuenten con la idoneidad para poder perpetrar el delito fin; sobre todo, cuando se menciona las armas, principalmente las de fuego, vehículos u otros instrumentos.

Cabe mencionar que, anteriormente el supuesto de hecho contemplaba la sola tenencia de un arma de fuego, la cual no siempre antecedía a la deliberación delictiva de cometer un determinado hecho punible; piénsese en aquel agente que consiguió el arma, pero no tiene un plan concreto de criminalidad; solo habría Posesión ilegal de armas, mas no un delito de Reglaje. Así también, cuando el agente ya cometió, por ejemplo, el Robo agravado, y tiempo después en un operativo policial, es detectado en un vehículo, con teléfonos y otros instrumentos; en este último caso, no puede se puede hablar de Reglaje, en tanto y en cuanto, para ello se requiere de que la tenencia

del arma sea para posibilitar la comisión de un delito a futuro y, no el que cometió en tiempos pretéritos.

Ahora lo que se prohíbe es colaborar con quienes realizan el Marcaje o el reglaje a través del uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos; a lo cual debe definirse qué se entiende por cada uno de estos elementos.

Un punto que merece atención aparte es la posesión de un arma de fuego, la cual puede configurar el tipo penal contenido en el art. 279° del Texto Punitivo; lo que podría llevar a algunos, a postular que la conducta típica contenida en dicho articulado se encuentra ya subsumida en el art. 317°-A, por lo que se estaría ante un «conflicto aparente de normas penales» y no ante un «concurso delictivo», en sujeción al principio del *ne bis in idem*.

Por estudios de la Parte General, se sabe que para poder estimar la concurrencia de un concurso delictivo se debe identificar una sola acción o una pluralidad de acciones u omisiones que a su vez contravengan el mismo o varios preceptos jurídico-penales. En todas esas situaciones el autor ha realizado más de un tipo de delito, además ha vulnerado más de un bien jurídico, transgrediendo más de una norma penal y por lo tanto en estos casos estamos ante un concurso real o efectivo de normas infringidas[1019]. Mientras que el conflicto aparente de normas penales toma lugar cuando una sola conducta puede ser encajada o cobijada por un solo comportamiento del injusto típico, siempre que se tutele el mismo bien jurídico. Es en este alud donde se debe hacer la distinción, al observarse que el listado de la codificación penal comprende figuras delictivas, caracterizadas con elementos (normativos y descriptivos) similares, a veces muy difícil de distinguir, por el empleo casi idéntico de sus elemen-

(1019) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 755.

tos de composición típica; a tal efecto, debemos identificar el objeto de tutela jurídica.

Convenimos por tanto, que para poder dilucidar el entrecruzamiento normativo entre el delito de tenencia ilegal de armas, debemos remitirnos al principio de subsidiariedad; acerca de sus límites, ROMERO SOTO, apunta que para que exista este tipo de relación entre dos disposiciones penales, se necesita que en ambos casos el sujeto activo sea el mismo, que sea también idéntico el objeto material, que se trate del mismo sujeto pasivo y que haya unidad del episodio criminoso[1020]; donde a nuestro entender, la identidad del bien jurídico tutelado es un factor esencial para la configuración de dicho principio[1021]; lo cual inclusive podría dejarse de lado, en pos de afirmar la presencia de un concurso delictivo, como veremos líneas adelante. Conforme a él, indica MAQUEA ABREU, pudiera afirmarse que cuando una acción amenaza o lesiona más de un bien jurídico, el concurso aplicable será normalmente el de delitos pues con sus reglas –atentas a la valoración de las afecciones producidas sobre los objetos de protección concurrentes– se alcanza una valoración más completa de su contenido de injusto[1022].

A decir de BACIGALUPO, para ello es preciso tener en cuenta que la relación entre un tipo penal y otro deben ser de tal naturaleza que la relación de ambos mediante una única acción no debería dar lugar a la aplicación de las reglas del concurso ideal[1023].

Siguiendo la línea argumental descrita, se tiene que el delito de Marcaje tiende a tutelar el bien jurídico «Paz Pública», mientras que el tipo penal de Posesión ilegal de armas, la «Seguridad Pública»,

---

(1020) ROMERO SOTO, Luis, *Concurso aparente de leyes*..., op. cit., p. 42.

(1021) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte General,* T. I, op. cit., p. 988.

(1022) MAQUEDA ABREU, María; et al., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 860.

(1023) BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 988.

por lo que, al proteger objetos jurídicos distintos, la solución correcta es el concurso ideal de delitos y no el conflicto aparente de normas penales, como un sector respetable de la doctrina nacional lo postula[1024]; siempre y cuando quien es detectado con el arma de fuego, no cuente con la autorización estatal respectiva, pues si esto no es así, la negación concursal será una inferencia inevitable.

Lo que debe subrayarse también es la mayor penalidad que conmina el delito del art. 279°, en comparación con el delito de Reglaje[1025], lo que implicaría en la posición del conflicto aparente de normas, que se castigue con una pena en realidad muy tenue hechos de tal gravedad, con la manifiesta incongruencia y falta de toda razonabilidad –de que aquel agente, que solo es penalizado por el delito de tenencia ilegal de armas, sea reprimido con una pena de contornos de punición más intensos–, lo que es salvado con toda propiedad, con la tesis del concurso delictivo, que asumimos a toda consecuencia. Es en tal virtud, que en conflictos normativos semejantes, como es el caso del delito de Robo agravado, bajo el supuesto de «mano armada», ingresa en concurso delictivo con el tipo penal de Tenencia ilegal de arma. En el delito de Robo agravado, se tutela el patrimonio, constituyendo una figura pluriofensiva, mientras que en el delito de Tenencia ilegal de armas, protege la seguridad pública[1026].

3.5. Circunstancias agravantes

Constituyen circunstancias agravantes: si el agente es funcionario o servidor público y aprovecha su cargo para la comisión del

---

(1024) Así, Núñez Pérez, Fernando, *El acto preparatorio de Marcaje o reglaje elevado a la categoría de delito consumado por medio de la Ley N° 29859,* en *Gaceta Penal & Procesal Penal,* T. 35, mayo del 2012, op. cit., págs. 150-151.

(1025) Ibídem, p. 151

(1026) Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. III, op. cit., p. 581.

delito; si mantiene o mantuvo vínculo laboral con la víctima u otro vínculo que la impulse a esta última a depositar su confianza en él; utilice a un menor de edad; si labora, pertenece o está vinculado a una empresa del sistema financiero y, por razón de su cargo u oficio, tiene conocimiento de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima; y si actúa en condición de integrante de una organización criminal.

La descripción normativa contenida en las circunstancias de agravación mencionadas, indican, por un lado, la específica posición institucional del autor del delito, en cuanto a la cualidad funcionarial, siempre que se acredite el aprovechamiento de las ventajas del cargo público para la comisión del injusto penal, en cuanto el empleo de información propia de la función desempeñada.

Por otro lado, cuando el agente ostenta un vínculo laboral con la víctima u otro vinculo que haya llevado a depositar la confianza de este último en aquel; para tal efecto, debe manifestarse una relación laboral de tal importancia, que le permita al autor contar con cierta información, de la cual, precisamente, hace uso, para la perfecta realización típica del delito proyectado materializar; verbi gratia, la secretaria o asesor del empresario, que se aprovecha de la confianza depositada por este último, para averiguar, con detalle, la operación bancaria y/o la ruta que el sujeto pasivo utilizará para desplazarse para llevar a cabo el secuestro planeado. No puede referirse a un cargo menor, dígase a una relación laboral que no le otorga cercanía alguna con la víctima, como por ejemplo, el ascensorista de de la empresa, quien eventualmente se cruza con el sujeto pasivo. Es justamente el vínculo laboral que le otorga al sujeto activo una estrechez con la víctima, de tal suerte, que este último le confía una serie de aspectos que involucran el manejo económico o financiero de la empresa, así como ciertos aspectos de su vida personal.

Tercero, la utilización de un menor de edad; los actos de reglaje –acopio o entrega de información, realización de vigilancia o seguimiento, o colaboración en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos–, sean emprendidos por un impúber, esto es, debe identificarse a un menor de 18 años de edad realizando actos típicos de reglaje. Aspecto importante a saber, es que el menor de edad ha de estar desarrollando dichas labores, merced a la consigna de un adulto, quien se aprovecha del estado de inmadurez del autor inmediato, para determinarlo a la ejecución de dichos actos de reglaje, mas no puede desdeñarse que se haga uso de la violencia o de la coacción para tales propósitos. Se está ante una modalidad de autoría mediata, ajustable a las esquelas normativas propuestas en el art. 23° de la Parte General del CP. El fundamento de mayor reproche personal, estriba en el plus de reprobación que significa utilizar a menores de edad, para la obtención de fines ilícitos; cuestión importante a subrayar, es que el agente debe saber que se trata de un menor de edad, pues si desconoce dicha situación cronológica, habrá de responder por el tipo base y no por la modalidad de agravación *in comento*.

De otro lado, una circunstancia agravante introducida por medio de la Ley N° 30076, es la referida a si el agente labora, pertenece o está vinculado a una empresa del sistema financiero y, por razón de su cargo u oficio, tiene conocimiento de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima; por lo que los trabajadores de estas empresas o quien esté vinculado a ellas pueden son pasibles de incurrir en esta agravante.

Cuestión particular sucedía en el entrecruzamiento normativo del delito de Asociación ilícita y el tipo penal *in comento*, pues era de notar, que ambas figuras no pueden ingresar a un concurso delictivo, al tutelar el mismo bien jurídico: la «paz pública»; empero, en esta hipótesis el principio de subsidiariedad ha de ser relativizado, en

el entendido que el tipo penal previsto en el art. 317° del CP, importa un injusto de efectos permanentes en el tiempo, por lo tanto, la afectación inmaterial al bien jurídico toma lugar mientras no se disuelva el aparato criminal; por su parte, el delito de Reglaje es de consumación instantánea. Así, cuando se estima, en la doctrina, que puede suceder pese a la existencia de un único objeto de protección en los tipos concurrentes –en tanto que todos tutelen el mismo, verbi gratia, unos en forma de peligro otros de lesión–, resulta obligada la apreciación de un concurso de delitos[1027]. Era un tremendo privilegio, que quien realizaba actos de marcaje y a su vez era miembro de una organización delictiva constituida, solo era penalizado por el art. 317°-A, dejándose de lado el factor criminológico (dañoso por tanto) de pertenecer a una estructura delictiva de andamiaje tan extendido; lo cual fue superado cuando se promulgó la Ley N° 30076, al agregarse una agravante en tal sentido.

3.6. Análisis de las modificatorias (Ley N° 30076)

La expansión del Derecho penal, el adelantamiento significativo de las barreras de intervención del *ius puniendi* estatal, se puso de relieve en el marco de la inclusión del tipo penal *sub examine*, al penalizarse, en puridad, actos típicamente preparatorios de los delitos «fin» que se han instituido en la norma (art 317°-A). Es decir, lo que es objeto de punición no es la lesión o la real puesta en peligro de un bien jurídico penal, sino estados de sospecha, de quien se encuentra incurso en algunos de los supuestos de hecho, reglados en la descripción típica de este delito. Y, esta expresión palmaria del Derecho penal securitario –como se sostuvo en su oportunidad–, coloca a las libertades fundamentales (personales), en un potencial riesgo de ser arbitrariamente afectadas; situación que parece tener sin cuidado a la mayoría de la clase política, pues lo relevante para

(1027) Maqueda Abreau, María, *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 861.

ellos es, únicamente, generar una percepción cognitiva de seguridad (subjetiva) en los ciudadanos.

Tal es así, que la Ley N° 30076, cuyo eslogan es precisamente la «Seguridad Ciudadana», modificó los alcances normativos del delito de Reglaje, dando una mayor cobertura legal, extiendo sus derroteros a nuevas circunstancias de agravación, apelando a los fines sociocomunicativos de la norma jurídico penal, a su vez a los fines preventivo-generales (negativos) de la pena.

Es así como, tomó lugar una modificación en el delito fin, al suprimirse el delito de Lesiones al feto, un injusto penal que no guarda coherencia alguna con lo que quiere penalizar en el art. 317°-A; era improbable en los hechos que alguien realice actos de seguimiento, para provocar una afectación a la salud del feto; asimismo, impensable que un individuo emprenda actos de vigilancia, para seducir a una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad (y así obtener mediante «engaño», su anuencia para el acto sexual), de manera que el art. 175° debe ser excluido del listado delictivo, así como otras figuras delictivas que nada tienen que ver con la composición normativa del tipo penal *in comento*.

Era de esperarse que el tipo penal de Homicidio calificado, por la condición oficial del agente[1028], sea objeto de inclusión en este catálogo, al ser una figura emparentada de los delitos de homicidio; habiendo soslayado el legislador el delito de Feminicidio (art. 108°-B[1029]). Sobre este punto, no cabe más que indicar, que debe ser aclarado lo que se dice del art. 189° o 200°, debe decir *y, pues si se entiende "a", delitos como la apropiación ilícita, apropiación por error, apropiación de bien propio y receptación,* estarían también comprendidos, lo que resulta inaceptable.

(1028) Incorporado por el art. 1° de la Ley N° 30054 de junio del 2013.

(1029) Incorporado por el art. 2° de la Ley N° 30068 de julio del 2013.

Otro aspecto de la reforma, es que ya no se hace alusión –de forma expresa– a que los actos de vigilancia o seguimiento deben recaer sobre una persona, pues eso está sobreentendido. Por otro lado, se da mejor consistencia a lo que se persigue acriminar en esta figura del injusto penal, en el sentido de que el solo *hecho de portar un arma de fuego, un vehículo, teléfono u otro instrumento* no puede ser concebido como un único dato a saber para poder atribuir un acto típico de reglaje; de manera que la nueva redacción normativa, importa atender que para que se configure esta figura delictiva el agente debe necesariamente emprender un acto de seguimiento o vigilancia de personas, o acopio o entrega de información destinada a poder ejecutar algunos de los delitos que allí se detallan, mediante los medios antes anotados. Entonces, la mera tenencia de dichos objetos, no puede ser reputada como un acto de Marcaje, al ser ahora el medio comisivo que emplea el agente para la realización típica del delito.

Cuestión a destacar, de la cual disentimos, es que se haya incluido como una modalidad de reglaje: *colaborar en la ejecución de tales conductas;* este vendría a ser, en realidad, el cómplice primario o secundario del mismo delito en estudio, verbi gratia, quien le proporciona el arma o el celular a quien realiza los actos de seguimiento o quien permite a otro, recabar información sobre la ruta que toma diariamente el empresario para llegar a su centro de labores y así poder secuestrarlo. Según esta nueva lectura del tipo penal, actos típicos de participación delictiva son elevados a título de «autoría», lo cual riñe con los principios de culpabilidad y de proporcionalidad; se estaría penalizando los actos preparatorios de los actos preparatorios de un delito; pareciese que se quiere llegar hasta el fabricante del arma o del aparato celular. En este afán por penalizarlo todo, se dejan de lado las instituciones fundamentales de la Parte General del Código Penal; se aprecia un divorcio entre las normas reguladoras del Derecho penal con la normatividad de la Parte Especial.

Ahora bien, la Ley N° 30076 trae también a colación la incorporación de dos numerales en el tópico de las circunstancias de agravación, nos referimos a cuando el agente: *Labora, pertenece o está vinculado a una empresa del sistema financiero y, por razón de su cargo u oficio, tiene conocimiento de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima.* De recibo, en el delito de Secuestro (así también el de Extorsión) se tienen como víctimas potenciales a empresarios, a personas titulares de cuantiosos patrimonios; es el ánimo de lucro lo que motiva al agente la realización de esta conducta prohibida; a tal efecto, dichos agentes han de servirse de información privilegiada que revele la situación económica de los sujetos pasivos. Resultando que una de las hipótesis del injusto de Reglaje, importa la entrega de información útil e idónea para la perpetración del delito fin, y esta conducta la puede realizar quien posee datos de índole financiero, concretamente, personas que laboran en en ese sistema.

Es así, que la redacción normativa hace alusión a agentes, que por razón de su cargo u oficio, tienen conocimiento de los ingresos económicos de una determinada persona (natural o jurídica); por lo que haciendo uso indebido de tal información, proceden a emplearla en el marco de una plan criminal de, por ejemplo, de Secuestro o Extorsión; empero, no estamos ante una modalidad de autoría de dichos delitos, sino de actos típicos de participación delictiva, que han sido elevados a la primera categoría mencionada, según la autonomía de tipificación penal, prevista en el art. 317°-A, que en esta descripción legal, ha sido considerada como una circunstancia de agravación, merced a la intrínseca peligrosidad que dichos actos han adquirido en la actualidad. Los probables agentes de esta modalidad de agravación, no necesariamente han de ser individuos que laboren formalmente en el sistema bancario o financiero, pudiendo ser personas que tiene algún tipo de vinculación, como un funcionario público de la SBS o de la UIF. Factor siempre ha acreditar, es que la intervención de estos agentes, es

decir, su colaboración en un delito de Extorsión o Secuestro, debe ser producto del prevalimiento del cargo u oficio; de no ser así, sería de aplicación el tipo base[1030].

Actúa en condición de integrante de una organización criminal; es una constante hacer mención a esta particularidad criminológica al momento de definir una circunstancia de agravación; tal como se devela en los delitos de Hurto, Robo, Secuestro, etc.; no cabe duda, que cuando el injusto penal es cometido a través de una estructura criminal, genera una mayor alarma social, producto de su irrecusable peligrosidad, demandando una reacción punitiva más severa. No estamos en desacuerdo con esta inclusión normativa, por los fundamentos anotados, mas, recogida dicha circunstancia criminológica, ya no será factible aplicar un concurso delictivo con el tipo penal de Organización a delinquir, en sujeción al principio del *non bis in idem.*

Por lo demás, debe indicarse que en el inc. 1, de las circunstancias agravantes, se ha precisado que la calidad del agente (funcionario o servidor público), debe ser *aprovechada para la comisión del delito,* lo cual reviste de una dosis de legitimidad su construcción normativa, lo cual se deducía de un correcto criterio interpretativo.

3.7. Tipo subjetivo del injusto

El tipo subjetivo del injusto exige el dolo en la esfera anímica del agente, él ha de ser consciente que está emprendiendo actos típicos de reglaje, con la intención final de cometer otro delito –aquellos contenidos en el primer párrafo del articulado–. El elemento cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, cuya ignorancia puede dar lugar a un error de tipo.

(1030) Aplicando esta circunstancia de agravación, ya no resulta admisible valorar la circunstancia reglada en el inc. h del art. 46° del CP; que fue modificado también por la Ley N° 30076.

Aparte del dolo, la tipicidad penal exige un elemento de naturaleza subjetiva trascendente, en cuanto al propósito de cometer o de facilitar la comisión de un delito, cuya probanza debe configurarse a través de una base indiciaria de naturaleza objetiva, pues si ello no se hace se estaría penalizando una conducta desconectada con la relación delictiva; claro que en el caso del arma de fuego, la falta de la deliberación delictiva implicaría la punición por el tipo penal previsto en el art. 279° de la Codificación punitiva.

4. BASES CONCLUSIVAS

En el umbral del III milenio se pone de manifiesto la expansión irrefrenable del Derecho penal a nuevos ámbitos sociales –mediando la adscripción referencial de la sociedad del riesgo–, en torno a la penalización de comportamientos que tienden a colocar en estado de peligro intereses supraindividuales, dando lugar a la llamada modernización del Derecho penal, lo cual se justifica en méritos a los fines preventivos de la norma jurídico-penal y desde un plano estrictamente sociológico. Movimiento de expansión plenamente legitimado, conforme las nuevas descripciones sociológicas de la sociedad moderna y conforme su estrecha vinculación con los bienes jurídicos fundamentales.

No obstante lo anotado, se observa en nuestra normativa, que las reformas de política criminal –exaltadamente punitivistas–, tienen como marco referencial a los delitos convencionales, aquellos comprendidos en a la conocida acepción teórica-conceptual del Derecho penal nuclear, verbi gratia, robos, secuestros, extorsiones, violaciones sexuales y otras conductas típicas afines, ello debido a la creciente e incontenible estadística criminal de estos injustos penales. Ciertamente, las urbes y zonas rurales de nuestro país padecen de una irrefrenable criminalidad; empero, dicha situación criminológica es sobredimensionada por los medios de comunicación social, generando en la colectividad, una demanda enérgica por una mayor dureza

punitiva, dando lugar a la respuesta inmediata del legislador, la cual se manifiesta en las permanentes e incesantes reformas normativas en el Código Penal, tomando lugar la inclusión de instituciones propias de un Derecho Penal de autor, así como la incorporación de figuras delictivas muy alejadas de un efectivo estado de lesión, que se devela a través de la penalización de meros actos preparatorios, como se observa en el caso del delito de Reglaje. Es así que aparecen en el escenario, tipificaciones penales que basan su desvalor en la contemplación de un verdadero estado de sospecha, pues en esta hipótesis delictual ni siquiera será necesario que el agente ponga en peligro la indemnidad de un bien jurídico, sino que la sola posesión de un instrumentos riesgoso o una actuación en sí «sospechosa», es la que define la materialidad de este injusto penal, claro con el añadido de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, que en la práctica no será fácil de acreditar.

Convenimos, por tanto, que la construcciones de estas convenciones penales, sostenidas ideológicamente bajo la bandera de la Seguridad Ciudadana, lo que provoca es una merma sustancial en el ámbito de las libertades fundamentales, lo cual nos acerca a los dictados de un Estado policial (Derecho penal del enemigo) y a la existencia de un Derecho penal de autor, contrario a los postulados de un Estado Constitucional de Derecho, proyección de política criminal que viene promocionada por dos aspectos a saber: primero, por el empleo indiscriminado del Derecho penal, en mérito a sus efectos promocionales y sociocognitivos, propiciando el fenómeno del «populismo penal» y, segundo, la identificación de un estado perceptivo de temor y angustia en la población; surge una sociedad de sujetos pasivos, quienes, como consecuencia de la sanción de esta draconiana normativa penal, obtendrán una sensación de aparente seguridad (subjetiva); tan cierto es ello, como que esta orientación criminalizadora no tuvo ni tiene los resultados que se esperan, pues si fuese así, en el Perú se hubiesen reducido las cifras de la criminalidad

tradicional, conforme un planteamiento normativo que se inició a fines de la década de los noventa.

No podemos abdicar en la función de poner coto y levantar una voz crítica y reflexiva a este irrefrenable modo de legislar en materia penal en el Perú, donde la «irracionalidad punitiva», está llegando a límites en realidad insospechados, poniendo en riesgo las bases estructurales de un Estado constitucional de Derecho[1031]. Parafraseando a ZAFFARONI diremos que, hoy más que nunca es menester acentuar la importancia de la función contendora del poder jurídico, como modo de preservar las tradiciones democráticas amenazadas por una publicidad escandalosa, que coacciona a los políticos y a los propios jueces y que lleva a los primeros a desbaratar las leyes penales, hasta el punto de que la legislación penal de Latinoamérica pasa por el peor momento de decadencia, oscuridad e irracionalidad de toda su historia[1032].

A decir de HURTADO POZO, la preocupación por establecer límites al poder estatal, [...] se ha orientado hacia la búsqueda de la justificación de la pena y a la determinación de un criterio suficientemente claro para discernir las acciones que deben ser prohibidas, fijar las condiciones cuya preexistencia permita la imposición de la sanción y la especificación de los casos en que la actividad punitiva es oportuna, necesaria y positiva[1033].

No sostenemos que el Derecho penal no incide o no debe ejercer rol alguno en el control, contención y prevención de estos comportamientos penalmente prohibidos, sino que dicha intervención

---

(1031) La corriente autoritaria, fascismo o integrismo, escribe DELMAS-MARTY, implica siempre en política criminal una tendencia a reforzar el control del Estado ante las respuestas al fenómeno criminal, en general, con un reforzamiento paralelo de los poderes de la Policía; *Modelos actuales de política criminal,* op. cit., p. 36.

(1032) ZAFFARONI, Eugenio, *Estructura básica del Derecho penal,* op. cit., p. 334.

(1033) HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte General,* I, op. cit., p. 10.

debe sujetarse a sus principios legitimantes, que tienen como soporte fundamental el acto, entendido como la acción u omisión que lesiona o pone en peligro un bien jurídico penalmente tutelado, de acuerdo a los dictados de un Estado constitucional de Derecho. Por tales motivos, las medidas adecuadas a esta problemática deben importar reforzar los mecanismos e instrumentos de actuación policial, a través del fortalecimiento de las tareas de inteligencia, modernización de los métodos de prevención delictual, aparejado al manejo de datos e información confiable, en cuanto a lugares, zonas y otros referenciales, que coadyuven a la planeación de una eficiente y eficaz prevención de las conductas delictivas, y no de acudir al facilismo de aplicar el Derecho penal *prima ratio*.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

XIII. COLUSIÓN ILEGAL

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

1. INTRODUCCIÓN

El Texto iusfundamental ha encomendado una serie de funciones al aparato estatal, lo cual se define a partir de las exigencias propias del Estado de Derecho y del Estado social, en la procura prestacional a la población de una vastedad de servicios públicos, cuya concreción resulta fundamental para garantizar un desarrollo socioeconómico sostenible.

Las prestaciones públicas de salud, educación, alimentación, vivienda, etc., requieren de toda una gestión y organización estatal que, con eficiencia y calidad, pueda colmar las necesidades más elementales. La construcción de carreteras, el asfaltado de pistas, las instalaciones de redes de electricidad, la edificación de colegios y postas médicas, por ejemplo, constituyen un soporte fundamental en la consagración de un verdadero Estado de bienestar; por tales motivos, la propia estructura jurídico-estatal reparte dichas tareas a los diversos estamentos de la Administración Pública. Es de verse también, que el Estado debe agenciarse de particulares para poder materializar dichas obras públicas, así como la efectiva prestación de los servicios, en la medida que no cuenta con los mecanismos e instrumentos idóneos para asumir en solitario dicha labor. Máxime, conforme a la idea de una economía (social) de mercado, el Estado no ha de intervenir activamente mediando la figura de las empresas estatales, sino que ha de garantizar el pluralismo económico. Como se dice en la doctrina colombiana, en muchas oportunidades los particulares desempeñan mejor, más efectiva y económicamente algunas tareas y funciones, que el mismo Estado[1034]. Al respecto, el art. 60° de la Ley Fundamental, establece que *la economía nacional se sustenta en la existencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial directa o indirecta, en razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.* Del precepto constitucional invocado se colige que el Estado solo ha de asumir un rol vigilante y garantizador de las actuaciones que toman lugar en el mercado económico; únicamente de forma residual o subsidiaria puede intervenir, cuando los intereses públicos así lo requieran.

De lo antes dicho, se tiene que la procura de toda la actividad prestacional estatal requiere que el Estado suscriba contratos con los particulares o con aquellas empresas que tienen la calidad

---

(1034) MOLINA ARRUBLA, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 316.

de proveedores. Por consiguiente, se patentizan relaciones jurídicas (contractuales) entre el Estado y los proveedores (empresas), incidiendo en un plano mutuo de derechos y obligaciones en ambas partes contratantes.

Siguiendo el hilo argumentativo, el Estado no puede contratar con cualquier proveedor, a través de una decisión pura y unilateral de los órganos de gobierno de la Administración, en tanto la Ley y la Constitución exigen una serie de requisitos, que se enmarcan en la tutela del erario, así como de la eficiencia y calidad en el decurso de la prestación pública.

Aparecen así, los denominados «contratos de la Administración Pública», el acuerdo entre el Estado y los particulares dirigido a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, cuya naturaleza es pública; es por ello que las desavenencias que puedan existir entre las partes se somete a los fueros jurisdiccionales de la especialidad contenciosa-administrativa. Régimen contractual que de cuño se aleja del esquema tradicional contractual privado, para insertarse en todo un entramado complejo de regulaciones, procedimientos y mecanismos legales, sostenidos en los principios basilares del Estado de Derecho.

En palabras de Salazar Chávez, la Administración Pública, como conjunto de organismos, órganos y personas-órgano, estatales o no estatales que ejercen la función administrativa del poder, tiene la necesidad de diversos instrumentos o medios para el cumplimiento de sus objetivos[1035]. Es así, que la Administración actúa en el mercado de bienes y servicios intercambiando prestaciones con los administrados y con empresas especializadas[1036].

(1035) Salazar Chávez, Ricardo, *El Concepto y los factores de los contratos de la Administración Pública como referentes necesarios para el desarrollo del sistema de contratación en el Perú,* op. cit., págs. 2-3.

(1036) García de Enterría, Eduardo; Fernández Rodríguez, Tomás, *Curso de Derecho administrativo,* I, op. cit., p. 688.

La contratación en el seno de la Administración Pública, ora con otra entidad estatal, ora con los particulares, viene a constituir todo un ámbito normativo de regulación, dirigido a fijar las pautas y las condiciones que deben regir dicha vinculación jurídica. El contrato de la Administración es una de las formas jurídicas por las que se exterioriza la actividad administrativa, es una especie dentro del género contrato, cuya especificidad está dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos; en suma, por su régimen jurídico[1037]; [...] la actividad administrativa, que no es técnicamente actividad gubernativa, legislativa, ni jurisdiccional, puede también exteriorizarse a través de los contratos de la Administración, los que se caracterizan por ser una declaración (a diferencia de los hechos), bilateral (a diferencia de los actos), productora de efectos jurídicos individuales (a diferencia de los reglamentos), de manera directa e inmediata (a diferencia de los simples actos de la Administración)[1038].

La Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo N° 1017, señala al respecto lo siguiente:

> *Artículo 1°.*
> *La presente norma contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos.*
>
> *Artículo 2°.*
> *El objeto del presente Decreto Legislativo es establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4 de la presente norma.*

(1037) DROMI, Roberto, *Derecho administrativo,* Parte I, op. cit., p. 469.

(1038) DROMI, Roberto, *Licitación pública,* op. cit., p. 116.

En tanto, la nueva Ley de Contrataciones del Estado (no vigente, porque no cuenta aún con reglamento), publicada el 11 de julio de 2014, establece lo siguiente:

> *La presente Ley tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos. Dichas normas se fundamentan en los principios que se enuncian en la presente Ley.*

Para DROMI, el contrato es una de las técnicas de colaboración de los administrados con la Administración, en materia de suministros, servicios públicos, obras públicas, etcétera. Quien contrata con la Administración Pública no es un contratista ordinario, sino un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos públicos, aun actuando en situaciones de subordinación económica-jurídica respecto de las personas públicas comitentes[1039].

La especificidad de los contratos de la Administración, por tanto, ha definido la necesidad de crear una normativa destinada a regular esta materia de contratación, sustrayéndola del ámbito de regulación, que ofrece al respecto el Código Civil a través del art. 1351° y siguientes, donde ya no se puede hablar de una consensualidad libérrima entre las partes (libertad contractual), en el sentido de que la Administración Pública debe garantizar ciertos principios básicos, cuando contrata con los particulares, en especial la cautela de los intereses generales, así como la optimización de los servicios públicos.

(1039) DROMI, Roberto, *Derecho administrativo,* Parte I, op. cit., p. 470.

El Poder Ejecutivo, en el marco de la legislación de contrataciones del Estado, ha perfilado un norte principista, importante para resguardar los intereses jurídico-estatales y comunitarios, que, en estricto, parten del modelo iusfundamental. Así, vemos tres criterios rectores que tienen singular repercusión en la intervención del Derecho penal, los cuales son los siguientes:

i) *Principio de imparcialidad:* Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.

ii) *Principio de razonabilidad:* En todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado.

iii) *Principio de eficiencia:* Las contrataciones que realicen las entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.

La eficiencia o eficacia administrativa se traduce en el *deber jurídico de dar satisfacción concreta a una situación subjetiva* de requerimiento en la forma, cantidad y calidad, y con los medios y recursos que resulten más idóneos para la gestión, apunta DROMI[1040]. Por ello, asegura la satisfacción del interés público, con la menor onerosidad posible y con agilidad. Esto quiere decir, de otro lado, que la publicidad, transparencia y corrección con que deben tomar

(1040) DROMI, Roberto, *Licitación pública,* op. cit., p. 39.

lugar dichas contrataciones administrativas, no pueden resultar a la postre en un obstáculo burocrático a las tareas fundamentales de la Administración Pública, conforme a los principios de eficacia y de eficiencia.

La Constitución Política, en su art. 76°, prescribe que: «Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes [...]». De modo que la Carta Fundamental establece de forma expresa las obligaciones de las instituciones públicas cuando pretendan ejecutar obras o proveerse de suministros en aplicación de fondos públicos; es decir, y salvo excepciones puntuales, la contratación estatal debe someterse a determinadas reglas, que incluye un conjunto de actos preparatorios (la existencia de un plan anual de contrataciones y adquisiciones, la existencia de un expediente técnico y el presupuesto debido), la realización de un proceso de selección, sea licitación pública, concurso público, adjudicación directa o adjudicación de menor cuantía, así como una ejecución reglada de dicho contrato, sometida incluso a reglas especiales de resolución de conflictos en caso de que estos se generen[1041].

El art. 8° de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que cada entidad elaborará su plan anual de contrataciones, el cual deberá prever todas las contrataciones de bienes, servicios y obras que se requerirán durante el año fiscal, con independencia del régimen que las regule o su fuente de financiamiento, así como de los montos estimados y tipos de procesos de selección previstos. Los montos estimados a ser ejecutados durante el año fiscal correspondiente deberán estar comprendidos en el presupuesto institucional. El plan anual de contrataciones será aprobado por el titular de la entidad y

(1041) Guzmán Ñapuri, Christian, *Contrataciones y adquisiciones del Estado*, en *La Constitución comentada*, T. I, op. cit., p. 1001.

deberá ser publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).

Dicho esto, advertimos que los contratos de la Administración deben estar revestidos con una serie de presupuestos en todo el decurso del procedimiento administrativo, debiéndose verificar en detalle que la empresa ganadora de la buena pro, cumpla a cabalidad con las exigencias contenidas en las bases de la licitación pública. En tal entendido, no puede resultar como ganador aquel proveedor de servicio que no se ajuste a los estándares técnicos y económicos propuestos en las bases del concurso público, concesión o cualquier obra a cargo del Estado, su participación debe ser acorde a los principios de imparcialidad, razonabilidad, objetividad y eficiencia. Es dicha alud que pueden acontecer actos de concertación criminal, entre los funcionarios públicos encargados de dirigir y ejecutar dichas contrataciones y los particulares; [...] apareciendo entonces el bien jurídico de la «contratación administrativa», entendido como el interés del Estado en que la participación de los funcionarios, en la celebración de los contratos de la Administración Pública, no esté influida por intereses particulares unidos a la corrupción administrativa[1042].

Los principios anotados pueden ser quebrantados cuando los funcionarios competentes, por ejemplo, han suscrito un contrato de licitación pública con una empresa inidónea, sea por aspectos técnicos y financieros, configurando una infracción de índole administrativa. Empero, pueden presentarse conductas de mayor desvalor antijurídico, cuando el funcionario público competente concierta voluntades criminales con los particulares en defraudación de los intereses estatales. Esta concertación es en principio lícita, anota Abanto Vásquez, pues esa es precisamente la función del funcionario: debe

(1042) Molina Arrubla, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 313.

iniciar tratativas y llegar a acuerdos con los privados contratantes; pero al hacerlo deben defender los intereses de la Administración Pública[1043]. Según los términos normativos del art. 384° del Código Penal, sucede todo lo contrario, en tanto el funcionario se sirve de los poderes que le confiere el cargo para concertar con los particulares y así defraudar los intereses patrimoniales del Estado.

En tal escenario, el legislador, ante la necesidad política-criminal de tipificar conductas con tales características, configuró el art. 384° del CP, bajo la rotulación de «Colusión ilegal», siguiendo la orientación legislativa propuesta en el art. 344° del Código Penal de 1924. Toma lugar, entonces, un típico injusto funcionarial, en virtud del cual, el funcionario público violenta los deberes de objetividad e imparcialidad, perturbando el normal funcionamiento de la Administración Pública, al generar contrataciones con los particulares, eminentemente lesivos para los intereses del Estado. Precisamente, los procedimientos de contratación administrativa han sido reglados para garantizar que solo resulte ganador, por ejemplo, de la buena pro, quien presente las ofertas técnicas y económicas más ventajosas para la Administración Pública, aquellas empresas (proveedores), cuya experiencia en el ramo y prestigio en el mercado, la presenten como la más idónea para asumir la licitación pública.

Se expone en la siguiente ejecutoria suprema, que: «*El núcleo rector del delito de colusión desleal [previsto en el artículo 384 del Código Penal] es que el sujeto activo [funcionario público] quebranta la función especial que desempeña y viola el principio de confianza deposita en él, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir roles incompatibles y contrarios a las expectativas e interés patrimoniales del Estado*»[1044].

(1043) Abanto Vásquez, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., págs. 310-311.

(1044) En *Gaceta Penal y Procesal Penal,* N° 12, junio 2010, op. cit., p. 191.

Este injusto penal presenta también una particularidad que lo distingue del resto de figuras delictivas de Concusión, por cuanto el particular (*extraneus*) no es un individuo que actúe presionado por las circunstancias (exigencia del funcionario), sino que aquel pacta libremente (dolosamente) con el funcionario para ser beneficiado en el proceso de licitación pública; donde su contribución fáctica resulta imprescindible para la realización típica del delito. Con ello quiere decirse que, la configuración delictiva ha de ser explicada conforme a las conductas atribuibles al funcionario y al particular, definiendo un delito de «participación necesaria».

El bien jurídico protegido ha de corresponderse con la naturaleza de la descripción típica, constituyendo también una manifestación de prevalimiento de la función pública; el funcionario se aprovecha de la posición que ostenta e interviene directa o indirectamente en cualquiera de las etapas de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, para defraudarlo a él o a la entidad u organismo estatal; se diría, entonces, que el interés jurídico tutelado adquiere un matiz *patrimonialista,* debiéndose acreditar un perjuicio económico en las arcas estatales, lo que no es tanto así, en tanto el elemento *para defraudar* debe ser entendido en su acepción correcta: que el comportamiento del funcionario o servidor es inapropiado e incompatible a los intereses del Estado, pues concierta para defraudarlo, lo cual a la postre pudiera o no generar una lesión al erario, esto no resulta necesario porque la Colusión simple es un delito de mera actividad, contrario a la colusión agravada, prevista en el segundo párrafo, que sí es un delito de resultado.

Injustos de esta naturaleza provocan una elevada defraudación de los comunitarios, en cuanto a la expectativa de que los contratos administrativos deben ser producto de una actuación legal, razonada y debidamente ponderada de los funcionarios competentes; resultando que el *intraneus* se convierte en una especie de gestor de los

intereses de los particulares, mellando y debilitando la protección de los intereses estrictamente estatales.

En la codificación española, se ha tipificado una conducta semejante en el art. 436° del Código Penal español[1045], de los fraudes y exacciones ilegales, lo que ha llevado a un sector de la doctrina española, estimar que el bien jurídico tutelado es el delito comentado podría cifrarse en el acervo público imprescindible para el correcto desempeño de funciones públicas[1046]. Para otro sector doctrinal, constituyen infracciones al deber de imparcialidad de los funcionarios públicos y también a su régimen de incompatibilidades[1047].

El Código Penal colombiano, contiene esta conducta en el art. 162°, fijándose como objeto de protección la transparencia en la celebración del contrato, el mantener incólume la buena imagen, la confianza y la respetabilidad de la Administración frente a los coasociados, todo lo cual se tutela a través de la protección penal del régimen de inhabilidades e incompatibilidades[1048]. El doctor CÁRDENAS, en la doctrina colombiana, señala que no habiendo perjuicio para el fisco o la entidad oficial que verifica el contrato y habiéndose realizado este en las mejores condiciones posibles, no existe

(1045) Art. 436° «La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años».

(1046) MORALES PRATS, Fermín; MORALES GARCÍA, Oscar, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal,* T. III, op. cit., p. 1705.

(1047) MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *Comentarios al Código Penal,* 4, op. cit., p. 3174.

(1048) MOLINA ARRUBLA, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 326.

propiamente un delito sino simplemente una falta de pulcritud o delicadeza del funcionario[1049].

El Código Penal argentino, no tipifica una conducta de las mismas características que la contemplada en nuestra *lege lata;* en efecto, en el art. 266°[1050] se hace alusión al patrocinio ilegal de intereses privados, cuya equivalencia en nuestro Derecho positivo, sería la conducta delictiva contenida en el art. 385° del Código Penal.

ABANTO VÁSQUEZ, en la doctrina nacional, escribe que el objeto del bien jurídico directamente atacado aquí tiene evidentemente un contenido patrimonial. Es decir, se atenta contra el patrimonio administrado por la Administración Pública en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado[1051].

Por su parte ROJAS VARGAS sostiene que, el objeto de tutela penal es cautelar la regularidad, el prestigio y los intereses de la Administración Pública, expresados en la idoneidad moral y celo profesional en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los agentes públicos[1052].

CASTILLO ALVA, desde un criterio de mayor amplitud, señala que la particularidad del delito de Colusión ilegal reside en el hecho de que la protección del patrimonio estatal se produce a partir de la tutela de la contratación administrativa u otros modos

---

(1049) Citado por BERNAL PINZÓN, Jesús, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 137.

(1050) Art. 266° CP argentino: «*Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden*».

(1051) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública...,* op. cit., p. 309.

(1052) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 208.

de contratación (civil, laboral, comercial, etc.) de naturaleza económica, en la que se proscribe toda forma de concertación, acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación (perjuicio) al Estado[1053].

A nuestro entender, existe un plano de doble afectación: primero, al Estado, en la procura de ejercer la función con la debida imparcialidad y objetividad, en la consecución de mejores condiciones para el interés patrimonial estatal; y, segundo, por parte de la ciudadanía, de que los funcionarios encargados de las contrataciones administrativas solo basen su calificación en criterios de idoneidad y eficiencia, a fin de recibir una prestación pública de calidad. Por consiguiente, hemos de rechazar conceptos etéreos, carentes de materialidad, como el prestigio, la honorabilidad o conceptos semejantes, que si bien pueden resultar válidos para construir las desobediencias administrativas, son impracticables en la vía penal. Así, en la doctrina, cuando se dice que los criterios morales o éticos de los funcionarios públicos si bien son indiscutiblemente pautas de comportamientos objetivos que deben alentar y ser promovidos al interior de la Administración Pública, no pueden ni deben ser objeto de las normas penales, ni han de entenderse como comprendida dentro de los alcances del bien jurídico, toda vez que el concepto y noción de bien jurídico necesariamente se aleja y toma distancia de consideraciones éticas, más aún en un Estado de Derecho donde se garantiza la naturaleza heterónoma del orden jurídico[1054].

En las líneas posteriores efectuaremos un análisis dogmático, jurisprudencial y político criminal del delito de Colusión ilegal, añadiendo a esto su evolución jurídico-histórica.

(1053) Castillo Alva, José; García Cavero, Percy, *El delito de Colusión,* op. cit., p. 79.

(1054) Ibídem, págs. 67-68.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

La redacción normativa *in comento*, describe una cualidad especial y particular del autor del injusto penal; en principio, es la persona revestida de la función pública, sea como funcionario o servidor público, ergo, se trata de un delito especial propi[1055]; los particulares, así como aquellos servidores públicos que no intervengan, a pesar de tener obligaciones en los actos, están excluidos de la esfera del sujeto activo; a lo más, si colaboran con el autor en el decurso del *iter criminis*, podrán ser considerados partícipes.

La especificidad que se ha anotado en la descripción típica, resulta esencial para definir la posibilidad de una situación de dominio funcionarial, en el sentido de que el ejercicio propio del cargo, le permite al *intraneus*, acometer actos fraudulentos en el decurso de las operaciones a cargo del Estado, concertar voluntades criminales con los particulares interesados. Se define, por tanto, una relación funcional de dominio, conteniendo especiales deberes de actuación pública.

Hemos de desentrañar el elemento «*por razón de su cargo*», según las normas administrativas que regulan la esfera competencial de los funcionarios y servidores públicos (miembros del comité especial). No se requiere que el funcionario posea de manera general un poder de decisión o forme parte de la alta estructura organizativa de la entidad estatal correspondiente. La ley solo exige que se actúe en razón del cargo o en base a una comisión especial[1056].

(1055) Así, Molina Arrubla, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 326; Bernal Pinzón, Jesús, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 137; Castillo Alva, José, García Cavero, Percy; *El delito de Colusión,* op. cit., p. 91.

(1056) Castillo Alva, José, García Cavero, Percy; *El delito de Colusión,* op. cit., p. 91.

Podemos advertir una coautoría, por ejemplo, de dos funcionarios públicos que, en razón de su cargo, están interviniendo en una licitación pública, y ejecutan actos fraudulentos, que en conjunto permiten favorecer a un determinado proveedor. Si quien patrocina los intereses de los particulares es un funcionario que no interviene en las operaciones reguladas en el art. 384°, se configura el injusto penal previsto en el art. 385° del CP (patrocinio ilegal); y si aquel está invadiendo un fuero competencial que la ley no le atribuye, sería Usurpación de funciones, en concurso con el delito de Estafa, si es que se llega a defraudar al patrimonio estatal.

Cuando se trata de peritos, árbitros, contadores públicos, tutores, curadores y albaceas, se extiende la punición sobre ellos, en aplicación de la cláusula normativa estipulada en el art. 386° del Código Penal.

Se observa que la tipificación penal recoge de forma expresa la participación delictiva de los particulares (interesados-*extraneus*), quienes si bien no pueden ser autores de esta figura criminosa, su intervención resulta imprescindible para la realización típica, y por ende han de ser reputados como cómplices primarios, de común idea con el art. 25° del CP; partiendo del concepto del delito de participación necesaria[1057], toda vez que, al actuar con dolo el *extraneus* desencadena su responsabilidad penal.

¿Quiénes son los interesados? Aquellas personas que han participado en las licitaciones públicas o privadas o que han hecho saber a las entidades públicas su interés en contratar los suministros[1058]; los que vendrían a ser contratistas o subcontratistas, conforme la Ley de Contrataciones del Estado.

(1057) Vide, al respecto, ABANTO VÁSQUEZ, Manual, *Los Delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., p. 316.

(1058) BERNAL PINZÓN, Jesús, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 138.

A su vez, los *intraneus no cualificados* también pueden responder penalmente como partícipes del delito de Colusión ilegal, tal como se desprende de la decisión emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el RN N° 556-2007-Ancash, al indicarse que:

> *El aporte objetivo que prestaron los regidores de la municipalidad (complicidad) se sustenta en la toma de acuerdos que posibilitaron que el alcalde suscribiera contratos de locación de servicios claramente desventajosos a los interés de la entidad agraviada, en razón de los montos que se pagaron a las empresas proveedoras, esto es, favorecieron al delito mostrando su conformidad o anuencia en los actos ilícitos de aquel, permitiendo que celebrara contratos defraudatorios y notoriamente desfavorables al erario municipal.*[1059]

2.2. Sujeto pasivo

Es el Estado, como titular (parte contratante) de todas las contrataciones administrativas que se efectúan en la Administración Pública, afectado en sus intereses patrimoniales y en su normal funcionamiento, como consecuencia de la conducta antijurídica del agente.

Pueden identificarse otros agraviados, aquellos proveedores (empresas), que confiaban en que el proceso de selección había de guiarse por los principios de imparcialidad y objetividad.

2.3. Modalidad típica

El contenido material del injusto funcionarial de Colusión ilegal, no puede ser interpretado desde una mera contemplación de su descripción literal, de suerte que la materia de prohibición punitiva ha de ser completada con las especificaciones reguladas en una

---

(1059) En *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N° 01, julio 2009, op. cit., p. 193.

vía extrapenal (norma penal en blanco), donde se conceptualizan y definen con corrección, las diversas tipologías de contratación administrativa, pues es en el decurso de dichos procedimientos administrativos es que ha de tomar lugar la conducta defraudatoria del funcionario en comparsa con los particulares interesados.

El art. 15° de la Ley de Contrataciones del Estado, estipula que:

> *Los procesos de selección son: licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía, los cuales se podrán realizar de manera corporativa o sujeto a las modalidades de selección de Subasta Inversa o Convenio Marco, de acuerdo a lo que defina el Reglamento.*
>
> *En el Reglamento se determinará las características, requisitos, procedimientos, metodologías, modalidades, plazos, excepciones y sistemas aplicables a cada proceso de selección.*

El art. 21° del Reglamento, establece que, los tipos de procesos de selección previstos *[...], podrán sujetarse a las modalidades especiales de Convenio Marco y Subasta Inversa*, de acuerdo a lo indicado en dicho Reglamento.

2.3.1. La licitación pública y los otros procesos de selección

El art. 16° de la Ley, prescribe que: «*La licitación pública se convoca para la contratación de bienes, suministros y obras. El concurso público se convoca para la contratación de servicios de toda naturaleza. En ambos casos, se aplican los márgenes que establece la Ley de Presupuesto del Sector Público*».

Los procesos de selección regulados en el Reglamento, son:

1. Licitación pública, que se convoca para la contratación de bienes y obras, dentro de los márgenes que establecen las normas presupuestarias.

2. Concurso público, que se convoca para la contratación de servicios, dentro de los márgenes establecidos por las normas presupuestarias.
3. Adjudicación directa, que se convoca para la contratación de bienes, servicios y ejecución de obras, conforme a los márgenes establecidos por las normas presupuestarias, la que puede ser pública o selectiva.
4. Adjudicación de menor cuantía.

El contrato de la Administración es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de la cuales está en ejercicio de la función administrativa[1060]; por una parte se ubica la entidad licitante y por el otro lado, las empresas licitadoras, asumiendo cada una de las partes una serie de derechos y obligaciones, según las cláusulas pactadas en el contrato.

La licitación pública es el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público, en ejercicio de la función administrativa, invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente[1061]. Constituye un mecanismo especial de contratación pública, cuyo uso general, por parte de la Administración, para contratar con los particulares, importa su reconocimiento como instrumento predilecto de este tipo de negocios jurídicos.

El concurso de precios es el sistema de selección del contratista, mediante el cual la Administración invita a un número determinado de personas físicas o jurídicas paras que propongan precios para la ejecución del contrato para el que se convoca[1062].

(1060) DROMI, Roberto, *Licitación pública,* op. cit., p. 117.

(1061) Ibídem, p. 172.

(1062) Ibídem, p. 226.

La subasta inversa es la modalidad de selección, por la cual una entidad realiza la contratación de bienes y servicios comunes a través de una convocatoria pública, siendo el postor ganador aquel que oferte el menor precio por los bienes o servicios objeto de la convocatoria. Modalidad de selección que puede realizarse de manera presencial o electrónica.

El suministro importa la contratación referida a proveer de ciertos bienes a la Administración, por ejemplo, en el caso de la PNP serán uniformes, chalecos antibalas, municiones, etc.

El art. 10° del Reglamento de la Ley - DS N° 184-2008-EF, dispone a la letra que:

> *El Expediente de Contratación se inicia con el requerimiento del área usuaria. Dicho Expediente debe contener la información referida a las características técnicas de lo que se va a contratar, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, el valor referencial, la disponibilidad presupuestal, el tipo de proceso de selección, la modalidad de selección, el sistema de contratación, la modalidad de contratación a utilizarse y la fórmula de reajuste de ser el caso.*

La redacción normativa del tipo penal *in comento*, dice claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, antes anotados, de forma que resulta menester señalar las etapas del proceso de selección, tal como se desprende del art. 22° del Reglamento, que viene a ser los siguientes: convocatoria, registro de participantes, formulación y absolución de consultas, formulación y absolución de observaciones, integración de las bases, presentación de propuestas, calificación y evaluación de propuestas y, otorgamiento de la buena pro.

Ahora bien, vemos que el legislador –conforme la fórmula normativa empleada– se decantó por fijar una cláusula abierta, al indicar en la redacción normativa, que la concertación colusoria puede tomar lugar: «*En los contratos, suministros, licitaciones, concursos de*

precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial»; entonces, en principio debe indicarse que la definición de la conducta prohibida ha de valorarse conforme a las modalidades de contratación pública-administrativa, como, por ejemplo, las licitaciones u otros convenios similares, basada en las tipologías contractuales que se encuentran regladas en el Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; en cuanto al establecer en su art. 1°, que: «*La presente norma contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos.*»; mientras que en el art. 3° inc. 2, dispone que: «*La presente norma se aplica a las contrataciones que deben realizar las Entidades para proveerse de bienes, servicios u obras, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente con fondos públicos, y demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante*».

Conforme la normativa invocada, se colige que dicho marco de contratación pública-administrativa, ha de contener como características: un convenio que ha de suscribir el Estado –representado a través de las entidades estatales competentes– con los particulares, empresas, proveedores, etc., en la cual estos últimos se obligan a prestar un servicio o a suministrar ciertos bienes al primero, a cambio de una determinada suma de dinero. En tal mérito, es que se observa una relación de carácter horizontal, entre la Administración y los particulares, mediando el compromiso de prestaciones recíprocas.

Siendo así, la normativa penal estaría complementándose con la legislación extrapenal, específicamente la que regula las contrataciones públicas-administrativas; empero, el legislador ha dejado abierto un espacio de valoración[1063], que debe ser llenado

(1063) Así CASTILLO ALVA, al sostener que ello supone, en primer lugar, que por expresa referencia legal los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios subastas no agotan la incriminación. Si bien dichos actos constituyen su centro de

mediando criterios interpretativos, que se correspondan con el fin teleológico que inspira la penalización del delito de Colusión ilegal, en el sentido de sancionar con una pena, todas aquellas conductas, en virtud de las cuales los funcionarios o servidores públicos, que ocupan una especial posición en el ámbito de la Administración, a través de una actuación típicamente *funcionarial,* vinculan al Estado, en compromisos, obligaciones, adjudicaciones, convenios y otras operaciones, incluyendo el patrimonio estatal (así también a sus bienes), por tanto con aptitud de poder lesionar el bien jurídico tutelado, que no solo es el correcto funcionamiento de la Administración, sino también la integridad del acervo patrimonial estatal, la eficacia y eficiencia de los servicios públicos que deben prestarse a la población.

En tal entendido, importa una labor de la hermenéutica jurídica, fijar criterios interpretativos que –sin vulnerar el principio de legalidad– se correspondan plenamente con la *ratio* de la norma, en cuanto a delimitar el ámbito de protección del tipo legal; es así, que se evita cualquier cuestionamiento tendiente a postular una interpretación de naturaleza analógica (*in malam partem*), pues ello supone cobijar bajo la liberalidad normativa, supuestos de hecho no comprendidos en su composición típica, lo que es distinto, en orden a dar contenido valorativo a las conductas que pueden comprenderse en una fórmula normativa de tipo abierto, como sucede en el caso del art. 384° del Código Penal.

Dicho lo anterior, somos de la concepción de que el Derecho penal ha de construir sus propios conceptos, de elaborar sus propias definiciones, que tengan como basamento los fines esenciales del *ius puniendi* estatal, en cuanto a la protección preventiva de los bienes jurídicos fundamentales. La interpretación no puede, en ningún

---

significación la norma intencionalmente extiende su centro de referencia a otros casos; *El delito de Colusión,* op. cit., p. 167.

caso, realizarse divorciada del objetivo fundamental del Derecho penal, que es la protección de bienes jurídicos, cuya identificación y perfecta conceptualización indica el sentido de la norma prohibitiva o imperativa[1064].

Por consiguiente, fijar los alcances normativos del tipo penal –en particular–, supone en primera línea, identificar cuál es el fin que orienta la penalización de la figura delictiva, que en el caso del delito de Colusión ilegal, no queda duda que es reprimir con pena todas aquellas actuaciones funcionariales perpetradas por *intraneus* que ostentan una posición específica dentro del entramado institucional, que les permite vincular al Estado con los administrados, en cuanto a una operación de contenido patrimonial. Cabe recordar que los funcionarios públicos –en el decurso de dicha actuación funcionarial–, han de buscar las mejores condiciones para los intereses del Estado y en bienestar de la sociedad, no solo han de garantizar el cumplimiento de los requisitos previstos por la ley, sino que han de procurar que los términos del procedimiento de dicha operación y los contratos, respondan a los mejores valores del mercado, de no ser así, se produce una legítima defraudación de los comunitarios, al ver cómo estos funcionarios ejecutan sus labores, en franca lesión a los intereses públicos y estatales.

Llevados dichos argumentos a las posturas doctrinales, tenemos que CASTILLO ALVA, apunta que la referencia a cualquier otra operación semejante debe interpretarse sobre la base de los diversos negocios jurídicos en los que el Estado interviene como agente económico para la compraventa de bienes o la intermediación de servicios[1065]. Entonces, para este autor, debe tratarse de una opera-

---

(1064) TAVARES, Juárez, *Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia*; citado por PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte General,* op. cit., p. 202.

(1065) CASTILLO ALVA, José, *El delito de Colusión,* op. cit., p. 171.

ción en la que la Administración actúe como un agente económico, es decir, sobre la base de negocios jurídicos, en los cuales realiza actos de traslación de dominio con los administrados. Sin embargo, dicha acotación requiere una ulterior aclaración: el Estado no siempre efectúa negocios jurídicos bajo las reglas propias de una contratación convencional, sino que se advierten ciertas particularidades que lo hacen singular, al reglarse procedimientos en los cuales los administrados logran hacerse del dominio de un bien, sin que ello suponga propiamente un contrato de compraventa.

Importante amplitud interpretativa nos evoca la postura de ABANTO VÁSQUEZ, al sostener que con ello se alude a actividades que no impliquen contrato, en el sentido jurídico; verbi gratia, expropiaciones, diversos tipos de negociaciones internacionales (renegociación de la deuda), indemnizaciones, operaciones tributarias, etc.[1066]. Piénsese en el ejemplo, de aquel administrado que solicita ante la autoridad administrativa, una indemnización por una supuesta lesión contractual, la cual es declarada procedente, por quien (funcionario público) tiene a cargo su calificación, en evidente concertación; o cuando se aprueban cotizaciones altísimas en un proceso de contratación; quien en un marco de un proceso de liquidación de una empresa estatal, se colude con los agentes públicos que asumen su conducción, en pos de que se les reconozca acreencias inexistentes.

Por su parte, ROJAS VARGAS, siguiendo a ALBERTO MILLÁN, sostiene que puede ocurrir, que se presenten situaciones donde se aduzca que no se ha contratado (por ejemplo, una expropiación, un secuestro, embargo, incautación de bienes, comiso, etc.). Son estas y otras operaciones tales como la concesión de uso de bienes de dominio público, liquidaciones de empresas públicas, etc., y diversos

(1066) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano,* op. cit., p. 312.

contratos de riesgo (exploración-prospección, etc.) que el tipo penal quiere cubrir con la frase «*cualquier otra operación semejante*»[1067].

Conciliando la argumentación descrita, se infiere que la interpretación de esta fórmula normativa, no puede tomar lugar en base a los formalismos conceptuales del Derecho privado o en mérito estricto a las tipologías contractuales que se glosan en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sino en toda operación, actividad donde se advierta una conducta funcionarial que disponga sobre el destino de ciertos bienes, que importe traslación de dominio o, a su inversa, su incautación, siempre que esté presente la concertación colusoria y que no sean actos típicos de apropiación, conforme la redacción normativa del tipo penal de Peculado.

Por otro lado, si se advierte que el contratista otorgó una ventaja económica al funcionario encargado de llevar a adelante la licitación pública para que acelere el procedimiento, mas no se acredita un perjuicio al patrimonio estatal, no podrá ser constitutivo de Colusión ilegal, pero sí podrá encuadrarse en la figura delictiva de Enriquecimiento ilícito. Y si se verifica que el postor (particular) le otorgó una ventaja económica al funcionario encargado de la licitación, a efectos de que demore el proceso de convocatoria pública, estaremos ante un típico caso de Cohecho propio, el cual podrá entrar en concurso delictivo con el tipo penal de Colusión ilegal, si se acredita a su vez que el *intraneus,* al momento de hacer la liquidación de la obra, consigna una suma adeuda a favor del licitador que no se corresponde a la realidad del contrato administrativo, siempre y cuando tome lugar dicho acto antijurídico en concertación con la parte interesada.

El hecho de que la Administración (licitante) contrate con un postor o contratista que no se encuentra inscrito en el Registro

---

(1067) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 420.

Nacional de Proveedores (RNP), o está impedido, sancionado o inhabilitado para contratar con el Estado, conforme se desprende del art. 9° de la Ley de Contrataciones del Estado, configura una infracción administrativa, a menos que también se advierta la concertación con los interesados, así como el perjuicio al patrimonio estatal.

2.3.2. Convenios, ajustes y liquidaciones

El *convenio* es propiamente un acuerdo, un pacto que suscriben de forma consensual el funcionario y el interesado (proveedor) que es parte del contrato administrativo, en tal virtud es que las partes contratantes pueden estipular una serie de elementos; verbi gratia, la forma de pago, la descripción técnica del producto, el tiempo que durará la ejecución de la obra, entre otros.

Los *ajustes* importan ciertas modificaciones, cambios o variaciones que pueden tomar lugar en el transcurso de la ejecución del contrato; piénsese en la licitación para la refacción, asfaltado, etc., del tramo de una carretera, en la cual se requiere ajustar los términos económicos de la contratación, porque la longitud de la vía que debe ser asfaltada es mayor; o cuando no se describieron adecuadamente los planos de una área determinada, y ello incide en una extensión distinta, lo que supone la necesidad de más mano de obra y materiales de construcción. La misma reglamentación de la normatividad (art. 200°), reconoce la posibilidad de ampliación del plazo, siempre que se modifique la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente (tengan que ver con causales no imputables al contratista), y si esto sucede, resulta lógico que pueda darse unos ajustes en los montos económicos pactados inicialmente en la contratación.

El art. 49° del Reglamento, concordante con el art. 198°, establece, que en los casos de contratos de tracto sucesivo o de ejecución periódica o continuada de bienes o servicios, pactados en moneda nacional, las bases podrán considerar fórmulas de reajuste de los pagos que corresponden al contratista, conforme a la variación del

índice de precios del consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, correspondiente al mes en que debe efectuarse el pago.

Las *liquidaciones,* por su parte, suponen dar término al negocio; implican la culminación de la contratación administrativa luego de que el contratista haya cumplido enteramente con sus obligaciones contractuales, para lo cual la entidad licitante, a partir de la comprobación, habrá de emitir la liquidación correspondiente. Así, el art. 177° del Reglamento, al prescribir que luego de haberse dado conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo; en tanto, el art. 179° dispone que el contratista presentará a la entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los quince días siguientes de recibida, de no hacerlo se tendrá por aprobada la liquidación presentada por el contratista.

El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta días o el equivalente a un décimo del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo mínimo de sesenta días de recibida, la entidad debe pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificarla al contratista para que se pronuncie dentro de los quince días siguientes.

2.3.3. Concertación con los interesados

Como sostuvimos en líneas precedentes, el delito de Colusión ilegal importa la configuración de un injusto material, tendiente a defraudar los intereses del Estado, en cuanto a una situación económica perjudicial para las arcas estatales. Dicha situación material (lesiva), ha de obedecer a una conducta colusoria entre el funcionario

público (encargado de conducir la licitación pública) y el interesado (licitador), vale decir, que estamos ante una conducta plurisubjetiva, donde el injusto material no puede ser explicado únicamente sobre la base de la actuación de uno de ellos, sino de forma conjunta, al configurar un delito de participación necesaria. Si solo se constata la actuación torcida del funcionario, será un delito de Abuso de autoridad u otro, mas no la figura delictiva *in examine*.

Cuando se hace alusión a una *concertación*, anclamos en un concepto privativo de la codelincuencia, cuando dos o más personas pactan realizar un acto antijurídico, dirigido a lesionar o poner en peligro un bien jurídico penalmente tutelado, donde la singularidad del presente caso, radica en que solo el funcionario público (*intraneus*) es quien puede vulnerar los deberes inherentes al cargo, al constituir un garante de los intereses estatales, que se ven involucrados en los contratos administrativos, que se contienen en el art. 384° del CP; por tales motivos, los interesados, quienes son los proveedores (concursantes, licitantes), al no poder lesionar dichos deberes funcionariales, no pueden ser considerados autores a efectos penales, por lo que su intervención ha de ser reputada como participación necesaria, según nuestra *lege lata* como cómplices primarios, pues sin su participación no resulta factible la defraudación del Estado.

Al hablar de un delito *plurisubjetivo*, entendemos que se requiere de la participación de ambos sujetos (funcionario e interesado particular) para poder defraudar los intereses patrimoniales del Estado, en tal virtud debe aparecer una determinada circunstancia, donde el licitante presente precios sobrevaluados de un determinado producto y a su vez que dichos precios hayan de ser evaluados y aprobados por el funcionario encargado de conducir la licitación pública.

Como expone Castillo Alva, la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada apta

para provocar un perjuicio patrimonial en el delito bajo estudio; de tal manera que si el perjuicio de los intereses del Estado deriva de otras causas y no precisamente por la concertación, se estaría ante a la comisión de otro delito, verbi gratia, peculado o frente a una infracción administrativa grave, pero no ante el delito de Colusión ilegal[1068].

Si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de Colusión ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa.

Por otra parte, si es que los proveedores del servicio presentan ante la Administración (entidad licitante), documentos falsificados, o si en la ejecución del contrato emplean productos de una baja calidad –distinta a la que ofertaron y se comprometieron a entregar–, podrá configurar ello un delito contra la Fe pública o contra el Patrimonio (estafa), al no advertirse la concertación criminal con el funcionario público.

Coincidimos con ABANTO VÁSQUEZ, cuando señala que la «concertación» solamente puede realizarse de manera *comisiva*. No es posible una «concertación» o colusión defraudatoria mediante una «omisión»[1069]; los actos típicos de defraudación colusoria requieren de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular los datos, de sobrevaluar los precios ofertados, así como de las sumas acordadas, etc. Empero, cuestión distinta es de verse ante una posible perpetración del injusto de comisión por omisión, siguiendo la cláusula normativa contenida en el art. 13° de la Parte General del CP, bajo la premisa de que ciertos funcionarios públicos (miem-

---

(1068) CASTILLO ALVA, José; GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de Colusión,* op. cit., p. 103.

(1069) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública...,* op. cit., p. 311.

bros del comité especial), se erigen en «garantes» de los intereses patrimoniales del Estado, lo que repercute en específicas tareas de salvaguarda, que han de tomar lugar cuando conocen que otro funcionario está ejecutando actos defraudatorios con los particulares y no hace nada para evitarlo, mediando una imputación subjetiva por dolo eventual. Resultando interesante, la ejemplificación que enrostra REÁTEGUI SÁNCHEZ en la doctrina nacional, cuando señala que la conducta omisiva será equiparable a dicha descripción comisiva cuando:

- *El funcionario con vinculación funcional no impide que otro funcionario al que le ha delegado facultades concierte fraudulentamente en los contratos, suministros, etc. con los interesados.*
- *El funcionario con vinculación funcional no impide –en dicho contexto de concertación o negociación– que los intereses patrimoniales del Estado se vean mermados en beneficio de intereses particulares.*[1070]

Importante es determinar hasta cuando pueden tomar lugar la concertación entre los funcionarios y los particulares (interesados), susceptible de poder defraudar los intereses patrimoniales de Estado. Para ello debemos identificar las etapas del contrato administrativo, que según la normatividad aplicable, sería desde la convocatoria hasta el otorgamiento de la buena pro, siendo en dicho decurso donde pueden perpetrarse todas aquellas conductas o connivencias entre los funcionarios públicos y los particulares, que pueden ser reputadas como una Colusión ilegal.

Los actos de perfeccionamiento del contrato administrativo, cuando ya se adjudicó la buena pro a uno de los postores, importa la manifestación recíproca de la voluntad contractual de aquellas

(1070) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *El delito de Colusión desleal*, en *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 402.

condiciones, exigencias y requisitos, que ya han sido establecidos de antemano (presentación, evaluación y calificación de propuestas); no obstante, en la etapa ejecutiva del contrato pueden también advertirte actos colusorios, cuando, por ejemplo, se plantea una liquidación que no representa la realidad de las obras ejecutadas por la empresa ganadora de la buena pro.

Siguiendo a DROMI, diremos que la adjudicación produce un resultado jurídico objetivo: la elección del proponente que formuló la oferta más conveniente. Con este acto se concluye la fase esencial del procedimiento licitatorio, iniciándose entonces la formalidad del contrato que constituye el principio de la fase integrativa, con la cual comienzan los derechos y obligaciones contractuales[1071]; la no ejecución de las prestaciones vinculantes en el contrato de adjudicación, puede dar lugar a la resolución del contrato, así como a la indemnización por los daños ocasionados; cuestión distinta importa la concertación sobre condiciones lesivas al interés patrimonial del Estado, constitutivo de un acto típico de Colusión ilegal, que pueden manifestarse tanto en la fase de negociación, como en la etapa de ejecución contractual.

Así, en la doctrina nacional, cuando se dice que la maniobra fraudulenta y el acuerdo colusorio deben producirse antes de la culminación del contrato estatal, esto es, en la fase de tramitación, celebración y ejecución; de tal manera que si se produce la concertación, una vez concluido este, ya sea por la entrega de la obra o porque ya ha terminado la correspondiente liquidación o ajuste, el delito no se habrá cometido[1072].

Lo anotado ha de ser concordado con los propios elementos definidos en la construcción típica, cuando el tenor literal del tipo

---

(1071) DROMI, Roberto, *Licitación pública,* op. cit., p. 583.

(1072) CASTILLO ALVA, José; GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de Colusión,* op. cit., p. 109.

penal hace alusión a que *interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado [...];* dichos actos de bilateralidad contractual se presentan precisamente en cualquier etapa de la contratación administrativa.

En la Ejecutoría recaída en el Exp. N° 303-2001-Moquegua, se sostuvo que: *Se encuentra acreditada la responsabilidad penal del justiciable, pues de los informes periciales efectuados por el Juzgado y ratificados en el juicio oral, así como de los peritajes de parte, se demuestra que los vehículos adquiridos por el procesado fueron sobrevaluados por el encima de los precios reales, causándole perjuicio económico a la Municipalidad, más aún que no se ha demostrado en autos que se requería la necesidad de adquirir otros vehículos, por lo que su actuar se adecua al tipo delictivo descrito en el artículo 384° del Código Penal.*[1073]

Así, en la doctrina nacional, cuando se señala que se trata siempre de colusiones en un momento en que los privados ya han obtenido la posibilidad de contratar con la administración, o, luego de haber contratado con esta, están ejecutando o prorrogando el contrato[1074].

Hace falta, [...] que el funcionario o autoridad, no solamente se haya concertado o usado cualquier artificio con la intención de defraudar a un ente público, sino que es menester que lo haya hecho con motivo de su intervención oficial en las operaciones mencionadas[1075], sin necesidad de que sea aquel específicamente

---

(1073) FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Jurisprudencia penal y constitucional,* op. cit., p. 52.

(1074) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública...,* op. cit., p. 314.

(1075) ORTS BERENGUER, Enrique, *Comentarios al Código Penal,* V. IV, op. cit., p. 1862.

encargado de efectuar la liquidación, ajuste o convenio, basta que intervenga en dicha tramitación, pudiendo ser un asesor. No olvidemos que el acento del injusto penal reposa en la infracción de los deberes funcionariales por parte del funcionario, quien se aprovecha del cargo que ostenta, para pactar convenios ilícitos con los particulares.

En la Ejecutoria expuesta en el Exp. N° 1522-97-Lima, se declara que: «*Si el procesado no tuvo poder de decisión y por lo tanto ninguna injerencia en la celebración de los contratos cuestionados, sus actos no son reprimibles penalmente*»[1076].

Si se trata de un funcionario público que gestiona los intereses de los privados ante el funcionario encargado de llevar a adelante la licitación pública, no estará incurso en esta figura delictiva, sino en el delito de Patrocinio ilegal (art. 385° del Código Penal).

El art. 24° de la, aún vigente, Ley de Contrataciones del Estado, crea la figura de un comité especial, disponiéndose que en las licitaciones públicas y concursos públicos, la entidad designará a un comité especial que deberá conducir el proceso. Para las adjudicaciones directas, el Reglamento establecerá las reglas para la designación y conformación de comités especiales permanentes o el nombramiento de un comité especial *ad hoc*. El órgano encargado de las contrataciones tendrá a su cargo la realización de los procesos de adjudicación de menor cuantía. En estos casos el titular de la entidad podrá designar a un comité especial *ad hoc* o permanente, cuando lo considere conveniente.

Por su parte, el art. 25° *in fine*, prescribe que los miembros del comité especial son solidariamente responsables de que el proceso de selección realizado se encuentre conforme a ley y responden administrativa o judicialmente, en su caso, respecto de cualquier

---

(1076) ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal,* op. cit., p. 660.

irregularidad cometida en el mismo que les sea imputable por dolo, negligencia o culpa inexcusable. Es de aplicación a los miembros del comité especial lo establecido en el art. 46° del mencionado Decreto Legislativo.

Lógicamente, la responsabilidad penal no puede ser acreditada puramente desde un plano objetivo, pues deberá verificarse la imputación subjetiva, en cuanto al concierto criminal con los interesados (dolo), dirigido a defraudar los intereses patrimoniales del Estado.

En la Ejecutoria contenida en el Exp. N° 1382-2002, se declara que: «*El delito de Colusión ilegal exige para su configuración que el funcionario o servidor público concierte con los interesados para defraudar al Estado, en las distintas contrataciones que celebre por razón de su cargo o comisión especial; sin embargo fluye de autos que el procesado [...] no tuvo poder de decisión y por lo tanto, ninguna injerencia en la adquisición*»[1077].

Defraudar al Estado y a sus organismos o entidades es, en resumen, el quebrantamiento del rol especial asumido y la violación del principio de confianza depositado, con el consiguiente engaño al interés público, al comportarse el funcionario o servidor asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado[1078]. Puede decirse, entonces, desde una plataforma funcional, que los actos colusorios, en que se ve involucrado el funcionario, propicia una defraudación legítima de las expectativas de los comunitarios, de quien quebranta su rol de garante, de custodio de los intereses patrimoniales del Estado.

En la ejecutoria contenida en RN N° 350-2005-Tumbes, se dice que:

(1077) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal,* op. cit., p. 154.

(1078) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 210.

> *El delito de colusión importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo se concierta con los interesados defraudando al Estado; que en el presente caso el concierto es obvio, por la forma y circunstancias del otorgamiento de la buena pro y, también de la elaboración y suscripción del contrato; que la defraudación, en tanto medio comisivo, ha tenido como objetivo afectar el gasto público a través de un proceso licitario indebido, el cual incluso –como una exigencia adicional a la consumación típica, que sólo requiere peligro potencial– en el presente caso resultó dañado no sólo por el hecho de aplicar fondos públicos de modo irregular en un proceso violatorio de la ley, sino especialmente por haberse otorgado la buena pro a una empresa que ofertó un producto a mayor precio que las restantes, sino que esto último aparezca justificado en atención a otras circunstancias razonablemente atendibles.*[1079]

El injusto de Colusión ilegal parte, por tanto, de la concertación dolosa entre los funcionario públicos y los particulares (interesados), a través de maniobras fraudulentas tendientes a subvertir las condiciones por las cuales deben ir revestidas las contrataciones administrativas, que a su vez debe tener como resultado un estado perjudicial para el patrimonio del Estado. De lo dicho queda claro que en el delito de Colusión ilegal debe verificarse dos elementos esenciales: el *desvalor de la acción* que consiste en el acto de concertar con el fin de perjudicar al Estado y el *desvalor del resultado* que viene a presentarse con el perjuicio patrimonial[1080].

Muy a menudo la concertación colusoria entre el funcionario y el particular, va premunida de actos de falsificación, cuando se

---

(1079) San Martín Castro, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante,* op. cit., p. 491.

(1080) Castillo Alva, José, García Cavero, Percy, *El delito de Colusión,* op. cit., p. 121.

presentan documentos apócrifos, lesivos al principio de veracidad. En el RN N° 122-2001-Piura, se señala a la letra lo siguiente:

> *En relación a la encausada, se tiene que ésta como encargada de la oficina de enlace en Lima de la comuna agraviada, adquirió 365 metros de tapizón acanalado, siendo que de tal cantidad, 200 metros fue, sin existir cotización alguna, y la diferencia adquirida a otra empresa; teniéndose que por la primera cantidad presentó a la corporación edilicia agraviada una factura falsificada, habiendo sobrevalorizado la compra, lo que se encuentra debidamente acreditado, comparando los precios con otras cotizaciones del mercado, causando un perjuicio de 841,000 nuevos soles; existiendo de otro lado dos facturas por la misma compra siendo falsa la presentada por la encausada, toda vez que la empresa remitió la factura original por un precio menor; asimismo, dicha acusada adquirió materiales eléctricos por la suma de 22,935 nuevos soles, sin embargo al presentar la factura de dicha adquisición, ésta resultó ser falsa y el número de RUC que se consignaba en la misma, pertenecía a una persona natural distinta de la empresa vendedora, por lo que resulta ser una empresa inexistente; que si bien la referida acusada esgrime argumentos de defensa, como haber sido sorprendida por una amiga, en las adquisiciones cuestionadas, sin presentar prueba alguna que sustente sus argumentos, lo cierto es que su versión no resulta en modo alguno verosímil no creíble que desvirtúe las imputaciones efectuadas en su contra; existiendo en la conducta de la encausada concurso ideal, esto es cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho más grave, que en el caso de autos se corresponde al delito de colusión desleal.*[1081]

(1081) PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú*, T. I, op. cit., p. 616.

Así también, con el delito de Cohecho, cuando la concertación del funcionario público con el privado obedece a una ventaja patrimonial otorgada por el contratista de la obra[1082].

Es de verse, finalmente, que la probática del delito de Colusión ilegal muy difícilmente podrá tomar lugar a través de pruebas directas, sino más bien serán las pruebas indirectas (indicios) las que podrán develar el probable concierto criminal entre el funcionario público encargado de conducir el proceso de contratación pública-administrativa y el particular (licitante), en cuanto a ciertos actos de favoritismo, que pueden partir de la evidente infracción a normas administrativas, que valorados en conjunto, pueden dar luces de este elemento constitutivo del tipo penal, elemento nuclear del art. 384° del Código Penal. Así, cuando la Sala Penal Transitoria, en el RN N° 1231-2010-Amazonas, indica lo siguiente:

> *En cuanto al delito de colusión, tanto por la sobrevaloración como por la ausencia de licitaciones, el Tribunal no examinó en detalle cómo se desarrolló al proceso de selección para adjudicar las obras cuestionadas, además, la ausencia de los expedientes técnicos trasluce la posibilidad de un concierto previo para defraudar los intereses del Estado, y sería un indicativo más de la sobrevaloración en las obras incriminada. En el nuevo juicio se debe ordenar una nueva pericia que examine el proceso de selección y no que se oriente solo a examinar las conclusiones de los peritajes primigenios.*[1083]

3. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

El delito de Colusión ilegal (en cualquiera de sus modalidades) solo es sancionado en su faz dolosa: conciencia y voluntad de

---

(1082) Así, Morales Prats, Fermín, Morales García, Oscar, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal,* T. III, op. cit., p. 1707.

(1083) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. N° 41, noviembre de 2012, op. cit., p. 181.

realización típica; si el agente dirige su conducta a fijar pactos colusorios con los contratistas (*extraneus*), sabiendo de su potencialidad para perjudicar el patrimonio del Estado.

El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, entre estos que la actuación del funcionario tome lugar en el decurso de un proceso de licitación pública; resultando tal vez difícil de admitir la procedencia un error de tipo, dada la naturaleza de los deberes funcionariales que asume el agente del delito.

4. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 384° A TRAVÉS DE LA LEY N° 29703. LA EXCESIVA E INSOSTENIBLE PATRIMONIALIZACIÓN DEL BIEN JURÍDICO

Como se ha sostenido, los órganos comprendidos dentro de la Administración Pública, en el marco de su proceder funcionarial, tienen la necesidad de contratar con terceros (proveedores) para agenciarse de ciertos bienes y servicios que son fundamentales para la materialidad de los servicios que han de beneficiar a la población; verbi gratia, construcción de colegios y postas médicas, asfaltado de pistas, instalación de alumbrado público, infraestructura, etc.; a tales efectos, han de suscribir contratos con los particulares, los cuales deben ir revestidos de toda la legalidad exigible y, lo más importante, debe cautelarse que se opte por aquel proveedor que ofrezca el servicio más idóneo, con la suficiente calidad para poder garantizar la eficiencia y eficacia del servicio público. Lo que en algunos casos, puede significar contratar con el proveedor, que proponga el precio más elevado, en la medida que se estará procurando obtener un producto de calidad; la adquisición de bienes a precios ínfimos –al margen de una presunta subvaluación–, puede acarrear una afectación a los objetivos esenciales que se quieren alcanzar con la contratación pública-administrativa.

El legislador, por tanto, avizoró la necesidad política criminal de tipificar una conducta con tales características bajo la rotulación de «Colusión ilegal» siguiendo la orientación legislativa propuesta en el art. 344° del Código Penal de 1924; un típico injusto funcionarial, que manifiesta una particular posición jurídico-institucional del *intraneus* con el objeto material del delito, construyendo normativamente una particular función del agente que le hace incurrir en la conducta prevista normativamente en el art. 384° del Texto Punitivo, en cuanto a la intervención del funcionario público en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, para defraudar al Estado u organismo estatal; se diría, entonces, que el interés jurídico tutelado adquiere un matiz patrimonialista, debiéndose acreditar un perjuicio económico en las arcas estatales, lo que no es tanto así, en tanto el término *defraudar* debe ser entendido en su acepción correcta, de que el servicio no sea el idóneo.

La posición dogmática apuntalada tiene que ver con la singularidad de este tipo delictivo, que lo aleja del patrón denominador que caracteriza a los injustos funcionariales, en lo que respecta al estado consumativo, constituyendo tipos delictivos de peligro, pues basta la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado con aptitud o idoneidad para ingresar al ámbito de protección de la norma; empero, bajo la vigencia de la Ley N° 29703, el legislador optó por un tipo penal de resultado, en el sentido, de que la concertación del *intraneus* con el *extraneus*, debía generar necesariamente una defraudación a los intereses del Estado: «*El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años*». Texto que fue modificado por el art. único de la Ley N° 29758 de julio del 2011.

Esta particular caracterización del injusto funcionarial incidió en una contemplación divergente que lo alejaba de la sustantividad material de estos delitos, donde la punición no está supeditada a la causación efectiva de un perjuicio (tipos delictivos de peligro), lo cual resulta correcto desde el contenido que debe asignarse al bien jurídico protegido, pues no es el patrimonio estatal, sino los principios jurídico-constitucionales (imparcialidad, objetividad, legalidad e independencia de los sujetos públicos), que guían el proceder de la Administración Pública en una sociedad democrática de Derecho; a lo cual debe aparejarse un daño inmediato, al legítimo interés de los postores, de verse favorecidos con las adjudicaciones, contratos, etc. Aspecto, que ha desdeñar posturas doctrinales y jurisprudenciales que pretendan llenar de puro contenido patrimonial el interés jurídico tutelado en el Título XVIII del Código Penal.

El art. 436° del Código Penal español, que tipifica una conducta típica similar, se ha inclinado por la construcción de un delito de mera actividad que se consuma simplemente con que exista la concertación con la mencionada finalidad de defraudar[1084]. La defraudación se reduce a la mera exigencia de una pretensión finalista del autor de defraudar a la Administración Pública[1085].

A partir de lo anotado se podría decir, por quienes abogan por un delito de peligro, que sería la correctitud, probidad e integridad en el ejercicio de la función pública el bien jurídico objeto de tutela penal; mas ello riñe con el principio de lesividad y con el principio de mínima intervención, criterios rectores que legitiman la intervención del Derecho penal en los ámbitos sociales y personales del individuo; por tales motivos llenar de contenido material

(1084) Feijoo Sánchez, Bernardo, *Comentarios al Código Penal,* T. II, op. cit., p. 1162.

(1085) Polaino Navarrete, Miguel, *Delitos contra la Administración Pública (VIII),* op. cit., p. 420.

el desvalor de este injusto funcionarial, supone identificar un plano de doble afectación; primero, para con el Estado, en la procura de ejercer la función con la debida imparcialidad y objetividad, en la búsqueda de las mejores condiciones para con el interés patrimonial estatal y, segundo, por parte de la ciudadanía, de que los funcionarios encargados de las contrataciones administrativas solo basen su calificación en criterios de idoneidad y eficiencia, a fin de recibir una prestación pública de calidad.

En la doctrina española, MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, alegan que el bien jurídico tutelado en el delito comentado podría cifrarse en el acervo público imprescindible para el correcto desempeño de funciones públicas[1086].

Lo dicho llevó a CASTILLO ALVA a señalar, que bastaría con la demostración que el funcionario incumplió los deberes funcionales y no tuvo el cuidado adecuado en la realización de la negociación, por ejemplo, sin respetar el procedimiento administrativo concreto, para considerar consumada la infracción[1087].

Conforme lo anotado, somos de la convicción que no puede circunscribirse la naturaleza de esta figura delictiva a términos estrictamente patrimonialistas; que si bien dicha naturaleza habrá de observarse en la mayoría de la constelación de casos de Colusión ilegal, no es menos cierto que en otros dicha circunstancia puede no aparecer de forma inmediata, lo que, a nuestro entender, sí ingresaría al ámbito de protección de la norma, siempre que se afecte de forma visible la eficacia de la Administración Pública en la realización de ciertas actividades prestacionales, con ello, las de satisfacción de las necesidades más elementales de los comunitarios.

(1086) MORALES PRATS, Fermín, MORALES GARCÍA, Oscar, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal,* T. III, op. cit., p. 1705.

(1087) CASTILLO ALVA, José, *Colusión ilegal,* op. cit., p. 135.

Lo sostenido debe hacernos inferir que, toda aquella conducta atribuida a la esferas de organización institucional del *intraneus,* que no implique una afectación a los principios antes anotados, lesionando únicamente factores de optimización y de oportunidad, han de ser catálogos únicamente como desobediencias administrativas.

Piénsese el ejemplo de una licitación pública para la construcción de un puente en una vía importante para la ciudadanía, donde los funcionarios otorgaron la buena pro a la empresa que propuso el precio más bajo del mercado, constatándose después que el material fue de pésima calidad y que esa fue la causa de que se derrumbara, afectándose gravemente derechos colectivos, al imposibilitar el traslado de pasajeros y de mercaderías. Si se practicase una pericia contable podría ser que no arroje un saldo negativo a las arcas patrimoniales estatales, sin embargo, no puede perderse de vista que dicha circunstancia obligaría a la Administración a convocar a una nueva licitación pública para contratar a otro proveedor a que concluya la obra, lo que importa un mayor gasto de tiempo y recursos, y una evidente lesión a los intereses jurídicos que debe cautelar el Estado.

Se apunta que el entendimiento del delito de Colusión ilegal, por un sector de la doctrina nacional y por un importante sector de la jurisprudencia, como un delito de peligro abstracto, se resiente y se opone a la práctica jurisprudencial peruana que venía exigiendo, como prueba fundamental del delito, la elaboración de una pericia –generalmente contable– para determinar el perjuicio y su magnitud[1088].

Polaino Navarrete, comentando el art. 436° del Código Penal español, sostiene que la «defraudación» implica causación de perjuicio económico al sujeto pasivo y enriquecimiento ilícito del autor por el medio fraudulento a través del cual consigue el desplazamiento patrimonial. Pero la defraudación no es elemento del

(1088) Ibídem, págs. 139-140.

fraude tipificado, que se limita a exigir la realización de determinadas conductas con la intención de defraudar[1089].

La defraudación no tiene que medirse necesariamente en términos patrimonialistas, que si bien estarán presentes, la dimensión temporal del delito puede develar otro escenario, que manifieste una grave perturbación a los fines jurídico-constitucionales que ha de alcanzar la Administración Pública (en términos de eficacia y de eficiencia), según los dictados del Estado constitucional de Derecho. No puede considerarse emparentar el delito de Colusión ilegal con en el delito de Estafa, en cuanto al perjuicio económico como condición indispensable de punición.

Los tribunales de justicia exigían la realización de una pericia contable, pero esto no implicaba necesariamente que ello se corresponda con el desvalor del resultado propuesto en el art. 384° del Código Penal, definido en términos estrictamente patrimonialistas, conforme la dación de la Ley N° 29703. Así, en la Ejecutoria suprema recaída en el RN N° 2974-2002-Arequipa, se sostenía lo siguiente:

> *El delito de colusión fraudulenta, exige que el funcionario público defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales; que, propiamente la concertación fraudulenta requiere la realización maniobras de engaño, que se manifiestan en un perjuicio patrimonial –potencial o real– para la administración; Que esta concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración municipal no aparece acreditada en el caso de autos (...); no es posible dar por acreditado que el precio de la adquisición de la camión volquete fue excesivo en perjuicio de la hacienda municipal: que frente a la prueba municipal no cabe estimar, sin apoyo pericial en contrario y exclusivamente sobre*

(1089) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Delitos contra la Administración Pública (VIII)*, op. cit., p. 420.

la base de un contrato de compra venta anterior, que el precio de venta a la Municipalidad importó una sobrevaloración punible.[1090]

La tesis reseñada, se dice que tiene la ventaja de exigir un elemento (perjuicio) que actúa como un filtro adicional que permite establecer sobre la base de un parámetro objetivo y constatable fácilmente las condiciones de aplicación de la ley penal de la manera más justa y compatible con la seguridad jurídica[1091].

En cambio, para SALINAS SICCHA, el perjuicio aun cuando es el más evidente, no necesariamente debe ser patrimonial, sino la afectación al bien jurídico protegido con la tipificación del delito[1092]. El perjuicio tiene que ser al bien jurídico protegido, esto es, al normal y recto funcionamiento de la Administración Pública que resulta manifestación material del Estado[1093].

La correcta interpretación de los enunciados penales (normativos) no solo tiene que ver con el objetivo de revestir a las decisiones jurisdiccionales un corsé de seguridad jurídica, pues tiene que ver también, con la materialización de los fines esenciales del Derecho penal, en cuanto a la protección de los bienes jurídicos individuales, sociales e institucionales, que en la hipótesis que nos ocupa implica debilitar la función preventiva del aparato punitivo del Estado, en tanto, conductas dotadas de suficiente desvalor eran sustraídas del ámbito de punición en mérito a la sanción de la Ley N° 29703. La Corte Suprema en la siguiente ejecutoria, asumió la otra postura, al indicar, que:

(1090) PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia en el Perú (2001-2005),* T. II, op. cit., p. 1354.

(1091) CASTILLO ALVA, José, *Colusión ilegal,* op. cit., p. 141.

(1092) SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 244.

(1093) Ibídem, p. 244.

Si bien el dictamen pericial contable y la pericia contable concluyen que los procesos de adjudicación cuentan con la documentación sustentatoria, y que no existe perjuicio para el Estado, es claro advertir que las apreciaciones técnicas de estos exámenes en cuanto a la materialidad del delito de Colusión ilegal (cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio administrativo por la Administración Pública, y la legalidad del ejercicio funcional) no son de necesidad relevante. En el presente caso, en esencia, es de interés jurídico-penal establecer la defraudación por la vía de la concertación fraudulenta en las adjudicaciones directas para contratar los servicios que requería la citada entidad edil agraviada, esto es, llevar adelante expedientes de proyectos de inversión, en cuyas acciones se beneficiaron intereses privados propios o de terceros, lo que originó un perjuicio económico al Estado, y no si dicho procedimiento fraudulento estuvo sustentado documentalmente. Se trató de sustentar y dar apariencia de legalidad a las contrataciones, a efectos de justificar los egresos y hacerse del dinero de la comuna, lo que sin duda denota la existencia de maniobras de engaño para la Administración Pública contrate un postor previamente establecido, adulterando la realidad y aparentando que participaron válidamente otras empresas cuando estas no existían; de esa forma se defraudó la correcta contratación de los mejores servicios para el Estado, lo que originó un perjuicio económico.[1094]

En resumidas cuentas, hemos de subrayar, que los planteamientos normativos, contemplados por la Ley N° 29703, no respondan a criterios de riguroso orden sistemático, de acoger una construcción legal susceptible de alcanzar los fines valiosos del Derecho penal: la «protección preventiva de bienes jurídicos»; donde el oportunismo político hace del aparato punitivo estatal un receptáculo de intereses particulares.

(1094) En *Gaceta Penal y Procesal Penal*, op. cit., p. 187.

5. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY N° 29703, INTERPUESTA POR EL MINISTERIO PÚBLICO

Siguiendo la evolución normativa del delito de Colusión ilegal, llegamos al estadio de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra algunas disposiciones de la Ley N° 29703, entre ellas la concerniente al delito *sub examine*, la cual fue declarada fundada en parte y dejó sin efecto el término «patrimonialmente».

Conforme las garantías inherentes y subyacentes a la idea de Estado constitucional de Derecho, todo el complexo de la normatividad –incluida lógicamente la materia jurídico-penal–, debe ser sometido al test de constitucionalidad, en el sentido de cotejar si el precepto jurídico se encuentra en armonía con los principios y garantías comprendidos en el pórtico del Texto iusfundamental. Parafraseando a Bernal Pulido, diremos que se ha reconocido que los gobiernos de turno deben estar atados al mástil que representan los derechos fundamentales y las reglas del juego político establecidas en la Constitución, para que no sucumban ante los cantos de sirena provenientes de las coyunturas políticas[1095]. Esta es una misión de primer orden, que tiene por principal objetivo salvaguardar o cautelar la preponderancia de los principios constitucionales por sobre las orientaciones de los enunciados infraconstitucionales, lo cual adquiere mayor vigor ante una coyuntura donde impera la doctrina del neoconstitucionalismo y ante un ordenamiento jurídico que define el control constitucional de las leyes, desde un doble baremo a saber: el *concentrado* por parte del Tribunal Constitucional y el *difuso* por parte de los órganos jurisdiccionales comunes. En ese sentido, se ha facultado al Fiscal de la Nación, entre otros, la posibilidad de

(1095) Bernal Pulido, Carlos, *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho,* op. cit., p. 236.

presentar acciones de inconstitucionalidad, tal como lo consagra el inc. 2 del art. 203° de la Ley Fundamental.

La elaboración e interpretación de los tipos penales debe tomar lugar en armonía con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, según el ideal de un Orden democrático de Derecho, en concreto los principios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad; entendiendo también que el Derecho penal ha de intervenir en el ámbito de las libertades fundamentales en lo estrictamente necesario y cuando el resto de mecanismos de control social se muestran ineficaces e inoperantes para prevenir determinadas conductas disvaliosas.

Lo dicho implica que no se puede proceder a la penalización de conductas que carecen de un mínimo grado de lesividad[1096] –conforme su relación con el bien jurídico protegido– y, a su vez, que no se puede limitar el ámbito de protección por criterios de configuración típica incompatibles con la *ratio* de la norma jurídico-penal. Para tal efecto, fijar con toda rigurosidad conceptual el bien jurídico protegido no es una cuestión baladí, todo lo contrario, es una labor esencial de la hermenéutica jurídica[1097] en pos de delimitar correctamente qué comportamientos merecen ser reprobados por el precepto jurídico-penal y cuáles no, tanto a favor como en contra del infractor de la norma. Consecuentemente, el legislador no cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, en orden a fijar la conducta penalmente prohibida, sino que debe sujetar la política

---

(1096) Sobre este principio, TOZZINI afirma que la concepción de la necesaria ofensividad del delito, subraya la necesidad de evitar interpretaciones puramente formalistas, que podrían ser inducidas por la observancia rigurosa de una tipicidad alejada de una consideración, en el caso concreto, acerca de la existencia o inexistencia de una ofensa al bien protegido por la norma incriminadora específica; *Garantías constitucionales en el Derecho penal,* op. cit., p. 80.

(1097) A decir de BLANCO LOZANO, la ciencia del Derecho penal [...] presenta un claro y marcado carácter hermenéutico, por cuanto su objeto de estudio, el Derecho punitivo, se presenta como un conjunto de textos, articulados en determinado lenguaje, a los que hay que someter a análisis, interpretación, sistematización y crítica; *Tratado de Política Criminal,* T. I, op. cit., p. 56.

criminal a los principios anotados, de manera que el máximo intérprete de la constitucionalidad normativa tiene el deber de ejercer este control de constitucionalidad, y así expulsar del orden jurídico, términos que no sean afines con la teleología que debe inspirar la sanción e interpretación de las figuras delictivas.

La ciencia de la Política Criminal, en esencia crítica desde una visión de *lege lata,* ha de poner al descubierto aquellas deficiencias, desaciertos y claroscuros que presente la ley penal, amén de proponer reformas de *lege ferenda* necesarias. Como bien se apunta en la doctrina, la ciencia del Derecho penal no solo se encarga del estudio, análisis y sistematización del Derecho positivo vigente, sino que además, trata de mejorarlo, optimizarlo desde el punto de vista de la justicia y la eficacia[1098]. En palabras de ZAFFARONI, la Política penal es la que guía las decisiones que toma el poder político, y también proporciona los argumentos para criticar estas decisiones. Cumple, por ende, una función de guía y de crítica[1099]. Y esta labor se vuelve más exigente, ante coyunturas histórico-sociales, como la peruana, que muestra a un legislador proclive a formular una política penal abiertamente incompatible con el arquetipo que sostiene la dogmática jurídico-penal. Es momento de trazar un discurso crítico, pero a su vez conciliador de la política criminal, de evitar que se convierta en un resorte irrefrenable del legislador, como catalizador de puras exigencias sociales y como puro oportunismo político para integrarlo con la ciencia del Derecho penal y con una visión racional de la criminología moderna. Para ello se deben seguir las pautas y valoraciones que la Constitución proyecta en todo su programa basilar.

Resultan relevantes las ideas que elucubra TOZZINI, [...] todo concepto de política criminal y, como tal, interactuante en las diversas instituciones jurídico-penales de la que aquella se vale, necesita

---

(1098) Ibídem, p. 57.

(1099) ZAFFARONI, Eugenio, *Derecho penal. Parte General,* op. cit., págs. 74 y ss.

estar siempre ubicado en el ámbito de referencia de una determinada situación contemplada en la Constitución. De aquí también la necesidad de un constitucionalismo pleno, esto es, no ligado a los otros intereses que no sean los del bien y el resguardo común, para que se produzca la necesaria transformación de los parámetros y relaciones intercurrentes entre ciencia y legislación penal, a fin de pasar, así, de una subordinación de la ciencia penal a la legislación penal, apoyada en el principio de legalidad y el peso de la tradición del tecnicismo jurídico, a una mayor importancia de la literatura constitucional, capaz de ofrecer soluciones fructíferas en materia penal al legislador y al intérprete[1100].

La Administración Pública, como bien jurídico protegido en el Título XVIII del Código Penal, merece un examen dogmático particular, en vista de manifestar un núcleo especial y a su vez sensible de la criminalidad, definido por la vinculación institucional que tiene el autor con el objeto material del delito, el cual trasciende una visión formalista que se pueda proyectar al respecto.

No es la obediencia ni la ética lo que los funcionarios o servidores públicos deben respetar en su actuación funcionarial, sino el apego a los criterios rectores que guían la actuación de toda la Administración según los valores democráticos plasmados en la Constitución, en cuanto a la objetividad, legalidad, independencia e imparcialidad, cuya vulneración puede dar lugar a la comisión de un verdadero injusto funcionarial; dicha afirmación nos ha llevado a puntualizar que la prestación de servicios públicos debe realizarse en escrupuloso respeto a los principios de eficacia y eficiencia; pues siendo los comunitarios los accesitarios de dichos servicios, cuentan con el legítimo derecho de esperar que estos adquieran un nivel de optimización lo suficiente para colmar dichas expectativas sociales. *Por mor*, dichas expectativas colectivas se verán defraudadas,

(1100) TOZZINI, Carlos, *Garantías constitucionales del Derecho penal,* op. cit., p. 38.

cuando el funcionario público –que conduce o dirige un proceso de contratación pública administrativa–, se colude con los particulares, en evidente defraudación a los intereses generales, que deben ser resguardados o cautelados en estos procedimientos administrativos. Estado de desvalor que no puede ser contemplado desde una lesión material, sino desde una lesión espiritualizada, construida desde un plano axiológico, por lo que hemos de desdeñar una concepción patrimonialista del bien jurídico protegido.

El TC, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 2235-2004/AA-TC, fundamento 10, señaló que: «*[...] los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general, pues "están al servicio de la Nación" (artículo 39° de la Constitución), sino, además, que dicho servicio a la Nación ha de realizarse de modo transparente*»; mientras que en la decisión contenida en el Exp. N° 008-2005-AI, fundamento 14, sostuvo lo siguiente:

> *Los servidores del Estado, sean civiles, militares o policías, están obligados, conforme el artículo 44° de la Constitución, por los deberes primordiales de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. En suma, de las normas citadas se concluye que la finalidad esencial del servicio a la Nación radica en prestar los servicios públicos a los destinatarios de tales deberes, es decir a los ciudadanos, con sujeción a la primacía de la Constitución, los derechos fundamentales, el principio democrático, los valores derivados de la Constitución y al poder democrático y civil en el ejercicio de la función pública.*

De una forma específica, en el caso de las contrataciones públicas-administrativas, El Máximo Intérprete de la Constitucionalidad, en el Exp. N° 020-2003-AI, fundamentos 11 y 12, ha indicado lo siguiente:

La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones. La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.

[...] Como se ha señalado, la eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales, y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis. Por ello, aun cuando la Constitución únicamente hace referencia a los procesos de selección denominados licitaciones y concursos públicos, es lógico inferir que esta finalidad también sea la misma en el caso de las adquisiciones directas, de las adquisiciones de menor cuantía –también reconocidas en el TUO–, y de las excepciones que establezca la ley.

En efecto, en el Exp. N° 00017-2011-PI/TC, fundamento 20, el TC estableció que:

En este sentido, la persecución penal de los actos de Colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal (artículo 384° del Código Penal) tiene por objeto proteger estas condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores.

[...] siendo la colusión un delito contra la administración pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, lo que justifica la intervención penal es el reprimir actos que atenten contra los principios constitucionales que informan la contratación pública.

[...] este Tribunal advierte que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término "patrimonialmente" puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública.

[...] debe quedar nula y sin efecto la referida disposición en cuanto menciona el término "patrimonialmente", a fin de –sin alterar en lo sustancial el contenido de lo dispuesto por el legislador– orientar la interpretación de la disposición evitando vaciar de contenido los fines constitucionales que son de protección al sancionar actos contra los deberes funcionales en el ámbito de la contratación pública.

Dicho lo anterior, haya o no lesión de orden patrimonial, el tipo penal se habrá configurado; no es, por tanto, el patrimonio estatal el bien jurídico protegido, como se ha pretendido postular en algunas tribunas o en ciertas decisiones judiciales, lo cual nos llevó desde un primer momento, a cuestionar abiertamente la modificación producida al art. 384° del CP, vía la dación de la Ley N° 29703 –al condicionar la punición de la conducta a una efectiva afectación patrimonial–.

6. LAS LEYES N° 29758 Y 30111 Y SU MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 384° DEL CÓDIGO PENAL

Fueron muchas las críticas que se alzaron contra la sanción de la Ley N° 29703 de junio del 2011, sobre todo en el ámbito normativo del tipo penal de *sub examine*, en cuanto a condicionar la perfección delictiva de este injusto funcionarial al llamado

«perjuicio patrimonial» como desvalor del resultado; dando cabida a una especie de patrimonialización del bien jurídico protegido, lo que no guarda correspondencia con los criterios de materialidad sustantiva que construyen conceptualmente el interés penalmente protegido por el art. 384°, y conforme a los principios jurídico-constitucionales que sostienen el normal funcionamiento de la Administración Pública, según los dictados de un Estado Constitucional de Derecho.

Como se sostuvo, la reforma de este tipo legal debió suponer la configuración de un delito de peligro, donde bastaba acreditar la concertación criminal entre el sujeto público con el particular (postor) para dar por consumado el hecho punible. Ahora, según la nueva composición normativa del delito de Colusión ilegal (Ley N° 30111), nos muestra un tipo base y una circunstancia de agravación; donde la primera de las mencionadas, revela prácticamente la misma redacción normativa del art. 384° hasta antes de la reforma producida por la Ley N° 29703; esto quiere decir, que para que se consume el delito no es necesario verificar que la defraudación a los intereses del Estado sean de orden «patrimonial», sino –a nuestro entender– según parámetros de «eficacia» y de «eficiencia», con arreglo a los cometidos que debe alcanzar la Administración Pública, de acuerdo a las exigencias del Estado social[1101]; mientras, que la circunstancia de agravación, sí importa un mayor desvalor del injusto, definido por la producción del perjuicio patrimonial en las arcas del Estado.

Dicho lo anterior, la amenaza punitiva adquiere un menor rigor disuasivo cuando la consumación del delito no manifiesta un perjuicio patrimonial –en comparación al marco penal imponible hasta antes de la dación de la Ley N° 29703– a partir la sanción de

(1101) En cuanto a la procura de satisfacer las necesidades más elementales de la sociedad, en la concreta prestación de los servicios públicos.

la Ley N° 28758 en adelante, pues según la redacción primigenia del tipo legal en cuestión, la pena oscilaba entre los tres y los quince años de pena privativa de libertad (texto original), mientras que con la redacción actual (Ley N° 30111) la pena será no menor de tres ni mayor de seis años y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Por consiguiente, el discurso de que se iba a tomar una postura más criminalizadora cae en saco roto, pues la pena, que en realidad merece este injusto funcionarial, solo se podrá imponer cuando se acredite la causación de una defraudación patrimonial al erario.

A nuestro entender, la reforma normativa pudo haberse orientado en dos planos a saber: primero, manteniendo la estructuración típica originaria del art. 384° pero agravando el marco penal, así, y de verificar un perjuicio patrimonial estatal, el juzgador lo tomaría en cuenta al momento de la determinación e individualización judicial de la pena; segundo, manteniendo la inclusión de la circunstancia de agravación, donde el marco penal en el tipo base sería no menor de seis ni mayor de quince años de pena privativa de libertad, mientras que en la agravante sería no menor de ocho años ni mayor de diecisiete años, por ejemplo.

Es de verse entonces, que la composición normativa actual del delito de Colusión ilegal no adquiere en realidad el rigor punitivo que se esperaba, sabedores que el elemento «patrimonial» no puede condicionar la perfección delictiva de este injusto funcionarial, es en puridad artificial. Se advierte una reforma penal que pretende complacer a las tribunas, a quienes se mostraban a favor y en contra de la patrimonialización del injusto. Proyección legislativa que no se corresponde con los fundamentos que deben inspirar toda reforma de política criminal, en el sentido de que, únicamente, deben seguirse los criterios de materialidad sustantiva que construyen el injusto penal, en este caso, de penalizar los acuerdos colusorios entre los funcionarios encargados de llevar a cabo los procesos de

contratación pública-administrativa con los proveedores de bienes y servicios (particulares), en cuanto al prevalimiento del cargo público, definido por competencias organizativas institucionales. Y, a tal efecto, basta que se verifique el acuerdo criminal, para que se ponga en peligro la imparcialidad y objetividad de la correcta marcha de la Administración.

Ahora bien, la intervención del funcionario o servidor público, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado puede ser de manera «directa» o «indirecta». Mediando la primera modalidad, el *intraneus* participa directamente en la licitación pública, es decir, el sujeto público es el encargado funcionalmente de dirigir, ejecutar o desarrollar el proceso de contratación administrativa a través de una disposición legal en específico o en mérito a una disposición administrativa; por lo segundo ha de entenderse, que el funcionario público no interviene directamente, sino a través de un representante, verbi gratia, el caso del titular de la cartera ministerial, el Alcalde, el Presidente de un Gobierno Regional u otro funcionario de alto nivel, que a través de otro funcionario público de menor rango jerárquico realiza una operación a cargo del Estado.

La extensión de autoría es acertada, pues es evidente que los acuerdos ilícitos que se entablan entre el funcionario público encargado de llevar adelante la contratación pública con los particulares, no en pocas ocasiones, cuentan con la anuencia del titular del sector, que conforme la redacción normativa originaria, a lo más podría ser considerado como partícipe (instigador o cómplice), la posibilidad de una autoría (mediata) era muy difícil de aceptar dogmáticamente, en tanto no era el sujeto funcionalmente competente para decidir sobre algún aspecto de la contratación pública. De manera que, en los hechos podían aparecer estos sujetos públicos con pleno dominio en la ejecución o desarrollo en los procesos de contratación administrativa,

pero que desde un plano normativo no podían responder como autores; insatisfacción de política criminal, que fue corregida con la dación de la Ley N° 29758 y conservada por la N° 30111. Debiéndose añadir, que dicho sujeto público ha de intervenir necesariamente en «razón del cargo», precisamente este es el fundamento material del injusto de Colusión ilegal.

Asimismo, se incluye en la estructuración de la norma, que la materialidad típica puede tomar lugar en cualquier etapa de las diversas modalidades de contratación pública; antes de ello no se definía con precisión en qué etapa del proceso de contratación o adquisición pública habría de aparecer el acuerdo defraudatorio. Aspecto que, a nuestro parecer, resultaba perfectamente deducible de una interpretación normativa elaborada desde una visión integral del tipo penal; siendo que antes de la dación de la Ley N° 29703, se señalaba que la concertación entre el funcionario público y los particulares, en las diversas modalidades de contratación pública, habría de plasmarse en los «convenios, ajustes, liquidaciones o suministros», por tales motivos, el pacto colusorio, podría identificarse en una etapa posterior a la contratación pública; por ejemplo, cuando ya se había ejecutado la obra. Según las redacciones normativas precedentes, se restringía injustificadamente el ámbito de protección de la norma; de ahí, que se producía un vacío con la dación de la Ley N° 29703.

En la Ejecutoria recaída en el RN N° 4771-2009-Lima, la Sala Penal Permanente, sostiene que:

> *El ámbito de aplicación de la colusión desleal abarca el proceso de contratación pública y su ejecución por el funcionario o servidor público que interviene por comisión especial; sin embargo, ninguno de los miembros del Consejo Directivo implicados estuvo a cargo del proceso de contratación; estos se limitaron a delegar facultades al Gerente General de la Caja de Pensiones para suscribir el contrato de compraventa, no*

existiendo prueba de cargo que acredite que se hayan coludido entre sí para la sobrevaloración del precio del local comercial.[1102]

Conforme lo anotado, resultaba correcta la indicación de que la materialidad típica del injusto podía tomar lugar en cualquier etapa de la contratación pública administrativa, sea en su fase preparatoria, ejecutiva y liquidadora, con ello, se perfila un robustecimiento del ámbito de protección de la norma, por ende, un fortalecimiento en las tareas preventivas del Derecho penal. Máxime, al haberse suprimido en la descripción típica que la concertación criminal haya de plasmarse en los «convenios, ajustes, liquidaciones o suministros».

7. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Conforme a la naturaleza material de estos injustos funcionariales, la Colusión simple es un tipo penal de peligro[1103] [1104], sin requerir el perjuicio patrimonial del Estado, vale decir, *poder defraudar* al Estado o entidad u organismo a cargo de este, así también el art. 436° del Código Penal español, que establece textualmente: *para defraudar a cualquier ente público*. En ese sentido, si bien los cometidos político criminales pueden no ser satisfechos con dicha interpretación, una postura en contrario significa atentar contra el principio de legalidad. No será necesario acreditar el enriquecimiento del autor (*intraneus*) o que haya obtenido una ventaja patrimonial indebida; puede darse el caso, que la práctica colusoria solo sirva para benefi-

---

(1102) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 36, junio del 2012, op. cit., p. 183.

(1103) De esta postura ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., págs. 317-318.

(1104) CUELLO CALÓN, analizando el art. 400° del Código Penal español de 1973, señala que se trata de un delito de consumación anticipada; o sea, que no es necesario para que se de el *sumatum opus* de la infracción, que se haya producido el daño; *Derecho penal,* T. II, op. cit., p. 425; Así, MORALES PRATS, Fermín; MORALES GARCÍA, Oscar, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal,* T. III, op. cit., p. 1706.

ciar patrimonialmente al contratista, en mérito a la sobrevaloración de los precios de una obra. Lo que interesa es que el funcionario pacte condiciones lesivas al patrimonio estatal, para dar por verificada la perfección delictiva; lesividad que ha de ser acreditada en el proceso penal, a través de las pericias contables, financieras y técnicas pertinentes.

Conforme lo anotado, la modalidad básica se consuma con la sola verificación del concierto criminal entre el sujeto público con los interesados del concurso; es decir, al haberse propuesto normativamente la preposición «*para*» defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado (elemento subjetivo del injusto de naturaleza trascendente) dicho desvalor del resultado no condiciona la punición de la conducta, al constituir ahora el agotamiento del delito. No obstante ello, sí debe probarse, en el decurso del procedimiento penal, que esa haya sido la intención de los agentes. Se está, pues, ante un adelanto de las barreras de intervención del Derecho penal, que se ajusta plenamente a la naturaleza del bien jurídico tutelado, dando lugar al delito de peligro; ergo, no cabe la tentativa.

Cuestión distinta ha de verse en el caso de la Colusión agravada, donde los términos empleados por el legislador en el segundo párrafo del art. 384° del CP, da cuenta de una modalidad del injusto cuya perfección delictiva requiere indispensablemente la causación de un resultado –la defraudación en términos *patrimonialistas*–, por lo que hasta antes de que ello no se produzca, estaremos ante un delito tentado; descripción fáctica y jurídica, que en ciertos casos, puede lindar en un conflicto de normas penales, de forma concreta, con el delito de Negociación incompatible con el cargo.

XIV. PECULADO DOLOSO Y CULPOSO

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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

1. CONCEPTOS PRELIMINARES, DEFINICIÓN Y BIEN JURÍDICO

Los injustos funcionariales evocan conductas cuyo desvalor antijurídico puede ser ilustrado de la siguiente forma: en primer plano se ubican aquellos comportamientos que suponen un atentando al principio de legalidad y la objetividad que debe guiar la conducción de la actuación pública dentro de los servicios que deben prestarse a la ciudadanía, reprimiéndose con pena el abuso innominado de la función pública, por ejemplo, cuando se perpetran las diversas variantes de Abuso de autoridad. Así también, aparecen en escena, aquellas conductas, donde el prevalimiento del poder funcionarial tiende a involucrar los intereses patrimoniales de los particulares, por ejemplo, en las modalidades típicas de Concusión, el funcionario se aprovecha de las ventajas que le otorga el cargo para hacerse de un beneficio indebido. Todas estas conducciones típicas manifiestan una perturbación a los principios rectores de la función pública, con arreglo a los valores comprendidos en el Texto iusfundamental, propiciando una defraudación de los intereses comunitarios.

El desvalor anotado puede emerger con mayor sustantividad ante conductas que hayan de vislumbrar el quebrantamiento hacia los deberes inherentes al cargo funcionarial, cuando el *intraneus* se apropia indebidamente de los efectos y caudales, en el decurso de una posición de garantía.

La Administración estatal cuenta en su poder con un acervo patrimonial importante, que se expresa a través de una serie de caudales y efectos, cuyo valor es apreciable en dinero; es decir, los estamentos públicos requieren, para prestar correctamente el servicio que brinda a la comunidad, de todo un aparato logístico, material; definido en la necesidad de adquirir una vastedad de bienes, valores, etc., que, al ingresar a la esfera de la Administración, el Estado se convierte en su propietario; pero su custodia, conservación y utilización se le confiere a los funcionarios y servidores públicos.

Es así que se produce toda una actividad patrimonial estatal, que no solo se refiere a la adquisición de bienes y servicios, sino también a la injerencia legítima en los bienes de los particulares, los cuales pueden ser objeto de embargo, afectación u otro gravamen, ingresando dicha masa patrimonial a la esfera de custodia de la Administración, y de forma particular el funcionario o servidor público se erige en su custodio.

Entonces, la relación funcional entre los bienes y el funcionario público importa la configuración de una relación de garantía, en virtud de la cual el *intraneus* ha de desarrollar y ejecutar todas las acciones pertinentes e idóneas para su debida conservación y protección; una relación de fomento y salvaguarda, que genera deberes específicos de actuación funcionarial, cuyo quebrantamiento puede ser constitutivo del delito de Peculado, según los términos normativos del art. 387° del Código Penal.

Advertimos un desvalor antijurídico de mayor intensidad y de reproche culpable (imputación individual) en este injusto funcionarial, en mérito a la importancia de los deberes infringidos por el agente, pues la presente hipótesis delictiva implica una afectación específica al patrimonio estatal, en tanto la Administración es despojada ilícitamente de un bien, caudal o efecto por parte del agente.

Dicha caracterización no debe entenderse como una especie de patrimonialización del bien jurídico tutelado, en el sentido de que la sustantividad del delito no ha de contemplarse en términos de un perjuicio económico al erario; no obstante, pertenece al desvalor de un resultado que puede o no acontecer en los principios inherentes al cargo público, donde el desvalor de la acción tiende a expresar una vulneración a los principios constitucionales de la Administración Pública, conforme a los valores de un Estado constitucional de Derecho. Aspecto en cuestión, que ha de apreciarse en una comparación con el delito de Apropiación ilícita (art.

190° del CP)[1105], donde la conducción típica revela una naturaleza similar, mas el reproche penal adquiere mayor intensidad en el caso del Peculado, precisamente por los deberes que son infringidos por el *intraneus,* mereciendo una penalidad de contornos más severos.

Debe añadirse que, el objeto material del delito no ha de ser exclusivamente de propiedad estatal, en tanto el legislador ha extendido dicha cualidad jurídica, a bienes que ingresan fáctica y legalmente a custodia del Estado, nos referimos a la extensión de punibilidad contemplada en el art. 392° del CP, donde se hace alusión a que inclusive pueden ser sujetos activos del delito (Peculado y Malversación de fondos) los administradores, depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares; con lo que se pierde la homogeneidad del objeto material. Se apela, por tanto, a un concepto más lato, omnicomprensivo de patrimonio, que parte de una política criminal que pretende criminalizar una mayor gama de conductas y sujetos[1106].

Lo anotado es importante a efectos de identificar la naturaleza del delito de Peculado, que no responde a un sentir resultativo, sino de peligro, pues la configuración típica no está subordinada a la acreditación de un perjuicio económico en las arcas del Estado; inclusive el funcionario que se apropia caudales estatales puede, luego de un tiempo, devolver una suma mayor de la que se había apropiado, ello no enerva en nada la antijuridicidad penal de su conducta. Siendo que en otras legislaciones se ha previsto la institución del «reintegro», tal como se observa en el art. 139° del Código Penal colombiano, cuya aplicación solo puede atenuar prudencialmente la pena, en mérito a una actitud de rectificación del agente, que puede ser vista como un reingreso a las normas del Derecho positivo, resultando también

---

(1105) Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. II, op. cit., págs. 280-295.

(1106) Cfr., Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 245.

positivo en valores monetarios. Dicha figura puede acomodarse más en factores de política criminal que, en puridad, dogmáticos. Nuestra legislación penal adolece de una institución semejante.

En la Resolución recaída en el RN N° 512-2003-Arequipa, se expuso que: «*Para la configuración del delito de peculado doloso no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, solamente que sean utilizados para fines ajenos al servicio aunque estos hayan sido devueltos. Con relación a la procesada Flores Arias, en su condición de responsable de la seguridad del local de la entidad agraviada, pese a tener la obligación de vigilar los bienes, no lo hizo, permitiendo que se produjera la sustracción sistemática de estos, configurándose por ende el delito de peculado culposo*»[1107].

Desde una perspectiva más sistémica hemos de decir que comportamientos como el Peculado provocan un grave perjuicio a la Nación en su conjunto, afecta el progreso socioeconómico, la confianza de los ciudadanos hacia la institucionalidad democrática, retrasa la posibilidad de desarrollo de los pueblos, de alcanzar una vida más digna de los ciudadanos, etc.; estado situacional que genera una grave alarma en el colectivo, una defraudación legítima, que tiende a encarnarse en protestas sociales altisonantes, en asonadas masivas que crean a su vez focos latentes de conflictividad social. Máxime, cuando los caudales o efectos, apropiados por el agente, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, factor que fue tomado en cuenta por el legislador para construir una circunstancia de agravación en el tercer párrafo del articulado.

En cuanto al origen histórico del Peculado, Teodoro Mommsen explica que se llamaba «*depeculatos*» o «*peculatus publicus*», y, por lo general, *peculatus*, el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado; y se daba este nombre porque antes de que se empezara hacer uso del

---

(1107) Avalos Rodríguez, Carlos; Robles Briceño, Mery, *Modernas tendencias dogmáticas de la jurisprudencia penal de la Corte Suprema,* op. cit., p. 295.

dinero, los bienes muebles que ocupaban el primer rango entre los comunes o públicos eran los animales destinados al sacrificio, y por eso el hurto de los mismos era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase[1108].

La palabra «Peculado» sirvió en la antigüedad para designar el hurto de las cosas pertenecientes al Estado[1109]. Al develarse que la apropiación de la cosa provenía del cargo, habría que formular una acepción explicativa de naturaleza distinta.

La razón para especificar la figura no residirá entonces en la naturaleza de la cosa, sino en el vínculo de confianza. La naturaleza de la cosa podría dar nacimiento a un *Peculado impropio*, que es una forma de Hurto según la escuela toscana, escribe SOLER, mientras que el vínculo de confianza constituye la base del *Peculado propio,* que es una ofensa contra la fe pública, identificada con la trufa en el sentido toscano de retención indebida[1110] [1111]. Siguiendo a FONTÁN BALESTRA, diremos que la noción del Peculado se logra con un ingrediente más, que es el que pone el aspecto funcional, por el cual se requiere que los bienes que son objetos del delito hayan sido confiados al funcionario, de modo que la malversación viola también la fe o la confianza pública[1112].

En sentido jurídico, en referencia a la época actual, por Peculado se entiende, genéricamente, la incorrecta aplicación de las cosas o efectos confiados a un funcionario que tenía el encargo de

---

(1108) Citado por MOLINA ARRUBLA, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 55.

(1109) BERNAL PINZÓN, Jesús, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 9.

(1110) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. V, op. cit., p. 169.

(1111) Vide, al respecto, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *El delito de Peculado*, en *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., págs. 411-412; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., págs. 241-242; GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho penal*, T. V, op. cit., págs. 523-524.

(1112) FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 844.

darles un fin previamente convenido o establecido[1113]. Dicho en nuestras propias palabras: el delito de Peculado importa aquella conducta delictiva atribuida a un funcionario público –en pleno ejercicio de su actuación funcionarial–, quien aprovechando indebidamente su posición de custodio de caudales o efectos –de propiedad del Estado–, se apropia de los mismos, para luego sacarlos de la esfera de la Administración y así ejercer un nuevo dominio sobre ellos.

Es de verse también, que el principio de mínima intervención, ha de ser concatenado con las necesidades de prevención del objeto tutela jurídica, lo que en plano de la política criminal de esta conducción criminal, ha significado la acriminación del delito de Peculado culposo, tal como se desprende del último párrafo del art. 387° del CP, determinando incidencias importantes en los fines preventivo-generales de la pena. Aspecto en cuestión, legitimante, conforme a la prevalencia del interés jurídico de tutela, según el orden de valores iusfundamentales, así como de una realidad criminológica inobjetable en el Perú, donde la realidad presenta una elevada cantidad de casos donde los funcionarios públicos se ven involucrados en esta conductas delictiva, no siempre de forma intencional o consciente, sino también, ante la vulneración de los deberes de custodia del bien, permitiendo que otro se apropie de los caudales del Estado. Podemos definir entonces, al peculado culposo, como aquella atribución que recala sobre el funcionario o servidor público, encargado de la custodia del bien, que al no adoptar las medidas necesarias y pertinentes para su adecuada protección o en franca dejadez a sus deberes de garantía, permite que otro sujeto (*intraneus* o *extraneus*) se apropie o lo sustraiga de la esfera interna de la Administración Pública.

Según nuestra *lege lata* la rotulación de la Sección, ha tomado el nombre de «Peculado», habiéndose incorporado al listado delictivo, las figuras delictivas de Peculado propio (doloso y culposo), el

---

(1113) MOLINA ARRUBLA, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 56.

Peculado de uso, la Malversación de fondos, Retardo injustificado de pago y Rehusamiento de entrega de bienes aparejándose una cláusula de extensión de punición. En la legislación argentina se ha venido llamar, en el Capítulo VII, «malversación de caudales públicos»; mientras que en el Capítulo VII del Título XIX del Código Penal español de 1995, se ha contemplado «De la malversación».

Resulta importante distinguir, la figura típica de peculado con el delito de Malversación de fondos, previsto en el art. 389° del CP; en ambos supuestos el injusto funcionarial se identifica el mismo objeto material (bienes estatales), el autor actúa en razón del cargo y son delitos de peligro, la distinción radica entonces, en que en el delito de Malversación de fondos, los recursos del Estado son aplicados en la esfera privativa de la Administración, mientras que en el Peculado, los caudales que son apropiados por el funcionario son sustraídos del ámbito interno de la Administración, tomando lugar una aplicación privada de los fondos públicos. Así, MOLINA ARRUBLA, siguiendo el modelo de la legislación italiana, sostiene, que mientras la malversación es la mala aplicación de los bienes públicos por parte de un servidor público, el Peculado es la mala inversión (incluida naturalmente la apropiación) que un oficial público –como se denomina al sujeto activo calificado de este género de infracciones en la legislación italiana– o, aún, un particular, hiciere de bienes respecto de los cuales –aunque no pertenecientes materialmente a la administración– hubiere entrado en posesión por razón de su oficio o servicio, entendido el caso, en relación con el particular, de las funciones públicas que, transitoriamente, desempeñaba[1114].

Por otro lado, las diferencias entre la figura delictiva de Peculado y el tipo penal de Apropiación ilícita –art. 190° del CP– es preciso advertirlas, en la medida que ambas importan conductas de

---

(1114) MOLINA ARRUBLA, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 52.

apropiación, de sustracción, el desapoderamiento del objeto material de la esfera de custodia del sujeto pasivo hacia un nuevo ámbito de custodia; la divergencia de tipicidad objetiva, hemos de encontrarla, primero, en la cualidad del sujeto activo. El delito de Peculado exige que el autor sea un funcionario o servidor público, que reciba en custodia el bien, en razón del cargo, por lo que se trata de un delito especial y de infracción de deber; mientras que el delito de Apropiación ilícita responde a la idea de un delito común, cualquiera puede ser autor. Así también, en el delito de Peculado, conforme la cláusula de extensión propuesta en el art. 392° del CP, los bienes objeto de apropiación pueden ser también de los particulares; por ende, el núcleo diferenciador estriba en que los bienes en el caso del Peculado, ingresan a la esfera de custodia del agente en razón del cargo funcionarial, de ahí que aquél quebrante los deberes inherentes a su función, lo que no puede suceder en la Apropiación ilícita, ello al margen de la oscura delimitación criminosa que acontece entre el segundo párrafo del artículo 190° con la extensión de punición contenida en el artículo 392° del Código Penal[1115].

¿Cuál sería el bien jurídico tutelado en el delito de Peculado? Hicimos alusión a un comportamiento que subvierte los objetivos esenciales de la Administración Pública según el Estado Social, que es de servir a la comunidad; de modo que el agente tuerce dichos cometidos, perturbando el correcto funcionamiento de la Administración, al apropiarse de caudales y efectos que pertenecen al Estado, asumiendo una conducta privatizadora del cargo público. Se presente así, una afectación a los fines que deben cumplir los bienes en el entramado estatal, que también involucra a un plano de legalidad; permitiendo colegir varios intereses jurídicos afectados, donde el acento ha de ponerse en una administración funcional apegada a la Ley y a la Constitución.

[1115] Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. II, op. cit., págs. 285-288.

La infracción del deber no resulta el bien jurídico tutelado por la norma penal, mas sí constituye un elemento a saber importante, en orden a establecer la relevancia jurídico-penal de la conducta; el desvalor de la acción propiamente dicho, con los añadidos de imputación (objetiva y subjetiva) que ello requiere.

En la doctrina colombiana, se dice que el interés protegido no tiene un carácter meramente patrimonial, en cuanto el legislador consideró preeminente la consecución de la actividad funcional, que se quebranta cada vez que el funcionario invierte el título de la tenencia y aprovecha para sí o para un tercero los bienes que posee por razones del cargo o la función[1116]. Desde otra tribuna, se dice que, en relación con la figura del Peculado, lo que se protege es el interés que, sobre los bienes, le pertenecen de manera real o funcional (y en ocasiones meramente figurativa) a la Administración Pública; se protege el patrimonio público de aquellos ataques reales o potenciales que pueden ser en contra suya materializados, bien sea desde adentro (por un *intraneus*), bien sea, como acontece en muchas oportunidades, desde afuera (por un *extraneus*)[1117].

Para CREUS, siguiendo la orientación de la doctrina argentina, señala que es la preservación de la seguridad de los bienes públicos como garantía del normal cumplimiento de la función patrimonial del Estado, colocándose el delito en el cuadro de las malversaciones[1118]. En tanto que para DONNA, el bien jurídico en este delito lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben a un funcionario[1119].

(1116) BERNAL PINZÓN, Jesús, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 16.

(1117) MOLINA ARRUBLA, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 56.

(1118) CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* T. II, op. cit., p. 296.

(1119) DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte Especial,* T. III, op. cit., p. 259.

En la doctrina nacional, ABANTO VÁSQUEZ, siguiendo la doctrina española, aboga por la postura que señala que el objeto de tutela es la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad[1120]. ROJAS VARGAS, sostiene que la teoría que mantiene la teoría de la pluriofensividad del Peculado, como es el caso de España y Perú, mantendrá la fórmula de que el bien jurídico es de modo genérico los intereses implícitos en la Administración Pública (patrimonio público y deberes de lealtad), ya dando preferencia a uno u otro interés[1121].

El deber de «lealtad» puede provocar incoherencias en la tarea interpretativa, el concepto material del injusto obliga a una suerte de sustantividad que debe preservar la labor de hermenéutica, donde los deberes de lealtad evocan un concepto, cuyo carácter etéreo puede no conciliar con la delimitación de aquellas conductas merecedoras de reproche penal. A nuestro entender, la correcta gestión de la administración del patrimonio estatal apunta en mejor medida el objeto de tutela.

Para REÁTEGUI SÁNCHEZ, la norma resguarda la correcta administración de los intereses patrimoniales del Estado, evitando el abuso del poder conferido al funcionario público en razón de su cargo[1122]. En tanto que para ÁLVAREZ, en el delito de Peculado siempre se afecta el patrimonio del Estado, pero con mayor incidencia al normal desenvolvimiento de la Administración Pública y la confianza de la ciudadanía en sus instituciones[1123].

(1120) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., p. 333.

(1121) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 244.

(1122) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *El delito de Peculado,* op. cit., p. 413.

(1123) ÁLVAREZ, Jorge, *El delito de Peculado,* op. cit., p. 33.

La doctrina española, representada por MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, apunta al principio de eficacia, señalando que el aludido principio permite localizar, al igual que el resto de los delitos contra la Administración Pública, un principio jurídico de actuación con entidad suficiente como para reclamar tutela penal de modo independiente, sin vaciar de contenido otros de no menor importancia, como el principio de legalidad, excesivamente invocado en la hermenéutica de diversos capítulos y que, de ser el único principio jurídico realmente merecedor de tutela, habría provocado una drástica reducción de las figuras delictivas contenidas en el Título XIX[1124].

Se dice también, que el bien jurídico hemos de cifrarlo en el patrimonio público y en los servicios que gracias a él han de prestarse a la comunidad[1125]. Para MARTÍNEZ ARRIETA, lo que se tutela es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, concretamente de la actividad patrimonial, pues lo que se castiga no es solo al funcionario que sustrae o administra los causales puestos a su cargo de forma distinta a lo señalado por la ley respecto a bienes, que por ser del Estado, y de todos, gozan de una especial protección[1126].

En la jurisprudencia nacional, según lo expuesto en la Resolución contenida en el Exp. N° 3630-2001-Ucayali, se dice que: «*En el delito de peculado el bien jurídico es el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha administración y evitando el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad*»[1127].

(1124) MORALES PRATS, Fermín; MORALES GARCÍA, Oscar, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal,* T. III, op. cit., p. 1685.

(1125) ORTS BERENGUER, Enrique, *Comentarios al Código Penal,* V. IV, op. cit., p. 1852.

(1126) MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *Comentarios al Código Penal,* 4, op. cit., p. 3144.

(1127) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal,* op. cit., p. 207.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

Conforme la estructura normativa del art. 387° del Código Penal, la calidad de autor solo puede tenerla el funcionario o servidor público; constituye un delito especial propio, característico de los injustos funcionariales, cerrando el círculo de sujeto activo a aquellos que en razón de la actuación funcional, se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos, cuya administración, percepción o administración le estén confiados en mérito al cargo.

No es suficiente que se identifique a un sujeto que ostente la investidura funcional, debe verificarse que la conducta típica haya tomado lugar por razón de su cargo; si el agente solo detenta la condición de servidor público y así ingresa a la oficina de otro empleado público y sustrae todo el sistema de cómputo, no será autor del delito de Peculado, sino de Hurto simple, al no ser custodio del objeto material del delito.

Hablamos por tanto, de una relación de garante por asunción de deberes funcionales, lo que implica que el delito *in examine*, puede tomar lugar tanto en su modalidad comisiva como omisiva. El sujeto activo es así titular de una confianza que lo obliga a actuar de un modo regular respecto a los caudales y efectos que percibe, administra o custodia[1128].

Si autor puede ser únicamente un *intraneus*, con la condición de garante de los bienes, los particulares (*extraneus*) no pueden responder por dicho título delictivo, al no poder quebrantar los fundamentos materiales que ligan al funcionario con el objeto material del delito, de manera que su participación en el decurso de la actividad

(1128) Reátegui Sánchez, James, *El delito de Peculado,* op. cit., p. 418.

típica, solo puede ser reputada como participación delictiva (complicidad), siempre que hayan actuado con dolo, siguiendo el principio de la unidad en el título de la imputación. No puede aceptarse dogmáticamente, que sobre un mismo hecho, exista una condena como autor del delito de Peculado a un funcionario público y, otra condena a un particular por el delito de Receptación; el particular no puede tener el dominio funcional del hecho, al carecer de la investidura pública que permite la construcción de la condición de garante. En la Ejecutoria recaída en el Exp. N° 2695-2001-Lima, se dice que:

> *El encausado recibió la cantidad de trece mil ochocientos nuevos soles en su condición de Tesorero del Comité Vecinal y cuando se le solicitó la rendición de cuentas, recurriendo al engaño y a la astucia pretendió justificar supuestos gastos hasta por la suma de doce mil quinientos cuarenta y seis soles con el propósito de obtener un provecho patrimonial tratando de mantener en error a los pobladores de Pilcopata. Además, se aprecia que el acusado no tiene la calidad de funcionario público toda vez que fue elegido por los pobladores como parte del Comité Vecinal, por lo que no se configura el delito el delito de Peculado, sino el de Estafa.*[1129]

Particular situación ha de meritar la intervención del usurpador, del intruso, el que de forma ilegítima ejercita una actuación pública, en franca contravención a la legalidad aplicable; aquel, al no estar revestido de la cualidad de funcionario o servidor público, no está en condiciones materiales (sustantivas) de poder perpetrar injustos típicamente funcionariales como es el delito de Peculado. No obstante, situación distinta es de verse ante aquellos funcionarios de facto, que estando propiamente insertos en la plana de la Administración, asumen funciones –legalmente atribuidas a otros funcionarios–, de tal manera que, en los hechos, se le viene reconocidas dichas potestades,

---

(1129) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal,* op. cit., p. 203.

conforme a la estructura organizacional estatal, tal como sucedió en el caso del exasesor Vladimiro Montesinos Torres, dando lugar a incriminaciones por el delito de Peculado, muy a pesar de que, según la normativa en cuestión, dicho personaje no tenía la función de percepción, administración o custodia de caudales o efectos públicos. Cuestionamiento por parte de un condenado por complicidad de peculado, en el sentido de que, al ser Montesinos un usurpador de la función pública (autor), no se le podía imputar a él ser partícipe de dicha figura delictiva, llegando a una acción de agravio constitucional (habeas corpus), al máximo intérprete de la constitucionalidad normativa; Exp. N° 2758-2004-HC-TC, en cuyo fundamento 10 se sostuvo lo siguiente: «*Este Tribunal coincide con lo señalado en la Sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal*».

Si se trata de un funcionario de facto, que como funcionario actúa, escribe SOLER, esa actuación solamente es posible o por consentimiento de órganos superiores o por descuido de estos. En ambos casos, el sujeto presenta el aspecto de funcionario legal: el pago hecho a él en buena fe, es un pago hecho al fisco y, en consecuencia, la substracción que aquel ejecute es Peculado[1130].

Entonces, la calidad de autor solo la tendrá aquel funcionario o servidor público que, en el desarrollo de su actuación funcionarial, procede a ejecutar una conducta de apropiación o de utilización de los bienes (caudales o efectos) que hayan ingresado a su esfera de custodia; es por ello que se sostiene con razón, que este delito

(1130) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. V, op. cit., p. 181.

importa la infracción de competencias organizativas institucionales, solo quebrantables por aquellos sujetos públicos que han asumido la cualidad funcional de garantes. Por lo tanto, quienes no tienen dicha cualidad jurídica-funcional no podrán responder a título de autores, sean o no funcionarios o servidores públicos; de suerte que, siguiendo en rigor el principio de accesoriedad en la participación y el de unidad en el título de la imputación, han de responder como partícipes (complicidad).

Es de verse, que para que se pueda configurar, una imputación delictiva a título de coautoría, requiere de lo siguiente: primero, que en cada uno de los coautores se presente la cualidad funcional exigida en el art. 387° del CP, en lo que respecta al estatus de administrador, custodio o perceptor; debiéndose compartir dicho rol en la custodia del bien; segundo, que todos ellos hayan actuado con dolo; y tercero, la contribución sea imprescindible en la etapa ejecutiva del delito, en el sentido, de facilitar a la salida del objeto material del delito de la esfera de custodia de la Administración.

Desde otro plano, sobre el examen de autoría y participación, cabe precisar, que los asesores jurídicos y los asesores contables, que actúan en el marco organizacional de la Administración, nunca podrán responder como autores del delito de Peculado (sea doloso o culposo), al carecer de la relación funcionarial que se exige como condición indispensable para poder quebrantar los deberes de custodia o fomento, que se exige en la composición típica de esta figura delictiva, lo cual no obsta a que puedan ser considerados cómplices primarios, y/o secundarios siempre y cuando actúen de forma dolosa, sabiendo que están aportando una colaboración (imprescindible o accesoria) para que el autor del delito pueda ejecutar la acción típica, es decir, apropiarse de los caudales o efectos (objeto material); empero, si de un Peculado culposo se trata, esta fórmula punitiva ha de rechazarse, en mérito a lo reglado en el art. 25° de la Parte General del Código Penal; así, lo puso de relieve la Sala Penal Transitoria de la

Corte Suprema, por ejemplo, en el RN N° 738-2001-Lambayeque, al sostener que:

> *No configura el delito de peculado culposo el hecho de que un asesor contable externo de la municipalidad practique liquidaciones sin observar las normas legales aplicables, ocasionando que se pagaran sumas de dinero indebidas a exfuncionarios, pues dicho delito requiere necesariamente de la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos, que sustente un poder de vigilancia y control sobre ellos, la que no se verifica en el presente caso. El imputado, como asesor contable externo de la municipalidad agraviada, no tenía por función vigilar; ni cuidar los caudales o efectos de la citada entidad, de modo que no incurrió en el delito de peculado culposo por haber inaplicado las normas legales correspondientes al realizar las liquidaciones de los funcionarios, a lo sumo infringió normas de carácter disciplinario, más aún si, conforme a lo sostenido por el perito contable, correspondía el pago de beneficios sociales.*[1131]

2.2. Sujeto pasivo

Es el Estado, como titular y dueño del patrimonio que administran, custodian o perciben los funcionarios y servidores públicos, en razón del cargo funcional; y de forma mediata los comunitarios como naturales destinatarios de los fondos públicos que son apropiados indebidamente por los *intraneus*.

2.3. Modalidad típica

Se observa de la redacción normativa –propuesta en los términos literales del art. 387° del CP–, que se hace alusión a una serie de elementos de configuración típica, cuya adecuada concepción requiere de un análisis pormenorizado, al constituir elementos esencialmente normativos.

(1131) En *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N° 33, marzo 2012, op. cit., p. 176

La conducta será en principio comisiva, en el sentido de que el autor ha de ejecutar una acción de apropiación o de utilización, dando lugar a una nueva esfera de custodia, sustraída del ámbito privativo de la Administración. Sin embargo, no olvidemos que los verbos típicos han de ser interpretados, desde una acepción material (normativa) y no naturalística, propiciando una orientación teleológica, que en el presente caso, implica la admisión de una comisión por omisión dolosa (omisión impropia)[1132], cuando el funcionario (custodio del bien), permite de forma deliberada que otro sujeto (funcionario o no), se apropie del bien, sustrayéndolo de la esfera de custodia de la Administración, lógicamente en concierto criminal.

2.3.1. Objeto material del delito

Se enumera en la descripción típica, como objeto material, a los «caudales» y «efectos», cuya definición conceptual debe ir concatenada con los verbos típicos empleados en el tipo penal, esto es, «apropiar» y «utilizar», en el sentido de que dichos objetos sean susceptibles de aprehensión y de desplazamiento, entendiendo que la configuración del delito de Peculado supone la sustraer el bien de la esfera de custodia de la Administración.

En primer lugar, «caudales» son todos aquellos bienes de la Administración expresados y valorados en términos económicos, que ingresan al patrimonio estatal a través de diversas formas de adjudicación, formando parte del acervo (activos), que han de ser contabilizados por las agencias competentes. Consecuentemente, por caudal público se ha entendido que lo constituye cualquier objeto mueble, dinero o efectos negociables susceptibles de ser convertidos en dinero.[1133] [1134]

(1132) Así, DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte Especial,* T. III, op. cit., p. 278.

(1133) MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *Comentarios al Código Penal,* 4, op. cit., p. 3144.

(1134) Vide, al respecto, BERNAL PINZÓN, Jesús, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 18.

No es necesario, en ese sentido, que aquellos sean de propiedad pública, basta que se hallen en el circuito público, afectos a una determinada finalidad (por ejemplo, dinero destinado a la realización de un giro postal)[1135]. Estamos hablando de todos aquellos bienes (muebles), valores, títulos, etc., cuya aprehensión permite, a su tenedor, hacerse de un determinado patrimonio, sin necesidad de que expresen una suma líquida, basta que sean negociables (cheques al portador); ergo, no hay problema en considerar como «caudales» a todo bien mueble con contenido económico, señala ABANTO VÁSQUEZ[1136].

No haber colocado el término de «públicos» permite –como anota ROJAS VARGAS– inferir que dichos bienes pueden ser públicos o de particulares, siendo lo trascendente que se hallen en poder de la Administración estatal o que en su defecto esta tenga y mantenga un legítimo derecho expectante sobre los mismos[1137]. Dicha anotación se refuerza con la previsión contemplada en el art. 392° del Código Penal.

Se pone de relieve en la doctrina, la situación de los bienes inmuebles, aquellos comprendidos en el art. 885° del Código Civil, que, por ejemplo, en el delito de Hurto no han sido incluidos por motivos normativos y semánticos, en orden a guardar con propiedad la materialidad delictiva. Empero, cuestión distinta sucede en el delito de Peculado, donde debemos fijar dicha posibilidad, conforme a la naturaleza jurídica de los verbos típicos, «apropiarse» y «utilizar»; mediando una connotación conceptual que permita verificar la materialidad fáctica del hecho atribuido al *intraneus*. La Administración, en su proceder ejecutivo, incauta bienes inmuebles, en el marco de

---

(1135) MORALES PRATS, Fermín; MORALES GARCÍA, Oscar, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal,* T. III, op. cit., p. 1688.

(1136) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública...,* op. cit., p. 347.

(1137) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 256.

los procesos coactivos o con motivos de la persecución penal, observándose, en algunos casos, cómo ciertos funcionarios emplean dichos inmuebles a título personal, verbi gratia, arrendando los inmuebles o utilizándolos como centros de campañas políticas, en evidente vulneración a los fines previstos en la ley, siempre y cuando se haga la distinción con el objeto material propuesto taxativamente en el art. 388° del CP (vehículos, máquinas de trabajo, etc.). Para advertir la diferencia entre ambas figuras, debe entenderse que los bienes del art. 387°, a diferencia de los del 388° del CP, no son aquellos que usualmente constituyen instrumentos de trabajo del funcionario público[1138].

Lo afirmado guarda coherencia entonces que la acción de «utilizar», a diferencia de la legislación argentina, donde se ha optado por la acción de «sustraer», lo que dificulta la interpretación esbozada.

Por ello, señala MONTES FLORES, no se le puede imputar a título de autor por Peculado al director de un hospital nacional que se apropia de órganos humanos destinados para trasplantes, esto debido a que los órganos humanos no tienen una valoración en el tráfico económico ni su comercialización está permitida y esta no forma parte de los bienes de la Administración Pública[1139]. Tipificación penal que se traslada al ámbito normativo del art. 318°-A del CP. En la Ejecutoria contenida en el Exp. N° 5295-98-Trujillo, se expone que:

> *En lo que concierne al delito de peculado, debe tomarse en cuenta que la noción de "patrimonio público" está evolucionando, de únicamente considerarse a los bienes del fisco o del tesoro público, pasando por la concepción que lo amplía a los bienes de los distintos entes públicos (Gobierno Central y dependencias, empresas públicas, organismos*

(1138) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., págs. 345-346.

(1139) MONTES FLORES, Efraín, *Análisis del delito de peculado por apropiación,* en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 3, op. cit., p. 147.

autónomos, gobiernos locales y regionales), hasta llegar a la moderna conceptualización, que engloba tanto a bienes de propiedad pública como de propiedad privada, siempre y cuando éstos últimos se hallen temporalmente bajo el poder de la Administración Pública, en condición de disponibilidad jurídica y que permite la ampliación de la tutela penal.[1140]

Los «efectos», son aquellos objetos no fungibles (como el dinero) que pueden ser objeto de apropiación y de utilización; lo serán todos aquellos objetos o bienes (distintos del dinero)[1141], [...] con independencia de su inclusión o no entre los bienes inventariables de la Administración. En el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, sobre los Caudales y efectos, se señala que: «Los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables».

2.3.2. El caudal o efecto (objeto material), debe ser objeto de custodia, percepción o administración por parte del autor

Interesa fijar con propiedad de hermenéutica, la forma de cómo se construye la relación de garantía entre el funcionario público y el bien, debiendo tomar lugar en razón del cargo; como bien lo sostiene Bernal Pinzón, es necesario que exista una relación funcional entre los bienes materia de apropiación o del uso indebido, y las funciones propias del agente[1142].

«Custodia», es la actividad de cuidado y vigilancia sobre los bienes que importa su tenencia, realizada como función administrativa; no es la mera actividad administrativa de vigilancia (por ejemplo, el

---

(1140) Rojas Vargas, Fidel, *Código Penal,* T. II, op. cit., p. 574.

(1141) Así, Martínez Arrieta, Andrés, *Comentarios al Código Penal,* 4, op. cit., p. 3144.

(1142) Bernal Pinzón, Jesús, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 20.

cuidado de un furgón de dinero de un banco que lleva a cabo un agente de la fuerza pública)[1143]. Si quienes se apropian del dinero son los vigilantes de seguridad (privada) al trasladar el bien mueble desde la institución al banco, no se configura el presente delito, sino el de Hurto, al carecer de la vinculación funcionarial; pero si están insertos en la plana laboral de la Administración, sí pueden estar incursos en el delito de Peculado.

Por custodia se entiende «guardar con cuidado y vigilancia», en este caso, los caudales o efectos públicos. Por eso es que la custodia implica la tenencia de los bienes; no exige una relación permanente, pero al menos debe determinar el momento en que los bienes fueron confiados en custodia en razón del cargo[1144]. La «custodia» importa, por tanto, la detentación fáctica del bien (efectos o caudales) que ingresa a la esfera de funcionario; el cual se convierte en garante, siempre y cuando, el bien haya ingresado en razón del cargo; por ejemplo, si el caudal fue detentado de forma momentánea porque el funcionario encargado pidió que se lo vigilara temporalmente, y así se produce su apropiación, será un delito de Hurto y no de Peculado.

La «custodia» importa, por ende, una tenencia material de la cosa, del bien –objeto de apropiación o sustracción–, una detentación fáctica que permite al agente emprender las modalidades típicas en cuestión, infringiendo los deberes de custodia, protección y conservación del bien.

Mediante tales formas de posesión, que la ley penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, cuidado, conducción y vigilancia (deber de garante) en despliegue de las obligaciones inherentes a su cargo[1145].

(1143) CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* T. II, op. cit., p. 297.

(1144) DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 277.

(1145) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 253.

«Percibir» implica recibir caudales o efectos en razón del cargo funcional; la Administración reparte bienes a determinados funcionarios para cumplir los cometidos propios de la Administración. Aquí el sujeto activo se desempeña en nombre y por cuenta de la Administración Pública, esto es, recibe caudales o efectos siempre y para la Administración Pública[1146]. El autor se erige en garante de los bienes que recibe, y en vez de darles una aplicación pública, los sustrae de la esfera de la Administración, sea apropiándose de ellos o utilizándolos de forma indebida. La percepción es la facultad por la cual se reciben bienes para la Administración Pública, lo que tiene indudable referencia a la cobranza de tributos o derechos[1147].

Los cajeros, tesoreros y otros que realizan actividades afines, reciben diaria y cotidianamente dinero de los usuarios, sea en los depósitos regulares, en el cobro de impuestos, tasas o arbitrios; si el dinero ingresa de forma ilícita, merced a un cobro ilegal por parte del funcionario y así se lo apropia, no habrá delito de Peculado sino de Exacciones ilegales; llevarse el dinero es un acto posterior a la consumación no penado. Por consiguiente, los bienes (efectos y caudales) deben tener una procedencia lícita[1148].

La Administración desarrolla actos de gestión sobre una determinada actuación pública, en cuanto a la ejecución, ordenación y adopción de todos aquellos actos encaminado al buen manejo de la cosa pública. El administrador, por ende, no cuenta con la detentación fáctica de los caudales o efectos, mas debe procurar que los recursos estatales sean ejecutados conforme a las leyes de presupuesto, así como de los objetivos plasmados al interior de la Administración; si aquel no es lo suficiente diligente para cautelar su correcto uso y, así

(1146) Montes Flores, Efraín, *Análisis del delito de Peculado por apropiación*, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 3, op. cit., p. 145.

(1147) Donna, Edgardo, *Derecho penal. Parte Especial,* T. III, op. cit., p. 276.

(1148) Así, Abanto Vásquez, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., p. 353.

toma lugar la sustracción del dinero –puesto a su confianza– se configura el delito de Peculado culposo y no el de la modalidad dolosa.

La confianza no se refiere, por lo tanto, únicamente a la tenencia material de la cosa, sino a la facultad de disponer de ella, ya que administrar no importa tener bajo custodia física[1149]; el administrador puede tomar decisiones que impliquen la salida de los bienes de la esfera de la Administración, sin haberlos tenido físicamente, por ejemplo, el alcalde de una municipalidad que ordena a sus subalternos el desplazamiento de los dineros recaudados por el fisco a su domicilio.

Administran caudales y efectos los tesoreros, los almacenistas, los administradores judicialmente nombrados, los funcionarios o servidores del Banco de la Nación a cargo de los depósitos judiciales, etc.[1150]

El Tribunal Supremo, en el Acuerdo Plenario N° 4-2005-CJ-116, sobre estos elementos, sostiene lo siguiente:

> *La percepción no es más que la acción de captar o decepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.*
>
> *La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción.*
>
> *La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.*

La Sala Penal Transitoria, sobre el caso de los funcionarios, que asumen, por delegación o encargo, las funciones de percepción, administración o percepción, ha dejado entrever lo siguiente (RN N° 497-2010-Junín):

(1149) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. V, op. cit., p. 182.

(1150) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 252.

Al interior de la Administración Pública, los servidores públicos que desarrollan determinadas labores inherentes a sus cargos específicos, paralelamente, pueden recibir el encargo de ejercitar funciones relacionadas a la percepción, administración o custodia de los recursos económicos que genere la institución; en tal sentido, el no rechazo de tales funciones encierra, evidentemente, una aceptación de ellas, generando en los servidores facultades de percepción y administración de dichos caudales. Si bien la procesada tenia vinculación contractual con la entidad para desempeñarse como coordinadora académica, y su coacusada para labores de secretaria, correspondía a la primera, por ser la máxima responsable de la institución, velar por el correcto uso de sus recursos, teniendo disponibilidad jurídica sobre ellos; mientras que la segunda, por el otorgamiento de función delegada de la primera, detentaba la disponibilidad física o inmediata sobre aquellos (como tesorera), precisamente en base a la relación de subordinación existente. A las procesadas les fueron confiados los caudales que recibía la entidad, surgiendo de tal vinculación material y funcional, el deber de cumplir con hacer entrega de ellos en forma íntegra a la municipalidad. Las procesadas eran conscientes de que les eran exigibles los deberes de entregar dichos recursos o, en su defecto, de sustentar los egresos realizados. En ausencia de justificación o de sustentación con documentación falsa, tales egresos deben reputarse inexistentes y, por ende, concluirse que lo que no se gastó fue objeto de apropiación.[1151]

2.3.3. La percepción, custodia y administración de los bienes deben estar confiados en razón del cargo

Acreditar la relación funcionarial entre el *intraneus* y el objeto material del delito, resulta trascendental en la labor hermenéutica, cuya ausencia determina la atipicidad objetiva de la conducta; es pues, la relación funcionarial, lo que construye la calidad de Garante, así como la infracción de los deberes inherentes al cargo.

[1151] En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. N° 35, mayo de 2012, op. cit., p. 207.

Se sostiene que lo decisivo es el quebranto de la confianza, del vínculo que unía al funcionario con los caudales o efectos confiados[1152]; supone la ruptura de la relación de fomento, protección y garantía, base esencial de los deberes que asume el funcionario cuando se convierte en garante de dichos bienes, el cual también se manifiesta cuando toma lugar el Peculado por utilización. Una confianza, cuyos contornos de materialidad típica, exigen más que una mera desatención, necesita de un verdadero quiebre, propuesto en un contenido de desvalor significativo.

Dicho lo anterior, lo que interesa apreciar es el quebrantamiento de los deberes funcionariales, y previamente que el efecto o caudal se le haya confiado al *intraneus* en razón del cargo. Por ejemplo, si el custodio de un bien le pide a otro servidor, cuya función nada tiene que ver con custodiar objetos, que cuide momentáneamente una máquina, mientras atiende otros asuntos, pero este último se apropia de aquella, será constitutivo de delito de Hurto; así también, cuando un servidor ingresa a la oficina de otro y se lleva un CPU y bienes personales, ejerciendo violencia para desapoderar al funcionario del bien custodiado o percibido, será esto un Robo. No comete el delito el funcionario que saca el bien que custodia o administra otro funcionario[1153].

Como bien escribe Molina Arrubla, sea que la adscripción del bien al funcionario provenga de la ley o del acto administrativo [...] lo cierto del caso es que no basta con que esa relación sea meramente material, debiendo existir un vínculo jurídico entre tales extremos (agente delictual y objeto material), de tal manera que si el servidor público se apropia de unos bienes sobre los cuales detenta una mera relación de hecho o material, surgida del ejercicio del cargo y no de la función, no se estructura el hecho punible contra

(1152) Donna, Edgardo, *Derecho penal. Parte Especial,* T. III, op. cit., p. 280.

(1153) Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* T. II, op. cit., p. 297.

la Administración Pública sino, a lo máximo, contra el patrimonio económico[1154].

No se trata aquí de confiar, en el sentido de tener confianza personalmente en el funcionario, sino de estarla encomendada una de esas funciones *por razón de su cargo*, lo cual resulta de la norma legal o resolución que lo disponga[1155].

Siguiendo el hilo conductor esbozado, dicha relación funcional importa una precisión en el marco del análisis típico, de que la apropiación o utilización de los caudales públicos no hayan de tomar lugar únicamente en el decurso del ejercicio funcionarial del *intraneus,* pues al incluirse que la conducta ha de proceder en razón del cargo, exige que la materialidad típica sea producto del abuso o aprovechamiento que le concede al autor su condición de perceptor, administrador o custodio de los bienes[1156]. No basta, por tanto, que acontezca la acción típica con ocasión del cargo, tal como puede verse cuando el servidor público (custodio del bien), en el decurso de la noche, ingresa, conjuntamente con otros malhechores, a la entidad pública donde labora a efectos de apropiarse de los bienes muebles de su oficina, con rotura de obstáculos y durante la noche, configurándose el delito de Hurto agravado; empero, si dicho acceso toma lugar con las llaves de acceso al lugar, que posee por razón del cargo, sí habrá delito de Peculado.

En «razón del cargo», supone que el funcionario o servidor público tenga por competencia funcional las labores de perceptor, custodio o administrador de caudales o efectos, que por disposición de una resolución se determine. Será la Ley o los procedimientos legales

---

(1154) Molina Arrubla, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., págs. 72-73.

(1155) Fontán Balestra, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 852.

(1156) Vide, al respecto, Reátegui Sánchez, James, *El delito de Peculado,* op. cit., págs. 426-429.

aplicables, los que incidan en establecer la esfera competencial del *intraneus* para erigirse en dichas cualidades funcionales. A lo cual se puede añadir, siguiendo a ROJAS VARGAS, el mandato u orden legítima, siempre que coincida con las funciones inherentes al cargo[1157].

Si de forma ocasional se le encarga a un funcionario la custodia de bienes, y así se apropia de aquellos, no configurará el injusto de Peculado; pero, si por motivos excepcionales y de urgencia, no habiendo funcionario competente para hacerse de la percepción de los caudales ante un caso de calamidad pública, se designa a un funcionario como perceptor de aquellos, sí estará incurso en el delito de Peculado –agravado, por el destino de los bienes–.

Como ha señalado MORALES GARCÍA en la doctrina española, debe vincularse a las formas de expresión jurídico administrativas, para inferir de ellas los casos en que el elemento típico se hallará presente y entre las que sin duda se encuentran la disposición legal reglamentaria, el acto administrativo y el contrato, excluyéndose los supuestos de mera ocasionalidad[1158] en la gestión del objeto material y la costumbre cuando esta no es *extra legem*[1159]; [...] siendo indiferente que el funcionario tenga los bienes en una posesión inmediata, bastando que lo detente de forma mediata[1160].

En el Acuerdo Plenario N° 4-2005-CJ-116, con respecto a este elemento, se hace alusión a la «*Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente*

(1157) Cfr., ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 251.

(1158) Así, POLITOFF, Sergio; et al., *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte Especial,* op. cit., p. 493.

(1159) Citado por MORALES PRATS, Fermín; MORALES PRATS, Oscar, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal,* T. III, op. cit., p. 1690.

(1160) MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *Comentarios al Código Penal,* 4, op. cit., p. 3146.

típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos».

Dicho lo anterior, debe verificarse en el decurso del procedimiento penal, que el inculpado tenía la cualidad de custodio, perceptor o administrador de los caudales o efectos supuestamente apropiados o usados indebidamente, como relación funcionarial que sostiene el fundamento material de esta figura delictiva; precisamente, esta relación funcional ventajosa le permite al agente hacer actos de disposición del objeto, en franca contravención a los deberes inherentes al cargo, que, por su alto contenido de desvalor, es sancionado con una pena. Por consiguiente, en el caso del Peculado por apropiación lo que toma lugar es una sustracción definitiva del objeto material del delito de la esfera de custodia de la Administración, es así que el autor (funcionario o servidor público) ejerce una disposición fáctica sobre el bien, incidiendo en una actuación antijurídica encaminada a la apropiación personal de un objeto perteneciente al Estado; bastando, a tal efecto, que se verifique la salida definitiva del caudal o efecto, sin necesidad de que se advierta el aprovechamiento del bien por parte del agente, tampoco que se haya producido una grave afectación a las arcas patrimoniales estatales; donde la devolución del mismo al ámbito interno de la Administración no es susceptible de enervar la antijuridicidad penal de la conducta.

La Sala Penal Permanente, en la Ejecutoria contenida en el RN N° 2745-2011-Junín, sostuvo sobre esta temática, que:

> *Ha quedado debidamente demostrado el delito de peculado doloso, pues se acreditó que el alcalde encausado retiró los fondos públicos de la agencia bancaria, bajo la promesa de depositarlos en la cuenta corriente de la municipalidad agraviada, presentando como documento sustentatorio una papeleta de depósito, que evidencia serias irregularidades en la marca de seguridad y, además, en el Banco de la Nación no existe ningún abono por dicho monto de la fecha que se indica a favor de la comuna. El Colegiado Superior realizó*

> *una adecuada valoración de los medios probatorios sobre la base del principio de inmediación, el cual exige que el juez que pronuncia la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de donde extrae su convencimiento, y haya entrado en relación directa con las partes, testigos, peritos y con los objetos del juicio, de forma que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas litigiosas, fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos y no en referencias ajenas.*[1161]

En el RN N° 2576-2007-San Martín, la Sala Penal Permanente advierte la ausencia de la denominada «relación funcionarial» de la siguiente forma:

> *Si bien existen evidencias de que el encausado utilizo indebidamente un efecto estatal (tractor), no acredita que este le hubiera sido confiado por razón de su cargo, pues tenía la calidad de Contador de la entidad estatal, estatus a partir del cual no es posible colegir una relación funcional entre él y el efecto, ni que ejerciera funcionalmente una tenencia material directa o poseyera disponibilidad jurídica del referido efecto público.*[1162]

Mientras que en otra Ejecutoria, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, RN N° 204-2011-Amazonas, dejó sentado que:

> *En un plano formal, la procesada tenía la calidad de secretaria ejecutiva y sus funciones eran elaborar documentación, recibir, archivar, contestar llamadas telefónicas, atender al público y otras que designara sus superior; en consecuencia, bajo una óptica formal, se evidencia que la procesada no tenía un vínculo funcional con el dinero ilícitamente sustraído del escritorio de su oficina, por lo que resulta imposible atribuírsele la comisión del delito de peculado culposo.*[1163]

(1161) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. N° 56, febrero de 2014, op. cit., p. 234.

(1162) En *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N° 22, abril de 2011, op. cit., p. 175.

(1163) En *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N° 33, marzo de 2012, op. cit., p. 170

2.3.4. Peculado por apropiación

El injusto penal se manifiesta a partir de variantes conductivas, merced a las cuales el agente logra concretizar su propósito delictivo, en la presente hipótesis, apropiarse de los caudales o efectos estatales o privados. El Código Penal colombiano tipifica esta conducta en su art. 1333°, donde el provecho puede ser para sí o para un tercero.

Mediante el acto de apropiación, el sujeto activo se hace de la tenencia fáctica del bien, sustrayéndolo de la esfera de custodia de la Administración, con la posibilidad de ejercer un nuevo *dominus* sobre los efectos o caudales, ora llevándose el dinero en efectivo a su domicilio o depositándolo en una cuenta bancaria (a su nombre o de un tercero –testaferro–).

La apropiación no es propiamente una sustracción; conforme la segunda terminología invocada, el bien ha de estar generalmente bajo la detentación fáctica del sujeto pasivo, lo que no sucede acá, en tanto el agente es el custodio del bien objeto de apropiación.

En la legislación comparada, concretamente en el Código Penal argentino, se ha empleado el término «sustracción», tal y como se desprende en las figuras delictivas de Hurto, lo que puede conllevar ciertos reparos a efectos de fijar la realización típica del delito; entendemos por sustraer, aquella acción que acomete el sujeto activo, desplazando el objeto material de la esfera de custodia del sujeto activo hacia otra, ejerciendo un nuevo dominio sobre la cosa. Se diría, por tanto, que no puede sustraer el bien aquel que lo mantiene en su esfera de custodia, de acuerdo a la descripción típica propuesta en el art. 387° del CP; sin embargo, eso no es tanto así, pues autor del delito de Hurto, puede serlo también aquel que cuenta con la tenencia de la cosa, valiéndose de dicha situación para sustraer el bien de la esfera de posesión del sujeto pasivo. Como hemos sostenido en otros apartados, no necesariamente el apoderamiento debe significar un acto típico de desposesión, es decir, sustraer el bien que se encuentra bajo la tenencia efectiva del sujeto pasivo; porque basta que el objeto

se encuentre en cualquier lugar fuera del alcance de su titular, y que indique plenamente su ajenidad[1164]; de no ser así, se comprendería la acción en los alcances normativos del delito de Apropiación ilícita, lo cual es a todas luces equivocado, en este caso el bien no ingresó de forma legítima al ámbito de tenencia del autor.

Así, CREUS, quien manifiesta que sustraer significa extraer o quitar los bienes de la tenencia de la esfera administrativa en que ellos han sido colocados por las leyes, reglamentos u órdenes legítimas. No se trata indispensablemente de un apoderamiento o de una apropiación, puesto que no es necesario que el agente actúe con el ánimo de hacer penetrar el bien en su propia esfera de tenencia o en la de un tercero; sustrae el que quita el bien de la esfera de tenencia administrativa, aunque solo lo haya hecho con la exclusiva voluntad de apartarlo o separarlo de ella[1165].

Punto importante a saber, es que el legislador nacional no ha condicionado la perpetración del injusto de Peculado, al valor del bien (efectos o caudales), tal como sucede en el caso del Hurto, por lo que se estimaría configurado este ilícito penal cuando el funcionario se lleva a su casa el bolígrafo que le fue confiado en razón del cargo. La interpretación de la normativa penal no puede apegarse a un sentido literal, que si bien puede resultar correcto desde un prisma de estricta legalidad, ha de ser incorrecto desde los criterios legitimadores de un Derecho penal democrático, que ha de ejercer filtros de corrección normativa, conforme a criterios de mínima relevancia jurídico-penal, de manera que habría que rechazarse dicha conducción típica, dejando a salvo la responsabilidad administrativa, si la hubiere; máxime, si dicho objeto le ha sido dado para su uso. Caso distinto es de verse, cuando el servidor todos los días se apropia de bolígrafos pertenecientes a la Administración.

(1164) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. II, op. cit., p. 166.

(1165) CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* T. II, op. cit., p. 296.

Tampoco se ha considerado la cuantificación significativa del bien como circunstancia de agravación, lo que ha importado dicha cualidad ha sido el destino de final del bien. Esta explicación, señala ÁLVAREZ, la hallamos en la naturaleza jurídica del delito de Peculado[1166]. Sostuvimos que el fundamento material del injusto no radica en un basamento patrimonialista, sino en la infracción de los deberes inherentes al cargo funcionarial.

Por «apropiar» se entiende la ejecución o materialización de actos de disposición «*uti dominus*», es decir, actos de señor y dueño, lo que comportaría, de un lado, el que el bien entrase, por una instante siquiera, en la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y, del otro, obviamente la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del mismo, que en este caso no es otro que la misma Administración[1167].

A nuestro entender, la apropiación solo ha de importar la sustracción del bien de la esfera interna de la Administración –de forma definitiva–, por ejemplo, si solo el autor se lleva la maquinaria de trabajo para usarla en su casa y luego la devuelve, sería un Peculado de uso; si saca el bien y lo destruye, habrá delito de Peculado por apropiación. La interpretación configurativa de este injusto no puede asimilarse al delito de Hurto, donde la materialidad típica se seccio-na en dos actos, requiriéndose que el autor haya tenido un tiempo mínimo de disposición del bien, para que tome lugar las formas de imperfecta ejecución.

¿En qué casos puede observarse la apropiación? Cuando el agente vende el bien, lo arrienda, lo da en donación o en usufructo, lo regala, etc.; cualquier acto que manifieste la intención concluyente y definitiva de no retornar el bien a las arcas del Estado.

(1166) HUGO ÁLVAREZ, Jorge, *El delito de Peculado,* op. cit., p. 247.

(1167) MOLINA ARRUBLA, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., págs. 86-87.

La forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.)[1168].

El funcionario o empleado público se apropia de los caudales u otros bienes sobre los cuales ejerce el derecho o facultad inherente a su función de guarda, custodia, administración, etc., cuando arbitrariamente se comporta frente a ellos como señor y dueño[1169]. Así, Reátegui Sánchez, al sostener que la apropiación implica que el funcionario o servidor público dispone del patrimonio del Estado como si fuera su legítimo dueño[1170].

Si es que el funcionario obtuvo el dinero engañando a otro servidor público, será delito de Estafa y no de Peculado.

Respecto al dinero, si el autor se apropiase, por ejemplo, de diez mil nuevos soles y al cabo de una semana los retorna a las arcas estatales, no se dará un Peculado de uso, sino un Peculado por apropiación; el dinero en suma líquida es un bien fungible, por más que se entregue una suma mayor y se apele al factor utilidad o rentabilidad, el delito se habrá cometido.

Elemento importante a saber, es que el caudal o efecto debe haber ingresado a la esfera de custodia del agente de forma lícita, tal como sucede en la figura delictiva de Apropiación ilícita[1171], así, el sujeto se apropia de aquel, desviándolo de su lícito objetivo,

---

(1168) Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 294.

(1169) Bernal Pinzón, Jesús, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 25.

(1170) Reátegui Sánchez, James, *El delito de Peculado,* op. cit., p. 423.

(1171) Cfr., Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. II, op. cit., págs. 286-287.

para darle una aplicación privada. Como bien se dice en la doctrina nacional: él no sustrae los bienes, ellos ya estaban en su poder de disposición en función de su cargo: el sujeto simplemente no administra los bienes destinándolos a la función pública para la que estaban destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio patrimonio[1172].

En el Dictamen Fiscal N° 987-2000-1° FSP-MP, se sostiene que: «*[...] que el encausado en su condición de Contador Cajero [...] ha cometido delito de Peculado, por cuanto las pruebas demuestran que este simuló el arrebato de quince mil nuevos soles con el único fin de apropiarse de dicho dinero en forma ilegal [...]*».[1173]

En el Acuerdo Plenario N° 4-2005-CJ-116, fundamento 12 lit. c, se dice que:

> *Apropiación o Utilización. En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esferas de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderase para sí o para un tercero.*

La apropiación si bien ha de generar la posibilidad de que el agente puede disponer del bien, ello no tiene por qué ser verificado a efectos de realización típica, únicamente que el bien ha sido sustraído de la esfera de custodia de la Administración de forma definitiva; pues su posterior destrucción podría ser reputada como una causal de atipicidad penal y así conducir la conducta al delito de Daños, lo que es dogmáticamente incorrecto.

(1172) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., p. 342.

(1173) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal,* op. cit., p. 640.

Por último debe indicarse, que una modalidad de Peculado por apropiación, muy conocida en el ámbito de la Administración Pública, es simular el pago a ciertos profesionales o técnicos, para la, supuesta, prestación de servicios a los estamentos públicos, "trabajadores fantasmas" cuyas autoridades los emplean para justificar el egreso de partidas económicas, cuyo real propósito es de apropiarse de dichos caudales; por lo que no se está ante un caso de Colusión ilegal sino de Peculado por apropiación, pues, en el primero de ellos debe tomar lugar un verdadero proceso de selección pública-administrativa; y si bien hay evidente favorecimiento a uno de los postores, no por ello se simula un acto, como el que se indica, para justificar el manejo indebido de los fondos públicos. Es a tal efecto, que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el RN N° 4936-2008-Puno, hace alusión a los tristemente célebres «trabajadores fantasmas», señalando que:

> *El encausado en su condición de ex administrador y contador, permitió que se registre falsamente como trabajador de una obra a una persona que no laboraba en ella y se le pague indebidamente sus remuneraciones, pese a que no realizo labor efectiva a favor de la entidad agraviada, causándole un perjuicio económico. Dicho incumplimiento de su obligación de cautelar los caudales, cuya administrador le fue confiada por razón de su cargo, fundamenta el delito de peculado.*[1174]

2.3.5. Peculado por utilización

El Peculado de uso, manifiesta una materialidad típica distinta a la señalada en el caso de peculado por apropiación; en esta hipótesis el agente no devela la intencionalidad de ejercer un nuevo *dominus* sobre el objeto material del delito, sino de aprovecharse de las cualidades del mismo.

(1174) En *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N° 26, agosto de 2011, op. cit., p. 165

En esta forma de Peculado, el sujeto se limita a usar arbitrariamente de los bienes públicos, que tiene bajo su cuidado, no con el ánimo de quedarse definitivamente con ellos, sino, por el contrario, de restituirlos[1175]. No hay aquí el ánimo de dominio sino solo de servirse del bien[1176].

Al no existir una conducta de apropiación de los caudales o efectos, aquellos no saldrán de forma definitiva de la esfera de custodia de la Administración, en tanto su empleo no requiere de un acto típico de sustracción.

Así, observamos en el caso del Hurto, donde el legislador ha bifurcado en dos planos típicos de actuación normativa, primero, la modalidad de sustracción con la intención de ejercer un nuevo dominio sobre el bien y, segundo, la modalidad de uso del bien mueble, siempre que se tenga la intención de devolverlo a la esfera de custodia del sujeto pasivo.

Siendo así, la utilización solo puede tomar lugar ante bienes no fungibles, por ejemplo, si el funcionario se apropia de cinco mil nuevos soles y luego los devuelve, argumentando que solo lo empleó para un fin altruista, habría de desdeñarse dicha sustentación, en tanto la conducta ha exteriorizado un típico caso de peculado por apropiación. Así también, cuando el *intraneus,* se lleva papel de impresión, para ser utilizado de forma personal en su casa y, luego lo devuelve.

En la doctrina nacional se entiende por bienes a todas aquellas cosas materiales o inmateriales aptas para satisfacer una necesidad humana y susceptible de apropiación o utilización[1177].

(1175) Bernal Pinzón, Jesús, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 27.

(1176) Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 254.

(1177) Hugo Álvarez, Jorge, *El delito de Peculado,* op. cit., p. 261.

Un sector de la doctrina colombiana apela a una consideración interesante, concerniente al uso indebido que se da específicamente con el préstamo de dineros del Estado, o colocando a interés tales dineros para apropiarse de los réditos[1178]; mas de todas formas convenimos que existe propiamente una apropiación, en tanto la devolución o el uso del dinero, importa una conducta *post-delictum*. La restitución del bien por parte del funcionario, según nuestra *lege lata,* no es causal de exoneración de pena, tampoco de atenuación de culpabilidad. Cuestión distinta es de verse, cuando el funcionario arrienda un bien inmueble estatal y así recibe una renta indebida, no habrá acá apropiación, sino utilización[1179].

El uso puede darse en la esfera interna de la Administración o de forma externa, en el primero, cuando el servidor público regenta con el teléfono de su oficina, al haberlo colocado en un aviso publicitario para la venta de bienes inmuebles; situación distinta es de verse cuando llama de emergencia a su casa para informarse sobre la salud de su esposa; mientras que el segundo caso se da, por ejemplo, cuando el funcionario usa el vehículo signado oficialmente para recoger a sus hijos del colegio o es usado por su mujer para hacer compras. No obstante ello, atendiendo a las circunstancias particulares, pasar por un banco para retirar dinero o parar en una farmacia para la compra de medicinas, no será constituirá Peculado de uso.

La utilización puede ser para sí o para otro, por tales motivos, quien se aprovecha del empleo del bien puede ser una persona distinta al funcionario público.

Cada uso que se dé al bien mueble constituiría un delito autónomo, no importa, por tanto, un delito de efectos antijurídico permanentes en el tiempo.

(1178) MOLINA ARRUBLA, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 110.

(1179) Así, HUGO ÁLVAREZ, Jorge, *El delito de Peculado,* op. cit., p. 262.

Usar ha de referirse a bienes (efectos o caudales), por ejemplo, cuando el gerente de una Municipalidad hace que sus subordinados funjan de mozos en una recepción personal o de obreros en la construcción de su casa de verano, no será delito de Peculado. En la primera hipótesis, si los hechos acaecen fuera del horario de trabajo, no habrá delito alguno, pero si toma lugar en el horario laboral, y así dichos servidores cobran normalmente su sueldo, será un delito de Estafa, donde el funcionario hace las veces de un instigador de dicha modalidad delictiva. Y si él emplea dinero de los gastos corrientes, para adquirir un vehículo para su uso oficial, será un delito de Malversación de fondos. No obstante, para un sector de la doctrina nacional, la mano de obra de se comprende en el término «caudales»[1180], lo que a nuestro parecer supone una un forzamiento de los conceptos empleados por el legislador[1181]. La legislación penal argentina, concretamente en el art. 261°, recoge de mejor forma dicha posibilidad, al disponer que: *la represión se dirige al funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública*; acá la labor de un servidor es perfectamente comprensible como un trabajo pagado por la Administración.

En la Sentencia recaída en el RN N° 4050-2001, se expone lo siguiente:

> *Con respecto al delito de peculado, que se imputa al procesado, el mismo se encuentra acreditado por el mérito del informe pericial contable ratificado debidamente, en cuyas conclusiones se establece que existe un faltante de dinero sin documentar ascendente a 388 nuevos soles, así como también con las conclusiones del informe de Contraloría que*

(1180) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., p. 345.

(1181) Así, HUGO ÁLVAREZ, Jorge, *El delito de Peculado,* op. cit., p. 294.

establece que el encausado y el ya sentenciado utilizaron indebidamente los caudales de la municipalidad agraviada.[1182]

En cuanto a su delimitación típica, con el Peculado de uso, contemplado en el art. 388° del Código Penal, vendría a sostenerse sobre el objeto material del delito, esto es, en este último el uso recae sobre vehículos, maquinaria o cualquier otro instrumento de trabajo, lo que hace restringir los alcances normativos de esta modalidad de Peculado. Máxime, no se entiende por qué razones el Peculado por uso recibe una penalidad atenuada en comparación con el Peculado por utilización del art. 387° del Código Penal.

En líneas últimas, destacamos lo acotado por el penalista colombiano BERNAL PINZÓN, cuando asevera que es de conocimiento que funcionarios públicos inciden a diario en conductas que encajan matemáticamente en la previsión legal. Todos los funcionarios públicos en Colombia tienen automóvil, por ejemplo, deberán estar en la cárcel, no solamente por el uso arbitrario de los vehículos, sino por la apropiación que hacen del combustible oficial que es necesario para su funcionamiento[1183].

2.3.6. La apropiación o utilización del bien ha de ser para sí o para otro

El legislador parece haber incluido dichos elementos para reforzar la intención del autor, que ha de ser el obtener un provecho; con cierta semejanza con el delito de Hurto, empero, ha de advertirse una serie de distinciones entre ambas tipificaciones penales. Desde un aspecto subjetivo, lo único que se exige es el dolo en la esfera anímica del autor, quien debe ser consciente de que los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza son de patrimonio estatal (o privados), y

---

(1182) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal,* op. cit., p. 624.

(1183) BERNAL PINZÓN, Jesús, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 28.

cuyo destino está fijado de antemano por la ley, por una resolución, de forma que no resulta comprensible la concurrencia de un ánimo de naturaleza trascendente, que en el caso del delito de Hurto, es la intención deliberada de obtener un provecho para sí o para un tercero, cuya negación daría lugar al tipo penal de Hurto de uso[1184].

En el delito de Peculado no se puede hablar con propiedad de un ánimo de naturaleza trascendente, en cuanto a la *obtención de un provecho*, tanto por su propia naturaleza legal, como las variadas formas de su perpetración típica, verbi gratia, el funcionario que se apropia de un teléfono satelital de la Administración y luego lo destruye por no habérsele otorgado un aumento salarial. En efecto, estamos hablando de una predisposición volitiva que aparece luego de que el delito se consumó, que no requiere ser acreditado a efectos de realización típica.

La fase de agotamiento del hecho punible peculado por apropiación, se consolida cuando el agente directa o indirectamente logra apoderarse de los caudales o efectos del Estado, resultando irrelevante en la configuración del tipo establecer quién se benefició con dichos bienes: el autor o un tercero[1185].

El que recibe el caudal o efecto puede asumir responsabilidad penal por el delito de Peculado, no como autor sino como partícipe, si es que su colaboración tomó lugar en el etapa ejecutiva del delito, si es que su aportación fue imprescindible o accesoria, para que el agente pueda sustraer el dinero de la esfera de la Administración, como sucede con el chofer, la secretaria, la esposa, etc., que trasladan los valores económicos a un lugar fuera de la custodia de la Administración en comparsa con el funcionario encargado de su

---

(1184) Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. II, op. cit., págs. 172-173.

(1185) Hugo Álvarez, Jorge, *El delito de Peculado,* op. cit., p. 241; Cfr., Reátegui Sánchez, James, *El delito de Peculado*, op. cit., págs. 422-423.

administración o percepción. Mas, si su intervención se manifiesta luego de que el dinero ya salió de la Administración, sea colocándolo en una cuenta bancaria o inyectando el capital en una empresa, será autor del delito de Lavado de activos, pero no por Peculado.

En la legislación española se produce una dificultad, en la tarea de hermenéutica, al haberse incluido de forma expresa en el tenor literal del art. 432° del CP, el llamado ánimo de lucro, repercutiendo en la configuración de la modalidad omisiva.

2.3.7. Circunstancia de agravación por el valor de lo apropiado (introducida por la Ley N° 29703)

De los diversos injustos funcionariales que el legislador ha agrupado en el Título XVIII de la Codificación punitiva, el delito de Peculado y sus derivados, adquieren especial relevancia, en orden a dos factores a saber: primero, desde un plano dogmático, la sustantividad material de estos injustos ha de verse en la relación de carácter institucional que se entabla entre el sujeto público y el objeto material del delito (causales y efectos), dando lugar a una posición de garantía, cuyo prevalimiento, en orden a la apropiación o utilización de los valores comprometidos, supone una grave ofensa a los intereses jurídicos afectados; segundo, desde un plano criminológico, se advierten no pocos casos, en que funcionarios o servidores públicos, se ven envueltos en esta clase de comportamientos antijurídicos, quienes desvían los fines que dichos bienes deben cumplir en el entramado público, dándoles una aplicación de naturaleza privada, sea para sí o para otro. Por consiguiente, estamos frente a un injusto funcionarial de incidencia criminal significativa, que obliga al legislador a efectuar constantemente un análisis de lege lata, en la procura de que la norma jurídico penal pueda desplegar sus fines preventivo-generales, en cuanto a una eficaz tutela al bien jurídico protegido.

El estado descrito ha implicado, desde una visión de política criminal, por ejemplo, la penalización del llamado Peculado culposo,

amén de fortalecer la misión tutelar del Derecho penal, ante un bien jurídico trascendental en el marco de la institucionalidad democrática de Derecho (Administración Pública); por tales motivos, se relativiza el principio de mínima intervención, ante una respuesta penal encaminada a ejercer con mayor eficiencia los efectos disuasivos e intimidatorios de la normativa penal. Es así, que la infracción de los deberes de conservación, protección y tutela, de los caudales y efectos (públicos o privados), puede conllevar, para el *intraneus* (custodio, administrador o perceptor), responsabilidad penal por la modalidad delictiva plasmada en el último párrafo del art. 387° del CP, siempre que la vulneración a los deberes de custodia, haya permitido a otro (funcionario público o particular), la sustracción de los caudales o efectos.

Es de verse, entonces, que el interés jurídico tutelado ha de construirse desde los parámetros jurídico-constitucionales que sostienen la actuación de la Administración Pública, en cuanto a la objetividad, independencia e imparcialidad, que han de observar rigurosamente los funcionarios y servidores públicos, en el desempeño de sus funciones; a su vez aquello supone sujetar su actuación funcionarial al espectro de legalidad, en el sentido de desarrollar la tarea pública, conforme a las exigencias que la normativa define escrupulosamente.

Es sabido, que todos los estamentos de la Administración Pública deben desarrollar o ejecutar una serie de servicios públicos en beneficio de la población, para tales propósitos requieren agenciarse de una serie de bienes y servicios; la Administración adquiere una serie de bienes (muebles e inmuebles), maquinaria, vehículos, instrumentos de limpieza, ordenadores o soportes informáticos, etc., efectos que son asignados a ciertos funcionarios, en calidad de percepción, custodia o administración; así también, los diversos estamentos públicos, reciben un presupuesto para el pago de planillas corrientes, para la construcción de obras públicas y, a su vez, captan

dinero de los usuarios, en los servicios que ordinariamente ofrecen. Por otro lado, en dicho proceder funcionarial, toma lugar la adopción de medidas que afectan los bienes de los particulares en el decurso de la imposición de medidas cautelares (embargos, secuestros, etc.), de forma general en los procesos de ejecución coactiva. Conforme a ello, la Administración se convierte en custodio y garante de esos bienes, hasta que se decida de forma definitiva su situación jurídica.

Los bienes públicos o privados entran a ser objeto de administración por el funcionario o empleado oficial sin que sea necesario que se produzca un ingreso formalmente perfecto; basta, pues, que el funcionario los reciba en calidad de tal y tenga dentro de sus funciones las de administrarlos o custodiarlos[1186].

Siendo así, la aplicación de estos bienes (efectos y caudales) han de seguir estrictamente, los fines que la ley fija al respecto, por tales motivos, el funcionario o servidor público, no puede darles un destino contrario a lo previsto en la normativa pública; sí así lo hace, sustrayendo los bienes de la esfera de la Administración o utilizándolos para fines privados, puede estar incurso en algunas de las modalidades típicas regladas en el art. 387° del Código Penal. Por consiguiente, el bien jurídico tutelado, son los objetivos legales que deben cumplir dichos bienes, con arreglo a las funciones prestaciones que desarrolla la Administración, a servicio de la comunidad; apreciación que se ve fortalecida cuando se entiende que la gestión pública está sometida también al principio de eficacia.

Si bien se desprende un contenido patrimonial en el desvalor de estos injustos funcionariales, pues la pérdida de posesión de dichos bienes, supone una merma en el acervo patrimonialista estatal, no es menos cierto, que el bien jurídico no puede adquirir dicha caracterización, en base a la puntualización antes señalada; máxime, cuando

(1186) CANCINO, Antonio, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 104.

el reintegro del dinero (inclusive en monto superior), al apropiado por el *intraneus*, no implica enervar la antijuridicidad material de la conducta, a lo más una atenuación de la pena según el marco penal imponible. Dicha consideración, resulta importante al momento de fijar el estadio consumativo, en la medida que la perfección delictiva no está condicionada a la producción de un perjuicio en las arcas fiscales de la Administración.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, sobre el reintegro de los bienes objeto de apropiación, ha dejado entrever en el RN N° 1229-2010-Loreto lo siguiente:

> *La circunstancia agravante del delito de peculado culposo (cuando este recae sobre caudales o efectos destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social) se encuentra acreditada en tanto lo bienes sustraídos (planchas de calamina, bobinas de plástico y raciones de alimentos fríos donados por el Indeci) estaban destinados a cubrir las necesidades de apoyo logístico de las familias damnificadas por un desastre natural, encontrándose por ende, orientados a salvaguardar sus carencias. De lo investigado se tiene que, el procesado en virtud no solamente de Alcalde de la Municipalidad Distrital, sino además de Presidente del Comité Distrital de Defensa Civil, incumplió los actos propios de su función e inherentes a su cargo, permitiendo que su coencausado –el Secretario Técnico del referido Comité Provisional– dispusiera de los materiales que fueron oportunamente proporcionados por el Indeci para cubrir las necesidades que venían afrontando los habitantes de la comunidad ante el desastre natural que afectó sus viviendas.*
>
> *Una vez que los bienes fueron objeto de apropiación por tercera persona, el encausado procedió a reemplazarlos con otros de la misma naturaleza, que afecta los intereses patrimoniales del Estado. Es decir, con la apropiación de los materiales de propiedad de la municipalidad se consumó el ilícito con presidencia de la reposición de estos –con otros de iguales o de similares características–, que eventualmente signifiquen*

una desfiguración del perjuicio ocasionado. La afectación se concretizo al no haberse acudido oportunamente a las familias damnificadas.[1187]

El desvalor del resultado, en términos monetarios, por tanto, no había sido tomado en cuenta por el legislador, para la construcción de una circunstancia de agravación; empero, ello no era óbice, para que dicho factor dinerario (valor del perjuicio), pueda ser valorado por el juzgador, al momento de la determinación e individualización de la pena, pues no es lo mismo la apropiación de una impresora que la apropiación de una maquinaria, cuyo valor asciende a la suma de trecientos mil dólares americanos.

Ahora bien, el legislador ha seguido la pauta de valorización económica del bien (causal o efecto) objeto de apropiación o utilización, para la elaboración de la circunstancia agravante contenida en el segundo párrafo del articulado, que actualmente establece lo siguiente: «*Cuando el valor de los apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias*[1188], *será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa*». Importa la utilización de criterios puramente objetivos[1189].

En la legislación comparada, observamos una opción política criminal semejante, cuando en el inc. 2 del art. 432° del Código Penal español se norma como circunstancia de agravación, que: «[...] *la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraías y al daño o entorpecimiento producido al servicio público [...]*».

Nos parece acertado que la legislación penal española, haya incluido el factor de dañosidad, para complementar la valoración del

---

(1187) En *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N° 34, abril de 2012, op. cit., p. 178

(1188) Diez UIT equivalen a S/. 38 500 nuevos soles.

(1189) Cfr., Polaino Navarrete, Miguel, *Delitos contra la Administración Pública (VII)*, op. cit., p. 408.

desvalor del resultado, lo cual reviste a la circunstancia de agravación de una mayor dosis de sustantivad material; a su vez, sustraer del ámbito de punición, conductas, que por su mínima significancia patrimonial, no deben ser alcanzadas por una pena. Así, se pronuncia ABANTO VÁSQUEZ, cuando anota que este elemento debería ser introducido, pues, dado que el injusto penal está en función de la gravedad de la afección al patrimonio administrado, el monto del peculado debe tener alguna relevancia penal[1190].

Así, en la doctrina española especializada, cuando se dice que la valoración no dependerá sin embargo, exclusivamente, de la cuantía económica de la sustracción, sino que habrá de conjugarse con el daño o entorpecimiento provocado al servicio público que a su vez, precisamente por ello, deberá evaluarse conforme a baremos ajenos al perjuicio económico (verbi gratia, retrasos en la prestación del servicio, formación de listas de espera, etc., cuya vinculación objetiva al hecho del autor deberá quedar perfectamente acreditada)[1191].

El art. 397° del Código Penal colombiano, dispone en los párrafos segundo y tercero, que: *si lo apropiado supera un valor de doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes o cuando lo apropiado supera un valor de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes*; la pena será de cuatro a diez años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

Siguiendo el hilo conductor de las ideas, estimamos justificado, una penalización más severa, definida por el contenido del desvalor del resultado, en lo que concerniente a la magnitud de los efectos perjudiciales, lo que permitirá ejercer con mayor rigor los efectos

---

(1190) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., p. 363.

(1191) MORALES PRATS, Fermín; MORALES GARCÍA, Oscar, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal,* T. III, op. cit., p. 1692.

preventivo-generales de la pena. Se sostiene, que ello es coherente con la especial protección que merece el patrimonio público, en cuanto sometido el funcionario en su gestión al principio constitucional de eficacia[1192].

2.3.8. Modificación al artículo 387° vía Leyes N° 29578 y 30111

En lo que respecta al delito de Peculado (doloso y culposo), la dación de la Ley N° 29578 del 21 de julio del 2001, significó precisar ciertos conceptos, luego de la modificación producida por la Ley N° 29703, que introdujo un criterio «patrimonialista» –«*Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años*»–, a efecto de construir una circunstancia de agravación, la glosada en el segundo párrafo del art. 387° de la Codificación punitiva, en cuanto al mayor desvalor del resultado, que toma *lugar* cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase las diez unidades impositivas tributarias, incidiendo en la imposición de una penalidad de mayor severidad.

Mediando dicho criterio de valoración jurídico-penal, se definía también la circunstancia agravante por el destino de los caudales o efectos, tanto del Peculado doloso como del Peculado culposo, que su configuración típica no está condicionada al valor patrimonial del objeto material del delito (independientemente de su valor –«*Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años*»–). Especificación normativa en realidad innecesaria, en la medida, que se entiende que el fundamento de la agravación reside en el destino de los caudales o efectos, en este caso a fines asistenciales o a programas de apoyo social, donde el magnitud que adquiere el desvalor del injusto, ha de

(1192) Ibídem, p. 1693.

verse en la legítima defraudación de los intereses comunitarios, generando una mayor alarma social, lo que en caso, justifica una penalidad más intensa. En resumidas cuentas, fue acertado suprimir el elemento «*independientemente de su valor*», porque encuentra pleno asidero desde un plano de correcta interpretación normativa –«*Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años*»–.

La Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013, elaborada en el marco del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016, y con el propósito de cumplir con los estándares exigidos por diversos instrumentos internacionales –Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE–, incorporó la pena de multa para los delitos de corrupción que revisten mayor gravedad e incidencia: Concusión, Peculado, Colusión desleal, malversación de fondos, cohecho en sus distintas formas —incluida la de carácter internacional—, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

En efecto, la sanción para Peculado doloso será privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años y 180 a 365 días-multa; para los Peculados agravados no menor de 8 ni mayor de 12 años y 365 a 730 días-multa; para el Peculado culposo no mayor de 2 años y con prestación de servicios comunitarios de 20 a 40 jornadas, y si es agravado no menor de 3 ni mayor de 5 años y 150 a 230 días-multa.

3. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La acriminación del delito de Peculado, en sus dos vertientes (apropiación y utilización), es punible a título de dolo; conciencia y voluntad de realización típica; el *intraneus* sustrae los caudales o

efectos del ámbito interno de la Administración, con la intención de ejercer un nueva relación de custodia (privada) sobre el bien, sabiendo que es un patrimonio estatal o de pertenencia privada.

El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, en cuanto a la apropiación de caudales o efectos de naturaleza estatal[1193] y la detentación de su custodia, percepción o administración en razón del cargo funcionarial, de ahí que podría admitirse un error de tipo, cuando el agente duda sobre la procedencia del bien.

Así, el dolo ha de comprender también la dirección volitiva de la apropiación o del uso del caudal o efecto de forma, que no admitimos la concurrencia de un ánimo de naturaleza trascendente, como el ánimo de lucro –como sí de forma expresa lo contiene el art. 432° del Código Penal español–, pues la redacción típica no contiene la preposición «*para*»; siendo así, la conducción volitiva es la que determina la variante de modalidad típica en cuestión, es decir, el sujeto con su acción u omisión está inyectando una finalidad específica.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el RN N° 1226-2009-Ayacucho, sobre la necesaria presencia del dolo del autor afirma que:

> *Si bien se ha comprobado el detrimento económico en perjuicio de la institución agraviada, no se ha demostrado que los acusados hayan actuado con dolo, esto es, con conocimiento e intención de lesionar en el bien jurídico. Tampoco se ha acreditado que obraran con la intención "ex profesa" de facilitar la apropiación de caudales por parte de terceros, ni que existió concierto entre los procesados y los trabajadores beneficiados. El delito de peculado requiere acreditar el dolo, esto es, que los procesados conocieron y quisieron realizar los elementos del*

(1193) Así, Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 257.

tipo penal (conocimiento y voluntad). El hecho de que los encausados no hayan efectuado un adecuado control del manejo presupuestal del sector que propicio que se efectúen pagos indebidos a terceros, no revela una conducta dolosa, sino conlleva colegir un proceder negligente o culposo de los procesados.[1194]

ABANTO VÁSQUEZ, sostiene que la falta de exigencia expresa de «ánimo de lucro» en el tipo penal peruano, permite comprender una serie de conductas observadas en la práctica, cuando el sujeto activo no persigue beneficiarse económicamente, sino perjudicar a la Administración Pública[1195]; verbi gratia, cuando la destrucción de los bienes viene seguida de la apropiación.

A decir de REÁTEGUI SÁNCHEZ, el dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcionarial, así como la intención del agente de apropiarse o dar uso privado a los bienes[1196].

4. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La perfección delictiva del injusto de Peculado ha de ser analizada de forma particular, en cada una de sus modalidades delictivas, es decir, por *apropiación* y por *utilización*. Es prudente advertir, que la apropiación de caudales y efectos por parte del agente, implica la sustracción de la esfera de custodia de la Administración, debiendo acontecer un desplazamiento físico, que, por ejemplo, puede tomar lugar desde la propia oficina del funcionario, quien transfiere el dinero depositado en la cuenta de la entidad estatal a la cuenta personal de su testaferro; traslación (material o inmaterial), que debe hacerse para ejercer una nueva posición de dominio sobre el bien; mas, si lo

(1194) En *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N° 15, septiembre de 2010, op. cit., p. 225.

(1195) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., p. 358.

(1196) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *El delito de Peculado,* op. cit., p. 432.

que pretende el autor es de usar el bien y luego devolverlo, estará incurso en la modalidad típica de utilización.

Conforme lo anotado, sustraer el bien de la esfera de custodia de la Administración, permite al autor disponer de aquel, sin necesidad de que dichos actos de materialidad hayan de ser verificados por las agencias de persecución; es por ello, que postulamos que el peculado es un delito de consumación instantánea y no de resultado, pues no es indispensable acreditar un perjuicio patrimonial en el erario; inclusive el funcionario puede devolver una suma mayor a la apropiada, lo que no enerva la antijuridicidad penal de su conducta, y que no obsta a la procedencia necesaria de una pericia contable. Por consiguiente, no es necesaria la concreción de un aprovechamiento personal del bien.

La jurisprudencia nacional se ha orientado en ese sentido, al punto que en todo proceso penal por delito de Peculado se exige la realización de una pericia técnica contable o, en su caso, de valorización, por la cual se evidencie el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado. Si la pericia concluye que con la conducta del investigado no se ocasionó perjuicio patrimonial alguno, el delito de Peculado no se verifica al faltarle un elemento objetivo. En ese sentido la ejecutoria Suprema de fecha 23 de setiembre de 2008, argumenta:

> *Constituye ya una línea jurisprudencial definida, considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia técnica (valorativa contable), en razón de que esta permite establecer la existencia de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar diferencias entre los ingresos y egresos de dinero; que, por tanto, de las conclusiones en ella contenidas y en la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que la sustentan dependería la existencia del aspecto material del delito.*[1197]

(1197) RN N° 889-2007-Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.

En la doctrina nacional, REÁTEGUI SÁNCHEZ, escribe que la apropiación se verifica en la medida que el sujeto activo del delito se apodere de los bienes que el Estado le ha confiado a su cargo, se comporta como legítimo propietario de ellos y dispone de los bienes como si formaran parte de su patrimonio personal o privado, es decir, este supuesto se perfecciona cuando el funcionario o servidor público usa los bienes que le han sido confiados por el Estado como si fueran propios[1198]. ABANTO VÁSQUEZ, es de la misma postura, al señalar que la consumación no se da con la simple sustracción, sino con el uso del bien como si fuera propio (apropiación), además, agrega, se exige el «perjuicio patrimonial»[1199]. En cambio para ROJAS VARGAS, la consumación se realiza instantáneamente con la apropiación[1200] y el tipo no requiere necesariamente se produzca, para consumar el delito, provecho económico o utilidad para el sujeto activo o tercero[1201].

Exigir que se constate una efectiva utilización de los bienes apropiados, para dar por consumado el delito, es forzar demasiado, ir más allá de lo que se desprende del tenor literal del tipo penal; a nuestro entender, basta la posibilidad de disponibilidad fáctica del bien. Una posición contraria, fijaría dicho momento como un delito tentado, erróneo dogmáticamente.

Según lo anotado, pueden identificarse formas de imperfecta ejecución, cuando el autor (agente) no logra sustraer el bien de la esfera de la Administración por motivos ajenos a su voluntad; así, si el cajero es detectado *in situ* por los custodios del orden, pretendiéndose llevar el dinero de la caja, será una tentativa. Esta alternativa ha

---

(1198) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *El delito de Peculado,* op. cit., p. 433.

(1199) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública...,* op. cit., p. 359.

(1200) Así, HUGO ÁLVAREZ, no obstante, argumenta es un hecho punible de resultado; *El delito de Peculado,* op. cit., p. 220.

(1201) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 257.

de admitirse, siempre y cuando la apropiación pueda ser fraccionada en ciertos actos en el tiempo[1202], cuando no existe sustracción, no es posible admitir tentativa, piénsese en el caso de la transferencia telemática de caudales.

El Peculado por *utilización,* adquiere perfección delictiva, cuando el agente logra usar el bien objeto de custodia, percepción o administración, es decir, cuando se sirve materialmente de las bondades del bien; en caso de arrendar el bien mueble, cuando permite su uso por un tercero, sin que se acredite la entrega de un dinero por merced conductiva. Hasta antes de producirse el uso del bien, pueden revelarse actos, objetiva y unívocamente demostrativos, del emprendimiento delictivo del agente; verbi gratia, se verifica la salida del bien de la esfera de la administración, mas no llega a usar el aparato electrónico, al ser detectado por los custodios del orden[1203].

5. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Constituye circunstancia agravante –en razón de la modificatoria al delito de Peculado mediante la Ley N° 29703, conservada por las leyes N° 29758 y N° 30111– que el monto de lo apropiado o utilizado sobrepase las diez UIT, tal como lo estipula el segundo párrafo del artículo *sub examine*; probablemente, para incidir en conductas que afecten seriamente el patrimonio y los intereses económicos del Estado.

El desvalor del delito de Peculado radica en la infracción de los deberes inherentes al cargo funcionarial, el reproche jurídico-social por la defraudación de los legítimos intereses de los comunitarios,

---

(1202) Vide, al respecto, MOLINA ARRUBLA, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 92.

(1203) Así, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública...,* op. cit., p. 359; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *El delito de Peculado,* op. cit., p. 424.

quienes se ven alarmados cuando el funcionario en vez de aplicar los efectos y caudales en bienestar estricto de la colectividad, se sirve del cargo para apropiarse de ellos o utilizarlos.

De lo anotado, aparece no solo la reprobación jurídico-penal, concretamente en el tercer párrafo del art. 387° del Código Penal, sino también el reproche social, justificado por una actuación que tiende a subvertir los cometidos esenciales de la Administración Pública, según el plano de valores contenido en el Texto iusfundamental.

Los bienes (caudales o efectos) han de tener como naturales destinatarios a la población, en el marco de los servicios públicos que la Administración ha de prestar; así, los materiales de construcción para un colegio, el dinero dirigido a la instalación de alumbrado público, la provisión de repuesto para el sistema informático de una entidad estatal, etc. En efecto, aparece con mayor nitidez la función social de la Administración, cuando «los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social»; el Estado peruano, consciente de las diferencias socioeconómicas de la población, identificando estratos sociales empobrecidos, carentes de los elementos indispensables para su normal sostenimiento, ha de procurar la ejecución, planificación y desarrollo de una serie de programas de apoyo social, teniendo como principales accesitarios a los pobladores de escasos recursos, a partir del reparto de alimentos, víveres, ropa y otros enseres. Entonces cuando los caudales o efectos tienen fines asistenciales o programas de apoyo social, se propicia un estado de mayor desvalor antijurídico, así como del reproche culpable, tomando en cuenta la magnitud del perjuicio en la masa poblacional afectada[1204].

En la ejecutoría expedida en el RN N° 2104-2001 se expone que: «*La conducta del proceso constituye delito de peculado agravado, por*

[1204] Así, Hugo Álvarez, Jorge, *El delito de Peculado,* op. cit., p. 267.

cuanto el agente se ha apropiado de los fondos destinados a apoyo social que se había asignado para la construcción de aulas en el centro educativo, encuadrándose dicha conducta en la forma agravada del delito de peculado, por tratarse de caudales destinados a programas de apoyo social».[1205] Aquí el mayor injusto está en el mayor daño que la conducta puede causar en determinados administrados[1206].

El dolo del autor debe de comprender el destino de los caudales o efectos, debe saber que se trata de bienes insertos en programas de asistencia o apoyo social; si el agente desconoce dicha condición y así se apropia o utiliza los bienes, su conducta ha de ser reprimida conforme el tipo base.

La punición de la conducta no está condicionada al valor del objeto material del delito, lo cual resulta correcto, pues el mayor desvalor viene sustentado por la defraudación de las legítimas expectativas de aquella población que requiere prestaciones asistenciales o de programas de apoyo social, donde la perturbación al servicio público adquiere significación importante; máxime, ante la ocurrencia de calamidades. Semejante puntualización toma lugar en la hipótesis de la circunstancia de agravación en la modalidad delictiva del Peculado culposo.

6. ¿SE PRODUCE UN CONCURSO IDEAL O CONFLICTO DE NORMAS PENALES ENTRE LOS DELITOS DE PECULADO Y EL DE MALVERSACIÓN DE FONDOS?

A fin de definir con toda precisión dogmática y teórica conceptual, si puede efectuarse una tipificación simultánea entre el delito de Peculado y el tipo penal de Malversación, hemos de distinguir la figura del concurso ideal de delitos con el conflicto

(1205) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal,* op. cit., p. 359.

(1206) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública...,* op. cit., p. 361.

aparente de normas penales, pues si estuviésemos ante la última alternativa, no se podría legítimamente sancionar a los acusados por ambas figuras del injusto funcionarial, al estar de por medio un principio garantista fundamental del Derecho penal, que es el *ne bis in idem,* en el sentido de que un mismo hecho no puede ser objeto de una doble sanción punitiva, tal como se desprende del art. 90° del Código Penal.

Dicho lo anterior, un concurso ideal de delitos se da de acuerdo con una visión contemplativa de la Criminalidad, cuando una persona puede, con una acción u omisión, en sentido jurídico-penal, vulnerar a la vez, uno o varios preceptos jurídico-penales. A tal efecto, se requiere acreditar, la unidad de conducta y la identidad del agente, en cuanto a la generación de estado de desvalor que produzca una lesión o puesta en peligro de uno o de distintos intereses jurídicos. Se dice, así, que el concurso ideal es una *unidad de acción con una pluralidad de lesiones típicas de bienes jurídicos,* sean de la misma o de distinta clase: *una necesaria perspectiva combinada del mismo acontecer bajo diversos aspectos valorativos*[1207]; se estima, por tanto, que el concurso ideal de delitos distingue dos elementos: unidad de acción y pluralidad de delitos,[1208] sean homogéneos o heterogéneos. Esto puede darse, por ejemplo, cuando el conductor de un bus interprovincial arrolla a dos transeúntes, causándoles la muerte, lo cual da lugar a una infracción normativa plural del art. 111° del CP; sin embargo, esta opción no puede darse en todos los casos, en la medida que, en ciertas circunstancias, se tiene que valorar cuál de los tipos penales recoge de forma más específica el relato fáctico que construye la tesis de incriminación, como es de verse en el entrecruzamiento entre los delitos de Homicidio simple y Asesinato o ante una tentativa de Asesinato y unas Lesiones graves; lo que tiene que hacerse, es proceder a un co-

---

(1207) MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte General,* 2, op. cit., p. 550.

(1208) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 543.

rrecto esquema de subsunción típica. En la doctrina, se expone que la esencia del concurso de leyes es vista normalmente en el hecho de que ya uno de varios tipos resultaría suficiente para aprehender completamente el contenido del ilícito, con la consecuencia de que solo dicho tipo será considerado para los efectos de la fijación de la pena;[1209][...] el ordenamiento jurídico es un sistema «consistente», exento de contradicciones [...][1210], de modo que no puede subsumirse una sola conducta en dos tipos legales, cuando aquella encaja perfectamente en una de ellas. Dicho en otros términos: al existir una superposición de tipos penales, uno de ellos desplaza al otro, merced a la aplicación de una serie de principios: (especialidad, consunción y subsidiariedad).

Entonces si partimos de que el presente caso trata de una identidad de relato fáctico, hemos de distinguir, con propiedad dogmática, en qué radica la distinción entre el delito de Peculado y de Malversación de fondos, considerando que ambas figuras del injusto funcionarial se encuentran comprendidas entre aquellos delitos que atacan a la Administración Pública y que ambas figuras pueden resultar lesivas al patrimonio estatal, pero de forma distinta, no en vano el legislador procedió a su tipificación penal de forma independiente. Por consiguiente, no puede postularse un Concurso ideal de delitos, entre los delitos de Peculado y de Malversación de fondos, a menos que se trate de hechos distintos, dando lugar, por tanto, a un Concurso real de delitos.

Comparando ambas estructuras penales se advierte que, en las dos hipótesis del injusto funcionarial se está ante un funcionario o servidor público que tiene una especial vinculación legal con el objeto

---

(1209) MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte General*, 2, op. cit., p. 550.

(1210) COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 172.

material del delito (caudales, fondos, efectos, etc.); sin embargo, la gran diferencia estriba en que en el delito de Peculado, de acuerdo a los contornos normativos del art. 387° del CP, los fondos públicos son objeto de una sustracción definitiva de la esfera de custodia de la Administración Pública, no en vano, se predica la existencia de una privatización de los caudales estatales; empero, en el tipo penal de Malversación de fondos, los dineros públicos no salen de la esfera de custodia de las entidades estatales, sino que se produce una desviación de en su aplicación, al darles un destino distinto al previsto en la Ley. Es por ello, que el contenido material del desvalor del Peculado es mayor e igualmente la pena es más severa, en comparación con el marco penal del tipo penal regulado en el art. 389° del CP. Es sin duda, el principio de especialidad, el que otorga los elementos de valoración de especificidad de la conducción típica, para concluir que el delito de Peculado desplaza al de Malversación de fondos.

7. PECULADO CULPOSO

El debido cuidado, conservación y protección de los bienes estatales (caudales o efectos), exigen al funcionario encargado, la procura de todas aquellas medidas de previsión tendientes a evitar su sustracción por parte de terceros (funcionarios o particulares).

Una política criminal orientada al fin preventivo del Derecho penal, ha de perfilar la legislación penal conforme a dichas necesidades, lo que en algunas veces incide en la viabilidad de tipificación de la modalidad delictiva imprudente, según la cláusula de taxatividad prevista en los arts. 11° y 12° de la Parte General del Código Penal.

Si bien rige en toda su esencia el principio de mínima intervención, no es menos cierto que dicho criterio rector ha de ser ponderado con arreglo a variables criminológicas y a su vez sustantivas; sabedores que –no en pocos casos– los funcionarios y servidores públicos son nada diligentes en el cuidado de los bienes estatales, permitiendo que otros se apoderen ilícitamente de aquellos, donde la

negación del dolo importa su desplazamiento a la lesión de una norma de cuidado, generador de un riesgo jurídicamente desaprobado, constitutivo del injusto imprudente de peculado.

Por consiguiente, la tipificación del delito de Peculado culposo viene a complementar las tareas preventivas del Peculado Doloso, castigando con una pena, las vulneraciones de los deberes inherentes del cargo que no hayan sido perpetradas de forma consiente por los sujetos obligados (funcionarios y servidores públicos).

El sentido teleológico de la norma, según la doctrina, apunta a que los servidores públicos no solamente no lesionen de manera directa la corporeidad, existencia y funcionalidad de los bienes de la Administración [...], sino que ello se haga de manera indirecta, en razón de su descuido, desmaño o, en general, falta de diligencia[1211].

Resulta importante la acotación de FONTÁN BALESTRA, cuando señala que la estructura de este tipo se aparta de la que caracteriza a las acciones culposas en la ley argentina, porque no se trata de causar un resultado por imprudencia o negligencia, sino de que la actitud de ocasión a la acción de otro[1212]. Símil anotación debe hacerse según la Ley nacional, en el entendido que los delitos culposos solo son acriminados cuando produce un resultado de lesión en la integridad del bien jurídico tutelado, conforme es de verse en los delitos de Homicidio y Lesiones culposas; parece que una orientación más preventiva de la norma centra el foco de atención en el desvalor de la acción, tomando en cuenta la preponderancia del interés jurídico protegido.

El núcleo de desvalor del Peculado culposo se centra en la inacción, en la falta de cuidado, en no haber tomado las medidas de

---

(1211) MOLINA ARRUBLA, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 162.

(1212) FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 854; Cfr., CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* T. II, op. cit., p. 302; MOLINA ARRUBLA, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., págs. 161-162.

salvaguarda necesarias para poner a buen recaudo la intangibilidad e integridad de los bienes estatales[1213]. Si la sustracción de los caudales –por parte de terceros–, obedece a otros factores –concomitantes o circunstanciales–, ajenos a la esfera competencial del *intraneus*, no se dará el delito *in examine*, al no develarse la generación de un riesgo no permitido o a través de la aplicación del ámbito de protección de la norma, correctivos ellos, aglutinados en la moderna teoría de la imputación objetiva.

Las simples pérdidas, desórdenes o extravíos no son suficientes para generar culpa a nivel de relevancia penal, lo mismo cabe decir de las infracciones a los reglamentos que sean imputables al sujeto público y que no produzcan el resultado sustracción[1214]. Un mínimo descuido, un extravió fortuito así como una culpa leve del funcionario, deben descartarse como juicio de imputación objetiva, la subjetiva ha de tomar en cuenta los poderes individuales del autor así como su grado de responsabilidad funcionarial[1215].

Materialmente, la conducta tiene que dar ocasión para que un tercero sustraiga los caudales o efectos que han sido confiados al funcionario en razón de su cargo, en administración o custodia o de cuya percepción está encargado[1216]. En la Ejecutoria contenida en el Exp. N° 3278-2001, se dice que: *Ha quedado debidamente acreditado el delito de peculado culposo, así como la responsabilidad penal de la encausada, por el mérito de su declaración instructiva, en donde refiere que el dinero hurtado por su coprocesado lo dejó en la gaveta de su escritorio y no en la caja fuerte de la institución, como correspondía y a la que estaba*

(1213) Así, Abanto Vásquez, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., p. 367.

(1214) Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 271; Bernal Pinzón, Jesús, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 42.

(1215) Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte General,* op. cit., págs. 689-693.

(1216) Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* T. II, op. cit., p. 302.

obligada en su condición de Tesorera; conducta negligente que facilitó la sustracción de dinero que estaba destinado al pago de los trabajadores de la institución.[1217] Mientras que en la Ejecutoria recaída en el Exp. N° 5308-97, se expone: «*Habiéndose establecido a lo largo del proceso, que el encausado, sin observar las formalidades señaladas por la ley, entregó a su coencausada dos cheques de la cuenta corriente de la sexta división blindada de Tacna, habiendo cobrado uno de ellos, se halla acreditada la comisión del delito de peculado culposo*».[1218]

Si estamos frente a una misma conducción típica, bajo la salvedad de la distinción del tipo subjetivo del injusto, hemos de fijar la tipicidad objetiva de acuerdo a todos los elementos contenidos en el Peculado culposo: objeto material del delito (caudales o efectos), que el bien ingrese a una relación funcional en mérito a la percepción, administración o custodia en razón del cargo y que, bajo dichas características, tome lugar la sustracción del objeto material por parte de un tercero. Se advierte la diferencia en cuanto al verbo empleado, pues, al no ser el agente custodio del bien, no resulta apropiado hablar de apropiación, sino más bien de sustracción, merced a la cual el tercero (funcionario o particular[1219]), desapodera al funcionario custodio del bien, sacándolo de la esfera interna de la Administración, donde este está incurso en el delito de Hurto simple[1220]. Lo que la ley reprime no es el hecho de la sustracción, sino la imprudencia que significa la no adopción de las precauciones con que el funcionario debió ejercitar la custodia de los valores cuya custodia le correspondía[1221].

(1217) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal,* op. cit., p. 364.

(1218) ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal,* op. cit., p. 671.

(1219) Así, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública...,* op. cit., p. 369.

(1220) Así, SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. V, op. cit., págs. 185-186.

(1221) GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho penal,* T. V, op. cit., p. 548.

Si media violencia o amenaza sobre el funcionario custodio, para que el tercero se apodere materialmente del bien, sería un Robo; lo cual incidiría en una afirmación negativa del delito de Peculado, pues el *intraneus* no puede ser responsable de actos únicamente atribuibles a la esfera de organización de otro, cuando de por medio concurren los referidos medios comisivos, verbi gratia, los asaltantes ingresan al Banco de la Nación y se apoderan del dinero de la caja, amenazando de muerte a todos los empleados, a menos que el funcionario, irresponsablemente, en vez de enviar el dinero con los agentes de seguridad, lo haga de forma personal a la salida del trabajo.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el RN N° 5588-2006-La Libertad, sostiene que:

> *El delito de peculado culposo se configura cuando es la falta de observancia de las precauciones necesarias exigibles al agente –por su vinculación funcional– la que origina (propicia o facilita) la sustracción de un bien estatal por parte de terceros. El solo hecho de que los encausados retirarán dinero de una entidad bancaria es una conducta que, en sí misma, no crea riesgo relevante alguno para la producción de un delito de robo, no revela una falta de diligencia típica propiciadora de ese ilícito, ni entraña por lo tanto, una infracción a los deberes objetivos de cuidado respecto a los caudales.*[1222]

Sobre su acreditación probatoria, la Sala Penal Permanente, en la Ejecutoria recaída en el RN N° 2674-2009-Cajamarca, señaló lo siguiente:

> *El delito de peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por su descuido, da ocasión a la sustracción del bien por un tercero, esto es, se presentó una infracción del deber de cuidado de*

[1222] En *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N° 01, julio de 2009, op. cit., p. 191

> *los bienes o caudales que se le entregaron por razón de su cargo o función. Se debe acreditar la producción de un resultado típico –la pérdida del bien por la sustracción dolosa de un tercero– y una relación de antijuricidad, esto es, que el resultado se deba a la infracción del deber de cuidado. Los encausados no cumplieron debidamente sus funciones de verificar el contenido de las cajas que recibieron como donación, para determinar la existencia de los productos que indicaban las guías de remisión. Más aún, no comunicaron a sus superiores de la recepción de las donaciones, y cuando asumieron el cargo, no efectuaron el inventario respectivo, motivo por el cual se configura la infracción del deber de cuidado que originó la pérdida de los productos detallados en la pericia contable.*[1223]

Una impericia en los deberes funcionariales del cargo, podría permitir también, que el tercero, mediante ardid o engaño, obtenga un beneficio patrimonial indebido (estafa), creando a su vez un riesgo jurídicamente desaprobado. En esa línea de argumentación, no puede decirse que haya una lesión de deberes funcionariales por parte del funcionario, quien, como todo ser humano, es susceptible de ser timado; por lo demás, en el articulado se emplea el término *sustracción*, siendo el caso del delito de Estafa, que el propio sujeto pasivo entrega al agente el acervo patrimonial. La legislación penal colombiana, en cambio, habla de «*extraviar, perder o dañar*» en su art. 137°.

La connivencia del funcionario con el autor elimina la posibilidad de culpa, de modo que aquel pasa a ser autor de Peculado Doloso, y el tercero cómplice primario, de acuerdo con los principios generales[1224]. Y, si se tratan de caudales o efectos, mediando una custodia compartida de dos funcionarios públicos, quien no

---

(1223) En *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N° 41, noviembre de 2012, op. cit., p. 191

(1224) FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 855.

intervino estará exento de responsabilidad y el otro, que actuó intencionalmente, responde como autor de Peculado doloso.

Cuando se hace mención a una *sustracción*, importa que el bien sea sacado del ámbito de la Administración –por parte del tercero–, sin necesidad de exigirse un aprovechamiento real del caudal o efecto[1225], para que se afirme la tipicidad del Peculado culposo. Cuestión distinta es de verse, para dar por afirmado el delito del tercero, que en este caso sería un Hurto, siguiendo en estricto la teoría de la disponibilidad.

Mediando los argumentos esbozados, arribamos a la idea de que el Peculado culposo importa la atribución de dos hechos a dos personas distintas, que, sin actuar en concertación criminal dolosa, se hacen responsables de sus hechos de forma independiente; por un lado, aquel funcionario (receptor, administrador o custodio del bien) y por otro lado, el tercero que se aprovecha de la indiligencia del *intraneus* para acometer la sustracción del caudal público. Consecuentemente, el funcionario responderá por el delito de Peculado culposo y el tercero por Hurto.

Debe verificarse que la sustracción del caudal o efecto público, haya tomado lugar como consecuencia de la infracción de los deberes inherentes al cargo por parte del *intraneus,* es decir, la existencia de una «relación normativa[1226]» entre la indiligencia *funcionarial* del servidor con la sustracción del bien, y no como consecuencia de otro factor causal concomitante al hecho. Por ejemplo, dicha relación normativa ha de ser negada si se verifica que la entrada al edificio donde se encontraban los bienes estatales no contaba con la seguridad debida; dicho hecho no puede ser atribuido a la esfera de organización competencial del *intraneus*.

(1225) Así, Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 270.

(1226) Molina Arrubla, hace mención a un nexo causal entre culpa y resultado; *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., págs. 173-174.

Se podría decir, entonces, que el funcionario es cómplice culposo de un delito de configuración dolosa, en la medida que su evidente indiligencia es lo que permite que el tercero pueda apoderarse del bien o caudal público[1227]. Cierto es que, que según nuestra *lege lata,* no es admisible título participativo alguno de forma culposa, tal como se desprende de los arts. 24° y 25° de la Parte General del CP; por tales motivos, el juicio de desvalor se construye a partir de una contemplación normativa, que de forma independiente individualiza la actuación del funcionario y del particular, que si bien desde un plano fáctico importa que la intervención del tercero sea indispensable para dar por configurada la responsabilidad culposa del funcionario[1228], ello no incide en un juicio unitario de imputación delictiva, sino que el legislador –por motivos de orden político criminal– toma en referencia la conducta dolosa del *extraneus* para sostener la materialidad delictiva del *intraneus*. BERNAL PINZÓN, siguiendo a Hungría, señala que la razón para que se considere figura autónoma de peculado, no es otra la que dejar sin sanción una forma de *participación culposa en un delito doloso*[1229].

Así, SOLER al señalar que la acción dolosa debe guardar estrecha relación con la culpa del funcionario: esta debe haber dado la ocasión de manera que haya hecho posible por ella misma la comisión del delito[1230]. En el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 se ha dicho en referencia lo siguiente:

(1227) Al respecto, BERNAL PINZÓN, sostiene que el Peculado culposo, no es más que una forma de participación delictiva, y que, por lo mismo, es necesaria la actividad dolosa de un tercero, que realiza la apropiación de los caudales o efectos bajo custodia del servidor público, apropiación que es elemento esencial del Peculado; *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 40.

(1228) Así, HUGO ÁLVAREZ, al sostener que si la sustracción no se consuma por parte de este tercero, tampoco se consuma el delito de Peculado por culpa; *El delito de Peculado,* op. cit., p. 279.

(1229) BERNAL PINZÓN, Jesús, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 42.

(1230) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. V, op. cit., p. 186.

Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputado al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público, que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente.

8. DISTINCIÓN ENTRE APROPIACIÓN ILÍCITA AGRAVADA Y EL DELITO DE PECULADO POR EXTENSIÓN

Las normas jurídico-penales contienen modelos disvaliosos de conducta, en cuanto comportamientos susceptibles de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados; ello quiere decir, que la definición típica de un hecho requiere, por parte del intérprete, el encaje perfecto del relato fáctico incriminado al agente, a la cobertura normativa fijada en la descripción legal del tipo penal en cuestión. Y, según dicha composición descriptiva, aparecen elementos de naturaleza normativa y descriptiva, que de forma conjunta dan como resultado, el tipo penal; comprendiendo aspectos objetivos y subjetivos, cuya cabal correspondencia permite arribar a un juicio afirmativo de tipicidad penal.

Siendo esto así, el legislador está obligado a fijar con precisión y concreción, el ámbito de lo prohibido, mediante conceptos claros que conformen la descripción típica; garantía, entonces, del principio de legalidad es el mandato de determinación; encaminado a cautelar un correcto proceso de comunicación cognitiva con los destinatarios de

la norma, así como el respeto escrupuloso a la seguridad jurídica, que debe imperar en un Estado Constitucional de Derecho. El ciudadano, ha de saber previamente cuáles son las conductas que el legislador ha definido como penalmente prohibidas, mediante la correcta aprehensión de todos sus elementos constitutivos del tipo penal.

No obstante lo anotado, vemos que la irrefrenable y constante forma de legislar, en materia penal, genera una formulación de política criminal que, en sustancia, desencadena la pérdida de sistematicidad y coherencia del conjunto de normas que integran la Parte Especial de la Codificación punitiva, cuando esa necesidad por extender vertiginosamente las redes de represión penal, conducen a un derrotero, inexplicablemente, contrario a los criterios que deben guiar toda reforma de política criminal; nos referimos al substrato del bien jurídico y al fundamento material del injusto, que provoca una evidente intercesión normativa, al formular tipos penales que cuentan con todos los elementos constitutivos de otra figura delictiva; lo que a la postre genera toda una problemática al operador jurídico, al tener que optar por uno u otro tipo legal, sabedores que ante una sola conducta –merecedora de represión criminal–, sólo cabe una respuesta jurídico-penal, en fiel resguardo del principio del *non bis in idem* material. Es decir, estamos ante un solo acto, que debe ser encajado en un enunciado legal, conforme a las diversas descripciones típicas, que el legislador ha glosado en los articulados de la PE del CP; y esta es una tarea irrenunciable por parte del operador jurídico, debiendo hacer uso de los criterios de interpretación, que se sostienen en los fundamentos basilares de la dogmática jurídico-penal.

Es así que en los últimos años, el legislador –a su vez el Poder Ejecutivo–, ha sido incontenible en este proceder reformador de la normatividad penal, incluyendo figuras delictivas claramente similares a otras, como es el caso de la agravante de apropiación ilícita –art. 190° (segundo párrafo)– y la figura del Peculado por extensión o impropio, según los términos normativos contenidos en el art. 392°

del CP, cuando se hace alusión a la calidad del autor de «depositario» (judicial[1231]). Por consiguiente, ante este entrecruzamiento o superposición de tipos penales, ha de optarse por uno u otro, y para ello hemos de desentrañar el fundamento material de injusto funcionarial de peculado.

Es sabido, que el legislador va proyecta la política criminal, contemplado la particular forma de cómo se cometen ciertas conductas, a su vez identifica singulares ámbitos de organización, que se construyen a través de relaciones institucionales, dando lugar a la elaboración normativa de los llamados delitos «especiales propios», donde el autor se encuentra revestido de poderes funcionariales que le permiten tomar decisiones dentro del entramado institucional de la Administración. Dicha posición situada desde la base de una esfera de organización funcional, es lo que incide en construir una relación de garante, con aquellos objetos (caudales o efectos), que se colocan a su ámbito de custodia, protección y/o conservación («relación funcionarial»[1232]); aparece, así, la figura del *intraneus*, por ello, solo él está en posibilidad de quebrantar dichos deberes jurídico-institucionales, y, a su vez, poseer el dominio funcional del hecho, que determina su cualidad de autor y la imposibilidad de que el *extraneus* asuma dicha cualidad jurídico-penal. Condición que viene dada por la Ley y la Constitución, y que fundamenta materialmente estos injustos funcionariales.

En cambio, en el delito de Apropiación ilícita se advierte un ámbito de libre organización personal, donde cualquier persona puede incurrir en esta figura delictiva, siempre que haya obtenido la posesión del bien mueble –y posteriormente se niegue a devolverlo–, conforme una de las vías, que el legislador ha definido en el primer

(1231) De forma expresa en la cobertura normativa del art. 190° del CP.

(1232) Conforme lo sostenido en la Ejecutoria suprema N° 2212-04, «[...] *al sujeto activo, además de exigirle que cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige que cuente también con una relación funcional ineludible con los efectos y caudales del Estado objeto del delito*».

párrafo del art. 190° del CP. Y, en el caso de la circunstancia de agravación, que el bien le haya sido confiado –en el caso *sub examine*– en razón de su calidad de depositario judicial, es decir, el órgano judicial otorga dicha función a quienes no tienen la calidad de funcionarios o servidores públicos, a efectos penales, por tanto, no están en posición de poder quebrantar los deberes jurídico-institucionales que sustentan la naturaleza material del delito de Peculado; no es por ende, la particularidad del estamento público, lo que define la tipicidad penal de la conducta, sino el basamento material del delito, que en este caso, ha de reconducirse al delito de Apropiación ilícita. En el RN N° 3396-2001, se señala, en el fundamento tercero, que:

> *[...] es de indicar que en este caso el "depositario judicial" se trata de una persona, que inscrita en el listado correspondiente, se constituye en guardador de bienes muebles, que son incautados y/o embargados en el marco de un proceso judicial, son por tanto nombrados por el juez de la causa. Que el "depositario judicial" ha de cumplir su actuación, en el ámbito de las medidas cautelares que se tramitan, dentro o fuera de un proceso, de forma específica, siendo en esta clase de delito el verbo rector la apropiación de forma definitiva del bien cuando hace uso determinado de aquel; estado consumativo que ha de condecirse con ciertos actos de disposición que afecte el bien, que haya advertir ya la intención de ejercer un nuevo dominio sobre la cosa.*

La Sala Penal Permanente, resuelve el conflicto normativo bajo otros parámetros –no por ello ilegítimos–, como es de notar en el considerando cuarto del RN N° 3396-2001, que:

> *Que estando a lo expuesto, es de indicar que se debe tener en cuenta para esta clase de casos, donde se genera cierto nivel de dificultad para la interpretación jurídico-penal de las normas en cuestión, ya que la mención "depositario" –condición imputada al encausado– se encuentra tanto prevista en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, referido al delito de apropiación ilícita, como en*

el artículo trescientos noventa y dos del Código acotado, respecto al delito de peculado por extensión, que también hace referencia a la apropiación en condición de depositario. Por ende, al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación jurídica del recurrente –en cuanto a la condena y pena a imponerse– se considera que debe aplicarse la norma más favorable a este, conforme lo prevé el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, que concuerda con el artículo seis del Código Penal, que establece la aplicación de la ley más favorable al procesados en caso de duda o conflicto entre leyes penales [...].

A nuestra consideración, la aplicación del principio de favorabilidad normativa en materia penal, ha de tomar lugar cuando exista un conflicto de leyes penales en el tiempo, lo cual hace inclinar la balanza a favor de los intereses del imputado; cuando luego de cometido el hecho punible se produce una atenuación punitiva del marco penal imponible, que era más grave al momento de su perpetración. Empero, en el caso que nos ocupa, son dos figuras delictivas plenamente vigentes al momento la comisión del hecho luctuoso, y lo apropiado es elucubrar criterios interpretativos, buscando el alcance y contenido de la norma en cuestión (su ámbito de protección), en cuanto a su *ratio legis*, desde un plano teleológico[1233], que no necesariamente ha de corresponderse con aquella norma que sea más favorable al imputado; sin que ello suponga, claro está, una aplicación analógica *in malam partem*. Siendo que, en este conflicto de tipos legales hay inclinación por el delito de Apropiación ilícita, pues se deduce del propio fundamento material que sostiene el injusto funcionarial de peculado, en cuanto al ámbito especial que se ubica el *intraneus*, desde el marco interno de la Administración.

(1233) De igual forma ha de procederse, ante el conflicto normativo entre los delitos de Secuestro y Extorsión, de Lesiones graves con la tentativa de Homicidio así como en las Lesiones graves seguidas de muerte con un Asesinato consumado.

9. DIFERENCIA DEL DELITO DE PECULADO DOLOSO CON EL PECULADO CULPOSO, DESDE UNA MIRADA JURISPRUDENCIAL

La imputación delictiva importa la atribución de una conducta prohibida o mandada a realizar a un sujeto (imputado), en cuanto a la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico penalmente tutelado; dicha tarea, llevada al procedimiento penal, supone un proceso de subsunción típica, de adecuación del relato fáctico a los alcances normativos de un específico tipo legal. Esta labor se encomienda en exclusiva al titular del ejercicio de la acción penal pública, al representante del Ministerio Público, tal como se desprende de la Constitución Política del Estado, la Ley Orgánica del Ministerio Público y la Ley procesal-penal; de surte que, el principio de «correlación entre la acusación y la sentencia», implica que el órgano jurisdiccional solo puede condenar al acusado, por aquellas tipificaciones penales comprendidas en la acusación fiscal. Empero, ello se ve relativizado con el proceso de desvinculación jurídico-penal, pues el juzgador se puede apartar del título de imputación delictiva, siempre que haga uso de las reglas previstas en el art. 285°-A del Código de Procedimientos Penales (bis art. 274° del CPP de 2004), con los matices delineados por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116[1234], y así garantizar los derechos de defensa y contradicción de las partes. Esto es de suma relevancia, sabedores que la judicatura es el ente encargado de cautelar el principio de legalidad, de que la sentencia de condena se corresponda a plenitud, en cuanto al encuadramiento perfecto de la acción u omisión atribuida al imputado, a los componentes objetivos y subjetivos de del injusto penal perpetrado por aquel.

(1234) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho procesal penal. Sistema acusatorio, teoría del caso y* técnicas de *litigación oral*, 2ª ed., T. II, Rodhas, 2014, Lima.

Con lo anotado, somos partidarios de que los órganos jurisdiccionales efectúen este test de legalidad, siempre que cumplan en rigor con los presupuestos que definen su correcta aplicación; a tal efecto, en las siguientes líneas, procederemos al análisis del juicio de valor, asumido por la Corte Suprema en la Casación N° 244-2013-Arequipa, en cuanto a la recalificación jurídico-penal del Peculado doloso hacia el culposo.

9.1. La dogmática penal en los delitos de Peculado

El Texto Punitivo trazó una línea político-criminal muy particular en el caso del delito de Peculado, pues, a su variante dolosa se sumó la culposa, en el entendido de reforzar la tutela punitiva que se contrae de dicha articulación –de legalidad de los fines que han de desplegar los caudales y efectos, a la luz del Estado Constitucional de Derecho, como el principio de no lesividad patrimonial–. Siendo así, el fundamento material de este injusto penal se construye a partir de una definida vinculación legal, entre el sujeto público (*intraneus*), con el objeto material del delito, por ende, podemos sostener, que se trata de un delito de *especificidad funcionarial*, una suerte de posición de garantía, donde el funcionario o servidor público, asume el deber de cautela, de fomento y de salvaguarda, de los bienes puestos a su esfera de competencia funcional. Esto comporta, en el caso del peculado culposo, que la sustracción del bien por parte del *extraneus* o el *intraneus* no cualificado, no solo esté conectado con la *inobservancia de los deberes de cuidado del intraneus no cualificado,* sino que sea consecuencia directa de ello[1235].

En la Casación N° 244-2013-Arequipa, la Sala Penal Permanente, siguiendo el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116,

---

(1235) Así, Navas Rial, Claudio; Alvero, Marcelo, *Malversación de caudales públicos y peculado*, en *Delitos contra la Administración Pública, Revista de Derecho penal*, Buenos Aires, op. cit., p. 247.

indica que su forma culposa se configura cuando *el sujeto activo no ha tomado las precauciones necesarias para evitar sustracciones, entendida como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público, culpa que se configura cuando el sujeto activo viola deberes de cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.*

Dicho lo anterior, el desvalor del injusto en el delito de Peculado, se manifiesta en la infracción de los deberes jurídico-públicos, que se ven quebrantados cuando el sujeto público se apropia de caudales o efectos que fueron colocados en el ámbito de su estatus institucional, es decir, el *intraneus*, con plena conciencia (y voluntad) procede a realizar un acto típico de apropiación de los caudales, de propia mano o a través de otros; en cambio, en el Peculado culposo sucede algo distinto, en tanto el funcionario público no se apodera de los efectos confiados a razón del cargo público –que desempeña–, sino que permite que un tercero los sustraiga de la esfera de custodia de la Administración[1236][1237], producto de no haber emprendido las medidas de precaución necesarias para evitarlo, de manera que se exterioriza una infracción de los deberes –propios del cargo funcional[1238][1239]

(1236) Así, BUOMPADRE, Jorge, *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* 3, op. cit., p. 277.

(1237) Como lo ponen de relieve NAVAS RIAL y ALVERO, en el tipo culposo la actitud del titular de la función se concreta y limita a la tolerancia permisiva o a la facilitación ejecutiva de la sustracción de caudales a su cargo que realiza un tercero; *Malversación de caudales* públicos y *Peculado,* op. cit., p. 246.

(1238) Por tratarse de exigencia normativa de cuidado –anota FERREIRA–, precaución o pericia, la imputación se hace como culpa; *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 51.

(1239) A decir de ROMERO FLORES, si la conducta imprudente por definición es aquella que infringe un deber objetivo de cuidado, habrá que determinar para constatar la imprudencia en esa concreta conducta, que efectivamente se ha lesionado el deber objetivo; *La imputación objetiva en los delitos imprudentes, Anales de Derecho*, N° 19, op. cit., págs. 263-264.

(*norma de cuidado*[1240] [1241] [1242])–, predicado generalizable en todo delito culposo o imprudente. El actuar culposo del agente se convierte, así, en el factor generador de una situación de inseguridad para el cual el caudal o efecto, que será aprovechado por el tercero[1243]. No se trata, como en la generalidad de los tipos culposos, de que la conducta imprudente o negligente del funcionario cause un determinado resultado típico, sino de una acción (culposa) que da lugar a que otra persona, dolosamente, sustraiga los caudales o efectos públicos[1244].

Basados en la consideración expuesta, es el tipo subjetivo el que determina la distinción entre el dolo y la culpa, donde será el nivel de cognoscibilidad o conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado[1245] [1246], generado por la conducta atribuida al agente, lo que, a nuestro parecer, da el indicativo correcto, para resolver tal

---

(1240) Así, PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de Peculado como delito de infracción de deber,* op. cit., p. 63.

(1241) DONNA, siguiendo a ROMEO CASABONA, sostiene que bajo la denominación «determinación del cuidado objetivamente debido» se intenta agrupar los criterios orientadores, en parte suministrados por la doctrina, para el establecimiento de la concreta regla de conducta que rige en el caso para, posteriormente, precisar si esta fue infringida por el autor mediante el comportamiento efectivamente realizado; *El delito imprudente,* op. cit., p. 221.

(1242) Cfr., PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte General*, T. I, 4ª ed., Idemsa, Lima, 2013.

(1243) PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de Peculado como delito de infracción de deber,* op. cit., p. 63.

(1244) BUOMPADRE, Jorge, *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* 3, op. cit., p. 276.

(1245) Como lo apunta DONNA, acá ya no hay conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo. Sí existe una forma de actuar que va en contra de un deber o de una obligación; *El delito imprudente,* op. cit., p. 110.

(1246) Así, en la doctrina especializada CORCOY BIDASOLO, al considerar como núcleo del tipo subjetivo del delito imprudente, el conocimiento o cognoscibilidad de la posibilidad de realización típica; *El delito imprudente,* op. cit., p. 271; por lo que líneas atrás sostiene esta misma autora, que para la calificación de un hecho como imprudente es necesario el desconocimiento de la efectiva situación de peligro, exigiéndose además la imputabilidad de tal desconocimiento al sujeto (ibídem, p. 246).

problemática; y, en el caso del delito de Peculado, hay que tomar en cuenta que en su modalidad de «apropiación», no solo tiene que ver con una apropiación de propia mano[1247], sino que en el caso del «administrador», la imputación delictiva asume la posibilidad que a partir de la autorización que este patentiza, en una resolución (acto administrativo), permite que él u otra persona se haga del dominio del objeto material.

Siguiendo tal orientación, si el *intraneus cualificado* emite una resolución, sabedor que ingresa a un plano de ilicitud –supera los límites de los márgenes de lo legalmente permisible–, está actuando con dolo y no con culpa, por lo que debe responder como autor y si a la par se tienen otros funcionarios con tal cualidad funcionarial, compartiendo esquelas de disponibilidad jurídica sobre el bien, han de responder todos como coautores y, quienes dan el aval a través de ciertos informes, responden como cómplices (primarios o secundarios, dependiendo de la relevancia del aporte).

A esto debe añadirse algo de vital importancia, que el tipo de Peculado culposo, avizora una complejidad delictual, en el sentido de que el *intraneus* cualificado, es autor de un delito, en el cual se observa otro protagonista, por lo general –un *extraeus*[1248]–, a quien se le atribuye la autoría de un delito patrimonial común[1249]. Dicho así: *en la conducción típica contemplada en el último párrafo del artículo 387° del CP, en realidad vendría a constituir una participación imprudente en un delito doloso, que por motivos de política criminal, se configura como una conducta típica autónoma, quebrando así el principio de unidad en el*

(1247) Sobre todo, se advierte en el caso del «custodio».

(1248) Vide, al respecto, Reátegui Sánchez, James, *La infracción penal por Peculado culposo, Análisis a partir del artículo* 387° cuarto párrafo *del Código Penal,* op. cit., p. 380.

(1249) Se trataría, dice Buompadre, de una especie de delitos que Mezger denomina «delitos de olvido», que se caracterizan por el castigo de una omisión no querida; *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* 3, op. cit., p. 276.

título de la imputación[1250]*, sostenida en el específico ámbito de organización (funcional), en que se mueve el autor de este injusto penal.*

Por lo tanto, ante un autor de un Peculado culposo, no puede existir ni coautoría[1251] ni tampoco participación delictiva por este mismo delito, en escrupuloso respeto al principio de legalidad[1252] [1253]; si por contrario, existe contubernio entre ambos –concierto de voluntades–, donde es el particular quien se apropia de los caudales, merced a una conducta dolosa atribuible al *intraneus* cualificado, el primero responde como cómplice y el segundo como autor de un Peculado doloso[1254].

9.2. Hechos imputados y análisis jurídico penal

Como colofón de este tema, es oportuno traer a colación, a manera de ejemplo, el caso del Rector de la Universidad Nacional de San Agustín –inculpado–, que durante los años 2001 y 2002, autorizó el pago mensual (sueldo) a favor de los jugadores y cuerpo técnico del Proyecto Universitario Atlético Universidad, para lo cual se dispuso que se ingrese la relación de los deportistas a la

---

(1250) Así, Reátegui Sánchez, James, *La infracción penal por Peculado culposo...*, op. cit., p. 395.

(1251) En todo caso, anota Reátegui Sánchez, si existen varias personas involucradas en un hecho imprudente, lo que existiría es lo que se llama una «autoría individual» en relación a todos los sujetos intervinientes, pero no comportamientos dolosos de terceras personas; *La infracción penal por Peculado culposo...*, op. cit., p. 380.

(1252) Así, es de verse de los arts. 23° y 25° del CP, al exigir el dolo en el coautor y en el cómplice.

(1253) El concierto que pueda producirse entre el tercero funcionario o servidor –vinculado funcionalmente y que es el que sustrae la cosa– con el sujeto activo del delito a quien está dirigido específicamente la obligación del deber de cuidado, definirá no ya una relevancia penal culposa, sino un delito de Peculado doloso, con la división funcional de roles en un contexto de autoría, tal como lo describe Pariona Arana; *El delito de Peculado como delito de infracción de deber,* op. cit., p. 65.

(1254) Vide, Marín, Jorge, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 803.

Oficina de Planillas de la citada casa de estudios. Siendo que, en las Resoluciones del Consejo Universitario, que dan viabilidad al referido Proyecto, así como las fuentes de financiamiento, se designó como Director del mismo al procesado.

La Sala Penal Suprema procedió a evaluar si los hechos que sustentaron la imputación delictiva, efectivamente, constituyen delito de Peculado doloso o culposo, si en efecto resulta conveniente el procedimiento de «reconducción típica», señalando en primera línea, que: «[...] este tenía el deber objetivo de cuidado de advertir si dichos acuerdos atentarían o no contra el patrimonio o funcionamiento de la Universidad, en razón, de ser el máximo representante de la citada casa de estudios y, por tanto, el deber de ser una persona razonable y cuidadosa por el alto cargo que desempeñaba (año 2001 y 2002) [...]».

La pregunta sería la siguiente: ¿Solo bastaba con preguntarse si le era posible advertir que dichos acuerdos podrían resultar siendo lesivos al patrimonio estatal?, o es que debía añadirse la siguiente interrogante: ¿El imputado era consciente de que estaba autorizando el pago para los jugadores y cuerpo técnico del Proyecto Universitario Atlético Universidad con dinero de la universidad –a personas que no estaban en planillas de la citada casa de estudios–? Para ello debemos tomar en cuenta un dato de relevancia: el encausado, como Rector de la mencionada universidad, fue designado como Director de dicho Proyecto, y como tal, fue que uno de los que rubricó las Resoluciones Administrativas[1255], que permitieron la vialidad del Proyecto, por lo que no es de recibo, la reconducción típica efectuada por la Sala Penal Suprema; máxime, al estar ante una persona, que por sus condiciones personales y profesionales, se encontraba en condición de conocer el significado delictivo, del contenido de dichos acuerdos.

(1255) Señalándose en el considerando octavo, que este inculpado participó en dichos acuerdos en su calidad de Rector.

La Sala Penal Transitoria, en el RN N° 4500-2006-Junín, emitió al respecto el siguiente lineamiento:

> *El delito de peculado culposo resulta imputable al sujeto que, por falta de control interno, actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, tal como lo estableció el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, según el cual habrá culpa cuando el agente no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones, violando sus deberes de cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por su vinculación funcional con ellos.*[1256]

Asimismo, se tiene una consecuencia jurídico-penal de bastante interés, pues la persona de Raúl Fernández Llerena fue también condenado por el delito de Peculado, por los mismos hechos, pero a título de cómplice primario, tal como se desprende del considerando tercero de la resolución, lo cual quiebra toda lógica y razonabilidad, al haberse subrayado que en el caso del Peculado culposo, no se admiten formas de participación delictiva[1257], esto quiere decir, de forma simple, que no puede haber un cómplice de Peculado doloso, cuando el supuesto autor, se le hace responsable de Peculado culposo; quien interviene en la modalidad imprudente del Peculado, sustrayendo los caudales o efectos, sin tener vinculación funcional con los mismos, solo se le puede atribuir la comisión de un delito común y no del delito especial propio *in examine*[1258].

Estamos plenamente de acuerdo, que los órganos de la judicatura hagan uso a una reconducción típica de los hechos incriminados,

---

(1256) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 49, julio de 2013, op cit., p. 182.

(1257) Tal como se contrae expresamente del art. 25° de la PG del CP.

(1258) Vide, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. V, op. cit., págs. 408-410.

cuando del caso particular lo requiera, siempre respetando los derechos de defensa y contradicción de las partes, empero, esta encomiable labor ha de ser respetuosa del principio de legalidad, en cuando a una adecuación típica, que encaje perfectamente los aspectos objetivos, como los subjetivos de la figura delictiva en particular con los hechos imputados.

10. LA NO DEVOLUCIÓN DE VIÁTICOS, ¿DELITO DE PECULADO O DE APROPIACIÓN ILÍCITA? DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER VERSUS DELITOS DE DOMINIO. BÚSQUEDA DE UN CRITERIO MATERIAL

La Administración Pública comporta todo un entramado institucional, comprende un número significativo de estamentos, los cuales en consuno, han de encaminar su actuación funcionarial a la prestación de servicios públicos en beneficio exclusivo de la población; dicha prestación pública es ejecutada o desarrollada por quienes se encuentran investidos de la cualidad de funcionarios o servidores públicos. En dicho proceder funcional ha de advertirse, que, para poder cumplir sus fines más esenciales, los diversos compartimentos de la Administración necesitan desplazar a sus funcionarios o servidores a ámbitos territoriales ajenos a su circunscripción territorial, toman lugar, en efecto, los denominados «viajes por comisión de servicios», esto es, se autoriza el traslado de dichos empleados públicos a un determinado lugar (fuera o dentro del país) para realizar tareas circunscritas a su esfera de organización funcional.

El desplazamiento de los funcionarios públicos irroga ciertos gastos, que lógicamente no pueden ser asumidos por el sujeto público, en la medida que este efectuará labores propias del cargo, por tanto, como expresión de las actividades cotidianas de la Administración. Es de verse así, que dicho traslado implicará cubrir gastos de estadía, de hospedaje, alimentación y transporte, que han de ser cubiertos por la institución competente, de acuerdo al presupuesto asignado para tal rubro por la legislación positiva. Por consiguiente, al funcionario

que se le autoriza (mediante resolución) desplazarse a determinado ámbito del país o del extranjero, se le asignará una cantidad dinerar~~ia~~ por concepto de «viáticos», un monto destinado a cubrir los gastos por alimentación, hospedaje y transporte, fundamentalmente; de suerte que se produce una traslación del capital de la esfera de la Administración a la esfera personal del funcionario público.

Conforme lo anotado queda claro que, dicho patrimonio es de propiedad del Estado, que una vez ingresado al ámbito personal del sujeto público, su disponibilidad se sujeta exclusivamente a los rubros antes anotados; situación que origina la obligación, por parte de aquel, de efectuar una rendición documentada de cuentas por comisión de servicios, merced a la cual debe sustentar –con el acervo documental correspondiente–, los gastos realizados, sea con facturas o boletas (comprobantes de pago). Dicha exigencia da a entender que, el saldo restante (dinero que no gastó) debe ser devuelto a las arcas de la Administración, tomando en cuenta el porcentaje que se deja por concepto de declaración jurada.

Se infiere, por tanto, que el patrimonio entregado al funcionario público, por concepto de viáticos, no es de libre disponibilidad; caso contrario no se comprendería por qué el sujeto público debe sustentar sus gastos realizados o devolver el dinero que no fue gastado. A tal efecto, la Administración puede controlar o verificar la autenticidad y veracidad de la documentación adjuntada por el funcionario, cuya contravención a dichos principios, puede generar responsabilidad, al igual que la no devolución de dicho patrimonio en su debida oportunidad. No en vano advertimos una frondosa normativa que las diversas áreas de la Administración han sancionado para regular lo concerniente a la rendición de cuentas por comisión de servicios.

Es de destacar que, en algunos ámbitos de la Administración, están estilando, sobre todo en locaciones de servicio, determinar que los viáticos estén comprendidos en la remuneración, por lo que el

locador ya no está en la obligación de sustentar dichos gastos, lo cual facilita las cosas, evitando la excesiva burocratización y actuación innecesaria de los órganos estatales competentes. Modalidad que no puede darse en todos los casos, debido a la forma y circunstancias de cómo se produce el viaje por comisión de servicios.

¿Según la línea argumental esbozada, qué clase de responsabilidad funcional se origina?, ¿penal o administrativa? ¿Si es penal, cuál es el delito en el que estaría incurso el funcionario público? Saber esto es de especial importancia por parte de la dogmática jurídico-penal, en el entendido que estos supuestos fácticos son objeto de procesamiento por parte de la administración de justicia; apreciándose, en la práctica, una cantidad considerable de casos, los cuales han sido calificados, prioritariamente, como delito de Peculado, conforme los términos normativos del art. 387° del Código Penal, en su modalidad típica de apropiación. Situación que merece una concienzuda reflexión, pues es sabido, que la represión penal por dicho injusto funcionarial adquiere contornos punitivos muy severos; por tales motivos, la respuesta que ha de elaborarse debe partir de un examen muy riguroso de sus presupuestos de configuración típica, donde no resulta suficiente dato a saber, que el agente tenga la cualidad de funcionario o servidor público, en el sentido de que aquel también tiene la posibilidad de lesionar bienes jurídicos convencionales, como el patrimonio estatal, incurriendo en delitos de Estafa, Hurto, etc.

Cabe indicar que, el plus de desvalor que fundamenta la materialidad sustantiva del delito de Peculado se construye a partir de «competencias institucionales», pues solo aquellos que se encuentran revestidos de dichos poderes públicos, pueden vincularse funcionalmente con el objeto material del delito y perpetrar la conducta típica. El desvalor, por ende, no se basa únicamente en la infracción del deber, como algunos sostienen erróneamente, este es el primer peldaño a verificar para dar por configurado un delito de esta naturaleza, de no ser así, todas las infracciones a los deberes

funcionales, como llegar tarde al centro de labores, sería constitutivo de un delito funcional; se debe cumplir con el principio de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege;* ajustar correctamente el relato fáctico atribuido al agente, a todos los componentes descritos en la redacción normativa de la figura delictiva particular, bastará que falte alguno de ellos para que se proceda a negar la tipicidad penal del comportamiento.

Apreciamos posiciones que manifiestan forzamiento de la cobertura normativa de las figuras delictivas, respaldadas por una orientación marcada por una descarga penal más intensa, apelando a los efectos preventivo generales de la pena; de lo cual, particularmente, no somos partidarios, toda vez que el proceso de adecuación típica ha de sujetarse a la teleología que guía el ámbito de protección de la norma. No toda conducta que suponga la apropiación de efectos o caudales, por parte de un funcionario o servidor público, al que ha ingresado a su esfera de custodia, merced al cargo desempeñado, ha de merecer ser reputada como peculado, en tanto debe verificarse si el sujeto público ostentaba en realidad la cualidad de «perceptor, administrador o custodio»; vinculación que precisamente construye la relación funcionarial entre el agente y el objeto material del delito, lo que genera la vulneración de los deberes de custodia, conservación y protección de dichos bienes; siempre que se verifique que el agente ha quebrantado los principios de legalidad, el destino que dichos bienes han de cumplir en el entramado institucional de la Administración.

El Derecho penal debe responder siempre de forma proporcional y ponderada, tomando en cuenta los factores que gradúan la magnitud de la reacción punitiva; mas no como mecanismo dirigido a reforzar especiales vinculaciones de poder de la Administración sobre los sujetos públicos; si así se lo concibe, se transformaría el *ius puniendi* estatal en un instrumento destinado a la opresión, y no a garantizar las libertades fundamentales de los ciudadanos.

De recibo, en estas conductas se observa un desvalor que se proyecta más allá de una mera desobediencia administrativa; se produce un acto típico de apropiación de dinero que el funcionario estaba en la obligación a devolver; empero, la forma de cómo se procede a materializar dicha conducción humana, no resulta similar a aquella apropiación que toma lugar de forma cotidiana, por quienes se aprovechan de las ventajas del cargo, para hacerse de un dinero de forma ilícita, como, por ejemplo, el cajero de una entidad municipal que no ingresa todo lo recaudado a las arcas estatales, sino que se lo lleva en provecho personal. En consecuencia, rechazamos aquella posición que pretenda darle una valoración jurídico-administrativa, así como las posturas que no observan ningún tipo de responsabilidad.

10.1. Definiciones elementales

Conceptualizar los términos empleados en el presente análisis resulta fundamental para el examen jurídico-penal, orientado a determinar si la no devolución de los viáticos por comisión de servicios, puede ser reputada como una conducta constitutiva del delito de Peculado.

Dos aspectos deben mencionarse con respecto a los viáticos: primero, que ello comprende gastos por alimentación, hospedaje y transporte y, segundo, que no forma parte de la remuneración que el servidor recibe de forma periódica por parte del Estado, por ende, no es pensionable, al no ser un monto que el funcionario perciba de forma permanente[1259]. Este último factor incide a negar de plano que la no devolución de viáticos, pueda ser calificado como un delito de

(1259) El Decreto Legislativo N° 650 –Ley de Compensación por Tiempo de Servicios– en el art. 19° establece que, todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor, o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador.

Estafa, por la sencilla razón de que el desplazamiento del dinero a la esfera personal del sujeto público, no se produce como consecuencia de engaño, fraude y ardid alguno[1260]; como se dirá más adelante, el desvalor aparece de forma ulterior.

En la Directiva N° 006-2010-OSCE/CD en el rubro V – Definiciones– se indica lo siguiente:

> *Comisión de Servicios prestados en el Territorio nacional.- Se entiende por comisión de servicios prestados en el territorio nacional, al desplazamiento debidamente autorizado, que realiza el personal del OSCE, funcionarios, empleados de confianza, directivos superiores, ejecutivos, especialistas y personal de apoyo, así como practicantes, personal contratado bajo la modalidad de locación de servicios, personal calificado que, en ejercicio de la función Pública, tenga que desarrollar actividades en representación de la entidad y que contribuyan al logro de los objetivos institucionales dentro del territorio nacional, para lo cual resulta necesario la asignación correspondiente de viáticos.*
>
> *Comisión de Servicios prestados fuera del territorio nacional.- Se entiende por comisión de servicios prestados fuera del territorio nacional al desplazamiento debidamente autorizado, que realiza el personal del OSCE, funcionarios y servidores públicos o representantes del Estado, que en el ejercicio de su función pública tenga que desarrollar actividades que contribuyan al logro de los objetivos institucionales, fuera del territorio nacional. La autorización de viajar al exterior deberá efectuarse mediante Resolución Ministerial y deberán utilizar pasajes en categoría económica o similar; para la procedencia de la tramitación y asignación de viáticos correspondientes.*
>
> *Comisionado.- Se entiende por Comisionado, al personal del OSCE, funcionarios, empleados de confianza, directivos superiores, ejecutivos,*

(1260) Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. II, op. cit., págs. 338-341.

especialistas, técnicos, así como practicantes, personas contratadas bajo la modalidad de locación de servicios, personal contratado bajo la modalidad de Contrato de Administración de Servicios-CAS y personal calificado, que realizan una comisión de servicios dentro o fuera del territorio nacional.

Viáticos.- Es la asignación de dinero que se otorga al comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir gastos de: alimentación, hospedaje, movilidad (hacia y desde el lugar de embarque), así como la movilidad utilizada para el desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión de servicios y la Tasa única Aeroportuaria (TUUA).

Rendición de Cuentas.- Se considerará rendición de cuentas a la presentación de gastos debidamente documentada que el comisionado realiza al término de la comisión.

Por su parte, el art. 83° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 276 establece que: «*La comisión de servicios es el desplazamiento temporal del servidor fuera de la sede habitual de trabajo, dispuesta por la autoridad competente, para realizar funciones según el nivel de carrera, grupo ocupacional y especialidad alcanzados y que estén directamente relacionadas con los objetivos institucionales. No excederá, en ningún caso, el máximo de treinta (30) días calendario por vez*».

De la normativa invocada, se colige que la comisión de servicios, debe estar autorizada por la autoridad competente de la Administración, debiéndose justificar en razones propias del cargo, es decir, para el cumplimiento de los objetivos institucionales. Es a tal efecto, que dicha decisión debe plasmarse en una resolución administrativa, en cuyos considerandos se prevé la asignación de viáticos al trabajador comisionado; luego de efectuado el viaje, el funcionario está en la obligación de rendir las cuentas respectivas, hasta un porcentaje determinado, con la debida sustentación documentaria y, el otro porcentaje restante, mediante declaración

jurada[1261]. El uso o empleo de documentación falsificada, mediando la elaboración de boletas o facturas emitidas por proveedores inexistentes, da lugar al delito de Falsedad material, art. 427° del Código Penal, que ingresará en concurso delictivo con el delito fin.

Lo dicho es importante, pues si bien se presume la veracidad de los datos consignados por el trabajador en la declaración jurada, ello no enerva la facultad que tiene la Administración para proceder a un control posterior y así contrastar la veracidad de la información recabada, detectar fraudes, lo que a la postre puede generar responsabilidad funcional al servidor involucrado.

Punto importante para nuestro estudio, es invocar la Directiva de Tesorería N° 001-2007-EF/77.15, en la que establece que los viáticos no utilizados serán devueltos. «*Inmediatamente después de detectarse un pago indebido, en exceso, que no se haya cumplido con la devolución oportuna de los viáticos no utilizados u otros conceptos, se procederá a formular el respectivo requerimiento para su devolución. A partir de dicho requerimiento y hasta que se produzca su debida cancelación, se aplica los intereses correspondientes de acuerdo a la Tasa de Interés Legal Efectiva que publica la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones*».

Es entonces las diversas normativas que rigen los diversos estamentos de la Administración, regulan el deber de devolver los montos dinerarios por concepto de viáticos no empleados por el servidor en su viaje de comisión de servicios; y otro punto importante a saber, es que en la misma resolución que se autoriza a dicha comisión, se consignan los viáticos a percibir por el funcionario, por lo que el fin de dicho patrimonio ya se encuentra contenido en la resolución autoritativa, lo que repercute en la relación funcionarial que se construye entre el sujeto público y el objeto material del delito.

(1261) El art. 50° de la Ley de Gestión Presupuestaria, señala que dicho concepto no debe exceder el monto que para el efecto fija la Directiva de Proceso presupuestario.

10.2. Los delitos de infracción de deber versus los delitos de dominio: la búsqueda de un fundamento material en los injustos funcionariales

La dogmática se debate por un concepto adecuado, por una definición que, con suficiente rigurosidad, pueda fundamentar el desvalor de los delitos perpetrados por los funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, desde los fueros institucionales de la Administración Pública; que fueran glosados normativamente por el legislador en el Título XVIII del Código Penal, dando lugar a una tipificación específica y distinta a los delitos comunes.

La Codificación punitiva identifica planos de actuación que pueden ser cometidos por cualquier individuo, vale decir, al ser portador de un ámbito de libre organización individual, está en condiciones de vulnerar bienes jurídicos, objeto de tutela penal; verbi gratia, eliminar la vida de su congénere, apropiarse de un bien ajeno, destruir la propiedad privada, engañar a otro para que le entregue su patrimonio, etc.; sin embargo, la vida cotidiana no se agota con dichos comportamientos disvaliosos, pues la propia organización política y jurídica configura un ámbito específico de actuación del Estado de naturaleza institucional: la Administración Pública; encargada de prestar servicios públicos, a través de las personas a los que las leyes y la Constitución le confiere tales deberes: los funcionarios o servidores públicos. Por consiguiente, solo aquellos están en posibilidad de quebrantar los deberes públicos-institucionales, que encauzan el correcto funcionamiento de la Administración, los mismos que pueden desembocar en la comisión de los denominados delitos funcionariales[1262].

(1262) Conforme dicho reconocimiento social e institucional, es que elaboran los llamados «delitos especiales propios», de cuyo cuño el legislador define una cualidad especial que debe ostentar el autor, bajo el fundamento de su posición en determinadas instituciones consagradas en la Ley y en la Constitución; se cierra el círculo de autores, a quienes detentan una especial vinculación con la estructura normativa de dichas instituciones; así, Berdugo Gómez de la Torre y

Según lo anotado, aparecen en el escenario dogmático los llamados «delitos de infracción de un deber», de pluma del famoso penalista alemán ROXIN (*Pflichtdelikte*), proponiendo una bipartición, con los clásicos delitos de dominio. Sobre este esquema conceptual, en los delitos de dominio, el criterio para determinar la autoría es precisamente el dominio del hecho, mientras que en los delitos de infracción de un deber es simplemente la infracción de un deber especial antepuestos en el plano lógico a la norma penal, es decir, que proviene de un ámbito extrapenal[(1263)] [(1264)]; [...] el fundamento de la sanción –indica MUÑOZ CONDE– radica en que alguien infringe las exigencias de comportamiento que se derivan del papel social que desempeña[(1265)]. La categoría dogmática de los delitos de infracción de deber no se orienta al resultado del mundo exterior, o dicho de forma más exacta, al dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial de la persona del autor [...][(1266)]. Caracteriza a los delitos de infracción de deber, que solo es autor de los mismos, quien infringe un deber especial jurídico-público o jurídico-privado. En estos delitos el obligado sobresale entre los

---

otros, al escribir que los delitos especiales son aquellos en los que el tipo limita el círculo de posibles autores a determinados sujetos, al incorporar entre sus requisitos ciertas características en el autor, que concurren en un número limitado de personas. En *Lecciones de Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 298; en opinión de GÓMEZ MARTÍN, [...] aquellos delitos de los que solo puede ser autor aquel sujeto en quien concurren los elementos, cualidades, relaciones o propiedades exigidos por el tipo. Cfr., *¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?*, en *Dogmática actual de la autoría y participación criminal*, SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, op. cit., p. 324.

(1263) ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* op. cit., p. 385.

(1264) El mismo ROXIN postula que en los delitos consistentes en la infracción de un deber se trata de sectores de la vida conformados ya jurídicamente [...], cuya capacidad de funcionamiento debe ser protegida [...]. En *Política Criminal y sistema de Derecho penal,* op. cit., p. 63.

(1265) En la Introducción al libro de ROXIN, *Política Criminal y sistema de Derecho penal,* op. cit., p. 19.

(1266) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de Infracción de deber y participación delictiva,* op. cit., p. 29.

demás intervinientes por una especial relación con el contenido del injusto del hecho, quien es autor[1267].

Será, por tanto, la normativa administrativa o laboral, la que defina la relevancia jurídico-penal de la conducta imputada al funcionario público, como núcleo del desvalor del comportamiento prohibido, sin tomar en consideración los elementos constitutivos del tipo penal que componen la descripción típica del injusto funcionarial. Aspecto que ha llevado a un sector importante de la doctrina, a rechazar esta construcción conceptual, al afectar el principio de legalidad, bajo el axioma del *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege.* Así, la doctrina colombiana apunta que, aceptar sin reservas la categoría de los delitos de infracción de deber podría significar echar por la borda los principios de legalidad, tipicidad y lesividad establecidos, el primero como derecho fundamental, y los otros como normas rectoras[1268].

Consecuencia importante de esta postura doctrinal es, como afirma Muñoz Conde, que, mientras en los delitos de acción solo puede ser autor quien tenga el dominio del hecho, en los delitos consistentes en la infracción de un deber solo puede ser autor quien lesiona el deber extrapenal, sin que interese en lo más mínimo el dominio del hecho [...][1269] [1270]. Se advierte una desvinculación de la facticidad con la descripción típica de la conducta, en tanto solo interesa acreditar la vulneración de un deber extrapenal.

Existe un consiguiente riesgo, de que las conductas típicamente «activas» se conviertan en comportamientos «omisivos»; sin dejar de lado que, en determinados casos, el tipo penal –de forma

---

(1267) Suárez Sánchez, Alberto, *Autoría,* op. cit., p. 492.

(1268) Suárez Sánchez, Alberto, *Autoría,* op. cit., p. 493.

(1269) Roxin, Claus, *Política Criminal y sistema del Derecho penal,* op. cit., p. 20.

(1270) Vide, al respecto, Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal,* op. cit., págs. 297-298.

enunciativa– exige ciertos deberes de protección, de salvaguarda o fomento del *intraneus* sobre el objeto material del delito, cuya infracción –al generar un riesgo no permitido– puede generar responsabilidad penal, por ejemplo, cuando otro se aproveche de ello, para proceder a la sustracción de un bien confiado a la esfera de custodia del servidor, dando lugar al peculado culposo[1271]. Es por ello que resulta indispensable fijar con toda precisión los ámbitos o esferas de organización institucional que recae sobre cada funcionario en particular.

García Cavero, en la doctrina nacional, sostiene que: «*la categoría de los delitos de infracción de un deber ha sido calificada [...], de una artificiosa, innecesaria y, en cierto modo, peligrosa construcción conceptual y sus criterios de solución en la autoría y participación se consideran inaceptables*»[1272] [1273]. De ahí que se diga que su construcción ha sido muy criticada y no puede afirmarse que se haya impuesto ni en Alemania ni en España[1274].

No basta, a nuestro entender, que se identifique la contravención a un deber previsto en una disposición legal. Por ejemplo, el funcionario que no convoca de forma oportuna a licitación pública para la remodelación de una construcción[1275], sino que desarrolla o

---

(1271) Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. V, op. cit., págs. 377-381.

(1272) García Cavero, Percy, *La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro,* cit., págs. 368-369.

(1273) Sánchez-Vera Gómez-Trelles, señala que la distinción entre delito de dominio y de infracción de deber no es según Roxin, una delimitación lógico-conceptual, sino una clara cuestión teleológica: a saber, una cuestión de interpretación de los tipos penales concretos. En *Delito de infracción de deber...,* op. cit., p. 34.

(1274) Robles Planas, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites,* op. cit., p. 226.

(1275) Lo cual no supone, de ninguna forma, la configuración típica de Colusión ilegal, como no haber especificado de forma adecuada los criterios técnicos propuestos en la licitación pública.

ejecuta la materialidad típica recogida en el tipo legal, en este caso, la tipicidad descrita en el art. 387° del CP. Como pone de relieve ROBLES PLANAS, la teoría de los delitos de infracción de un deber parte de una premisa altamente cuestionable: en la que existen ámbitos (instituciones) sociales donde el sujeto debe responder de todo lo que suceda solamente por ostentar un determinado *estatus*[1276].

La infracción del deber, puede constituir un primer peldaño a saber para definir la relevancia jurídico-penal de la conducta, en los injustos funcionariales, pues, al develar una categoría meramente formal requiere de algo más, de un fundamento de orden material; así, cuando se postula en la doctrina española, que tales deberes institucionales constituyen tan solo elementos adicionales (que pueden o no concurrir) junto a los otros títulos de imputación (organización de la propia esfera de libertad y solidaridad), pero en ningún caso tienen el peso suficiente para generar por sí solos la imputación por las consecuencias del propio comportamiento organizador, genuinamente penal[1277].

A la formulación doctrinal planteada por ROXIN, aparece la posición de JAKOBS, quien también propone una división bipartida bajo la nomenclatura de delitos de «competencia por organización» y delitos por «competencias institucionales[1278]», buscando una definición más material que formal. Por la primera, se advierten comportamientos que pueden ser cometidos por cualquier ciudadano, en

(1276) ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites,* op. cit., p. 233.

(1277) Ibídem, p. 237.

(1278) Críticamente, SCHÜNEMANN, acota que un concepto de esta clase es el de la competencia, que no aporta nada para explicar los presupuestos de la autoría. En efecto, si se declara autor a quien es competente por el hecho, se ha formulado una pura tautología. *El Dominio sobre el fundamento del resultado*, en *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, op. cit., p. 284.

mérito a un ámbito de libre configuración personal[1279] [1280], mientras que en los segundos, se aprecia un rol específico sostenido sobre la plataforma de determinadas vinculaciones de naturaleza institucional. En la responsabilidad por organizaciones imputan consecuencias de la propia organización; en la responsabilidad en virtud de una institución, por su parte, existe responsabilidad como corolario de la previa existencia de un mundo en común, entre bien jurídico y autor[1281].

Vendría a determinarse la configuración de especiales deberes, conforme la subyacente relación entre el agente con ciertas instituciones, en el presente caso, la que se construye mediante la asunción de obligaciones, que como portador del cargo público ha de enfrentar frente a la Administración; es en tal virtud, que no cualquiera pueda asumir dichos deberes, sino únicamente los que están vinculados institucionalmente con la Administración. Así García Cavero, al indicar que un delito de infracción de deber no puede ser cometido por una persona no vinculada institucionalmente, por más que esta domine el hecho[1282]. No perdamos de vista, que esta postura se elabora sobre la defraudación de las expectativas normativas de la sociedad, de confiar que todos ajusten su quehacer conductivo, conforme

(1279) A decir de García Cavero, los delitos de dominio son aquellas que castigan la infracción del rol de ciudadano, es decir, la organización defectuosa de la propia esfera de organización o de ámbitos ajenos pero libremente asumidos. En *La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro, en Revista de Derecho penal y criminología*, N° 9, 2002, p. 381.

(1280) Debiéndose añadir que, en algunos casos, una persona ha de asumir también los defectos de organización de otros, cuando se advierta una relación de garantía, cuando el último de los mencionados no está en capacidad de asumir sus propios defectos de organización personal.

(1281) Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, *Delitos de infracción de deber...*, op. cit., p. 38.

(1282) García Cavero, Percy, *La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático...*, op. cit., págs. 383-384.

a los roles legalmente predeterminados. Es una misión comunicativa de la norma, no la protección de bienes jurídicos.

Punto importante a decir, es lo que subraya SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (escuela *jakobiana*), que: «[...] delitos de infracción de deber para *JAKOBS, son [...] no solo aquellos comportamientos que pueden ser subsumidos bajo el tenor literal de un delito de infracción de deber «positivado» (por ejemplo, un delito de funcionario), sino toda forma de conducta que lesiona una institución, en verdad, también –y aquí reside la ampliación decisiva–, aunque el tipo de la Parte Especial en cuestión haya sido formulado aparentemente como un delito común [...]*»(1283). A ello se crítica, preguntándose lo siguiente: *¿Cómo se determina el que una persona se halle vinculada a un bien de forma positiva o negativa?*, ROBLES PLANA, RESPONDE: «[...] *no se puede resolver esta cuestión de un plumazo, afirmando que existen (sin más) instituciones sociales que determinan tal vinculación positiva. Este planteamiento deja en manos de «la sociedad» la decisión sobre cómo se vincula una persona a un bien. Tengo serias dudas acerca de si ello es así. Más bien, me parece que la vinculación con los bienes jurídicos debe partir del propio individuo*»(1284) (1285).

No puede caerse en el mismo círculo de la explicación teórica-conceptual, de construir la sustentación teórica fuera de los tipos penales(1286), es decir, basado esencialmente en los roles que ciertas

(1283) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delitos de Infracción de deber...*, op. cit., p. 44.

(1284) ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito...*, op. cit., p. 228.

(1285) También se ha sostenido en contra de la teoría de los delitos de infracción de deber, que en la medida en la que todas las norma imponen deberes y todos los delitos consisten en la infracción de una norma, se debería deducir que todos los delitos tendrían el carácter de delitos de infracción de deber; como apunta BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 469.

(1286) Al respecto, precisa SCHÜNEMANN que, son los tipos penales de la Parte Especial que describen el hecho y que, desde ese modo caracterizan como autor a quien pertenece a esa descripción. Esto resulta tanto de la lógica forzosa de la finalidad preventiva del Derecho penal, como también del origen de las leyes penales, cuya procedencia se halla en la Parte Especial, mientras que el concepto de

personas, desde el momento en que se vinculan con ciertas instituciones (Administración Pública), pues se deja de lado, que la efectiva lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no puede sustentarse solamente desde la posición del sujeto dentro de un entramado institucional, sino que haya realizado una conducta o permitido que otro la haga, en contravención a sus deberes inherentes al cargo, con el añadido de haberse aprovechado de dicha vinculación funcionarial, para poder perpetrar el injusto. A esto debe sumarse, que la misma Administración comprende una serie de actuaciones, por tanto, delimita ámbitos funcionales que son asumidos por varios funcionarios; a su vez, el intraneus no puede responder por aquellas intervenciones que realicen personas ajenas a la institución pública; máxime, si el funcionario puede resultar siendo partícipe de un delito dominado por un extraneus, configurando un delito común[1287]. En cambio para la doctrina de la infracción del deber, siempre sería considerado autor, al margen de lo nimio e insignificante de su intervención. Al respecto STRATENWERTH, en cuanto a la propuesta de operar en «los delitos de infracción de deber» con un concepto distinto del que corresponde a los «delitos de dominio», [...] tiene la consecuencia de que cualquiera, aun la más lejana colaboración de un sujeto que tiene el deber especial en la realización de una acción, realizaría el supuesto de hecho del delito especial, dando lugar, por tanto, a autoría. Por el contrario, el supuesto de hecho típico presupone, por regla general, que el autor calificado realiza una determinada acción y, con respecto a la cuestión de si ha llevado a cabo o no, no se puede recurrir a un criterio distinto de los «delitos de

---

autor ha sido desarrollado solo paulatinamente sobre esta base mediante abstracción. En, *El dominio sobre el fundamento del resultado,* op. cit., p. 285.

(1287) Así, SUÁREZ SÁNCHEZ, al indicar que si el sujeto no cualificado tiene el dominio del hecho es autor del delito común, a pesar que sea determinado o ayudado por quien ostente la posición jurídica especial, quien no será autor de delito de infracción de deber sino partícipe del delito común, porque, en este caso, quien domina el hecho no infringe deber especial y quien lo vulnera no tiene el dominio [...]. Vide, *Autoría,* op. cit., p. 495.

dominio». Conformarse con cualquier aporte al hecho sería lesivo al principio «*nullum crimen sine lege*»[1288].

SUÁREZ GONZÁLEZ señala que, cabe oponer que el concepto de «institución» no se encuentre ontológicamente determinado y por tanto, no constituye ningún referente sólido para determinar si la acción desaprobada tiene como referente un deber institucional. [...] La falta de un criterio material en torno a cuáles son los contextos regulados preformados, y a lo sumo disponibles dentro de estrechos límites, constituye ciertamente una limitación para establecer un fundamento de la responsabilidad tan específico como el que se propone[1289].

Siguiendo la línea argumental planteada consideramos lo siguiente: la infracción del deber[1290], sea como remisión a la norma extrapenal o como competencias institucionales, puede constituir en un primer elemento a saber para definir la relevancia jurídico-penal (*injusto funcionarial*), mas, insuficiente para llenar de contenido material al injusto por su excesivo formalismo conceptual; entonces, debe precisarse –si es que al delito de Peculado nos referimos– una vinculación funcionarial entre el agente del delito (funcionario o servidor público), con el objeto material del mismo y, seguidamente, verificar que merced a esa especial y particular relación funcionarial, el *intraneus* haya procedido a ejecutar la descripción típica contenida en el tenor literal del art. 387° del CP[1291]; es esa misma posición

---

(1288) STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General, I – El hecho punible,* op. cit., p. 244.

(1289) SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Los delitos consistentes en la infracción de un deber*, en *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública*, op. cit., p. 230.

(1290) Explicando la naturaleza material de los delitos impropios de omisión, SCHÜNEMANN, postula que esa infracción del deber especial extrapenal es un fenómeno que solo habitualmente acompaña al ejercicio de dominio penalmente relevante. En *El dominio sobre el fundamento del resultado,* op. cit., p. 291.

(1291) A decir de SUÁREZ SÁNCHEZ, el concepto de realización ha de poseer, en ciertos casos, contenido valorativo que comprenda los aspectos normativos propios del tipo, con lo cual pierde razón de ser, en gran medida, la distinción entre delitos

frente al objeto material del delito (caudales o efectos), que le otorga al *intraneus* la posibilidad de dominar esa esfera de competencia institucional, por tanto, de ostentar el *dominio sobre dicha esfera de organización*[1292]. De no ser así, toda intervención marginal de un funcionario o servidor público ha de ser reputada como una actividad típica de autoría, a pesar de develar una manifestación esencial de complicidad; piénsese en aquel servidor público, que presta una contribución para que otro funcionario pueda apropiarse de dinero que se encuentra bajo su esfera de custodia; lo cual, en la doctrina de la infracción del deber, dicha conducción tendría que ser penalizada a título de autoría, siendo ello inadmisible desde un marco estricto de justicia material y, a todas luces, carente de la debida proporcionalidad.

En palabras de SUÁREZ SÁNCHEZ, no es suficiente la infracción de un deber jurídico-público o jurídico-privado para que, el

---

de dominio del hecho y «delitos de infracción de deber», porque se entenderá que en estos, el dominio del hecho solo podrá tenerlo quien ostente una posición jurídica que fundamenta el vínculo especial con el bien jurídico protegido por la norma, que no lo tiene el *extraneus,* quien solo puede atacarlo de manera accesoria a través del *intraneus*. Este autor señala luego, que una teoría del dominio del hecho desarrollada conforme a una teoría del tipo con matices normativos, no justifica la existencia de dos construcciones diversas para la autoría: una para los delitos comunes y otra para los delitos de infracción de deber, consistente en la teoría de los delitos de infracción de deber. Cfr., *Autoría,* op. cit., p. 494. No deja tener razón este autor, dado que, solo podrá *ostentar el dominio del hecho, aquel sujeto portador de una posición especial frente a la Administración,* por lo que una cosa lleva a la otra, sin dejar de lado que el deber puede desarrollar cierta relevancia para determinar la clase y naturaleza de los deberes asumidos por el agente. Para ROBLES PLANAS, se trata de la distinción entre aquellos delitos que son especiales, por limitar el círculo de posiciones desde las que se otorga relevancia típica a la lesión (delimitación de la posición especial), y los delitos que establecen limitaciones, ya en el nivel de reconocimiento de las normas de conducta que dan lugar a la aplicación de la norma de sanción típica. En, *La participación en el delito:...,* op. cit., p. 238.

(1292) Así, GÓMEZ MARTÍN, al apuntalar que debe serlo el sujeto que, además de ser formalmente el *intraneus,* tiene bajo su control *material* el ámbito funcional de dominio en el que se encuentre implicado el bien jurídico lesionado o puesto en peligro. En, *¿Es autor de un delito especial quine domina el hecho?,* op. cit., p. 336.

especialmente obligado, sea autor de infracción de deber, sino que se exige que domine la creación, el no control o aumento del riesgo objetiva y subjetivamente imputable; en otras palabras, que la infracción del deber especial se integre en el dominio del hecho[1293]. SCHÜNEMANN, que sigue una postura eminentemente material de autoría y participación, indica que:

> *[...] el criterio de autor en los delitos especiales debe ser buscado, [...] no en la infracción de un deber formal extrapenal, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el dominio del hecho en los delitos de comisión (delitos impropios de omisión). Finalmente, ofreciendo un solo ejemplo, esto es muy evidente en los delitos de funcionarios, porque el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal del que dispone*[1294].

Para GÓMEZ MARTÍN, «[...] *el injusto especial solo debería ser imputado, a título de autoría, a aquellos sujetos que, además de presentar la condición de intraneus, ostentan el dominio del riesgo típico*»[1295].

Lo sostenido doctrinariamente, llevado al caso que nos ocupa, determina concluyentemente que para atribuir responsabilidad penal como autor del delito de Peculado, por el solo haber infringido un deber –no haber devuelto el dinero– no supone suficiente elemento a saber; por lo que ahora toca examinar sus presupuestos de configuración, lo que determinará si existe o no una relación posición especial (vinculación funcionarial) entre el sujeto y el caudal, y, si conforme a ello, resulta admisible sostener, que este tiene algunas de las cualidades

---

(1293) SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *La autoría,* op. cit., p. 494.

(1294) SCHÜNEMANN, Bernd, *El dominio sobre el fundamento del resultado,* op. cit., p. 295.

(1295) GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?, en Dogmática actual de la autoría y la participación criminal,* Idemsa, Lima, 2007, p. 366.

que el art. 387° exige (perceptor, administrador o custodio). A ello cabe la postulación dogmática, de que un funcionario o servidor público puede afectar bienes jurídicos convencionales, es decir, el patrimonio del Estado, dando lugar a una tipificación penal por un delito común.

Los argumentos delineados –cabalmente desarrollados por la doctrina que postula una unidad sistemática de autoría y participación–, vendrían a ser, como señala GÓMEZ MARTÍN, una «reconstrucción» de una teoría *unitaria* de la autoría[1296]. Frente a esto, las teorías normativas del dominio del hecho se presentarían como concepciones que permitirían «recomponer» la teoría de la autoría. Explicarían la relación de autoría que debe existir entre el sujeto que realiza el tipo y la conducta típica de acuerdo con un único criterio aplicable a toda clase de delito. Se recuperaría para la teoría de la autoría, de esta forma, la idea de «sistema», «abandonada», en cierto modo, por la concepción más tópica o casuística de ROXIN[1297].

Sin duda, el desarrollo vertiginoso e imparable de la ciencia jurídico-penal de este tópico tan fundamental que es la autoría y participación en los delitos especiales propios, supone una temática que difícilmente impondrá un solo concepto en la dogmática penal, debido a los esquemas teóricos que se han acuñado en los últimos tiempos; empero, la construcción científica no puede abandonar conceptos esenciales del Derecho penal, de que la conducta del autor (sea un delito especial o un delito común) debe contrastarse, debe encajar, con la descripción típica de la figura delictiva en particular; lógicamente, partiendo con el reconocimiento de la especial esfera de actuación donde se ubica el agente, lo que lo hace o no, portador de este dominio del suceso típico. Una posición en contrario trae consigo consecuencias indeseables en un Estado Constitucional de

(1296) GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?*, op. cit., p. 331.

(1297) Ibídem, op. cit., p. 332.

Derecho, al basar la responsabilidad penal en la mera constatación de la infracción de un deber o de la contravención a un deber positivo, dejándose vacío el principio del *nullum crimen sine lege*.

Llevado los argumentos al caso que nos ocupa, nos conduce a las siguientes conclusiones:

1.- Debe negarse la «custodia», en tanto en esta situación, el agente (*intraneus*) es solo un guardián del objeto material del delito, un poseedor fáctico que realiza actos de conservación y protección, por lo tanto, él no puede disponer de dichos bienes para su uso personal, es decir, en su propio beneficio.

2.- Tampoco tiene la calidad de «perceptor», en la medida que los caudales (dinero), que recibe ha de tener la exclusiva finalidad de aplicarlos para la ejecución o prestación de servicios públicos o para las tareas ordinarias de la Administración, no para un viaje por comisión de servicios.

3.- Finalmente, podría decirse que es un «administrador», si se entiende que el agente –que recibe el dinero por viáticos– tiene plena disponibilidad jurídica del bien, en cuanto a darle un determinado destino a dicho capital, lo cual ha de ser también rechazado, en el sentido, de que el agente (funcionario o servidor público) recibe el fondo patrimonial del Estado, para una finalidad predeterminada en la resolución autoritativa: usar el dinero para sus gastos personales en el viaje de comisión de servicios; se podría decir que el dinero que recibe por «viáticos» pasa de la esfera interna de la Administración, a la esfera interna del servidor o funcionario público, en un ámbito estrictamente «personal». Si se dice que este es un «administrador», habría de ostentar –conforme su esfera de organización funcionarial– la potestad de decidir el destino del dinero, cosa que no cuenta el *intraneus* que recibe el dinero por dicho concepto; él lo puede gastar solo para cubrir el pago de hospedaje, alimentación y transporte.

Entonces, el hecho de que la resolución autoritativa (administrativa) determine el fin que ha de cubrir los viáticos, imposibilita que se pueda encajar la conducta bajo los alcances normativos del art. 387° del Código Penal, al no existir dicha relación funcionarial que construye la materialidad de dicho injusto.

En la doctrina nacional, BARRIOS ALVARADO sostiene una interesante posición, encaminada a la atipicidad penal de la conducta:

> *Para configurar la conducta del funcionario como peculado, esta debería entenderse como una apropiación sui generis, pues en el caso de los viáticos estas asignaciones salen de la esfera de tutela estatal para destinarse al ámbito de custodia personal del empleado público.*
>
> *Ninguno de los elementos normativos de percepción, custodia o administración se evidencia en estos casos, ya que en los viáticos subsiste la autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, con cargo a rendir cuenta.*
>
> *Es posible advertir que en esta especial circunstancia –entrega de viáticos– el servidor público detenta los bienes fuera del marco de control de la entidad pública, adquiriendo frente al traslado del bien la obligación de una rendición de cuentas, de ahí que su omisión dé lugar a responsabilidades de orden administrativo y civil.*[1298]

En la Ejecutoria suprema recaída en el RN N° 260-2009-Loreto, se establece lo siguiente:

> *[...] los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción o custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del 'viático' que se le*

(1298) BARRIOS ALVARADO, Elvia, *El delito de Peculado y la asignación...*, op. cit., p. 175.

asignó, aspecto diferente es que no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos, que en todo caso deben dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto; aún más de persistir las deficiencias u omisiones, debe agotarse la exigencia directa antes de recurrir a las acciones legales, obviamente de carácter administrativo y extrapenal; que siendo así, y habiéndose establecido que el cargo atribuido no se adecua al supuesto típico al que alude el delito de peculado, deviene en inoficioso determinar la infracción del deber, puesto que en el caso concreto no existe expectativas normativas referidas al rol especial que se puede exigir a los procesados [sic].

10.3. La no devolución de los viáticos no gastados: delito de Apropiación ilícita

Conforme a lo sostenido anteriormente, resta analizar el relato fáctico –no devolución de gastos por «viáticos»– según los alcances normativos del art. 190° del CP –apropiación Ilícita–, lo cual no solo resulta importante, en orden a cautelar los fines preventivo-generales de la pena, sino también para establecer una zona de delimitación con la «infracción administrativa», pues podría quedar esta conducta desvaliosa en un estadio que no supone el ingreso al ámbito de protección de la norma.

A lo dicho debe añadirse, que los funcionarios o servidores públicos, en el decurso de su actuación funcionarial, están en plena posibilidad de cometer delitos comunes, como el Hurto, la Estafa y la Apropiación ilícita, etc., y esto no implica hacer concesiones para tales agentes, sino todo lo contrario; tan cierto es, que no en pocas oportunidades se observa, en la práctica judicial, que se imputa delito de Colusión ilegal o de peculado, a quien ha permitido a otro trabajador el cobro de un sueldo a la Administración, sin haber prestado servicios, es decir, sin cumplir con su parte de la relación laboral; lo cual constituye delito de Estafa, a título de instigador; como ha

sucedido con respecto a ciertos congresistas de la República, que fueron denunciados por dichos títulos de imputación.

Es sabido que, los delitos patrimoniales convencionales importan el emprendimiento del agente de la sustracción, apoderamiento o apropiación de un bien mueble ajeno, tal como se devela de las estructuraciones típicas comprendidas en las primeras articulaciones del Título V del CP; entre estas figuras delictivas, posición importante ocupa el delito de Apropiación ilícita, dada su alta tasa de incidencia criminal.

Convenimos, por tanto, que el desvalor del injusto material del delito contenido en el art. 190° del CP, no aparece cuando el agente recibe el bien (dinero, caudales), sino de forma ulterior, cuando el autor se muestre renuente a devolver el objeto material del delito, lo cual lo distingue claramente del delito de Hurto o de Estafa. La nuclearidad, apunta Peña Cabrera, descansa en el incumplimiento por parte del autor de disponer del bien con las exigencias que en el título se expresan. La esencia de esos delitos se limita a aquellos casos en los que se transmiten la posesión a través, y exclusivamente, de un título que señala la forma y modo de devolver el bien recibido[1299].

El título debe causar la obligación de entregar o 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[1300].

¿Cuál sería el título por el cual el funcionario o servidor público recibe el dinero por concepto de «viáticos»? No es propiamente la «comisión», puesto que el funcionario no va a recibir una comisión por

(1299) Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho penal...*, II-A, op. cit., p. 210.
(1300) Ibídem, págs. 212-213.

la labor ejecutada, al constituir un fondo patrimonial encaminado a cubrir sus necesidades más elementales en el viaje de servicios. Nos inclinamos por encajar el supuesto fáctico dentro de la cláusula abierta que el legislador ha definido en la composición normativa del art. 190° del CP, donde la exigencia de la devolución se prevé en las disposiciones legales referidas al presupuesto y al tesoro público. Es decir, debemos remitirnos a una norma extrapenal, para complementar, de forma específica, el desvalor típico del comportamiento en examen.

Cuestión importante a saber, es que la perfección delictiva no se alcanza con el mero hecho de no devolver el dinero no gastado, sino que se requiere algo más: que la Administración requiera por escrito al servidor público, la devolución del dinero, otorgándole un término perentorio; luego de vencido el plazo, recién se estará ante una conducta susceptible de ser calificada como apropiación ilícita. Si la Administración procede a descontar dinero de los haberes del funcionario, sin haber hecho uso del requerimiento formal, no se podrá reputar la omisión como delictiva, sino como una infracción administrativa, pues no se podría advertir aún, que el agente tiene la intención de apropiarse del caudal dinerario.

Conforme la línea argumental esbozada, se tiene que en algunas oportunidades se puede presentar un entrecruzamiento entre dos tipos penales, donde la sola identificación de la cualidad de funcionario o servidor público en la persona del autor, no es suficiente dato a saber, para proceder a una calificación jurídico-penal a título de peculado, en la medida que dicha reputación punitiva se encuentra condicionada a una serie de presupuestos, que en definitiva no se presentan copulativamente en el caso que nos ocupa; donde la infracción del deber no es suficiente para poder fundamentar válidamente la sustantividad material de este injusto funcionarial, por constituir una categoría dogmática, cuya evidente formalidad, tiende a trastocar el principio de legalidad, elevando a título de autoría

cualquier clase de aportación delictiva del *intraneus* por más nimia e insignificante que sea, lo que sin duda, vulnera las garantías basilares de un Derecho penal democrático.

No se puede abandonar criterios teóricos-conceptuales, desprovistos de todo sustento material, por lo que el dominio funcionarial en la conducción típica, constituye un elemento de valoración irrenunciable. En tal merced, hemos de negar de plano interpretaciones forzadas o antojadizas, que pretenden cobijar dicho relato fáctico, en la cobertura legal del art. 387° del CP, cuando lo apropiado, dogmáticamente, es encuadrar la conducta bajo los alcances normativos del delito de Apropiación ilícita, siempre que se adviertan sus elementos de configuración típica, claro está. De modo que, el mero incumplimiento solo ha de ser constitutivo de una infracción de orden administrativa. Cabe resaltar que, es factible que funcionarios o servidores públicos atenten contra el patrimonio estatal; este es un ejemplo palmario de ello.

Cabe cuestionar, ¿Qué pasaría con aquel funcionario público, que recibe los viáticos, mas no realiza el viaje, y en su lugar presenta documentos falsos para pretender justificar un servicio que en realidad no efectuó?. Sin duda, si hemos negado de plano que se pueda dar una relación funcionarial entre el sujeto público y el dinero recibido, merced a una posición de custodio, perceptor y administrador, debe rechazarse, por tanto, una posible tipificación penal por el delito de Peculado. A tal efecto, al apreciarse una conducta encaminada a engañar a la Administración, de configurar una descripción fáctica distinta a la realidad, hemos de afirmar un posible delito de Estafa, bajo el entendido de que los *intraneus* pueden afectar el patrimonio del Estado, haciendo uso de un ámbito de libre organización, donde el medio que emplea para inducir a error a la Administración, hace del relato fáctico un concurso medial de delitos (real), entre el injusto patrimonial contenido en el art. 196° del Código Penal, con el de Falsedad material art. 427°.

El hecho de querer desplegar una mayor intensidad de amenaza punitiva, ante conductas que se perpetran en especiales ámbitos de la vida pública, no puede llegar a soluciones teóricas, que desdicen los planos de valoración que de cuño deben ser tomados en cuenta a la hora de definir la relevancia jurídico-penal de la conducta.

10.4. Conclusiones

La línea argumental expuesta define un ámbito muy peculiar de la criminalidad, que, por su escaso desarrollo dogmático, puede llevar a resoluciones teóricas equívocas, sea por considerar a la no devolución de viáticos como infracción administrativa o como presunto delito de Peculado; ni uno ni el otro. En primer lugar, en la medida que se observa un suficiente desvalor material en dicha conducción, necesitado y merecedor de pena; segundo, al no concurrir los presupuestos de configuración típica propuestos normativamente en el art. 387° del CP, donde el argumento de la «infracción del deber» resulta insuficiente para dotar de sustantividad a los injustos funcionariales.

La búsqueda de un «criterio material» en los delitos especiales propios, nos conducen a rechazar criterios meramente formales, incapaces de respetar en rigor el principio de legalidad, pues bastaría que al *intraneus* se le reconozca una competencia de orden institucional para atribuírsele responsabilidad penal, sin tomar en cuenta, si con su obrar se configuró o no la descripción típica en particular; el dominio es el fundamento del resultado típico y es, precisamente, la relación funcionarial que detenta el autor frente al objeto material, lo que le otorga dicho «dominio», el cual nunca lo tendrá el *extraneus* o el *intraneus* –funcionalmente no cualificado–. La infracción del deber es considerado como un primer escalafón a valorar para la determinación de la relevancia jurídico-penal de la conducta, mas esta no basta para afirmar la tipicidad penal.

Convenimos, entonces, que la forma de cómo ingresa el patrimonio estatal «viáticos» a la esfera de custodia del funcionario o servidor público, imposibilita que esta conducta omisiva, pueda ser reputada como delito de Peculado, por la sencilla razón, de que el *intraneus* carece de la cualidad funcional de custodio, perceptor o administrador. Por tanto, no ingresa al ámbito de protección del art. 387° del Código Penal.

En este orden de ideas, somos de la concepción que dicho funcionario o servidor público, al atentar contra el patrimonio estatal, sí incurre en responsabilidad penal, pero no por el delito de Peculado, sino por la figura delictiva de Apropiación ilícita; en razón de que el agente no procede a devolver el dinero, teniendo la obligación de hacerlo, conforme a la normativa que rige las disposiciones presupuestales y del tesoro público; siempre y cuando sea requerido formalmente para ello y, el sujeto público sea renuente a cumplir con dicha exigencia. Por tanto, consideramos que la interpretación de las normas penales ha de corresponderse con la teleología que guía su finalidad instrumental acorde con elementos constitutivos del tipo penal.

XV. ESTUDIO DOGMÁTICO DE LOS DELITOS DE COHECHO Y PERSPECTIVAS POLÍTICO CRIMINALES

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción constituye un flagelo que azota duramente a las naciones democráticas, es la principal causa del subdesarrollo de nuestros pueblos, impide el despegue socioeconómico que se requiere para luchar frontalmente contra la pobreza y el subdesarrollo, debilitando así la institucionalidad propia del Estado de Derecho y la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico estatal.

Los actos de Corrupción que acontecen en el seno de la Administración Pública provocan una grave alarma e indignación social, al ver como sus autoridades más representativas se ven involucradas en coimas, sobornos y toda clase de negocios ilícitos, defraudando con ello las legítimas expectativas ciudadanas, pues es de recibo que toda la actuación del aparto público debe sujetarse a los principios jurídico-constitucionales que se desprenden de nuestra Ley Fundamental, esto es, la objetividad, independencia e imparcialidad, que han de acatar estrictamente los funcionarios y/o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. Así lo contempla el artículo 39° de la Constitución.

Cuando el funcionario público (*intraneus*) se encuentra incurso en los delitos de Cohecho, lo que se produce es una privatización del cargo en franca contravención de los deberes funcionales inherentes al mismo.

En opinión de SERRANO GÓMEZ, el Cohecho es un delito con una alta cifra negra, que siempre ha existido y que se agrava en los últimos años, por lo menos con casos de gran trascendencia social y con elevados beneficios obtenidos ilícitamente por autoridades o funcionarios públicos a través de la comisión de delitos o, al menos, de actos injustos en el ejercicio de sus cargos[1301].

Según lo anotado, el reproche jurídico-social será cada vez más intenso mientras más relevantes sean las funciones quebrantadas; es decir, la magnitud del grado de culpabilidad (imputación individual) adquiere mayor gravedad cuando el sujeto involucrado en un acto de corrupción pertenece a las altas esferas de la Administración Pública. Lo cual se corresponde plenamente con la alarma que se genera en la población, que con estupor e indignación atestigua de estas intolerables conductas.

La respuesta punitiva no se hace esperar ante la creciente estadística criminal de estos delitos, el legislador se embarca en una incansable e irrefrenable modificación de las diversas figuras delictivas –glosadas en la Sección IV del Título XVIII del CP– como en la sanción de las Leyes N° 25498, 26572, 26443, 27074, 28355 y la 29316. Proceder legislativo que manifiesta un evidente interés del legislador de cerrar todo espacio de impunidad, de ejercer efectos disuasivos más intensos (prevención general negativa) y por qué no decirlo, de ensalzar las propiedades comunicativas socio-pedagógicas hacia la población. Orientación de política criminal que, no en pocas oportunidades, queda en saco rato, al ver como los casos que involucran a altos funcionarios del Estado, enrostran un manto de impunidad, al blindarse políticamente con las prerrogativas (antejuicio constitucional) que les confiere al cargo, mientras

(1301) SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., págs. 747-748; Así, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 411.

que el funcionario (servidor) de una instancia más baja es detenido *in situ*, esposado y recluido en un establecimiento penitenciario, aparejado con la parafernalia que acostumbra a desplegar la prensa en el Perú. Por consiguiente, se devela que la Nación peruana aún no cuenta con un sistema realmente democrático, pues nadie puede estar por encima de la ley.

2. EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE COHECHO

El bien jurídico se constituye, en la política criminal actual, como marco de referencia obligado para el legislador, a fin de construir la conducta penalmente prohibida o mandada a realizar, como plataforma legítima de criminalización y, a su vez, como proyección de despenalización, tomando en cuenta su contenido material, a efectos de delimitar el injusto penal cualificado. Por consiguiente, el bien jurídico importa un instrumento de hermenéutica jurídica para sistematizar ordenadamente los comportamientos típicos, conforme al contenido del interés jurídico a tutelar, de acuerdo a la *ratio legis* de la norma jurídico-penal, definido por los cometidos preventivos que ha de desempeñar el Derecho penal y, por otro, como herramienta de política criminal, revisando de forma crítica el Derecho positivo vigente, a fin de corregir los vacíos de la ley, promoviendo las reformas legales que sean necesarias para procurar el funcionamiento real de los fines del *ius puniendi* estatal, con la protección preventiva de bienes jurídicos.

Sin embargo, el fin primordial del bien jurídico es erigirse en límite a los ámbitos de intervención del Derecho penal, sobre todo, cuando se pretende hacer de su uso cometidos que no se condicen con su esfera de legitimación en un Estado social y democrático de Derecho, pretendiendo sofocar los focos de conflictividad social que carecen de suficiente nivel de lesividad; y, por otro lado, ante conductas que solo merecen una reprobación ético-social y no cumplen con

el estándar de ofensividad que se exige para la necesidad y merecimiento de pena.

En el campo de los delitos de Cohecho, en los últimos años se han producido varias modificaciones, muchas de ellas necesarias de acuerdo a los argumentos antes señalados.

En un Estado democrático y social de Derecho debe asegurarse la participación del individuo en las diversas actividades socio-económicas-culturales, que son necesarias para su integración social y para su autorrealización personal; es que, en un ámbito colectivo, la persona humana no solo debe tener un reconocimiento y tutela de sus derechos subjetivos inherentes a dicha condición ontológica, sino también permitir su desarrollo como tal, significa promover su acceso a los fines sociales que el Estado debe también tutelar. Surge así, desde las bases de un Estado social, las prestaciones públicas que han de ejecutarse según los cometidos *iusconstitucionales*, esto quiere decir, dirigidos hacia los intereses generales, para que los ciudadanos puedan hacer uso real de las libertades que el orden jurídico plasma en su normatividad, y para ello, los diversos estamentos que se comprenden en la Administración Pública, deben prestar dichos servicios de forma objetiva, imparcial e independiente, a fin de satisfacer las expectativas sociales e individuales, que debe resguardarse según la máxima de legalidad[1302]. En definitiva, el marco en el que deben situarse los delitos contra la Administración Pública es el que se viene perfilado en la Constitución y, por lo tanto, son irrenunciables las referencias a que los poderes públicos en general y la Administración en particular, se encuentran sometidos por mandato constitucional a la ley y al Derecho[1303].

(1302) Así, Olaizola Nogales, Inésnés, *El delito de Cohecho,* op. cit., p. 87.

(1303) Rebollo Vargas, Rafael, *Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L.II. del Código Penal español*, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos – In memorian*, Vol. III, op. cit., p. 553.

Recordemos que el bien jurídico tiene una base constitucional, pues en principio solo pueden ser objeto de tutela aquellos intereses jurídicos que gozan de reconocimiento por parte de la Ley Fundamental, de ahí que se diga con corrección que la función pública, en el marco de un Orden democrático de Derecho, debe desempeñarse con objetividad, legalidad, imparcialidad e independencia, criterios que llenan de contenido material al bien jurídico y que a su vez permiten negar la relevancia jurídico-penal de conductas que no ponen en peligro dichos principios constitucionales, imprescindibles en la tarea delimitadoras de las meras desobediencias administrativas con el injusto penal.

No son, entonces, bienes jurídicos personalísimos que de forma concreta puedan ser percibidos por el común de las gentes, sino que por su naturaleza funcional, se encuentran vinculados directamente con los primeros, como mecanismo participativo de una real democracia.

Se trata, por tanto, de bienes jurídicos de naturaleza «institucional», puesto que su titularidad está atribuida al Estado, que se representa a través de sus diversos estamentos públicos y a la vez «intermedios», pues su legitimidad reposa en un fundamento individual de la persona humana, funcional, al constituir en la plataforma necesaria para el desarrollo del individuo[1304]. Ello se debe, afirma ALCÁCER GUIRAO, a que para el desarrollo de las condiciones de participación social del individuo no solo será precisa la protección inmediata de los bienes circunscritos a la libertad personal, sino también, la protección mediata de los mismos a través de la tutela de estados intermedios de la organización social (bienes jurídicos «intermedios», cuya *ratio* radica en una anticipación de la tutela penal de bienes personales, siendo el centro de la discusión no el ámbito de bienes a proteger, sino la técnica de protección),

[1304] Así, OLAIZOLA NOGALES, INÉSnés, *El delito de Cohecho,* op. cit., p. 110.

así como la protección de instituciones públicas, los cuales pueden configurarse como bienes jurídicos supraindividuales (bienes jurídicos «institucionales»)[1305].

Ahora bien, visto lo anterior, queda por dar un contenido material al bien jurídico tutelado en el Título XVIII, que de forma general pueda sistematizar el interés –objeto de tutela–, pues es de verse que las diversas figuras delictivas que se comprenden en dicha titulación, aunado a la especificación de la Administración de Justicia, responden cada una de ellas a ciertos criterios de política criminal, amén a su propia naturaleza, lo cual no es óbice a renunciar a la tarea emprendida. Máxime, si la definición material en cuestión es imprescindible para delimitar el ámbito de incidencia entre las meras infracciones administrativas y los injustos penales que ha de seguir pautas de determinación «cualitativas» o de trascendencia del acto administrativo[1306], en el sentido de que únicamente las graves perturbaciones al bien jurídico Administración Pública pueden ser reputadas conductas con relevancia jurídico-penal, cuando el funcionario y/o servidor público afecta de forma considerable el normal funcionamiento de la función pública, desde la perspectiva de los parámetros jurídico-constitucionales de imparcialidad, objetividad e independencia de toda actuación pública. Dicha concreción material se ajusta plenamente a los principios legitimadores del *ius puniendi* estatal, conforme a la idea de última ratio, de mínima intervención y de subsidiariedad en la intervención del aparato punitivo del Estado. Evidentemente, señala FEIJOO

(1305) ALCÁCER GUIRAO, Rafael, ¿Lesión de b*ien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 137.

(1306) Quiere decir ello que, la legitimación del Derecho penal en dicho ámbito de la criminalidad, se sujeta a las actuaciones funcionales que trascienden el marco interno de la administración, al incidir en planos concretos de tutela hacia los administrados, por eso se afirma que los ataques al bien jurídico deben guiarse conforme una actividad finalista de la actuación pública, esto es, la tutela de los intereses generales de la sociedad.

SÁNCHEZ, el Derecho penal, debido a su carácter fragmentario, no puede considerar injusto merecedor de pena toda infracción de un deber por parte de un funcionario. Solo se reacciona frente a los «ataques» más intolerables contra la función que la Administración Pública desempeña en nuestra sociedad[1307].

A nuestro entender, el Derecho penal solo ha de intervenir ante aquellas conductas que de forma trascendente defraudan los intereses de la comunidad, que se ve afectada cuando el funcionario perturba dicho cometido, implicando a la vez un aspecto «funcional» de referente individual.

La importancia que el buen funcionamiento de la Administración tiene para la sociedad en general, justifica, sobradamente, la intervención penal respecto de los comportamientos que sean idóneos para lesionar gravemente la seguridad y la confianza de los ciudadanos en su correcto funcionamiento[1308]. La necesidad de la intervención penal, (...) en un Estado democrático, solo está legitimada en la medida en que sea necesaria para la protección de la sociedad[1309].

Siendo así, solo las conductas típicas que vienen caracterizadas por el dolo, como tipo subjetivo del injusto, son factibles de punición, descartándose la penalización de las conductas imprudentes, bajo la excepción del peculado culposo (art. 387° del CP). Por consiguiente, quedan fuera del marco de punición las conductas dentro del aparato

---

(1307) FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal español de 1995: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas, en Revista peruana de ciencias penales*, N° 7-8, URQUIZO OLAECHEA (Dir.), op. cit., p. 708.

(1308) DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, *La respuesta a la corrupción política,* op. cit., p. 44.

(1309) Vizueta Fernández, Jorge, *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de Cohecho,* cit., p. 239; Así, Olaizola Nogales, Inés.; *El delito de Cohecho,* cit., p. 85.

público que no afectan de forma significativa la actuación pública, solo a partir de estándares de optimización y de rendimientos altamente calificados, como sucede en el caso de las contravenciones administrativas.

Dicho esto, cabe reputar como «intrascendente» pretender llenar de un contenido puramente «axiológico» el bien jurídico tutelado, en cuanto al «prestigio», «decoro» o «dignidad» del cargo[1310], por carecer de fundamento político criminal desde los cánones de un Orden democrático de Derecho, donde la reacción punitiva solo puede responder a criterios suficientes de lesividad social, que determinen a su vez el merecimiento y necesidad de pena. De no ser así, habría que revestir (*catalogar*) de relevancia jurídico-penal meras desobediencias administrativas, como comúnmente lo hacen las instancias administrativas, pues no saben delimitar con corrección las infracciones de los injustos penales, lo que a la postre desencadena persecuciones penales que no cuentan con el presupuesto material para su legitimación (sospecha vehemente de criminalidad = principio de intervención indiciaria).

La infracción del «deber» puede resultar válida como premisa para fundamentar la relevancia jurídico-penal de un comportamiento que pueda realmente poner en peligro al bien jurídico, pero si no se le complementa con otros añadidos, que hayan de incidir en su contenido material de injusto penal «cualificado», este dato será insuficiente, permitiendo la punición de conductas carentes de dicha concreción material[1311], constitutivos únicamente de una contravención

---

(1310) Así, REBOLLO VARGAS, Rafael, *Notas y consecuencias de una lectura constitucional...*, op. cit., p. 554.

(1311) A lo dicho, añade REBOLLO VARGAS que, no todos los sujetos activos son funcionarios públicos o autoridades con lo cual ese «deber», que en principio, les era exigible ya no puede requerirse a todos los sujetos activos, en tanto que algunos son simples particulares; *Notas y consecuencias de una lectura constitucional...*, op. cit., p. 552.

administrativa[1312]. Como expone Octavio de Toledo y Ubieto, esta postura supone una visión del funcionario solamente en interés del Estado, de la Administración, olvidando que la Administración justifica su existencia por la actividad que despliega en beneficio de los ciudadanos, de la sociedad, a la que no representa, sino que sirve[1313]. Expresado en otros términos, el contenido material de antijuridicidad que se exige para la intervención del Derecho penal no se satisface en la mera infracción de un deber del cargo, sino que es necesario que esa infracción comporte una cierta entidad para afectar a un correcto funcionamiento de la Administración, que incluso sin ulterior especificación constituye una referencia demasiado general e insuficiente en sí misma para determinar la necesidad de tutela penal[1314].

Cuestión muy importante en los delitos de Cohecho, es que ha de conciliarse con los criterios rectores que hacen de la conducta una no típica cuando no se alcanzan los niveles de perturbación funcional que exige la *ratio legis*.

Los delitos de Cohecho, entonces, ¿qué aspecto del bien jurídico atacan, en el marco de la Administración Pública? En principio, habrá que precisarse que el legislador, de común idea con el Derecho comparado, ha estructurado estos injustos en dos tipificaciones independientes; primero, el llamado «cohecho propio», cuando el funcionario o servidor público, falta al cumplimiento de sus obligaciones, esto es, infringe concretos deberes funcionales[1315] (que puede

---

(1312) Así, Olaizola Nogales, Inés, *El delito de Cohecho,* op. cit., págs. 87-88.

(1313) De Toledo y Ubieto, Emilio, *La prevaricación*, op. cit., págs. 238 y ss.

(1314) De La Mata Barranco, Norberto, *La respuesta a la corrupción pública,* op. cit., p. 62.

(1315) Debe entenderse que la contravención del cumplimiento del deber puede suponer la infracción de una norma de orden administrativo o la comisión de un injusto penal, en todo caso, se manifiesta su naturaleza antijurídica; como expone Polaino Navarrete, para la determinación del carácter antijurídico de la acción que la autoridad o funcionario ejecutan o aceptan ejecutar, será preciso recurrir al ordenamiento jurídico en su conjunto; *Delitos contra la Administración Pública, Co-*

configurarse mediante un hacer o un omitir), merced de la dádiva, ventaja u otro beneficio que recibe o se le promete entregar por parte de un particular; verbi gratia, cuando el policía de tránsito recibe una coima, por parte del conductor de un vehículo que ha cometido una infracción de tránsito, para que no se imponga la multa; por otro, se denomina «Cohecho impropio», cuando el funcionario o servidor público, recibe, acepta o se le promete la entrega de cualquier tipo de ventaja o beneficio indebido, sin faltar a sus obligaciones funcionales, en este caso el *intraneus*, no contraviene la legalidad, pues sujeta su actuación a los dispositivos legales pertinentes, verbi gratia, el funcionario de una Comuna que recibe un dinero para que la gestión de un trámite administrativo se efectúe con mayor celeridad[1316]. Así, De La Mata Barranco, al sostener que tanto la objetividad como la imparcialidad, principios legitimados por la necesidad de actuación de la Administración en aras de la satisfacción de los intereses generales, se derivan del principio de legalidad, de modo tal que, toda lesión del principio de imparcialidad implica una lesión del principio de legalidad, si no ocurre así a la inversa[1317].

---

hecho, op. cit., p. 373; Así, Orts Berenguer, Enrique, *Delitos contra la Administración Pública (y, II): Cohecho...,* op. cit., p. 923; por otro lado, también se pone en debate cuando la dádiva o la ventaja –en cuanto a la configuración del injusto de Cohecho– toma lugar ya habiéndose realizado el acto funcional –con cumplimiento o sin cumplimiento de sus deberes públicos–, pues lo que debe motivar al autor debe ser precisamente la entrega del donativo o, si se quiere, la promesa de acceder a ella, lo que no se manifiesta en el acto posterior; Así, Molina Arrubla, C.M.; *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 292.

(1316) Para Arenas, analizando el art. 142° del Código Penal colombiano, señala que, la diferencia entre esas dos formas delictuales: en el Cohecho propio el servidor público se compromete a omitir en ejecución de un acto justo, a retardar uno de igual naturaleza o a ejecutar uno contrario a sus deberes, de suerte tal que, los tres casos comete, por precio, una injusticia; al paso que en el Cohecho impropio el servidor público recibe dinero o acepta la promesa remuneratoria por acto que debe ejecutar en el desempeño de sus funciones, de tal manera que en esta hipótesis vende la justicia; citado por Molina Arrubla, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 296.

(1317) De La Mata Barranco, Norberto.; *La respuesta a la corrupción pública,* op. cit., p. 38.

Antes de pasar al análisis concreto del bien jurídico tutelado en los injustos de Cohecho, vale resaltar que ambos constituyen delitos de peligro abstracto; de todos modos, la punibilidad de la conducta está a la aptitud de lesión *ex ante* que desentrañe la conducta, verificable *ex post*, por lo que aquellos que si bien formalmente puedan adecuarse a la tipificación penal, deben descartarse por no poseer un mínimo de lesividad social. Dicho esto, es de vital importancia introducir criterios de corrección como la teoría de la adecuación social, del riesgo no permitido y el de insignificancia del desvalor del injusto, para dejar de lado conductas que, si bien formalmente pueden adecuarse a los términos formales del tipo penal, no poseen suficiente contenido material para poner en aptitud de lesión al bien jurídico tutelado[1318]; verbi gratia, cuando el particular le regala una gaseosa al servidor, que de forma impronta y eficaz está realizando un acto propio de la función pública.

En palabras de Corcoy Bidasolo, lo que pretende el legislador es motivar el control de los riesgos propios de la organización de instituciones que están al servicio del ciudadano[1319].

La legitimidad de dicha construcción teórica, como técnica de tipificación, de adelantamiento de la barrera de intervención del Derecho penal, se explica en cuanto a su íntima relación con la autorrealización de la persona humana, desde un punto de vista «funcional»[1320].

(1318) Ver al respecto, Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., págs. 407-408.

(1319) Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Delitos de peligro,* op. cit., p. 118.

(1320) A decir de Alcácer Guirao, que el grado de peligro para el bien jurídico –que tampoco es un concepto «naturalístico», por cuanto presupone una valoración– viene así, a establecer el significado lesivo de la conducta para la autonomía del ciudadano; ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?, op. cit., págs. 161-162.

3. EL COHECHO COMO DELITO DE PARTICIPACIÓN NECESARIA

Una cantidad considerable de delitos requieren solamente de la intervención de una persona para que el hecho punible pueda perfeccionarse a cabalidad, es decir, para lesionarse bienes jurídicos, como la vida, el cuerpo, la salud, el honor o el patrimonio, basta con la actuación de un único individuo, portador de conciencia y libertad, quien procede a afectar la indemnidad de dichos intereses jurídicos; empero, el legislador, en el mismo contenido de la descripción típica, ha definido la actuación de dos sujetos, es decir, para que el tipo penal pueda adquirir perfección delictiva se requiere la conjunción de actuaciones de cada uno de ellos, que sumadas forman el engranaje delictual que la normatividad exige. Siendo que, por lo general, es en la misma ley penal que se define dicha situación participativa, como es el caso del delito de Colusión ilegal.

Por participación necesaria se entiende –dice MEZGER– la circunstancia de que ciertos hechos punibles requieren, con arreglo a su tipo, la participación de varias personas[1321]. En el caso de los delitos de Cohecho (arts. 393° y ss.), la participación del particular (*extraneus*) ha merecido una respuesta jurídico-penal más intensa, pues el legislador consideró conveniente, político-criminalmente, que la conducta del criminal constituyese una tipificación penal aparte a la del funcionario que solicita o acepta el donativo, promesa o cualquier tipo de ventaja desdoblando la punibilidad en dos tipos penales independientes entre sí, pero materialmente indisolubles; esto es, los delitos de corrupción importan una actuación eminentemente bilateral o dígase sinalagmática, en el sentido de que el funcionario o servidor público (*intraneus*) no puede realizar típicamente estos delitos de forma unilateral e individual.

(1321) MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 323.

La Corte Suprema, en el RN N° 1091-2004 (precedente vinculante), señala sobre la configuración del delito de Cohecho lo siguiente:

> *[...] que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término "aceptar", el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario.*

Vemos, por tanto, conforme la estructuración normativa de los injustos de Cohecho, que se trata de un delito de participación necesaria[1322], «plurisubjetivo», como lo postulan algunos[1323], pues para su realización típica requiere necesariamente la contribución fáctica del particular, hasta de otro funcionario, quien le ofrece la dádiva, beneficio o ventaja de cualquier índole[1324], o a la inversa

---

(1322) Así, Blanco Lozano, Carlos; *Tratado de Derecho penal español,* T. II, op. cit., p. 506. Por participación necesaria se entiende, dice Mezger, la circunstancia de que ciertos hechos punibles requieren, con arreglo a su tipo, la participación de varias personas; *Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 323.

(1323) Así, Molina Arrubla, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 272.

(1324) En este caso, para configurarse el injusto con respecto al *intraneus*, este debe «aceptar» el soborno; en cuanto a dicho verbo típico se ha señalado, en la ejecutoria recaída en el RN N° 1091-2004-Lima (Segunda Sala Penal Transitoria), publicado el 26 de noviembre del 2005, que: «[...] *el término "aceptar", el que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor*

siendo el autor (funcionario), quien la solicita; dicho así, los delitos de Cohecho para su perfección delictiva manifiestan el acuerdo ilícito entre el «corruptor» y el funcionario «susceptible de corromper».

De todos modos vale decir que, el marco de la política criminal de lucha contra la corrupción ha supuesto que el desvalor de la conducta de cada uno de ellos sea reconducido a una tipificación penal autónoma, en el caso del funcionario será constitutivo de un delito de Cohecho pasivo y en el caso del particular o funcionario(1325) en la infracción penal de Cohecho activo(1326). Ello, en la medida que

---

público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento de quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario [...]». En todo caso, lo que se pone de manifiesto es que la configuración típica se da de forma autónoma con respecto al injusto que comete el *intraneus* y, el que de forma simultánea comete el *extraneus*, pues para la realización típica del primero solo se requiere que el funcionario público acepte la dádiva, sin necesidad de que este falte realmente a sus obligaciones funcionales, basta que la motivación del soborno sea aquella y, en el caso del particular, que le ofrezca la coima o que acepte la tratativa ilícita, sin necesidad de que el servidor público infrinja realmente sus deberes funcionales; en palabras de la MATA BARRANCO, estamos ante un delito de consumación anticipada; *La respuesta a la corrupción p*ública, op. cit., p. 106; Así se expresa en la siguiente ejecutoria: AV N° 14-2001-Lima (Sala Penal Transitoria), en cuanto a la conducta típica prevista en el art. 393° del CP: «*[...] entendiéndosela como la aceptación hecha por un funcionario público, o por la persona encargada de un servicio público, para si o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se ejecuta, omita o retarde el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito, un funcionario público, debe omitir o retardar un acto ilegítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional; siendo una de las características del tipo penal, sólo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento del pago, la promesa, no el acto indebido [...]*».

(1325) Tal como se desprende de los tipos legales previstos en los arts. 397° y 398° del CP, no se exige una cualidad específica para ser autor, por lo que es un delito común específico, pese a estar comprendido en la Sección IV – Corrupción de Funcionarios.

(1326) Así, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 370. En el caso de este injusto, la doctrina no es pacífica al momento de deter-

se pretende afianzar los cometidos político-criminales de la norma jurídico-penal, pues ya de plano incidir en un marco de autoría del agente corruptor, del particular (o también un funcionario público), implica un plano de mayor despliegue sociocomunicativo que, a veces no rinde sus frutos, cuando no se describe en la literalidad normativa la responsabilidad del «otro» que, en puridad, debería ser a título de «cómplice primario» o de «instigador», y ello llevado a la categoría de un delito especial «propio» como son los injustos de Cohecho, como el mismo Texto Punitivo se encarga de rotular al definirlo así en la capitulación correspondiente («Corrupción de Funcionarios»), donde los *intraneus* son los únicos que pueden quebrantar –en primer lugar– los principios jurídico-constitucionales que construyen el bien jurídico protegido en este ámbito de la criminalidad. Sin embargo, los ciudadanos por sus cotidianos quehaceres se ubican en determinadas posiciones sociales que permiten involucrarlos en conductas reprochables, como cuando provocan la mercantilización del cargo público, pero obviamente no al mismo nivel e intensidad que los sujetos públicos, por lo que la sanción punitiva en el caso del Cohecho activo debe significar una dosis menor de intensidad.

En la Ejecutoria suprema recaída en el RN N° 1406-2007-Callao se dice lo siguiente:

---

minar la comunidad que debe expresar el contenido del bien jurídico, si se parte de la doctrina de la infracción de un deber, habra de rechazarse de plano cualquier intención sistematizadora del interés jurídico tutelado, pues queda claro que el particular (*intraneus*) nunca podrá quebrantar dicho deber, pero si se toma en cuenta que los ataques a la imparcialidad de la función pública pueden ser provocados también por aquellos que no ejercen dicha función, puede incidirse en una convergencia en el bien jurídico a proteger, en tanto el ofrecimiento de una ventaja o beneficio por parte del particular también pone en peligro dicha imparcialidad, más aún, la intervención de aquel es imprescindible para la realización típica, al tratarse de un delito de participación necesaria, por lo que ambos injustos (cohecho pasivo y cohecho activo), se encuentran indisolublemente ligados. A decir de Olaizola Nogales, se trata de un bien jurídico común en el delito de Cohecho pasivo y al delito de Cohecho activo. El bien jurídico protegido en el delito de Cohecho será el correcto funcionamiento de la Administración Pública; vide, *El delito de Cohecho,* op. cit., p. 111.

> *El delito de cohecho es un delito de participación necesaria y de mera actividad, en el cual el funcionario público (sujeto activo) acepta o recibe un donativo o ventaja para sí o para un tercero, a fin de cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, existiendo una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera sea ejecutado, omitido o retardado por el funcionario público; así, solo el acuerdo de voluntades configura el tipo penal, no siendo necesario el cumplimiento del pago o del acto indebido, ya que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, y no es necesario que se produzca el perjuicio económico al Estado.*(1327)

Sobre la actuación del particular, en la Ejecutoria suprema emitida en el RN N° 3778-2003, se expone:

> *El delito de cohecho activo genérico solo exige que el sujeto activo realice una conducta positiva concreta dirigida a «comprar la función pública». No hace falta –aún lo incluya– un acuerdo previo. El tipo penal en mención requiere que el agente, a través de dádivas, promesas o ventajas, trate de obtener una determinada conducta funcional del funcionario involucrado, esto es, genere en él un estado de disposición para la venta de la función pública. Esta figura también admite, como una de sus formas posibles para lograr el propósito criminal, las vías implícitas, como en el presente caso, en que el imputado dejo un sobre conteniendo dinero, a modo aparente de regalo, pero deja implícita su voluntad de conseguir una decisión funcional favorable a los intereses que patrocinaba.*(1328)

La propiedad dogmática de delito «plurisubjetivo» ha sida relativizada de forma sustancial –vía la reforma normativa producida

(1327) ROJAS VARGAS, Fidel, *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia,* III, op. cit., págs. 331-332.

(1328) En *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima.

por la dación de la Ley N° 28355–, en el sentido de que la redacción descriptiva de algunas de las modalidades típicas contenidas en los tipos legales de Cohecho pasivo y de Cohecho activo, han supuesto la ruptura de la dependencia típica de ambos supuestos del injusto; según el texto actual de dichos articulados, basta que el funcionario solicite donativo, promesa o cualquier tipo de ventaja o condicione su actuación *funcionarial* a la entrega de una dádiva, para que se dé por perfeccionado el tipo del injusto. En esa misma orientación de política criminal, es suficiente, con el particular (*extraneus*), ofrezca o prometa a un funcionario o servidor público, un donativo, para que se consume el delito de Cohecho activo. Sin duda se debilita la tesis del delito *plurisubjetivo* (participación necesaria), adquiriendo en tal merced autonomía de tipificación penal los delitos de Cohecho pasivo y de Cohecho activo.

Tratándose de participación de otros (*extraneus*) para la realización delictiva, tal es el caso de quien recibe el dinero para entregárselo al funcionario, no habrá problema para calificar dicha intervención delictiva a título de complicidad (primaria o secundaria), siguiendo el principio de la unidad en el título de la imputación, acorde con el principio de accesoriedad en la participación[1329], siempre y cuando este actúe con dolo y no se trate de un acto de venta de influencia, pues de ser así, este último estaría incurso en el delito de Tráfico de influencias a título de autor.

4. LOS «MEDIOS CORRUPTORES» EN LOS DELITOS DE COHECHO

Los delitos de Cohecho suponen un acto biltateral, una actuación sinalagmática entre dos sujetos, mediando prestaciones recíprocas, cada una de ellas se obliga (compromete) frente a la otra;

(1329) Así, Blanco Lozano, Carlos, *Tratado de Derecho penal español,* T. II, op. cit., p. 506.

por esas razones se trata de un delito *plurisubjetivo,* de *participación necesaria,* donde la facticidad que ejecute cada una de las partes, resulta imprescindible a efectos de realización típica.

Estamos hablando de una vulneración a los principios básicos de la actuación pública, según los cometidos del Estado constitucional de Derecho, donde la objetividad, imparcialidad y legalidad se ven fuertemente afectadas por la conducta cohechadora; sobre todo, por parte del *intraneus*, quien tiene el deber de sujetar su actuación *funcionarial* apegado a Derecho y, por otra parte, del *extraneus*, de no promover actos antijurídicos en el seno de la Administración.

De forma que, la actividad prohibida que se le atribuye al funcionario público viene precedida por una motivación particular de recibir u obtener un «donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio»; aquellos elementos se erigen como motivos que impulsan el obrar prohibido del funcionario o servidor público. Es decir, el autor (*intraneus*) debe ir en contra de sus obligaciones funcionales o de realizarlas conforme a Derecho, merced a la ventaja o beneficio que recibe o le prometen entregar; si despojamos dicha circunstancia de la conducta *funcionarial*, hemos de negar la tipicidad penal por los delitos de corrupción[1330], pudiendo reputarse la conducta como Abuso de autoridad; mas si el funcionario actúa con arreglo a Ley, el hecho será simplemente atípico.

En la Ejecutoria suprema, emitida al amparo del RN N° 1932-2012-Piura, se expone lo siguiente:

> *El concepto penal de funcionario público es amplio. A la ley penal le interesa que el sujeto activo tenga un deber especial derivado del ejercicio de una función pública y de la cercanía con el bien jurídico tutelado. Los imputados eran miembros del Consejo Universitario,*

(1330) Así, SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 439.

que es un organismo del Estado, pese a lo cual vulneraron sus deberes institucionales mediante el cobro de dinero, para hacer ingresar a la Universidad Nacional a determinados postulantes, proporcionándoles las claves de respuestas. La relación de los acusados con el ejercicio de funciones públicas y su deber de protección con el objeto jurídico los vincula con el delito de cohecho como sujetos activos.[1331]

Así también debe destacarse, que el medio corruptor debe ser «idóneo» para poder generar un acto de disponibilidad del sujeto público, es decir, si lo que se le ofrece al funcionario público no le genera ningún tipo de rentabilidad o quien se lo ofrece es una persona incapaz de poder conceder lo que promete, se deberá inclinar por declarar la atipicidad penal de la conducta. No olvidemos que en delitos como estos, que son de mera actividad, se debe examinar la idoneidad de la conducta desde una perspectiva *ex ante*, si no se da ello este acto no ingresa al ámbito de protección de la norma en cuestión, lo que podría ser reputado como un delito «imposible», conforme los alcances normativos del art. 17° del CP[1332]. Así, en la Ejecutoria suprema contenida en el Exp. N° 5798-97-La Libertad: «*Si bien existen indicios razonables sobre la comisión del delito de corrupción activa, toda vez que el encausado reconoce haber efectuado la entrega del billete en referencia, sin embargo dada la ineficacia del medio corruptor empleado consistente en un billete nominado en intis que había sido retirado de circulación con anterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos, la conducta del procesado deviene en atípica y no punible por la imposibilidad de la consumación del delito*»[1333]. Empero, si el billete a la vista del sujeto público era viable para generar en él un acto de

(1331) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo N° 55, enero del 2014, op. cit., p. 176.

(1332) Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte General,* T. I, op. cit., págs. 635-636.

(1333) Rojas Vargas, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada.* Gaceta Jurídica, op. cit., p. 484.

disponibilidad, sí se habrá cometido el delito en cuestión, no obstante, que luego verifique su inautenticidad.

Por otro lado, debe existir una relación entre la entrega de la coima con la realización del acto funcional que infringe el *intraneus*; por ejemplo, si los chocolates que el litigante le regala a la secretaria judicial son por su onomástico y no para contravenir sus deberes legales, habrá de negarse la tipicidad penal del relato fáctico en cuestión. Así, cuando en el RN N° 880-2005 se afirma que:

> *El delito de cohecho pasivo propio establece como presupuesto para su configuración, que el funcionario o servidor público solicite o acepte donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones, o que las acepte como consecuencia de haber faltado a sus deberes; en efecto, en el caso sub judice se aprecia que si bien los procesados admiten haber recibido especies, no se ha logrado probar que éstas sean dádivas o donativos recibidas para hacer u omitir algo en agravio de sus obligaciones, por tanto no se configura el delito mencionado.*[1334]

Como hemos sostenido, la conducta ilegal del funcionario puede presentarse antes (subsecuente) o después (antecedente) del pacto corruptor, por el cual el particular se obliga a entregar al funcionario una ventaja o beneficio indebido. Según dicha premisa ha de acreditarse una «vinculación funcional» entre la actuación del funcionario público y la dádiva que recibe o le prometen entregar; si no existe relación, habrá que negar el delito.

Otro aspecto a considerar es que el donativo, la ventaja o la dádiva han de ser entregada por el particular (*extraneus*) de forma libre y voluntaria, no deben advertirse vicios que afecten el aspecto volitivo del ciudadano, en tanto la injerencia de una dosis de

---

(1334) En *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República, Año Judicial 2005*, Jusper, Lima, 2007, op. cit., p. 103.

coacción, violencia o intimidación, convierte al comportamiento en uno de Concusión o de Extorsión; por ejemplo, si el agente policial amenaza a la esposa del detenido para que le entregue dinero, pues si no lo hace le propinará una golpiza, será esto un delito de Extorsión, porque no está en el marco competencial de ningún servidor público lesionar a los detenidos; en cambio, si la consorte le da un dinero al efectivo policial para que la exculpe en el atestado policial o informe policial, sí habrá delito de Cohecho propio.

Debemos entender, entonces, que son los medios *corruptores* los que desencadenan toda la maquinaria delictiva, que sin ellos no resulta factible adjudicar al actor (*funcionario*) ser agente del delito de Cohecho, quien puede verse comprometido en aquel, ora por propia iniciativa, ora por inducción del particular.

Es en definitiva, la codicia, el afán por hacerse de una ventaja indebida, lo que facilita que se perpetren actos de Cohecho; quien tiene bien claro su marco de actuación competencial y bien interiorizados los valores institucionales, no caerá nunca en estos actos reprobables.

Vemos que el legislador ha empleado varias terminologías como medios corruptores[1335]:

– ***Donativo***

Esta acepción terminológica parece adentrarse más a instituciones privativas del Derecho civil, da un donativo quien aporta a un fin noble, altruista, de apoyo social, de aportar a una causa de elemental humanidad (contrato de donación); en cambio acá debemos entender el concepto en forma contraria, el que ofrece o entrega una dádiva al funcionario público para que aquel lesione la legalidad y vulnere la imparcialidad *funcionarial*.

[1335] El CP español de 1995, emplea los términos *dádivas o presentes*.

Las donaciones son la liberalidad de una persona que transmite gratuitamente una cosa que le pertenece a favor de otra que la acepta [...][1336].

¿Qué puede entregarse como donativo? En primer lugar, dinero, que puede ser en efectivo, en cheque o directamente abonado en una cuenta corriente; los bienes muebles no fungibles susceptibles de ser valorados en el mercado, como una computadora, un vehículo, joyas, títulos valores, acciones y utilidades en personas jurídicas, entre otros. Solamente puede tratarse de un bien concreto, mueble o inmueble y con contenido patrimonial[1337].

El donativo no necesariamente ha de implicar una *traditio* física, sino jurídica, sea mediando un contrato ficticio de compra venta, de donación, que puede tener como beneficiado al funcionario público o a persona allegada; si es un bien inmueble puede observarse no solo un contrato de enajenación a precio subvaluado, sino también un arrendamiento a precio ganga, etc.; lo que queremos decir con esto es que el medio corruptor puede encubrirse a través de una serie de instrumentos contractuales, cambiarios, que esconden la verdadera naturaleza de la entrega, incluso puede fingirse una sociedad comercial con el familiar del funcionario, inyectando en el capital social de la empresa una fuerte suma de dinero, lo que a la vez puede significar un delito de Enriquecimiento ilícito.

Este *donativo* expresado en términos mobiliarios, dinero o instrumentos bursátiles, no está subordinado a un monto determinado; como en el caso del injusto de Hurto, donde se requiere que el valor del bien mueble supere una RMV[1338]; para efectos de la configuración del Cohecho, basta con que cuente con una

---

(1336) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *El delito de Cohecho,* op. cit., p. 487.

(1337) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública...,* op. cit., p. 433.

(1338) Remuneración mínima vital.

valoración económica cuantificable en términos dinerarios; eso sí, debe ser un bien cierto, real e individualizable, no aquel carente de factibilidad material en el tiempo y en el espacio (imaginarios y los supersticiosos).

En la doctrina nacional se dice que estos deben ser bienes individualizables con un contenido patrimonial o no: «[...] a su vez deben ser capaces de consumar formalmente el delito y tienen que tener idoneidad vinculante y suficiencia motivadora [...]»[1339]; a nuestro entender, la caracterización económica es imprescindible; el regalo de una foto de una estrella de la farándula o invitar una bebida gaseosa a los efectivos policiales que han ejecutado un lanzamiento, no puede alcanzar dicha propiedad configurante; otras connotaciones pueden calar en el término «ventaja».

Las pequeñas atenciones al funcionario que no envuelven acuerdo alguno y que por sus características no van más allá de una urbanidad o cortesía, no están comprendidas[1340].

La dádiva debe estar constituida por un objeto que se transfiere al autor del hecho, por parte del dador[1341].

Pensamos que el donativo debe reportar un provecho para el funcionario o servidor público, no necesariamente en un aspecto dinerario, sino la utilidad que le puede dar; por ejemplo, el empleo de un software o de un equipo o máquina para el hogar; en cambio, piénsese en un chocolate, el litigante lo dejó en el escritorio del funcionario, quien luego se lo obsequia a su secretaria, ni siquiera lo tomó en cuenta al momento de resolver conforme a Derecho, no se podría decir que se trata de un cohecho impropio; o, en otro supuesto, las flores que el abogado le deja a la secretaria jurisdiccional

(1339) Reátegui Sánchez, James, *El delito de Cohecho,* op. cit., p. 497.
(1340) Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino,* T. V, op. cit., p. 163.
(1341) Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial,* T. III, op. cit., p. 216.

por el día de la madre y así logra que el juez lo atienda con mayor prontitud. Los convencionalismos sociales, así como contactos sociales mínimos deben ser dejados de lado como medios corruptores, *contrario sensu* habría que penalizarse una vastedad de conductas, lo que atenta contra el principio de *mínima intervención*[1342].

La calidad de donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para mover o motivar la voluntad y los actos del funcionario o servidor hacia una conducta deseada y que resulta provechosa para el que otorga o promete[1343].

En resumidas cuentas, el donativo es todo aquello que ingresa al ámbito de lo prohibido, todo aquello que el funcionario o servidor público no puede aceptar, de hacerlo compromete su objetividad e imparcialidad funcional.

– ***La «promesa»***

Es aquel compromiso que el particular se obliga a realizar a favor, o dígase en provecho del funcionario o servidor público.

La promesa debe ser cierta, directa y de posible realización, no podemos estar ante aquella, cuando quien se compromete a casarse con el funcionario es una persona ya casada o cuando la promesa es irrealizable, por ejemplo, la de construirle una casa en la luna o de regalarle la Plaza de Armas.

La promesa puede ser de dinero, como la entrega de títulos valores, de instrumentos bursátiles, de toda aquella cosa u objeto susceptible de ser transferida y que pueda proporcionar una utilidad al funcionario público.

(1342) Así, FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 831.

(1343) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración P*ública, op. cit., p. 331.

Esta promesa debe ser valorada *ex ante*, esto es, debe de haber promovido, convencido o impulsado al funcionario a realizar un acto en contra de sus obligaciones funcionales; si no fue eso lo que lo decidió actuar de forma antijurídica, sino intereses deleznables para perjudicar a la Administración, será constitutivo del delito de Abuso de autoridad.

La promesa, así como la aceptación del donativo implican un pacto tácito de complacencia recíproca de naturaleza delictiva. Si se presenta, por parte del sujeto público, coacción, intimidación o violencia para obtener la promesa, el supuesto de hecho concursara con el delito de Concusión[1344]; a nuestro modo de ver las cosas, cualquier atisbo de violencia, amenaza o intimidación anula la posibilidad de un pacto corrupto, solo entonces se aplica el tipo penal de Concusión.

Puede prometerse la obtención de una plaza laboral, la promoción de un cargo público, el acceso de un crédito hipotecario, la venta de un bien inmueble a un precio irrisorio, la militancia a un partido político; esta promesa debe ser susceptible de concretizarse de forma inmediata o en un futuro no muy lejano.

Es importante añadir que esta promesa puede o no cumplirse, o importa, en términos de tipicidad penal, que aquella haya motivado al funcionario la realización de la conducta antijurídica; [...] el tipo penal solamente exige la "aceptación" de la promesa; ella puede aplazarse o incumplirse [...][1345].

Como bien se dice en la doctrina nacional, el cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del Cohecho[1346].

(1344) Ibídem, p. 332.

(1345) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., p. 433.

(1346) SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 439.

– ***La «ventaja o cualquier otro tipo de beneficio»***

Consideramos que en este aparatado se pretende cobijar a todas aquellas circunstancias que por diversos motivos no encajan en los *donativos* y en las *promesas,* como una vía legal de cubrir espacios de impunidad.

Las ventajas pueden tomar lugar en una serie de ámbitos de la vida social; como en la esfera laboral, de permitir que un determinado funcionario pueda llegar todos los días tarde a su centro de labores, de permitírsele conocer de antemano las preguntas del examen de ascenso promocional, de acceder a rebajas significativas en la compra de ciertos productos, de condonar deudas dinerarias, entre otras.

Las ventajas que redunden a favor de terceras personas vinculadas con el funcionario o servidor tienen que ser objeto de análisis y evaluación judicial para dilucidar su nexo con los actos practicados por los sujetos públicos, en base a referentes objetivos[1347]. No se dará esta vinculación cuando la esposa del funcionario, en mérito a su propio esfuerzo intelectual, apruebe un examen en la institución que labora este último.

En este rubro es donde puede entrar a valorarse aquellas ventajas que no cuentan con un significado patrimonial, es decir, aquellas no cuantificables en dinero, pero que le pueden reportar una utilidad o aprovechamiento al funcionario o servidor público.

La Sala Penal Transitoria, en el RN N° 10-V-2001-Lima, ha dejado sentado lo siguiente:

> *Cuando se aborda el delito de Corrupción de Funcionarios, hay que advertir que se trata de un tipo penal abierto – puesto que no sólo se configura cuando se hace un donativo o promesa, sino también cuando se ofrece "cualquier otra ventaja", lo cual implica que la ventaja no*

(1347) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración P*ública, op. cit., p. 333.

sólo puede ser económica, sino de otra índole, inclusive puede consistir en una promesa futura.

La ficción jurídica que en doctrina se conoce como "ventaja velada" [...] constituye una especial forma de la promesa que realiza el sujeto corruptor sobre el modo de influenciar en la decisión de la autoridad, que tiene en sus manos el resultado de un proceso; siendo el objeto material del delito el "aseguramiento en el cargo", hecho que ha quedado debidamente corroborado ya que al no haber sometido la juez su voluntad a la de Rodríguez Medrano, se produjo una represalia removiéndola de su cargo, y cuando se publica este acontecimiento, que evidenciaba el poder autoritario y decisivo que ejercía el procesado sobre los magistrados del Poder Judicial que no se adherían al sistema, es que se decide restituirla en el mismo cargo.

La sola posibilidad de ser atendido en el primer turno de un banco, sin hacer cola, de estacionar el auto en un lugar privilegiado, no lo concebimos como ventajas que puedan tener relevancia jurídico-penal; salvo que excedan la tradición o cualquier lógica [...] (1348); verbi gratia, si el crédito solicitado por el funcionario público es atendido prontamente, con el añadido de no ser sometido a ninguna calificación crediticia o comprobación patrimonialista, sí estaremos ante una ventaja de relevancia punitiva.

Ingresamos a un punto en discusión no fácil de dilucidar: cuando la ventaja se manifiesta en *favores sexuales*, es decir, el funcionario público omite levantar el acta de cierre del local comercial a cambio de un acto sexual con el administrado, es evidente que dicho acto carece de contenido económico, pero genera una ventaja o aprovechamiento al *intraneus*. Claro, la prestación sexual debe haber tomado lugar de forma voluntaria, que la propia mujer se haya ofrecido sexualmente al servidor público a fin de que aquel vulnere

(1348) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., p. 436.

sus deberes funcionales[1349] [1350] [1351]; el más mínimo viso de coacción u intimidación, lo convierte en un delito contra la Libertad sexual. Si quien pacta el acto sexual es una persona menor de catorce años de edad, no hay consentimiento válido, por lo que no es un delito de Cohecho, sino un atentado contra la Intangibilidad sexual.

Así también, hay que valorar las circunstancias que rodean el hecho, no olvidemos que el poder funcionarial que reviste al sujeto público lo coloca en un estado de superioridad con respecto al administrado, pudiendo configurarse el tipo penal del art. 174° del CP[1352]. Cuestión distinta es de verse en las relaciones amorosas que rodean a dos personas (funcionario y particular) acostumbradas a negociar ilícitamente, sin que el acto sexual sea el medio que impulse al sujeto público a contravenir sus obligaciones funcionales, pues la mujer –su pareja– es traficante de influencias.

En la Ejecutoria suprema (Exp. N° 2673-95-Callao) se expone lo siguiente: «*Al no existir en autos el certificado médico legal que corrobore el dicho de la agraviada de haber accedido a prácticas sexuales con el efectivo policial, bajo promesa de ayudarla a huir, más aún si las declaraciones proporcionadas por la agraviada son uniformes, la simple sindicación no corroborada con otras pruebas no es suficiente para un fallo condenatorio*»[1353]

(1349) Así, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública...*, cit., p. 437; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., págs. 334-335.

(1350) Vide, al respecto, DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte Especial,* T. III, op. cit., págs. 216-218; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* op. cit., p. 831.

(1351) De otra posición SOLER, para quien la dádiva o la promesa debe consistir en algo dotado de valor económico, sea directamente dinero o cosas de valor, sea porque constituya una liberación de una carga o una mejora patrimonial del sujeto; *Derecho penal argentino,* T. V, op. cit., págs. 162-163; cfr., CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* T. II, op. cit., p. 281.

(1352) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. I, op. cit., págs. 676-685.

(1353) ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal,* op. cit., p. 700.

La Codificación penal española presenta dificultades en esta interpretación, al mencionarse legalmente los términos *dádivas o presentes*, donde se predica la valoración económica como caracterización necesaria. Estas ventajas, se dice, pese a tener una naturaleza objetiva no suponen una mejora de la situación económica del funcionario, ni tampoco pueden ser calificadas como ventajas de carácter subjetiva[1354].

5. RECAPITULACIÓN

Se puede partir de lo siguiente: en el delito de Cohecho, cuando el servidor público se deja tentar por la oferta corruptora del particular o él mismo promueve el trato ilícito para infringir sus deberes funcionales, para omitir un acto en violación de sus obligaciones[1355], está afectando dos aspectos puntuales: la *imparcialidad en el ejercicio de la actuación pública*, pues esta es quebrantada cuando el autor pone de manifiesto la preponderancia de sus apetitos «personales», sobre los estrictamente «generales», que ha de guiar dicha actuación; y a su vez *el principio de legalidad*, pues este deja de aplicar la norma al caso concreto o la interpreta de forma antojadiza para favorecer indebidamente al particular[1356]. Lo que en un sector

---

(1354) MORALES PRATS, Fermín; MORALES GARCÍA, Oscar, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal,* T. III, op. cit., p. 1632.

(1355) De los elementos constitutivos de la tipicidad penal, que se desprende de los arts. 393°, 394° y 395° del CP respectivamente, se observa dos modalidades de conducta: primero, cuando el funcionario o servidor público acepta o recibe el donativo y, segundo, cuando es el mismo funcionario quien solicita, directa o indirectamente el donativo. Esta última ha merecido, por parte del legislador, una reacción punitiva de mayor intensidad, tal como se ha traducido en la reforma penal que se patentizó en la Ley N° 28355 del 6 de octubre del 2004.

(1356) En la jurisprudencia nacional, en la resolución recaída en el RN N° 3765-2001-Cusco (Sala Penal Transitoria), se ha estima que *el bien jurídico protegido en esta clase de delitos, es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo*; Con ello ingresa el Derecho penal a ámbitos de intervención que legítimamente no le corresponde, en cuanto a la «regularidad» en el ejercicio de la función pública, en la medida que meras desobediencias administrativas pueden

de la doctrina han denominado como «privatización de la función pública», pues el *intraneus* se aprovecha de su condición de servidor de la Administración para obtener un provecho indebido. El delito de Cohecho, apunta FEIJÓO SÁNCHEZ, es el medio más radical que tiene el ordenamiento jurídico para luchar contra la «privatización» de la función pública[1357]. ORTS BERENGUER concluye que el bien jurídico protegido en estos se contrae a los servicios que los poderes públicos vienen obligados a rendir a los ciudadanos, con sujeción a los principios proclamados en la Constitución, particularmente el de objetividad e imparcialidad[1358].

Distinto es el caso de la Concusión, en esta el funcionario hace pagar al particular emolumentos o contribuciones por encima de la tarifa legal, o indebidos, al no estar previstos en la ley, advirtiéndose una voluntad viciada en la persona del administrado, lo cual es distinto en el caso de Cohecho, donde el *pactum sceleris* es fruto de una voluntad libre de las partes.

Los delitos de Cohecho en algunos casos pueden resultar actos preparatorios (cuya propia sustantividad lo hace punible) para alcanzar la realización típica de un delito de Prevaricación, dando lugar a un concurso real de delitos; es decir, ante la concurrencia de una dosis de coacción por parte del funcionario y/o servidor público para que el particular le entregue una suma de dinero en franco aprovechamiento de las bondades del cargo, la tipificación penal se traslada al art. 382° del CP (Concusión); así, cuando los efectivos policiales intimidan al familiar del detenido para que le entregue

también afectar dicha caracterización de la actuación pública. Solo la imparcialidad es un contenido legítimo de concreción del interés jurídico –objeto de tutela penal–.

(1357) FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., p. 704.

(1358) ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho...*, cit., p. 921.

una determinada suma de dinero, con la amenaza de atribuirle la comisión de una serie de delitos en el atestado policial, a nuestro entender, no puede haber un concurso delictivo entre el Cohecho pasivo con el tipo penal de Concusión. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el RN N° 163-2007-Lima, afirma lo siguiente: «*El encausado en su calidad de asesor de Seguridad Ciudadana de la Municipalidad, solicitaba a meretrices la entrega de dinero a fin de no clausurar los locales donde ejercían la prostitución clandestina. De las actas de visualización de video se desprende que el encausado solicitó dinero a una mujer para no cerrar el local donde ejercían la prostitución (lo que se deduce de la expresión: "te voy a cuidar tu departamento, pero me tienes que pagar quinientos soles para que no cierre tu local*»[1359].

La problemática estribaría en el caso del Cohecho impropio, pues en este caso, el funcionario y/o servidor público, no incumple sus obligaciones legales, al realizar una actuación prevista en la ley[1360]. Con ello, un sector importante de la doctrina revela la dificultad de encontrar un bien jurídico común en todas las figuras delictivas de Cohecho[1361], poniendo en cuestión la incapacidad del

---

(1359) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 3, septiembre del 2009, op. cit., p. 182.

(1360) Al respecto cabe anotar que, la actuación del particular cuando entrega una dádiva, beneficio o cualquier tipo de ventaja, no lo hace, muchas veces, para obtener una decisión ilegal, sino para asegurar que su caso (administrativo y/o jurisdiccional) sea resuelto de forma impronta y de acuerdo a Derecho; en la realidad peruana es una visión concreta que, en la generalidad de los casos, el particular cuando entrega dígase una pequeña dádiva, no lo hace motivado para que se infrinja la ley, sino que para que se resuelva rápidamente el asunto, a veces ante el temor de que la otra parte le dé también una ventaja y así quebrante la normatividad. Son puntos de referencia sociológicos muy importantes, a efectos de determinar la relevancia jurídico-penal de la conducta del particular, no olvidemos que su actuación se reconduce a la tipificación de cohecho activo, donde la urgencia de que se resuelva la controversia, hace que el ciudadano caiga en este tipo de comportamientos ilícitos.

(1361) Así, De La Mata Barranco, Norberto, *La respuesta a la corrupción política*, op. cit., p. 51; Vizueta Fernández, Jorge, *Delitos contra la Administración Pública:...*, op. cit., págs. 229-230; Orts Berenguer, Enrique, *Delitos contra la Administración Pública (y II): Cohecho...*, op. cit., p. 919.

principio de «imparcialidad» como interés jurídico tutelado en el caso del Cohecho impropio. Advertimos, en realidad, que la necesidad por ajustar de forma intensa los cometidos político-criminales, es decir, en la lucha contra la corrupción, flagelo que se acrecienta cada vez más en el aparato público, y que ha determinado la incidencia del Derecho punitivo en ámbitos sociales que en realidad no se condicen con sus parámetros de legitimación. Dicho así: «*la inclusión de una serie de conductas típicas en el ámbito del Cohecho, más que revelar un orden sistematizado, de la conducta prohibida, conforme la idea del bien jurídico, parten de una consideración puramente político criminal, de criminalizar conductas que no resultan compatibles con la idea material del injusto en esta esfera de la criminalidad, pero que manifiestan una reprobación social significativa*».

En palabras de POLAINO NAVARRETE, la tipología del Cohecho pretende ser un reflejo, aunque acaso resulte ser imperfecto y poco representativo, de la multiplicidad de corrupciones y sobornos que proliferan en la hampa circundante al mundo funcionarial y alrededor de la esfera de abuso del poder y prevalimiento del cargo, del disfrute de la causa pública al servicio de enriquecimientos privados y de la traición a las demandas sociales de la justicia democrática(1362).

Como pone de relieve FEIJÓO SÁNCHEZ –comentado la imposibilidad de que sea la imparcialidad el interés común de tutela en las figuras de Cohecho(1363)– parece que el legislador se ha excedido en su pretensión de evitar la «privatización» de la función pública, ya que ciertos tipos tienen primordialmente un carácter ético: preservar la probidad, integridad y honradez de funcionarios y autoridades(1364).

(1362) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Delitos contra la Administración Pública, Cohecho,* op. cit., p. 364.

(1363) Si bien hace alusión al CP español, la crítica se hace extensible plenamente al CP peruano, al tipificarse ambas conductas en los arts. 393° y 394°.

(1364) FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Delitos contra la Administración Pública...,* op. cit., p. 704.

Definir el contenido material del bien jurídico, en el caso del Cohecho impropio nos conduce indefectiblemente por senderos que se alejan de los principios jurídico-constitucionales, como el decoro, la honradez...[1365]; en otras palabras, la venalidad en el ejercicio de la actuación pública, la instrumentalización del cargo, cuando el empleado se sirve de él para colmar sus pretensiones patrimonialistas.

En resumidas cuentas, no resulta factible la construcción de un contenido material del bien jurídico común para todas las figuras delictivas de Cohecho[1366], so pena de vulnerar su criterio sistematizador, de común idea con la concreción expuesta en el caso del bien jurídico tutelado como vía generalizadora del Título XVIII del Código Penal.

(1365) Así, Molina Arrubla, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 297.

(1366) Así, Orts Berenguer, Enrique, *Delitos contra la Administración Pública (y II): Cohecho...,* op. cit., p. 919.

XVI. EL DELITO DE COHECHO PASIVO ESPECÍFICO

El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa.

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

Recapitulado lo dicho en los delitos de Cohecho, el bien jurídico tutelado es la «imparcialidad» y la «legalidad» en el ejercicio de la función pública, que pueden verse afectados o amenazados tanto

cuando el funcionario omite realizar un acto propio de sus funciones –con evidente beneficio del particular que ofrece, da, o promete entregarse una dádiva o cualquier tipo de ventaja–, como por esa misma conducta en la que participa el particular (*extraneus*), en el sentido de que su contribución fáctica resulta esencial para que pueda ponerse en peligro el interés jurídico protegido. De ahí que deba existir una «relación normativa» entre el dinero receptado por el agente, con el incumplimiento de un deber inherente al cargo, tal como se devela del Cohecho pasivo propio. Vemos así, la Ejecutoria plasmada en el RN N° 4082-2006-Lima, al señalar que: «*Para la configuración del delito de cohecho propio se requiere no solo una entrega concreta de dinero a un funcionario público, sino que el dinero se vincule causalmente con una solicitud o aceptación indebida para realizar un acto funcional ilegal –infracción de deberes funcionales–; en consecuencia, es necesario acreditar que el agente (funcionario público) solicitó o aceptó dinero y que la dádiva persiga un acto funcional indebido*»[1367].

Por lo que puede postularse un criterio común de ambos injustos (cohecho pasivo y activo), conforme al interés jurídico tutelado, lo que no puede ser postulado de forma coherente en el caso del Cohecho impropio, al consistir en una actuación que más que lesionar la imparcialidad de la función pública, lo que pone en evidencia es un comportamiento en franca contravención a los valores éticos y deónticos, que han de seguir los funcionarios en las prestaciones públicas que realizan, erigiéndose en verdaderos «mercaderes» de la actuación pública; que si bien desde un plano puramente dogmático habría de rechazar su incriminación, desde razones en puridad de política criminal puede ser valedero, a fin de prevenir eficazmente estas conductas disvaliosas.

Las conductas típicas en el caso del Cohecho propio se manifiestan, por ejemplo, de la siguiente forma: el servidor del área de

(1367) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 5, noviembre del 2009, op. cit., p. 191.

fiscalización de una Municipalidad, a fin de no imponer la multa que merece el administrado por haber contravenido la legalidad aplicable, solicita al administrado una suma de dinero determinada; y, en el segundo de los casos, en el Cohecho impropio, el fiscalizador del Ministerio de Trabajo –de las normas laborales– que acude a una empresa, donde de forma injusta no se deja ingresar a un trabajador, pero para realizar dicha función –propia del cargo–, le solicita al administrado una suma de dinero.

Cuestión importante a saber es que no se exige un determinado quantum de dinero para poder catalogar la conducta incriminada como Cohecho, ni la ley ni la jurisprudencia han establecido un criterio cuantitativo para poder fijar la relevancia jurídico-penal de la conducta, como tal vez se podría postular en el caso del Peculado de uso –por ejemplo–, y ello en la medida que el bien jurídico protegido no tiene que ver con el patrimonio estatal, por lo que la recepción de diez soles ingresa igual al ámbito de protección de la norma. En todo caso, la mayor cantidad de dinero recibida por el agente corrupto puede ser tomada en consideración para la determinación del monto resarcible, es decir, por concepto de Reparación Civil. En la Ejecutoria suprema recaída en el Exp. N° 1638-2000-Lima se dice que:

> *Se debe tener presente que el encausado en juicio oral ha admitido que el chofer del ómnibus había infringido una regla de tránsito, esto es, el de recoger pasajeros fuera del paradero y en la mitad de la pista, sin embargo abdicando de sus obligaciones no impuso la papeleta correspondiente; circunstancia que hace más creíble la versión del Coronel de la Policía Nacional, en el sentido de que observó que este acusado recibía una prebenda para no sancionar al infractor, no siendo por tanto creíble la versión dada por el encausado. en el sentido de que dicho Coronel haya actuado en franco Abuso de autoridad, dado que en autos no existe un solo elemento que haga presumir la posible animosidad contra dicho acusado, no siendo por ello creíble que el mencionado encausado se haya limitado a llamar la atención*

al infractor cuando en realidad también admite que se le encontró en su poder suma de dinero, aunque aduciendo que era de su propiedad y no la entrega por parte del coacusado; situación que sería entendible si hubiera puesto la papeleta respectiva. circunstancia que no se ha producido; por lo demás, se debe tener en cuenta que esta modalidad delictiva no se rige por el quantum económico, es decir, no interesa el monto pecuniario que se haya solicitado o exigido paras que se configure la conducta dolosa del agente.[1368]

Ambas figuras delictivas revelan sin duda un determinado contenido del injusto en su contenido material, que será mayor en el caso del Cohecho propio, por lo que recibe una reacción punitiva más severa, conforme es de verse de la comparación de los marcos penales entre los arts. 393° y 394° del Código Penal.

Eso sí, para que pueda configurarse el Cohecho pasivo –propio o impropio–, el sujeto público debe ser competente funcionalmente para así poder quebrantar los deberes inherentes al cargo público o en su defecto para realizar una conducta propia del cargo; en la Ejecutoria suprema contenida en el RN N° 1406-2007-Callo, se expresa lo siguiente.

El delito de cohecho es un delito de participación necesaria y de mera actividad, en el cual el funcionario público (sujeto activo) acepta o recibe un donativo o ventaja para sí o para un tercero, a fin de cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, existiendo una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera sea ejecutado, omitido o retardado por el funcionario público, el mismo que está dentro de su competencia funcional; así, solo el acuerdo de voluntades configura el tipo penal, no siendo necesario el cumplimiento del pago o del acto indebido, ya que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es preservar la regularidad e imparcialidad en la

(1368) ROJAS VARGAS, Fidel, *Código Penal...*, III, op. cit., págs. 334-335.

correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, y no es necesario que se produzca el perjuicio económico al Estado.[1369]

Ahora bien, el legislador en el marco de la política criminal que trazó en la elaboración del Texto Punitivo de 1991, toma en consideración factores de mayor incidencia en el desvalor de la acción y en cuanto al reproche de imputación individual –que motivó la sanción de una tipificación penal autónoma– cuando la infracción de los deberes funcionales aparece si el sujeto activo es un funcionario que realiza tareas de especial importancia en un Estado democrático de Derecho. Se trata, en todo caso, de un autor que posee un ámbito de «organización específica», que se traduce en concretas áreas decisorias resolutivas o dictaminadoras, como fundamento material del injusto típico. Nos referimos de forma particular a quienes la Ley Fundamental les ha encomendado la excelsa labor de la administración de justicia, a los magistrados que en las diversas instancias del Poder Judicial cumplen la tarea de dirimir las causas que se someten a su competencia y hacen ejecutar lo juzgado, de conformidad con el principio de «jurisdiccionalidad».

Así también aparecen otros funcionarios que si bien no administran justicia, cumplen una labor de primer orden en lo que respecta a la persecución e investigación del delito como titulares del ejercicio de la acción penal, nos referimos a los miembros del Ministerio Público, que también asumen funciones en el ámbito civil, contencioso-administrativo y de familia, como parte o como dictaminadores conforme al NCPP.

Ambas instituciones en conjunto deben desplegar sus roles constituciones según el orden de valores que se desprenden de la Constitución, con objetividad, legalidad e imparcialidad. Sus

(1369) Ibídem, p. 333.

funciones adquieren relevancia social cuando a partir de sus dictados, resuelven determinadas controversias legales que tienen por efecto la creación, modificación y anulación de relaciones jurídicas y, en el marco del proceso penal, decidir por la pretensión punitiva, disponiendo la privación de libertad del imputado o en su defecto, absolviéndolo. Por ello, dice ROJAS VARGAS, es que repugna a la conciencia del colectivo social la existencia de jueces (también fiscales) cohechadores, de aquellos sujetos que miran la judicatura como un botín o una tienda donde desarrollar sus cualidades de mercaderes[1370].

Visto así las cosas, las resoluciones jurisdiccionales, los dictámenes fiscales, así como sus disposiciones en ciertos casos (formalización de denuncia penal) deben ser el dictado de una decisión debidamente razonada, producto de un análisis lógico jurídico y –cuestión importante para el tema que nos interesa– que su motivación esté desprovista de cualquier influencia ajena de las partes, que pueda distorsionar la legalidad de su respuesta o simplemente acelerarla por haber recibido una coima por de del usuario de justicia. En este caso, el juez o fiscal estaría incurso en el tipo penal de Cohecho pasivo específico, que requiere de ciertas precisiones para que su aplicación no contravenga el principio de legalidad, principio fundamental del Derecho penal en un Orden democrático de Derecho, el cual debe respetarse ora en un proceso penal ordinario (común), ora en los procedimientos penales especiales (terminación anticipada del proceso, colaboración eficaz, entre otros).

En la Sentencia recaída en el Exp. N° 26-01-A-V, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema se señala que:

> *El delito de corrupción propio de Fiscal, previsto y sancionado en el artículo 395 del Código penal, es un delito de cohecho pasivo de carácter específico, destinado a preservar la regularidad, imparcialidad y*

(1370) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 714.

objetividad en la impartición de justicia, y como tal el tipo penal prevé una sanción especialmente agravada atento a la singular trascendencia de jueces y fiscales en la institucionalidad de un país. Uno de los componentes típicos que prevé esta figura penal consiste en solicitar un donativo, promesa u otra ventaja, que en el caso de autos se plasma en la solicitud de dinero, con la finalidad de influir en la decisión de un asunto que está sometido a su conocimiento, que en el caso específico se refiere a dictaminar favorablemente en unos incidentes y, luego en el principal. Se trata en este caso de un delito de simple actividad que se consuma con la mera solicitud del donativo, promesa o cualquier otra ventaja.[1371]

2. SUJETO ACTIVO

Es un delito especial propio, por lo que solo pueden ser autores a efectos penales quienes tienen la calidad de magistrados, árbitros, peritos, miembros del Tribunal Administrativo o cualesquier otro análogo.

De acuerdo a lo descrito debe quedar claro que no basta que el sujeto activo cumpla con tener dicha cualidad funcional para ser considerado autor, sino que se requiere, necesariamente, que este cuente con capacidad decisoria y/o resolutiva; este es el fundamento material del injusto del tipo legal previsto en el art. 395° del CP: la mayor responsabilidad del funcionario dentro del aparato de la Administración Pública y Administración de justicia; se trata de magistrados[1372] o fiscales, sean titulares o provisionales de las diversas ramas en que se desempeñan funcionarialmente (civil, penal, contencioso-administrativo, familia, terrorismo, anticorrupción, etc.), que tienen a su cargo un juzgado o una fiscalía[1373], y no aque-

(1371) Rojas Vargas, Fidel, *Código Penal...*, III, op. cit., p. 346.

(1372) En sentido estricto, señala Rojas Vargas, magistrado es el funcionario público encargado por ley de administrar justicia; *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 715.

(1373) En el caso de los peritos, al ser profesionales en ciertas materias de la ciencia, su deber es de emitir un dictamen imparcial, versado estrictamente en el estado de la técnica, evitando inclinarse indebidamente por una de las partes. Si bien

llos que desempeñan labores auxiliares de asistente de despacho, secretarios jurisdiccionales, debiéndose incluir a los fiscales adjuntos provinciales[1374], pues es de verse que ellos no poseen capacidad decisoria, únicamente cuando asumen la conducción del despacho que debe plasmarse mediando una resolución de la autoridad competente; y si estas personas están incursas en actos de corrupción sus conductas deberán ser reconducidas a los arts. 393° o 394°, dependiendo de la naturaleza del caso concreto. Siendo que, cuando se trata de un secretario judicial, relator, especialista, auxiliar o cualquier otro análogo[1375], el comportamiento estará incurso en la figura delictiva contemplada en el art. 396° del CP (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), siempre y cuando se cumpla con las exigencias de tipicidad objetiva que se desprenden del art. 395° *in fine*.

Lo antes dicho es importante para delimitar ámbitos de protección normativa, en la medida que pueden producirse conflictos aparentes entre las diversas modalidades delictivas de Cohecho y el caso del Tráfico de influencias.

---

su dictamen no es *per se* vinculante para el juzgador, lo ilustra de forma decida en la orientación que ha de seguir para decidir en cierto sentido; su imparcialidad es sometida a responsabilidad funcional desde el momento en que prestan juramento al momento de entregar el dictamen pericial; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Teoría General del Proceso y la práctica forense penal,* op. cit., p. 331; en todo caso, consideramos que la inclusión del perito, debe incidir en una pena mitigada con respecto a los otros, en vista de no poseer facultades decisorias.

(1374) Así, el art. 43° de la LOMP, que establece taxativamente que los fiscales pueden contar con el auxilio de fiscales adjuntos en el ejercicio de sus atribuciones cuando las necesidades del cargo lo requieran y según las posibilidades del pliego presupuestal correspondiente.

(1375) A nuestro parecer, dicha inclusión terminológica de sentido amplio no cumple con el principio de *lex stricta*, con el mandato de determinación, pues a la postre puede desencadenar una aplicación extensiva de la ley, que no se corresponde con los fundamentos materiales del injusto típico y con la ratio de la norma.

3. MODALIDAD TÍPICA

El tipo penal en cuestión describe los siguientes verbos rectores: a *fin de influir o decidir, en asunto sometido a su* «conocimiento» o «competencia». De dicha descripción normativa se colige que el particular (*extraneus*) pretende influenciar en el ámbito estrictamente decisorio del funcionario (*intraneus*) para que lo favorezca en un caso determinado, no lo busca para que agilice los trámites del expediente, para que resuelva con mayor prontitud, sino para que la resolución jurisdiccional y/o dictamen fiscal recoja su pretensión por lo que generalmente el injusto penal *in examine* entrará en concurso real con el delito de Prevaricación, de no ser así tendríamos necesariamente que negar la tipicidad penal de este delito y reconducir el juicio de adecuación normativa a los delitos comprendidos en los arts. 393° o 394° del Código Penal.

Como lo sostuvimos en párrafos anteriores, se trata de un delito de participación necesaria, en el sentido de que la realización típica está condicionada a la contribución fáctica de ambos protagonistas: de quien otorga la dádiva para influir en un caso que está conociendo el magistrado y este último, que la recibe para favorecerlo motivado por el beneficio ilícito.

Siendo así, la participación delictiva de cada uno se desdobla en una tipificación penal autónoma: el particular será reconducido a los alcances normativos del tipo penal previsto en el art. 398° del CP, mientras que el magistrado al art. 395° *in fine*. Si la intermediación corruptora no se dio bajo un ambiente de plena libertad, donde el funcionario público ejerció cierta intimidación con abuso de las bondades del cargo, será constitutivo del delito de Concusión y no la *figura in examine*.

Ahora debemos definir los alcances de los términos «conocimiento» y «competencia»; empero antes de proyectar la definición conceptual debemos precisar que una válida interpretación de los

elementos normativos de los tipos penales no puede basarse de ninguna manera desde acepciones en puridad «gramaticales», no olvidemos que estos elementos cumplen un rol en el marco del principio de legalidad que debe cotejarse con los fines teleológicos de las normas penales, con ello del Derecho penal a fin de buscar la *ratio legis* (ámbito de protección de la norma); caso contrario, estaríamos cobijando conductas que no se condicen con el fundamento material del injusto en cuestión.

En el caso concreto, todos aquellos que conocen el caso, incluyendo el de mesa de partes y el encargado de la mensajería, podrían ser considerados posibles autores del injusto de Cohecho pasivo específico, lo que a todas luces resulta un despropósito; entonces, el conocimiento debemos vincularlo con aquellos que se encuentran glosados en la tipificación del art. 395°, cuya función no la ejercen en virtud de una determinada «competencia». De quienes no estamos refiriendo es de los peritos, ellos asumen su actuación conforme a una delegación o una resolución autoritativa, no existiendo una delimitación por competencia, hasta donde nuestros conocimientos nos guían.

Por consiguiente, cuando se trata de magistrados, debemos referirnos únicamente al término «competencia». ¿Qué es la competencia? La potestad funcional que tiene el magistrado para avocarse a un caso determinado, la atribución para ejercer sus funciones conforme la jurisdicción que le viene investido por la constitución y la ley. La competencia, anota BINDER, es una limitación de la jurisdicción para cierto tipo de casos. Esto responde a motivos prácticos: la necesidad de dividir el trabajo dentro de un determinado Estado por razones territoriales, materiales, funcionales[1376]. En el caso de la materia, el fuero jurisdiccional se divide en el área penal, civil, laboral, contencioso-administrativo,

(1376) BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho procesal penal,* op. cit., p. 297.

comercial y de familia. Si un usuario de la administración de justicia solicita a un magistrado en lo civil que influya sobre otro en materia penal, el primero de ellos si recibe algún tipo de coima o ante la promesa a futuro de recibirla, no será pasible de incurrir en el tipo penal de Cohecho pasivo específico, sino en el tipificación legal del art. 400°, concretamente en la figura delictiva de Tráfico de influencias; si el segundo de los mencionados es tentado por el primero para resolver en determinado sentido, siempre y cuando exista una dádiva de por medio sí incurrirá en el delito *in examine*, puesto que autor del delito de Cohecho activo específico puede ser cualquier persona, inclusive un magistrado como es de verse en algunas ejecutorias.

Para que pueda afirmarse la realización típica del Tráfico de influencias no es necesario que la intercesión ante el funcionario público que conozca el caso judicial se llegue a concretar[1377], eso sí, debe tratarse de una influencia «real»; en caso de ser «simulada», se tratará de una tentativa inidónea por imposibilidad del medio empleado.

Por lo general, el autor (magistrado) que recibe la coima por parte del particular ha de ser influido para resolver de forma favorable al litigante para que se incurra en un acto en violación de sus obligaciones funcionales. Se trata de un Cohecho pasivo antecedente, donde está implícito –aun cuando el tipo penal no lo pone de manifiesto– el favorecimiento o daño de una de las partes en un proceso judicial o administrativo o en los resultados de un dictamen; así como la disfuncional conducta del sujeto activo que, estando al tanto de las intenciones, solicita o acepta, corrompiéndose y lesionando los intereses de la Administración Pública al vulnerar el

(1377) Olaizola Nogales, Inés, *El delito de Cohecho,* op. cit., p. 467; Orts Berenguer, Enrique, *Delitos contra la Administración Pública (y II): Cohecho...,* op. cit., p. 928; Vizueta Fernández, Jorge, *Delitos contra la Administración Pública...,* op. cit., p. 43.

principio de imparcialidad y objetividad de todo el proceso sometido a su decisión[1378].

No obstante lo dicho, puede ensayarse el siguiente entendimiento interpretativo, en el sentido de que un magistrado (juez o fiscal) si bien no será competente funcionalmente para avocarse a ciertos casos, merced al cargo jerárquico que ocupa en su institución, puede conocer el tema en particular, como por ejemplo el cargo de coordinador (jefe de área), y recibe una coima para encargar el expediente a un fiscal o juez de su confianza –siendo este último el competente para resolverlo–, si este a su vez recibe también una prebenda para faltar a sus deberes inherentes el cargo, responderá por su propio injusto a título de autor.

Ahora bien, en la redacción normativa se hace alusión a que la dádiva puede que la reciba el sujeto público como una forma de *influir en un asunto sometido a su conocimiento* o «competencia»; en nuestra opinión, la acción de influir importa una fuerte dosis de injerencia en la esfera decisoria de una persona, esto es, el particular que le entrega la coima al miembro del Tribunal Administrativo está influyendo notablemente en la decisión que vaya este a adoptar, por lo que de cierta forma se evoca una situación que está ya ínsita en los verbos que definen el desvalor de la conducta; verbi gratia, el magistrado que resuelve el caso sometido a su competencia a favor del litigante producto de la prebenda recibida, lógicamente que ha obrado influenciado por este medio corruptor. Por lo demás, el acto de influir está más asociado al tipo penal de Tráfico de influencias que a la tipicidad penal *in examen*.

La influencia decisoria que se ejerce sobre el sujeto público cualificado puede ser para que este realice un acto o para que infrinja los deberes inherentes al cargo público que desempeña.

(1378) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., págs. 718-719.

- **El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia**

Esta modalidad del injusto de Cohecho pasivo específico importa una modalidad de efectos jurídico-penales duales, donde puede postularse la tesis del delito «plurisubejtivo», en el que cada uno de los participantes en la negociación ilícita contribuye con una aportación fáctica imprescindible a efectos de la realización típica, desencadenando una doble tipificación: por un lado, el magistrado, árbitro, miembro de Tribunal Administrativo o perito, estará incurso en el tipo penal contenido en el art. 395° del CP; el particular estará incurso en la modalidad de Cohecho activo específico regulado en el art. 398° del Código Penal.

Vemos, por tanto, que la redacción normativa de este supuesto del injusto, revela una conducta de ofrecimiento del particular (u otro funcionario público) hacia el magistrado con el objetivo de influir en su decisión en cuanto al asunto sometido a su competencia; y otra por parte del sujeto activo, que consiste en «aceptar» o «recibir» donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. Si el *intraneus* no acepta la oferta corruptora, estará exento de responsabilidad penal, pero el *extraneus,* ha de responder penalmente por el art. 398° del CP. Inferencia que nos hace distinguir dos situaciones que, si bien la perfección delictiva de esta modalidad del injusto contenido en el art. 395° del CP requiere de la contribución fáctica de las dos personas involucradas en el pacto corrupto, no es menos cierto que la constatación de la oferta corruptora da lugar ya a su tipificación penal por el delito contemplado en el art. 398° del Código Penal.

«Recibir» implica una efectiva traslación, desplazamiento del objeto material (medio corruptor), donde se advierte que el

ofrecimiento dado por el agente corruptor es objeto de conformidad por parte del sujeto corrompido; [...] se entiende como percibir, embolsar, tomar o acoger algo[1379]; supone un traslado físico, el desplazamiento del bien de la esfera de custodia del particular a la esfera de custodia del funcionario público, como el dinero, bienes muebles u otros objetos de valoración económica; mas en algunos casos, como acciones, utilidades o depósitos en cuentas corrientes, sería un traspaso inmaterial, así como la suscripción de un contrato de compraventa (ficticio), no es la *traditio* física lo que da envergadura al acto sino la *traditio* jurídica.

Quien recibe no tiene que suscribir ningún documento u otro papel donde se deje constancia –se trataría de un magistrado demasiado torpe y descarado a la vez–, basta que la recepción pueda entenderse como una conformidad positiva del funcionario público, de comprometerse a coadyuvar en su decisión los intereses de la parte interesada. No obstante, debe quedar claro que la consumación de esta modalidad del injusto no está supeditada a que el magistrado o miembro de Tribunal Administrativo haya de emitir una decisión conforme a lo pactado con el particular; con la aceptación es suficiente para dar por verificada la tipicidad penal de la conducta[1380], y si llega a emitir la resolución –según lo pactado– y esta a su vez es manifiestamente contraria al texto expreso de la ley, estaremos ante un concurso delictivo con el tipo penal de Prevaricación.

La «recepción» puede tomar lugar de propia mano por el magistrado o por parte de un intermediario, quien funge de puente entre el agente corruptor y el sujeto público corrompido; este tercero, al intervenir en el decurso del *iter criminis* prestando una colaboración importante para que se materialice el acto delictivo,

---

(1379) SALINAS SICHHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 479.

(1380) Ibídem, págs. 478-479.

debe responder a título de «participación delictiva» como cómplice y no como coautor, dicha calidad solo la puede tener aquel que comparte roles funcionales (magistrado, miembro del Tribunal Administrativo), siempre que actúe dolosamente, develándose un codominio funcional del hecho.

Si el tercero (intermediario) actúa de forma posterior, cuando ya fue entablada la negociación corruptora, siendo que el magistrado recibió ya el dinero, su intervención no puede ser calificada como participación delictiva por el tipo penal de Cohecho pasivo específico, sino como autor del delito de Lavado de activos, siempre que aquel conozca o presuma la procedencia ilícita del dinero.

«Aceptar», por su parte, implica dar conformidad algo, estar de acuerdo con el ofrecimiento con del agente corruptor; la aceptación toma lugar cuando el funcionario admite la entrega del medio corruptor, sea de forma directa o a través de un intermediario. Rige acá todo lo expuesto en la modalidad de «recibir».

La aceptación de la coima por parte del funcionario puede tomar lugar de inmediato, sea cuando se le entrega el dinero o bien mueble o en mérito a una promesa a futuro, en cuanto a la recepción del bien en una fecha posterior.

Si es que el magistrado no acepta la prebenda económica, no estará incurso en delito alguno, pero el *extraneus* ha de responder penalmente por el tipo penal de Cohecho activo específico.

La perfección delictiva de este supuesto del injusto se identifica con la sola «aceptación» del medio corruptor, sin que sea necesario que llegue a plasmar en su decisión el contenido de la influencia pactada, además tampoco enerva su naturaleza de delito plurisubjetivo.

En la Ejecutoria suprema emitida en el RN N° 1091-2004-Lima de la Segunda Sala Penal Transitoria se indica:

> *Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventitrés del Código Penal tiene como verbo rector entre otros, el término "aceptar", el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones, de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario.*[1381]

El agente pierde o quebranta el principio de imparcialidad que le guía al resolver o decidir un asunto judicial o administrativo[1382].

La «promesa» ha de ser entendida como seria, determinable y susceptible de concretarse materialmente. Debe tomar lugar en un futuro inmediato de corto o mediano plazo, no de largo alcance, debiéndose descartar aquellas que por su lejanidad temporal se hacen muy inciertas e indeterminables de tomar lugar de cara a futuro; debe distinguirse la idoneidad del medio corruptor, con la efectiva consumación del delito, lo primero hace posible la perfección delictiva, lo segundo determina el momento temporal de su materialidad delictiva.

No se precisa su efectivo cumplimiento, conforme se desprende de la redacción normativa, basta con que el magistrado o miembro

---

(1381) En *El Peruano*, 26 de noviembre del 2005, op. cit., p. 6232.

(1382) SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 478.

de Tribunal Administrativo haya solicitado al litigante la promesa de verse beneficiado con una ventaja indebida; por ejemplo, con la adquisición gratuita de un bien inmueble a nombre de su esposa o la suscripción de un crédito bancario a un interés por debajo del mercado; si es que dichas circunstancias se materializan importan actos posteriores a la consumación del delito que no requieren ser probados por la Fiscalía en la teoría del caso que sostenga en el proceso penal.

Aspecto importante a saber es lo concerniente a la imposibilidad fáctica de una modalidad de Cohecho pasivo específico subsecuente, que afortunadamente no ha sido incluido en la *lege lata*; no se podría decir que alguien pretenda ejercer influencia sobre un juzgador, cuando este ya emitió su decisión final, cuando ya expidió la sentencia[1383]. Resultaría todo un despropósito pretender justificar esta modalidad del injusto, quien pretende influenciar sobre un funcionario público para verse favorecido en su decisión ha de hacerlo necesariamente antes de que el magistrado emita la sentencia o auto. Cuestión distinta es de verse cuando el particular le entrega una dádiva al magistrados para que resuelva con arreglo a Derecho; según dicha descripción fáctica dicho hecho ha de reconducirse a los alcances normativos del tipo penal de Cohecho pasivo impropio; con ello queremos decir a la vez que el Cohecho pasivo específico ha de ser siempre uno de naturaleza «propia», sino no se entendería la penalidad tan drástica[1384]. La sola calificación de magistrado no nos resulta razón suficiente para una reacción punitiva de tal magnitud; en la doctrina nacional resulta discutible la posición contraria[1385].

(1383) Así, Abanto Vásquez, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., p. 494.

(1384) Cfr., al respecto, Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 481.

(1385) Así, Abanto Vásquez, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública...*, op. cit., págs. 492-493.

Otro aspecto importante es que la aceptación o recepción del donativo o ventaja toma lugar para influenciar sobre la esfera decisoria del magistrado o árbitro de generar un estado motivador determinado, amén de resolver a favor de quien entrega el medio corruptor.

El efecto motivador de los medios corruptores no está dirigido a influir o condicionar decisiones menores o asuntos secundarios, el comportamiento ilícito del agente apunta al fallo, es decir, a la decisión final de la instancia, estableciéndose así una vinculación causal imputable con el medio corruptor[1386].

- **El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento**

Esta modalidad del injusto de Cohecho pasivo específico toma lugar producto de la sanción de la Ley N° 28355, determinando una modalidad agravada, en comparación al supuesto anterior, conforme es de verse de la penalidad aplicable, lo que se justifica por el hecho de que el pacto ilícito aparece en escena mediando una actitud directa y provocadora del magistrado, árbitro o miembro de Tribunal Administrativo.

Dicho lo anterior, se quiebra la tesis del delito *plurisubjetivo* (participación necesaria), en el sentido de que la perfección delictiva de esta hipótesis delictiva no requiere de una contribución fáctica del particular, a quien tiene como destinatario la solicitud de la coima (prebenda económica), basta con que el magistrado solicite la

(1386) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, op. cit., p. 379.

ventaja o beneficio sin que el particular haya de admitirlo[1387] [1388]; claro, la conducción del sujeto público está impulsada por favorecer a la parte interesada en un caso al cual está avocado por motivos de su competencia funcionarial. Por consiguiente, toma lugar un delito *monosubjetivo* de mera actividad, donde la aceptación de dar el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio por parte del *intraneus*, es un dato a tomar en cuenta para poder afirmar la tipicidad penal de este último a título de autor del tipo penal contemplado en el art. 398° del CP (Cohecho activo específico).

En la Ejecutoria suprema emitida en el RN N° 2910-2002-Junín, se dice que: «*Las pruebas actuadas durante el proceso conducen a la convicción de la responsabilidad penal del acusado, quien en su condición de Fiscal Provincial Provisional solicitó a los denunciantes una determinada suma de dinero para que formule acusación*»[1389].

Se advierte un reproche más intenso de imputación individual (culpabilidad), en mérito a la conducción más reprobable del funcionario público, quien es el que promueve el pacto y/o negociación ilícita.

La conducta típica está circunscrita [...] a que el funcionario (específico) solicite los medios corruptores. Se trata de un comportamiento activo y el legislador la prevé, como todas las anteriores, como una circunstancia agravante[1390].

En el caso del art. 395° del CP, el legislador no ha señalado que la solicitud pueda darse de forma *directa* o *indirecta*, lo que no obsta

---

(1387) Así, SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 481.

(1388) Vide, al respecto, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública...,* op. cit., p. 492.

(1389) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública, Jurisprudencia penal,* op. cit., p. 505.

(1390) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *El delito de Cohecho,* op. cit., p. 494.

a que podamos apelar a una interpretación sistemática de todos los injustos de Cohecho pasivo, permitiendo un juicio de adecuación típica que con solvencia resuelva todos los casos que puedan presentarse; pues, si en un Cohecho pasivo (propio o impropio) la solicitud del medio corruptor puede tomar lugar de forma directa o indirecta, es lógico que esta modalidad agravada de Cohecho pasivo también puede presentarse, sin que ello implique afectación alguna al principio de legalidad («solicitud disfrazada»).

No siempre la solicitud de la ventaja o del beneficio la deberá efectuar el sujeto pasivo del injusto, puesto que, por ejemplo, puede servirse de un intermediario, de una interpósita persona, quien se acerca al particular (litigante) a nombre del magistrado y le señala que podrá ser favorecido en la resolución jurisdiccional, siempre que le pague una cantidad determinada de dinero.

Es de verse que la terminología empleada en la construcción normativa, no puede ser comprendida según una acepción gramatical (usual) del lenguaje, sino en mérito a la teleología que amerita los elementos normativos; verbi gratia, si es el secretario judicial engaña al litigante, señalando que todo está acordado con el juzgador para que se acepte la solicitud de embargo preventivo en forma de secuestro, a pesar de no concurrir los presupuestos de ley, y esto no es así, no habrá delito de Cohecho pasivo propio (específico), por más que el juez haya resuelto de forma ilegal (a lo más Prevaricato), pues quien tiene la competencia legal es quien debe recibir la ventaja indebida, en consecuencia, la conducta del secretario sería constitutiva de Estafa[1391], a menos que se trate de una actuación que se enmarca en su esfera de competencia *funcionarial,* incidiendo en la

(1391) Lo cual analizado en rigor, conforme los presupuestos a tomar en cuenta para encuadrar la conducta al tipo penal contenido en el art. 196° del CP, indica que el acto jurídico debe tener al menos apariencia de licitud, por lo que ante un acto abiertamente ilícito, no cabe tipificarlo como estafa, en todo caso una falta grave, de naturaleza disciplinaria.

tipificación penal de la figura delictiva contenida en el art. 396° del CP (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales).

4. DISTINCIÓN DEL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 395° DEL CÓDIGO PENAL CON EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

A fin de realizar una distinción puntual del delito de Cohecho pasivo específico con el de Tráfico de influencias, definiremos ciertos elementos de este último.

La inclusión del injusto penal previsto en el art. 400° del CP (Tráfico de influencias) obedeció a motivos estrictamente de política criminal, esta tipificación penal no estaba comprendida en el catálogo delictivo del Código Penal de 1924, así como en otros textos en el marco del Derecho comparado. Decimos razones de política criminal, en tanto de un vistazo de la estructuración típica de este injusto penal hemos de destacar que en realidad se trata de una etapa preparatoria de los delitos de Cohecho, de un acto de intercesión a un acto previo que de lugar a la corrupción, por lo que su incriminación es objetada por sector importante de la doctrina[1392].

Se desprenden dos actos que deben ser valorados jurídico-penalmente de forma independiente: primero, cuando el vendedor de humos, el traficante de influencias pacta con el particular, mediando un donativo, promesa o cualquier tipo de ventaja o beneficio, para que el primero de ellos interceda ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial; segundo, la real intercesión del traficante sobre el funcionario que está conociendo el caso o ha de conocerlo a futuro. Si bien

(1392) Como apunta Olaizola Nogales, es mayoritaria la doctrina que afirma que con los delitos tradicionales contra la Administración Pública, especialmente con el delito de Prevaricación y el delito de Cohecho podrían quedar recogidas la mayor parte de las conductas tipificadas en el delito de Tráfico de influencias; *El delito de Cohecho,* op. cit., págs. 465-466.

ambos actos están de cierta forma vinculados subjetivamente, no es menos cierto que a efectos de consumación del delito de Tráfico de influencias, no se requiere que se verifique la real intercesión con el funcionario que está conociendo determinado caso; son tipificaciones penales autónomas, de no ser así no estaría justificada la inclusión de la figura delictiva *in comento*.

El acto de «*influir*» sobre una autoridad o funcionario, representa el núcleo de la conducta incriminada por la gravedad de las formas específicas en que se lleva a cabo el ejercicio de influencia sobre la actividad funcionarial[1393].

Por otro lado, el bien jurídico que se tutela en ambas figuras criminosas es el mismo: la imparcialidad, objetividad y la legalidad de la actuación pública, [...] toda vez que se intenta influir en la toma de decisiones de los funcionarios públicos para que resuelvan de espaldas a los intereses públicos[1394], donde la anticipación de la barrera de intervención en el caso de Tráfico de influencias es más que evidente.

Se trata en todo caso de un delito de mera actividad, no se requiere para su realización típica que la finalidad perseguida por el particular que compra las «influencias» al vendedor de humo se concreticen en una resolución injusta de acuerdo a lo antes expuesto. Por otro lado, se trata también de un delito de participación necesaria, en tanto la realización típica está condicionada a la contribución fáctica de los dos sujetos intervinientes: del «vendedor de humo» y del comprador de influencias, siendo que este último, al participar en un negocio jurídico ilícito, será penalizado como cómplice primario

---

(1393) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Delitos contra la Administración Pública (VI), Tráfico de influencias,* op. cit., p. 391.

(1394) ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra la Administración Pública (y II): Cohecho...,* op. cit., p. 928; Así, en cuanto a la imparcialidad; FEIJÓO SÁNCHEZ, B, *Delitos contra la Administración Pública...,* op. cit., p. 705.

o instigador de dicho delito, dependiendo de la naturaleza jurídico-penal de su participación.

Como apunta Reaño Peschiera, el perfeccionamiento de la conducta típica de intervención requiere necesariamente la conjunción de ambos aportes, y del hecho de que el traficante sea quien configure lo esencial del injusto típico no puede deducirse que el pertenece exclusivamente a él, pues su configuración total no puede ser explicada si se prescinde de la aceptación del interesado[1395].

Cuando un particular, usuario del sistema de justicia, busca, por ejemplo, a un auxiliar jurisdiccional, para que este influya en la persona del juez, o siendo un asistente de función fiscal, para que lo haga en el fiscal que conduce el despacho, no será autor del Cohecho pasivo específico, sino autor del delito de Tráfico de influencias, empero sí podrá incurrir en el tipo penal del art. 396°, siempre y cuando lo que pretenda el particular sea una decisión que se encuentre enmarcada en el ámbito de potestades del auxiliar jurisdiccional, verbi gratia, que posponga una diligencia, que omita notificar cierta diligencia a la otra parte, entre otros supuestos.

Una diferencia importante, como apunta Olaizola Nogales, es que en principio no sería relevante, a efectos del delito de Tráfico de influencias, si la resolución es conforme o contraria a Derecho[1396]; pero sí a efectos de valorar la conducta del funcionario que está conociendo el caso, pues si se hace para omitir un acto propio de sus funciones, será constitutivo de un delito de Cohecho pasivo propio, y si recibe la dádiva para realizar un acto propio de sus funciones incurrirá en un delito de Cohecho pasivo impropio. De todos modos, será de recibo que la búsqueda de influencias para que se decida en

(1395) Reaño Peschiera, José, *Formas de intervención en los delitos de Peculado y Tráfico de influencias,* op. cit., p. 79.

(1396) Olaizola Nogales, Inés, *El delito de Cohecho,* op. cit., p. 469.

un caso concreto por lo general se hará con el propósito de que se realice un acto en omisión de los deberes funcionales. De ahí vale decir que, si se trata de una intercesión que ha de calar en un funcionario con potestades decisorias, ingresaríamos a un concurso real con el injusto de Prevaricación; situación que no cabría admitir cuando la influencia se dirige hacia un acto sin faltar a los deberes funcionales (Cohecho pasivo impropio).

La delimitación normativa entre los delitos de Cohecho y de Tráfico de influencias ha de verse conforme la adecuación del comportamiento típico a los verbos rectores descritos en las diversas tipificaciones penales, concretamente en lo que respecta al ámbito decisorio y/o resolutorio del sujeto que recibe y/o solicita la dádiva u otra ventaja. Pudiendo las diversas manifestaciones típicas de Cohecho realizarse por intermedio de otra persona, sin que de lugar a la configuración del tipo penal de Tráfico de influencias, esto es, mediante un intermediario el funcionario (*intraneus*) solicita a un particular la entrega de un dinero a fin de realizar un acto en violación de sus obligaciones funcionales, donde la intervención del intermediario será punible a título de cómplice primario, sea un servidor público o un particular; cuestión contraria se dará cuando el que ofrece una actuación irregular de un funcionario a cambio de una dádiva lo hace directamente ofreciendo la venta de influencias. Así se dice en la Ejecutoria recaída en el Exp. N° 2527-98: «*Las acciones de recibir o aceptar puede realizarlas el funcionario de por sí o por persona interpuesta, es decir, personalmente o por intermedio de un tercero. La referencia en orden a la participación, siendo aquella persona que a los ojos de terceros se haga aparecer como destinatario del beneficio*».

Dicho lo anterior, el tipo penal de Tráfico de influencias no es un delito «especial propio» en tanto puede ser cometido por cualquier persona, inclusive por un funcionario y/o servidor público que en el caso de la legislación positiva peruana ha incidido a la construcción de una circunstancia agravante, como consecuencia de la sanción de

la Ley N° 28355 del 6 de octubre del 2004; por tanto, para la realización típica de este injusto la entrega del beneficio debe apuntar a la actuación funcional de un tercero y si este finalmente accede a algún tipo de ventaja por parte del vendedor de humos, estará incurso en los delitos de Cohecho. Pero si quien recibe directamente la coima es el funcionario que está conociendo el caso concreto, no habrá posibilidad de tipificar por el delito previsto en el art. 400°, sino será constitutivo de los arts. 393°, 394° y 395°; y con respecto al particular, pasible según los arts. 397° o 398° del Código Penal.

Recapitulando, el delito de Cohecho pasivo específico es de mera actividad, no necesita que la coima recibida por el autor se traduzca en una resolución injusta (condición objetiva de punibilidad), constituye un injusto de participación necesaria[1397], donde el particular o funcionario que ofrece o acepta la solicitud de soborno será penalizado según los alcances normativos del art. 398° del Código Penal. Es decir, si, por ejemplo, el particular fue intervenido por un policía corrupto, le promete un pago a futuro y este no se concretiza, igual se habrá perfeccionado el delito. Así lo indica la Segunda Sala Penal Transitoria, en la Ejecutoria recaída en el RN N° 1406-2007-Callao:

> *El cohecho es un delito de participación necesaria y de mera actividad, en el cual el funcionario público acepta o recibe un bien para sí*

(1397) En la siguiente Ejecutoria RN N° 3765-2001-Cusco (Sala Penal Transitoria), se pone de relieve la naturaleza plurisubjetiva del delito de Cohecho pasivo específico de la siguiente forma: «*[...] que el procesado en sus respectivas declaraciones ha negado ser autor del delito que se le imputa, son embargo las mismas han quedado desvirtuadas con la sentencia que obra a fojas doscientos treinta y tres a doscientos treinta y ocho en la que se condenó a Navarrete Rivadeneyra por el delito de corrupción de funcionarios en su modalidad activa, precisamente respecto de los mismos hechos que originaron la presente instrucción, es decir, el proceso civil que fue de conocimiento del procesado Arce Leandro sobre nulidad de rescisión de anticipo de legítima, en este caso Rivera Rivadeneyra sobornó a dicho Magistrado, ahora procesado, siendo confeso de los cargos reconociendo haber sorprendido al ex Juez Arce Leandro [...]*».

> *o para tercero, a fin de cumplir, omitir a retardar un acto propio de su cargo, existiendo una relación de finalidad entre la aceptación del bien y el acto que se espera sea ejecutado omitido o retardado. Solo el acuerdo de voluntades configura el tipo penal, no siendo necesario el cumplimiento del pago, de la promesa o del acto indebido, ya que el bien jurídico protegido es la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos*[1398].

Empero, a la luz de los hechos, puede que en algunos casos la acreditación del cohecho, venga informado ya con la recepción de la dádiva por parte del funcionario y/o servidor público; así, la Sala Penal Permanente, en la Ejecutoria contenida en el RN N° 497-2011-Cuzco: «*La boleta de transferencia de dinero a favor del agente policial, por parte del conductor de un vehículo, cuya carga no se encontraba regularizada, conforme se observó en la intervención realizada, acredita que este agente solicitó la entrega de dinero a cambio de incumplir sus obligaciones, bajo amenaza de decomiso*»[1399].

Similar apreciación valorativa ha de verse en el delito de Tráfico de influencias, injusto penal de encuentro donde tampoco se requiere verificar que la dádiva haya ingresado a las arcas del traficante, menos que este haya cumplido con interceder a favor del comprador ante un determinado funcionario público. La Corte Suprema en la siguiente Ejecutoria toma esta postura:

> *La absolución del encausado por delito de tráfico de influencias no se encuentra arreglada a ley. La no verificación de lo afirmado, ostentado y prometido por el encausado no convierte los hechos en atípicos, pues el referido delito es de peligro abstracto, que no exige lesionar*

(1398) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. N° 2, agosto del 2009, op. cit., p. 229.

(1399) En *Los delitos contra la Administración Pública en la jurisprudencia*, op. cit., p. 316.

efectivamente el bien jurídico, basta tan solo que se lo coloque en una posición de riesgo o peligro. Es un delito de mera actividad en el que se sanciona el simple comportamiento del agente, sin que sea relevante para su configuración que se produzca un resultado o si las influencias son reales o simuladas.[1400]

Si el funcionario público que recibe y/o solicita el soborno, no tiene las potestades, facultades que el tipo *in comento* exige para acreditar el mayor fundamento del injusto típico, la conducta se reconducirá a los tipos penales previstos en los arts. 393° y 394° del CP, sobre todo, al primero de ellos, pues muy difícilmente la corruptela será destinada a que realice un acto propio de las obligaciones funcionales.

5. EL TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO EN LOS DELITOS DE COHECHO

En lo que refiere al tipo subjetivo del injusto, los tipos penales *in examine* solo son posibles de incriminar a título de dolo: conciencia y voluntad de realización típica; con ello, no descartamos el dolo eventual, al cual consideramos como el «conocimiento del riesgo típico»: el funcionario y/o servidor público que recibe un soborno, sabiendo que el particular lo hace para que contravenga sus deberes funcionales, de torcer la voluntad de los intereses generales de la Administración Pública. Decimos esto, pues, según nuestro punto de vista, el dolo debe refundirse en un plano estrictamente «cognitivo», por lo que el término «*a sabiendas*» que se ha incluido en la construcción típica del art. 395° del CP, no descarta el dolo eventual, lo que para un sector de la doctrina no resulta admisible[1401], inclinándose, evidentemente, en teorías más propensas al elemento «volitivo» del mismo.

(1400) En *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N° 15, setiembre del 2010, op. cit., p. 220.

(1401) Así, Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública,* op. cit., p. 719.

De plano ninguna de estas figuras delictivas exige un plus en la esfera anímica del autor, un elemento subjetivo del injusto: «malicia», «mendacidad», etc. El dolo es suficiente, cubre todo el espectro normativo de los elementos constitutivos del tipo penal, cuya posible ignorancia podría dar lugar a un error de tipo; de ahí que estemos en desacuerdo con la doctrina jurisprudencial que hace mención al «doble dolo»; es la postura que se desprende de la ejecutoria emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, al señalar en el Exp. N° 37-2006 que:

> *En cuanto al elemento subjetivo, el delito de cohecho activo (artículo 398 del CP) es doloso, en tanto el agente debe encaminar su conducta a un objetivo determinado. El dolo requerido es el dolo directo. En la medida que en el cohecho activo es similar a la instigación, también presenta un "doble dolo": el dolo referido a la propia conducta corruptora y el dolo de que el funcionario viole sus deberes funcionales; en este segundo dolo basta, según la doctrina, el dolo eventual.*[1402]

Por lo demás, no se exige la presencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, la malicia, codicia u otro sentimiento interior del sujeto público es a tal efecto irrelevante.

6. DEFINICIONES CONCLUSIVAS

Las variadas formas que adquiere la corrupción, incluida la «política», corroen severamente las vísceras de nuestra sociedad, repercutiendo en las bases fundacionales de la democracia y en su plataforma institucional. Frente a tales efectos el Estado proyecta una política criminal que no siempre se ajusta a los preceptos constitucionales ni a los principios legitimadores del Derecho penal, examinados bajo la lupa de un Orden democrático de Derecho, incidiendo

(1402) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. N° 8, febrero del 2010, op. cit., p. 190.

normativamente en ámbitos no compatibles con la teleología que se desprende de la Ley Fundamental.

Lo descrito importa entender que el combate eficaz de las conductas cohechadoras, supone actuar en el marco de las acciones de control –propias de la vía administrativa– y, en lo que respecta a la persecución penal, concretamente promoviendo la real implementación del nuevo Código Procesal Penal.

El Derecho penal por supuesto que ejerce una función de primer orden a fin de prevenir y reprimir estos comportamientos antijurídicos, en consonancia con los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, de común idea con los fines preventivo generales que se comprenden en la norma de sanción. De todos modos, los cometidos político criminales no deben rebasar el umbral de legitimidad que toma lugar con los criterios rectores del Derecho penal.

XVII. EL PRINCIPIO DE LA DOBLE INCRIMINACIÓN EN EL PROCESO DE EXTRADICIÓN COMO MECANISMO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

La persecución penal ha sido concebida siempre, como el poder-deber estatal de someter a una investigación a todos aquellos que han perpetrado un delito dentro del ámbito territorial de una determinada Nación. Es el principio de «soberanía» que legitima dicha actuación funcional, conforme al principio de legalidad; paradigma que se ha ido relativizando en los últimos tiempos, merced al apogeo de la delincuencia transnacional, propiciando un espacio fecundo para la suscripción de tratados y convenios internacionales sobre la materia. Toma lugar el principio de «justicia universal», como herramienta eficaz en la lucha contra la impunidad de crímenes muy graves, aquellos que afectan bienes jurídicos de naturaleza internacional (normas de «*ius cogens*»).

El hecho de que el agente haya burlado las fronteras de los Estados y haya anclado en tierras foráneas [1403], no significa de ningún modo, que estos hayan de abdicar en la efectiva promoción de

---

[1403] Como señala ALVÁREZ CHAUCA, siempre constituyó un problema la persecución de un fugitivo cuando traspasaba las fronteras del Estado en que cometió el hecho delictivo, problemática que se ha mantenido e incluso agudizando con el transcurso del tiempo, sobre todo a partir de las transformaciones tecnológicas que se originaron con la denominada Revolución Industrial (mediados del siglo XVIII e inicios del siglo XIX); *Extradición,* op. cit., p. 46.

la persecución y/o sanción penal, donde si bien la nación ofendida no ostenta jurisdicción penal, sí cuenta con instituciones jurídicas –propias del Derecho internacional público [1404]–, plasmados en tratados bilaterales, que se conoce como «extradición[1405]». Es mediante esta herramienta que el Estado «requirente», solicita al Estado «requerido», la entrega de una persona investigada, procesada, enjuiciada y/o condenada, para que pueda ser sometida a la justicia penal del primero.

El delito es una manifestación fenoménica que trasluce una conducta reprobable por toda sociedad civilizada, por lo que el orden punitivo tiende a sancionarla; cuestión que es tomada en consideración para dar cuenta a instituciones que permiten la entrega de esa persona cuando traspasa las fronteras nacionales, como es el caso de la extradición.

Lo dicho cobra más vigencia ante un contexto mundial, caracterizado criminológicamente por una portentosa delincuencia, por aparatos criminales, que en su quehacer delictivo traspasan las fronteras nacionales en su funcionamiento y operatividad, dando lugar a una criminalidad «transnacional», cuya indudable complejidad determina una visión política criminal global de los Estados. Se trata de grupos de delincuentes organizados, que se encuentran además en condiciones de actuar tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad política y económica, cuya influencia en estos ámbitos se extiende hasta poder, incluso, condicionar negativamente sectores enteros de la vida productiva, social e institucional[1406].

(1404) En lo concerniente el principio de «extraterritorialidad».

(1405) A decir de JIMÉNEZ DE ASÚA, la territorialidad de las leyes penales y la no ejecución de las sentencias extranjeras, de una parte; y de otra, la facilidad de comunicaciones, que permite escapar al infractor de la norma, hacen necesaria la extradición; *Principios de Derecho penal. La Ley y el Delito,* op. cit., p. 176.

(1406) BLANCO CORDERO, Isidoro; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos*

Como se destaca en la doctrina, las Naciones Unidas reconocen que el incremento de la sofisticación y globalización del crimen organizado convierten a la cooperación internacional en el elemento crucial para combatir este fenómeno[1407].

1. CONCEPTO DE EXTRADICIÓN

Se dice en la doctrina especializada que la extradición cumple un cometido de política criminal, en orden a la formal observancia del Ordenamiento punitivo a la satisfacción de la expectativa material de salvaguarda de los bienes jurídicos por él mismo protegidos, y el reconocimiento, en el marco internacional, de la necesidad de una sanción penal efectivamente requerida por las exigencias de prevención general y especial[1408].

A decir de QUINTERO OLIVARES, la extradición es el acto (de soberanía) en virtud del cual un Estado entrega a otro la persona de un presunto o declarado responsable de un delito, a fin de que sea juzgado en el Estado solicitante o de que cumpla la pena que en su día fuera impuesta[1409]; dicho esto, la extradición comprende tanto un marco de persecución penal, como el plano ejecutivo de la pena; pues no solo se puede pedir la entrega de procesados, sino también de condenados, de manera que esta institución cumple a forma cabal con toda la manifestación del sistema punitivo estatal. La extradición es un procedimiento destinado a garantizar la ubicuidad de la represión en las relaciones internacionales, acota PEÑA CABRERA. La justicia penal internacional encuentra en la extradición su más eleva-

---

al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio; op. cit., p. 3.

(1407) Ibídem, p. 5.

(1408) Miguel POLAINO NAVARRETE, citado por ALVÁREZ CHAUCA, Manuel, *Extradición,* op. cit., p. 47.

(1409) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho penal. Parte General,* op. cit., p. 186.

da realización, pues a través de este instituto, los Estados manifiestan su espíritu solidario y de colaboración internacional[1410]; se puede decir entonces que la solidaridad de los pueblos hermanos y la cooperación son los pilares de este instrumento jurídico internacional.

Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional la extradición debe ser entendida como un procedimiento mediante el cual un Estado es requerido para que haga entrega de un individuo que se encuentra dentro de su territorio y que tiene la condición de procesado o condenado por un delito común, por el Estado requirente o solicitante, en virtud de un tratado o a falta de este en aplicación del principio de reciprocidad, para que sea puesto a disposición de la autoridad judicial competente y se le enjuicie penalmente, o para que cumpla y se ejecute la pena impuesta, si se hubiera producido previamente en el proceso penal correspondiente (Cfr. Exp. N° 3966-2004-HC/TC, caso Enrique José Benavides Morales). El nuevo CPP, por su parte, señala en su artículo 513°, que la persona procesada, acusada o condenada como autor o partícipe que se encuentra en otro Estado, puede ser extraditada a fin de ser juzgada o cumplir la sanción penal que le haya sido impuesta como acusada presente.

Estos tratados de orden «bilateral», se instituyen a través de compromisos mutuos, en cuanto al acogimiento de objetivos compartidos[1411] [1412], de que el principio de «territorialidad» no sea un obstáculo, una barrera infranqueable, para que presuntos autores y/o partícipes delictuales, sean efectivamente investigados, persegui-

---

(1410) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte General,* 3ª ed., Grijley, Lima, 1997, op. cit., p. 223.

(1411) Así, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal...,* op. cit., p. 187.

(1412) En defecto de tratados de extradición se asume el criterio de la «reciprocidad», tal como lo dispone el artículo 513° inc. 2 del CPP de 2004; a decir de TAMINI, el principio de reciprocidad se encuentra en los orígenes de las relaciones entre los países, y adquiere su valor cuando no se han concluido tratados que plasmen las voluntades internacionales de cooperación; *La nueva Ley de Extradición...,* op. cit., p. 615.

dos y sancionados penalmente y así obtener la paz social que toda nación democrática aspira. Una nueva descripción de la sociedad y de la criminalidad, germina las bases de un Derecho penal internacional, sostenido en el principio de «extraterritorialidad», de que todos los Estados se comprometen a perseguir y sancionar el hecho punible en su territorio (principio de «justicia universal») o en su defecto, la entrega del imputado o condenado al Estado requirente vía proceso extradicional. Los Estados se comprometen, por medio de tratados y otros instrumentos internacionales, a conceder la extradición cuando son «requeridos» por un Estado parte, bajo reserva de ciertas condiciones que tienen que ver con la persona misma, o con la naturaleza de la infracción[1413].

Entonces, estos compromisos bilaterales van adquiriendo mayor vigor e importancia, a instancias de una criminalidad que va creciendo de forma vertiginosa[1414], cuyos agentes buscan impunidad saliendo del país donde se cometió el delito y así evitar su detención y consiguiente persecución penal. Es a tal efecto, que los Estados ven la necesidad de crear «unidades de cooperación judicial internacional[1415] [1416]» a fin de coadyuvar, agilizar y viabilizar

---

(1413) Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Derecho internacional. Temas selectos,* op. cit., p. 102.

(1414) Blanco Cordero y Sánchez García de Paz, sostienen que el fenómeno de la globalización de los mercados, de la demanda de productos ilegales y del sistema financiero, es el elemento clave que ha atraído a las organizaciones criminales a superar el marco nacional y realizar actividades a nivel internacional o transnacional; *Principales instrumentos internacionales...,* op. cit., p. 4.

(1415) Así, Terragni al indicar que se trata de un acto de asistencia jurídica internacional cuyo fundamento radica en el interés común de los Estados a que los delincuentes sean juzgados y, eventualmente, castigados por el país a cuya jurisdicción corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictuosos; *Tratado de Derecho penal. Parte General,* T. I, op. cit., p. 88.

(1416) Tamini señala que la facilidad de las comunicaciones permite a los delincuentes una movilidad y rapidez de información y coordinación que solo puede enfrentarse con eficacia mediante el aprovechamiento de esas mismas ventajas por parte de los gobiernos; *La nueva Ley de Extradición y Cooperación en materia penal.* En *Revista jurídica argentina La Ley*, op. cit., p. 610.

la extradición de una persona, tanto «activa» como «pasiva», por lo que estas oficinas («autoridad central») tienden los puentes entre las naciones, para que se pueda acceder a estos actos de cooperación judicial internacional y así fortalecer el basamento jurídico y político que lo sostiene.

Entre las variantes de extradición están la judicial, administrativo-gubernativo y mixto, señalando el TC, que el sistema continental (o romano-germánico)[1417], en el cual los tribunales del Estado requerido solamente realizan una evaluación formal en base a los documentos remitidos por el Estado solicitante para verificar que se reúnan todos los requisitos formales. Es decir, no tienen facultades para revisar las cuestiones de fondo tenidas en cuenta para formular el pedido de extradición. Es un sistema jurídico contemporáneo predominante en los países de Europa Occidental (con excepción de Reino Unido y algunos países nórdicos) y de América Latina. Bajo tal concepto, solo opera una examen formal y circunstancial de los hechos que sostiene la imputación delictiva, de obrar en el cuadernillo de Extradición un listado de evidencias –que la respaldan probatoriamente–; no se exige por mor, pruebas, técnicamente hablando, que demuestren que el sujeto extraditable es el autor y/o partícipe del hecho punible incriminado.

En el Perú, siguiendo postura de la doctrina especializada, la extradición es un acto de gobierno, se concede por el Poder Ejecutivo, ningún otro Poder del Estado puede concederla[1418].

(1417) El Perú se adscribe al sistema jurídico europeo-continental, basado en el imperio de la Ley, la separación de poderes; por lo que, es el órgano jurisdiccional que debe armar el cuaderno de extradición a ser aprobado por la Corte Suprema, mas el conducto es por el Ministerio de Justicia, que solicita su aprobación en Concejo de Ministros, el cual emite la Resolución Suprema respectiva, conforme el artículo 37° de la Constitución Política de 1993.

(1418) HUAPAYA OLIVARES, Alberto, *Marco legal de la extradición en el Perú,* op. cit., p. 1.

2. EL PRINCIPIO DE LA DOBLE INCRIMINACIÓN

Es de verse primero, que el proceso de Extradición no opera de forma automática, tomando en cuenta la rigurosa valoración jurídica y probatoria, cuya admisibilidad y procedencia está condicionada[1419]; máxime, si en algunos casos, puede que la persecución penal vaya motivada por intereses políticos, por lo que el Estado requirente debe cumplir con determinadas exigencias, que precisamente se plasman en los tratados y normativas nacionales. Sobre esto, la Ley de Extradición nacional estipula que:

> *La extradición no será acordada si la infracción por la que es demandada es considerada como una infracción política o como un hecho conexo a tal infracción. La misma regla se aplicará si existen razones serias para entender que la demanda de extradición motivada por una infracción de derecho común ha sido presentada con el fin de perseguir o de castigar a un individuo por consideraciones de raza, religión, nacionalidad o de opiniones políticas o que la situación de este individuo se exponga a agravarse por una u otra de estas razones.*

No puede concebirse a estos procedimientos de CJI, como un instrumento para perseguir a los opositores y disidentes políticos del gobierno de turno; empero, ello debe ser minuciosamente analizado a la luz de la realidad judicial y política de cada país en particular. En puridad, el sistema penal nacional en su conjunto refleja una acusada dosis de imparcialidad, objetividad e independencia. Fueron otros tiempos, donde el poder político copó las instituciones más importantes del Perú, de una fuerte injerencia política. Como bien se expone en la Extradición N° 175-2014 – Lima, por parte de la Sala Penal Suprema Transitoria, fundamento tercero:

(1419) Así, Huapaya Olivares, al sostener que es un acto sujeto a la verificación de la legalidad: No es un poder omnímodo ya que está supeditado al cumplimiento de la legalidad, esto es a lo que establece la ley y los Tratados. Solo se concede previo informe de la Corte Suprema. Ibídem, p. 1.

La Extradición instada por la justicia nacional no obedece a propósitos persecutorios por razón de opiniones políticas, la nacionalidad, la raza, el sexo o la religión del involucrado en los hechos. No existe razón alguna para temer que se perjudicará el ejercicio del derecho de defensa en juicio u otra garantía derivada del debido proceso. El procesamiento correrá a cargo de un órgano jurisdiccional ordinario que integra la estructura judicial común del Poder Judicial peruano (artículo 9° del Tratado).

Toda institución que es objeto de regulación normativa debe ceñirse al radio estricto de la Ley, más aún es una manifestación del poder punitivo estatal; [...] su sometimiento al principio de legalidad, se manifiesta en una serie de requisitos para su concesión especialmente, aunque también para su petición, que son de cariz estrictamente normativo (doble incriminación, especialidad, pena imponible, delitos exceptuados, etc.)[1420]. No obstante, como señala PRADO SALDARRIAGA en la doctrina nacional, el desarrollo de nuevas normas de criminalidad con estructuras operativas organizadas, de proyección internacional y de agresividad innominada, han generado, en los últimos diez años, que los principios y reglas acuñadas tradicionalmente flexibilicen su lectura normativa y sus alcances prácticos[1421] [1422]. Esto se observa, al tomar lugar el principio de favorabilidad a la Extradición, relativizando sus presupuestos fundamentales, en el sentido de que no sea excesivamente riguroso en la valoración, considerado la descripción criminológica actual, en cuanto a la naturaleza jurídica del delito, la extradición de nacionales y

(1420) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho penal...*, op. cit., p. 187.

(1421) PRADO SALDARRIAGA, Victor, *La extradición: presente y futuro,* op. cit., p. 6.

(1422) Este mismo autor señala que se muestra la relativización, se observa en la vigencia de la doble incriminación y el cómputo de los plazos de prescripción. Al respecto, lo que se viene asumiendo es la prevalencia del derecho interno del Estado requirente y no las previsiones de la legislación del Estado requerido. Ibídem, p. 9.

una aplicación extendida del principio de «reciprocidad», invocando Convenciones como la de Viena y de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Palermo, en defecto de Tratados de Extradición bilaterales. La Convención de las Unidas contra la Corrupción, dispone en el artículo 44° inc. 9, que: «*Los Estados Parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica al presente artículo*».

2.1. Hecho constitutivo de delito - principio de legalidad

En tal entendido, los hechos (el *factum*) que se le imputan al individuo sometido al proceso extradicional, deben cuadrar perfectamente en los alcances de un determinado tipo penal, tanto desde un plano objetivo como subjetivo (sub principio de tipicidad - legalidad). La extradición solo está pensada para la entrega de personas que en apariencia han cometido un hecho punible (grave o meridianamente grave), en cuanto a la lesión y/o puesta en peligro de bienes jurídicos que son punitivamente tutelados por ambos Estados, no por conductas que denotan únicamente controversias entre privados.

Un procedimiento que demanda esfuerzo logístico, humano y financiero, no puede activarse para situaciones que no generan la conflictividad social que este demanda, o para meras bagatelas (injustos que no son penados con pena privativa de libertad[1423] [1424]); por consiguiente, las faltas están excluidas del procedimiento

(1423) Descartándose aquellos injustos penales, cuya conminación se expresa con penas limitativas de derecho.

(1424) A decir de Gómez-Robledo Verduzco, [...] la extradición no es por lo general otorgada más que respecto de aquellas infracciones que se consideran suficientemente graves para justificar la entrega de una persona. *Derecho internacional...*, op. cit., p. 102.

de extradición[1425] [1426]. Así no operará la entrega del solicitado cuando en el Estado requerido el hecho susceptible de extradición carece de significado jurídico penal o es considerado como falta[1427] o contravención [...][1428]. Así, la LNE, en su artículo 6° inc. 5, condiciona la extradición a un delito, a que la pena conminada al delito fuese inferior a un año de prisión; mientras que el CPP de 2004 señala: «[...] *si en ambas legislaciones no tenga prevista una conminación penal, en cualquiera de sus extremos, igual o superior a una pena privativa de un año*»[1429]. La pena prisión se regulaba en el CP de 1924, las legislaciones penales modernas emplean de forma general la pena privativa de libertad. Penalidad que ha de buscarse en los marcos penales mínimos y máximos, de forma abstracta en la ley penal.

Cuando la imputación jurídico-penal versa sobre un concurso delictual, es decir, se le atribuye al agente una comisión pluridelictual, estamos ante una prognosis de pena que no resulta factible valorar para la exigencia anotada. La Ley procesal penal hace alusión a lo siguiente: «*Si se requiere una extradición por varios delitos, bastará que uno de ellos cumpla con esa condición para que proceda respecto de los restantes delitos*»; es decir, podrá tomarse en cuenta cualquiera de los hechos punibles para alcanzar el estándar punitivo acotado. De ahí que el Estado requirente deba ser muy preciso y detallado en la definición delictiva bajo el auspicio del principio de «imputación

---

(1425) Por más que se diga que en el caso de la reincidencia o habitualidad por faltas, como consecuencia de la Ley N° 29407, puede imponerse judicialmente pena privativa de la libertad, conforme el artículo 55° del CP, al estarse ante una prognosis punitiva y no un estado de certeza sancionadora. Consideraciones a tomar en cuenta, ante una Extradición pasiva.

(1426) Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho penal...*, op. cit., p. 182.

(1427) Así, el CPP en el artículo 517° inc. 2 lit. f.

(1428) ÁLVAREZ CHAUCA, Manuel, *Extradición,* op. cit., p. 62.

(1429) Vide, al respecto, HUAPAYA OLIVARES, Alberto, *Marco legal de la extradición,* op. cit., p. 7.

necesaria[1430]»; no basta, por tanto, invocar los dispositivos legales aplicables, sino que debe procederse a un examen de adecuación típica.

La Sala Penal Permanente en la Extradición pasiva N° 83-2014, fundamento cuarto, sostiene:

> *Es de indicar que el principio de la doble incriminación se encuentra referido a la legalidad penal y su significado consiste, de un lado, en que el hecho sea delictivo y, de otro, que dicho evento criminal esté sancionado con una determinada penalidad en las legislaciones punitivas de los Estados requirente y requerido, si bien ello no implica la identidad de las penas en ambas legislaciones, bastará con que se cumplan los mínimos estándares de punibilidad previstos en las normas aplicables [...].*

2.2. Desarrollo del principio de la doble incriminación (teórico y normativo)

No resulta suficiente con que el hecho incriminado sea constitutivo de delito en el país requirente, al exigirse también que sea un verdadero injusto penal en el país requerido. A este condicionamiento legal se le conoce como el principio de la «doble incriminación», el cual puede ser definido de la siguiente forma: si es que el proceso de extradición importa una típica actuación de cooperación judicial internacional entre dos países, su viabilidad debe sustentarse también en una dualidad punitiva reguladora, de que el hecho sea constitutivo

---

(1430) En la Resolución consultiva N° 29-2015 (Extradición), fundamento 5: «*[...] se debe tener en cuenta que se ha cumplido con el principio de imputación necesaria, pues no solo se cumplió con describir el hecho, sino también con señalar las modalidades de la conducta, la pluralidad de las imputaciones realizadas al extraditurus, así como se precisó cada uno de sus aportes; principio que si bien no se encuentra taxativamente señalado en nuestra Constitución, tiene que ser ubicado a través de la interpretación de los artículos dos, inciso catorce, pues la imputación necesaria es una manifestación del principio de legalidad y del principio de defensa procesal*».

de delito tanto en el Estado requirente como en el Estado requerido. No puede pues un Estado pedir a su par, que le entreguen al presunto autor de un delito, cuando en este último dicha conducta no es constitutiva de un hecho punible; estamos, por tanto, ante una consenso de «dualidad punitiva». No en vano se postula que el principio de doble incriminación o identidad es uno de los principios básicos en materia de extradición[1431]; [...] el principio de la doble incriminación funciona como condición de la jurisdicción de un Estado para juzgar y castigar un hecho cometido en otro Estado. En este caso el principio opera como garantía del principio de legalidad en materia penal[1432].

Cuestión importante a saber, es que la identidad de las normas o la doble incriminación debe existir, precisamente, en el momento en que se realizó el delito, e inclusive prolongarse hasta instantes de la entrega formal por el Estado requerido[1433]; de crucial relevancia será que, al momento de la comisión de la acción y/u omisión, encuentre recogimiento normativo en la ley penal, al margen de su denominación jurídica (*tempus comissi delicti*). Si esto no es así, por más que al momento de iniciarse el procedimiento de extradición activa se criminalice la conducta, en estricto respeto al principio del *nullum crimen nulla sine lege praevia*, este deberá ser denegado[1434]. Escribe JIMÉNEZ DE ASÚA, que la identidad debe existir al momento de cometerse el hecho y en el que se hace la entrega, aunque no se precisa el mismo *nomen iuris*[1435]. Importa, por lo tanto, una valoración jurídico-penal que se extiende hasta la culminación formal del

---

(1431) BLANCO CORDERO, Isidoro; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *Principales instrumentos internacionales...*, op. cit., p. 8; GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Derecho internacional...*, op. cit., p. 102.

(1432) JORGE, Guillermo, *Cooperación internacional con fines de decomiso del producto del delito,* op. cit., p. 171.

(1433) PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal...*, op. cit., págs. 226-227.

(1434) Así, HUAPAYA OLIVARES, Alberto, *Marco legal de la extradición,* op. cit., p. 8.

(1435) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho penal...*, op. cit., p. 181.

proceso extradicional (una derogación normativa a tal efecto, podría frustrar la entrega del extraditado).

Señala KNIGHT SOTO que, el principio de doble incriminación es útil para delimitar si las conductas son susceptibles de extradición, en la medida en que se puedan identificar en un tipo penal, tanto en la legislación del Estado requerido, como en la del requirente; además que esté incluida entre aquellas que puedan motivar el procedimiento extradicional[1436].

El artículo 517° inc. 1 del Código Procesal Penal de 2004, indica a la letra: «*No procede la extradición si el hecho materia del proceso no constituye delito tanto en el Estado requirente como en el Perú, y si en ambas legislaciones no tenga prevista una conminación penal, en cualquiera de sus extremos, igual o superior a una pena privativa de un año. Si se requiere una extradición por varios delitos, bastará que uno de ellos cumpla con esa condición para que proceda respecto de los restantes delitos*»; por su parte, el artículo 43° inc. 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, sobre este principio, establece que en cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, este se considerará cumplido si la conducta constitutiva de delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados parte, independientemente de si las leyes del Estado parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o la denominan con la misma terminología que el Estado parte requirente. Este requisito es imperativo en materias de cooperación internacional, como la extradición, cuya procedencia da lugar a la afectación a derechos fundamentales.

Sobre el principio *in examen*, el DS N° 016-2006-JUS (Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de

(1436) KNIGHT SOTO, Idarmis, *La doble incriminación como tutela del ordenamiento interno en los procedimientos de extradición,* op. cit., p. 3.

extradiciones y traslado de condenados), indica que: *"[...] la exigencia de desarrollar este principio tiene la finalidad de facilitar a la autoridad extranjera la posibilidad de evaluar si es que la conducta con relevancia jurídico penal por la cual se solicita la extradición se encuentra prevista y penada en el Estado requerido".*

¿Cuáles son los motivos de la vigencia normativa de la «doble incriminación»? Debe tomarse en cuenta que el proceso de «extradición», sea este activo o pasivo, es producto de un consenso bilateral entre dos naciones hermanas, un compromiso compartido de entregar personas, a las cuales se les atribuye la comisión de un delito, en cuanto a la afectación de intereses jurídicos que son punitivamente tutelados en toda nación civilizada y humanista; v. gr., la vida, el cuerpo, la salud, el honor, la familia, la libertad, el patrimonio[1437], la Administración Pública, la Fe Pública, la Administración de Justicia, etc. Esto toma mayor vigor en un contexto de globalización jurídica, donde las naciones han venido suscribiendo tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, en lo que respecta a los llamados delitos de «lesa humanidad», por lo que injustos penales como el Genocidio, la Tortura, la Desaparición forzada de personas y otras ilicitudes afines, han de ser recogidos por todas los Estados partes; máxime, si conforme la Constitución del Perú, los Tratados forman parte del Derecho nacional[1438]. Empero, pueden existir ciertos delitos que no encuentran amparo legal en el país requerido, lo que de plano se constituye en un obstáculo para la procedencia de la Extradición[1439]; máxime, si algunas figuras delictivas son pro-

(1437) Cuestión debatible en regímenes extremadamente socialistas, donde los ciudadanos están impedidos de acceder a la propiedad privada de los bienes, dando lugar a la propiedad únicamente estatal o comunitaria.

(1438) Artículo 55° de la CPE.

(1439) Blanco Cordero, Isidoro; Sánchez García de Paz, Isabel, en cuanto a la ley española, indican que subsiste un número importante de crímenes graves en los que existe esta coincidencia: por ejemplo, la corrupción transnacional o el tráfico de bienes y servicios ilegales como la pornografía infantil, órganos humanos,

ducto de realidades sociales y culturales propios de un determinado país, como el Abigeato en el Perú. Aspecto este último que debe ser matizado, en el sentido de que el principio de la «doble incriminación», no significa una denominación típica idéntica o dígase similar, al ser suficiente con que cada legislación (del Estado parte) identifique los elementos constitutivos que la definen como hecho punible; puede inclusive que el hecho punible esté contemplado en una titulación distinta, protegiendo un bien jurídico de diversa naturaleza. V. gr., el delito de Peculado puede ser visto en otra ley penal como Malversación de fondos, así también la Apropiación de bien propio como Hurto impropio, y que delitos como el Fraude de Administración de Personas esté cobijado en el rubro de los delitos socioeconómicos y no en los delitos contra el patrimonio, como sucede con la Ley penal nacional. Así también el tipo penal de Trata de personas, que en algunas codificaciones punitivas están recogidos en el título de delitos contra la Libertad personal, en otros contra la Libertad sexual, siendo correcto su acogimiento político criminal en los delitos de Lesa humanidad. No opera, por tanto, una acusada «identidad normativa».

En el conocido caso de Greenpeace – Líneas de Nazca, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Extradición activa N° 17-2015-Ica, fundamento 3.1) afirma que: «El delito objeto de examen está tipificado en el artículo 184 del Código Penal de la República Argentina, concordante con el artículo 183 del mismo Cuerpo de Leyes y con los artículos 39, 46 y 47 de la Ley 25.743 –denominada Ley de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico-; por lo tanto, queda acreditada la existencia de la doble incriminación, ya que en la República del Perú, país requirente, la conducta del requerido esta subsumida en el artículo 226 del Código Penal».

bienes de interés histórico-artístico, vehículos robados, armas y explosivos, material nuclear, o el blanqueo de capitales; vid. *Principales instrumentos internacionales...*, o. cit., p. 9.

Entonces, el operador jurídico no puede valorar este principio desde una mirada literal, de pretender que los hechos sean calificados bajo una idéntica denominación normativa, bastando que el substrato fáctico sea recogido en una determinada tipificación legal.

Así también, debe destacarse que los elementos «normativos» del tipo, aquellos que para ser entendidos requieren de una valoración, de una interpretación del lenguaje, conforme lo que otras leyes pueden describir, como el concepto de «funcionario público», «documento público», «pornografía», «bien mueble», no necesita de una identidad valorativa, de que por ejemplo la ley peruana en toda su extensión defina el concepto de funcionario público de forma idéntica a la ley argentina o colombiana. Es suficiente para nosotros, que se verifique que el sujeto de imputación tenga dicha calidad en ambos países conforme lo que diga la normativa de cada uno de ellos.

Cuestión distinta a saber, es lo referente a imputaciones en delitos especiales (propios e impropios[1440]) en calidad de partícipes, sea como instigador o cómplice, que debe ser analizado a la luz de los preceptos legales de la Parte General y de la doctrina nacional que la interpreta. Aspecto de vital importancia, en coyunturas donde personas que no son funcionarios y/o servidores públicos pueden estar involucrados en delitos que afectan los principios más elementales del correcto funcionamiento de la Administración Pública, de coadyuvar por ejemplo al *intraneus* a la salida de fondos público de un estamento público, para sus posterior apropiación, debiendo responder como cómplices (primario y/o secundario). Situación que conlleva reconocer el principio de «accesoriedad en la participación», así como el «principio de unidad en el título de la imputación»[1441]

(1440) Así, los delitos de Parricidio y de Infanticidio; ver, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. I, 2ª ed., Idemsa, Lima, 2014, págs. 111-124 y 174-181.

(1441) Cfr., Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. V, 2ª ed., idemsa, Lima, 2014, págs. 376-379.

que ha de ser valorado conforme las estructuras del Derecho penal de los Estados parte, mas no desde una lectura literal de los tipos penales de la Parte Especial. La Sala Penal Permanente de la CS, en la Extradición activa N° 26-2015 (fundamento noveno), sobre la identidad delictiva de Perú y Bolivia en el delito de Peculado (complicidad secundaria). ii) En el Estado Plurinacional de Bolivia, la misma presunta conducta delictiva imputada al [...] se subsume en el artículo ciento cuarenta y dos del Código Penal, que establece: «*El funcionario público que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de sesenta a doscientos días*»; asimismo, admite la complicidad en el artículo veintitrés: «*Es cómplice el que dolosamente facilite o coopere a la ejecución del hecho antijurídico doloso, en tal forma que aún sin esa ayuda se habría cometido; y el que en virtud de promesas anteriores, preste asistencia o ayuda con posterioridad al hecho*». Asimismo, en la Ley de Marcelo Quiroga Santa Cruz Contra la Corrupción (Ley Anticorrupción del 31 de marzo de 2010), cuya finalidad es prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública y privada, establece en su numeral 1.4, acápite b) que: «*Serán considerados sujetos de investigación y sanción las personas públicas o privadas que hubieran participado directa o indirectamente de peculado y delito de corrupción [...]*». En dicho contexto, teniendo en consideración la descripción normativa de ambos países contratantes, en el presente caso se cumple con la exigencia del «principio de la doble incriminación» previsto en el lit. a inc. 3 del art. II del Tratado de Extradición entre las Repúblicas del Perú y de Bolivia. Inclusive en el Fundamento Vigésimo se dice que, pese a no ser requisito formal que se acredite con jurisprudencia del Estado requerido que sea punible en dicho lugar la conducta de los cómplices en el delito de Peculado (como se exigió o condicionó en la anterior solicitud de extradición número 11-2005), en autos se adjuntó la resolución emitida por el Tribunal Supremo de Justicia, Sala Penal Segunda

[...]. Y un aspecto de relevancia, la resolución del veinte enero del dos mil quince que dispuso la detención preventiva con fines de extradición del ciudadano (...), dando cuenta del cumplimiento del «principio de la doble incriminación».

Sobre lo dicho, en materia tributaria, delitos especiales merced a su compleja estructuración típica[1442], no puede buscarse una identidad normativa denominativa, primero, siendo consciente que la política tributaria de cada nación muestra sus propias particularidades, dependiendo del modelo económico en cuestión y, segundo, por las definiciones técnicas que subyacen al tema fiscal y financiero. Sobre esto, el inc. 3 del art. 2° del Manual sobre el Tratado Modelo de Extradición elaborado por la OEA, señala que: «*Cuando se solicite la extradición por un delito que entrañe la infracción de una disposición legal en materia tributaria, arancelaria, cambiaria o de cualquier disposición de carácter fiscal, no podrá denegarse la extradición so pretexto de que en la legislación del Estado requerido no se establece ese mismo tipo de impuesto*». Por ejemplo, en el Perú toma lugar el IGV, mientras que en la Unión Europea el IVA[1443].

Este análisis dependerá de los órganos jurisdiccionales que lo analizan, en cuanto el país requirente y el país requerido, por lo que los tribunales peruanos solo deben examinar este aspecto conforme la ley nacional y no la foránea, esto es atribución única del tribunal extranjero. Terragni, analizando la ley argentina, asevera que el examen que aquí se haga [...] no constituirá un juicio de valor sobre la adecuación de la conducta imputada con las figuras penales del Estado requirente, sino que se circunscriben a verificar si los tipos penales involucrados por aquél encuentran correspondencia en los previstos en el ordenamiento penal argentino, es decir, que las

(1442) Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal. Parte Especial,* T. VII, Idemsa, Lima, págs. 121-130.

(1443) Impuesto sobre el valor Añadido.

normas penales del país requirente y del requerido prevean y castiguen en sustancia la misma conducta[1444].

Es de verse también el elemento subjetivo del tipo, conocedores que las figuras delictiva son incriminadas generalmente a título de dolo, solo de forma excepcional –por motivos de política criminal– es que se penaliza el delito a título de culpa[1445], tal como se desprende de los artículos 11° y 12° de la Parte General del Código Penal peruano[1446]. Entonces, estando penalizado los delitos de Homicidio, Lesiones y Peculado culposo en la ley peruana, esta modalidad del injusto debe ser verificada también en la legislación penal del Estado requerido (extradición activa), pues si esta doble penalización no se verifica, el proceso extradicional no podrá ser amparado. No podrá sostenerse, pues, que al estar el Peculado previsto en la legislación del país requerido, únicamente en su forma dolosa, es que debe ampararse la Extradición, al definir una manifestación delictiva distinta en su naturaleza subjetiva, que precisamente incide en la conminación de penalidades significativamente distintas.

En términos prácticos, el Estado requirente deberá precisar en la solicitud formal de extradición un relato breve y circunstanciado de los hechos materia de imputación y su calificación jurídica, puesto que será el Estado requerido quien realizará el examen de la doble incriminación, es decir, si los hechos expuestos tienen su correlato jurídico-penal en su legislación penal[1447]. Dicho relato fáctico, para solventar una incriminación, debe dejar deducir que los hechos atribuidos al sujeto extraditable, son susceptibles de encajar en el tipo penal invocado.

(1444) TERRAGNI, Marco, *Tratado de Derecho penal...*, op. cit., págs. 90-91.

(1445) Así también con respecto a la preterintencionalidad; fórmula normativa que seguido el legislador nacional en diversos delitos adscritos en el «Derecho penal clásico».

(1446) Vide, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte General,* T. II, 5ª ed., Idemsa, Lima, 2015.

(1447) ÁLVAREZ CHAUCA, Manuel, *Extradición,* op. cit., págs. 63-64.

2.3. Sistemas jurídicos de evaluación del principio de la doble incriminación

Huapaya Olivares escribe que, existen dos sistemas de la evaluación de la doble incriminación: El primero, es el de la evaluación de la doble incriminación en abstracto: se evalúa si es que la conducta criminal es delito. Se toma el caso en abstracto y se hace coincidir con los tipos penales. La prueba se circunscribe a verificar que hay un proceso penal contra el extraditable. Un segundo sistema es el de la evaluación de la doble incriminación en el caso específico: se evalúa si los hechos incluyendo la participación del extraditable serían constitutivos de delito en el Estado requerido. La prueba en este caso se destinará a acreditar si existe causa probable o serios indicios de culpabilidad, se analiza la situación personal del extraditable, ligada a la previa demostración de la existencia del delito[1448].

Así, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, al indicar en su fundamento quinto, que:

> *[...] aún cuando este Supremo Tribunal entiende que la Convención de Viena, a diferencia del artículo 365, inciso uno, del Código de Bustamante de La Habana, no exige que se acompañen elementos de convicción que justifiquen la existencia de indicios racionales de culpabilidad de la persona que se trate o 'causa probable' –»sistema anglosajón o de revisión»– y, por tanto, que éste se afilia al sistema de «control de regularidad de las formas o control limitado», sin embargo el presente cuaderno de extradición contiene las piezas procesales necesarias para definir los hechos objeto de imputación y para apreciar la existencia de indicios de criminalidad suficientes, mencionados en la solicitud de extradición [...].*[1449]

(1448) Huapaya Olivares, Alberto, *Marco legal de la extradición,* op. cit., p. 8.

(1449) Extradición Pasiva N° 129-2012-Lima.

La Ley N° 24710 en su artículo 2° dispone que: «*La persona procesada, acusada o condenada como autor, cómplice o encubridor de algún delito que se encuentre en otro Estado, puede ser extraditada a fin de ser juzgada o de cumplir la penalidad que le haya sido impuesta como reo presente*». Esto es algo muy importante, considerando el dictado de la medida cautelar del arresto provisorio con fines de extradición, en tanto el artículo 523° inc. 4 del CPP de 2004, dispone que: «*El juez dictará el mandato de arresto provisorio, siempre que el hecho que se repute delictivo también lo sea en el Perú y tenga prevista una conminación penal, en cualquiera de sus extremos, igual o superior a una pena privativa de un año. Si se invoca la comisión de varios delitos, bastará que uno de ellos cumpla con esa condición para que proceda respecto de los restantes delitos*». Entonces, si el juzgador ampara la medida cautelar de detención, es porque ha verificado que el hecho imputado al sujeto extraditable, es delito tanto en el Perú como en el país requirente[1450]; una especie, de prejuzgamiento de una situación que dilucidará también el tema de fondo.

Cuestión similar hemos de predicar en lo referente a la ley «penal en blanco», cuando el contenido material del injusto debe ser integrado a la luz de una normatividad extrapenal, por ejemplo el Abuso de poder de dominio, conductas monopólicas u oligopólicas, proceso concursal, los delitos tributarios y aduaneros, que se encuentran impregnados de conceptos que deben ser entendidos conforme las leyes de tal naturaleza; [...] se considera satisfecha con la coincidencia de las normas punitivas, aunque las extrapenales que completen el tipo no concuerden [...][1451].

Es de verse también que, el estándar probatorio que se toma en cuenta en el proceso Extradicional, a valorar por los órganos judiciales de los Estados, no es equivalente a una acusación

(1450) Artículo 523° inc. 4 - Extradición Pasiva.

(1451) TAMINI, Adolfo, *La nueva Ley de Extradición...*, op. cit., p. 615.

fiscal, menos a una sentencia de condena, en cuanto a un grado de certeza y convicción cognitiva, referida a la materialidad del delito y la responsabilidad penal del agente. De hecho, el estándar probatorio es menor, de estar ante una base indiciaria indicativa de criminalidad (principio de «intervención indiciaria»), de existir evidencias u indicios que proporcionen una información probabilística de comisión delictiva y de participación criminal; sobre esto, la Sala Penal Permanente, en la Extradición pasiva N° 83-2014, fundamento tercero, deja entrever lo siguiente: *[...] es de precisar que en los procesos de extradición no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado ni se efectúa pronunciamiento condenatorio alguno, puesto que, en su figura, no se ventila la existencia o inexistencia de responsabilidad penal, sino simplemente, el cumplimiento de los requisitos y de las garantías previstas en las normas de extradición [...]*[1452]; mientras que de forma pedagógica, la Sala Penal Transitoria en la Extradición N° 29-2015, fundamento 5 (Lima), sostiene que:

> *Cabe precisar, que conforme la naturaleza y fines de la Extradición, para determinar su procedencia, no se requiere satisfacer el requerimiento de prueba suficiente, pues en la mayoría de los casos, lo que se peticiona es la extradición de un ciudadano para que sea juzgado en los tribunales de justicia del peticionante (con todas las garantías que la Constitución y la Ley informan). Esto es así, porque la prueba solo emerge en el juicio oral (de la actuación de medios de prueba que se sometan al contradictorio) y no antes, por lo que solo se requiere la satisfacción de una imputación suficiente (sobre la base de indicios reveladores, o elementos de convicción) que sustente una causa probable en contra del requerido (lo que a su vez satisface las exigencias del derecho de defensa).*

(1452) En referencia el acápite 2 del artículo 518° del CPP.

3. OTROS PRESUPUESTOS A TOMAR EN CUENTA EN EL PROCESO DE EXTRADICIÓN

Siendo en puridad exhaustivos, se diría que no constituye delito aquella acción u omisión, que ha tomado lugar bajo el amparo de una causa de justificación, sin embargo, al exigir ello un tema de orden probatorio, estimamos que esto no puede fundamentarse para impedir la extradición.

Si entendemos que el delito es una acción u omisión típica y penalmente antijurídica, el asunto del reproche de atribución personal (culpabilidad), no tiene por qué incidir en la valoración del proceso extradicional; máxime, si los agentes portadores de defectos psico-cognitivos, son también objeto de sanción, no una pena, mas si una medida de seguridad.

Cuestión importante a saber, es que el delito y/o delitos, que se imputa al sujeto extraditable no deben de haber prescrito; el paso del tiempo provoca efectos jurídicos inevitable en la vigencia de la persecución penal, por lo que su limitación temporal viene definida por los plazos de prescripción de la acción penal, que al respecto regula el Código Penal en sus artículos 80° y 83° (plazos ordinario y extraordinario). La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Extradición activa N° 17-2015-Ica, fundamento 3.3) asevera: «*En cuanto a la prescripción de la acción penal, tenemos que el hecho investigado data de los días siete y ocho de diciembre de dos mil catorce, y teniendo en cuenta que el ilícito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de seis años, en aplicación de lo dispuesto en este último párrafo del artículo ochenta del Código Penal, y estando a la fecha de los hechos, la acción penal no ha prescrito en la legislación peruana*». Aspecto a considerar –también– en el ámbito ejecutivo de la pena, no olvidemos que la extradición se extiende a condenados, a personas que se han sustraído de la ejecución punitiva, cuyo plazo se regula por los mismos artículos mencionados en concordancia con el artículo 86° *in fine*. Tanto la Ley de Extradiciones como el CPP de 2004 establecen

que la extradición no tendrá lugar: «*Si hubiera transcurrido el término de la prescripción del delito o de la pena, conforme a la Ley nacional o del Estado requirente, siempre que no sobrepase el término de la legislación peruana*»; a nuestra consideración, será la legislación penal del Estado requirente la que deberá primar en esta valoración[1453], en el sentido de que es en su territorio donde se cometió el hecho punible, por lo que el paso inevitable del tiempo en el país requerido, no puede ser obstáculo para la entrega del agente; cuando, por ejemplo, en el país requerido no existe la duplicidad del plazo de prescripción en delitos cometidos por funcionarios y/o servidores públicos que afectan el patrimonio estatal, tal como se revela del último párrafo del artículo 80° del CP peruano, así como la pena de cadena perpetua que, conforme los artículos 80° y 83° del CP, prescriben a los 45 años, tal como la Corte Suprema lo ha dejado sentado en el Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116; en sentido contrario, favorable al sujeto extraditable, la Ley nacional, cuando en se trate de menores de 21 años y mayores de 65 años, el plazo de prescripción se reduce a la mitad, a pesar de que la Ley penal del Estado foráneo no prescribe dicha posibilidad.

4. REFLEXIONES FINALES

Sin duda, la delincuencia transnacional y otras ilicitudes afines constituyen una grave amenaza a la humanidad; descripción criminológica que pone en riesgo el desarrollo socioeconómico de las naciones. En este alud, los delitos financieros y económicos (Lavado de activos) provocan estimables estragos a las economías nacionales, los delitos de corrupción (política) debilitan la institucionalidad

(1453) La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Extradición pasiva N° 49-2014 (fundamento cuarto), en cuanto el entendimiento del Tratado suscrito entre el Estado peruano con los Estados Unidos de América; «*[...] siendo así, es de aplicación lo establecido en el artículo IV del referido Tratado la cual establece que sólo la extradición no procederá cuando los delitos hayan prescrito en el estado requirente; lo cual no ha ocurrido en el presente caso [...]*».

democrática de los países, mientras que los delitos convencionales más graves (TID, Terrorismo, Trata de personas, etc.) desestabilizan tanto el orden público nacional como el internacional.

Hoy en día resulta impensable enfrentar esta sofisticada y compleja delincuencia con instrumentos jurídicos de antaño, como el principio de «territorialidad»; de que cada país se encargue de ver como persigue y juzga a quienes delinquen en su territorio. Las políticas criminales modernas reclaman la activación de instituciones jurídicas propias del Derecho penal internacional y del Derecho internacional humanitario, lo que implica relativizar significativamente el principio de soberanía nacional, para hacer uso de los mecanismos de cooperación judicial internacional, basados en la solidaridad y en el entendimiento mutuo, en aspiraciones compartidas, que es de combatir y prevenir el delito en todas sus manifestaciones. Entre estas instituciones, la «Extradición» adquiere una vital importancia, en orden a viabilizar la investigación, persecución, juzgamiento y eventual condena, de quienes presuntamente han cometido un hecho punible en el territorio de una determinada Nación, buscando refugio en territorios foráneos.

Entendiendo al proceso de Extradición como una institución jurídica formalista, es lógico que su activación en los Estados, deba someterse al principio de legalidad, en cuanto a la satisfacción de una serie de requisitos y/o presupuestos, entre estos el principio de Doble incriminación, al cual se sostiene sobre el basamento de comunidad punitiva, de que los delitos, al ofender bienes jurídicos que son tutelados en toda sociedad civilizada, ameritan la colaboración y el apoyo entre los Estados, de entregar a todos aquellos individuos que los hayan lesionado y/o puesto en peligro. Doble incriminación que no supone una identidad normativa, sino una identidad de composición típica, no interesa pues su denominación jurídica, así como la titulación en la que se encuentra cobijada la conducta; de ahí que situaciones como las leyes penales en blanco y los aspectos normativos del

tipo, solo deban ser evaluados a la luz de su recogimiento formal, sin ingresar a un examen acucioso de su comprensión según las normas del Estado requerido.

Desde esta línea de argumentación, estimamos una suerte de flexibilización de los principios anotados, sabedores de la amenaza que significa la delincuencia transnacional, el crimen organizado, la corrupción política y los delitos financieros, de facilitar la entrega de las personas involucrados en graves crímenes, por conducto del principio de favorabilidad a la Extradición, sin que ello quepa una violación a derechos fundamentales[1454] que asiste a toda persona, sea cual fuera el delito que ha cometido y sea cual fuera la naturaleza de la sanción a imponer (punitiva y/o económica).

El principio de doble incriminación, no solo ha de apreciarse en el proceso de Extradición, sino en otras instituciones adscritas a los mecanismos de cooperación judicial internacional[1455], como la recuperación de activos, el cual nos comprometemos a su análisis en un estudio ulterior.

(1454) Así, Guillermo JORGE, al señalar que uno de los principios fundamentales de la cooperación judicial internacional en materia penal es el respeto al derecho internacional de los derechos humanos; idea que es matizada líneas adelante. *Cooperación internacional con fines de decomiso del producto del delito*, en *Recuperación de activos de la corrupción*, op. cit., p. 169.

(1455) Como bien subraya Guillermo JORGE, en el marco de la asistencia judicial recíproca, el requisito de la doble incriminación se relaciona con la posibilidad de que un Estado adopte medidas a requerimiento de otro Estado (investigación, embargo, decomiso y repatriación). *Cooperación internacional...*, op. cit., p. 171.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código penal peruano*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2001.
- AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, Palestra, Lima, 2010.
- AMBOS, Kai. *Derecho penal del enemigo*, en *Derecho penal del enemigo: el discurso de la exclusión*, CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, (coord.), V. I, España, 2006.
- ARROYO ZAPATERO, Luis. *Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 8, España, 1983.
- ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho penal. Parte General*, Themis, Bogotá, 1989.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Teoría y práctica del Derecho penal*, T. I, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2000.
- BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2004.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; et al. *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 2ª ed., Editorial Praxis, Barcelona, 1996.

- BESIO HERNÁNDEZ, Martín. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de Derecho penal español*, T. I, V. II, Bosch Editor, Valencia, 2005.
- BRANDARIZ GARCÍA, José. *Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas*, en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, FARALDO CABANA, Patricia, (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1989.
- CARBONELL MATEU, Juan. *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte General*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1997.
- CHOCLÁN MONTALVO, José. *El principio de culpabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, en *Dogmática y ley penal - Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. I, Marcial Pons, Barcelona – Madrid, 2004.
- CHOCLÁN MONTALVO, José. *Individualización judicial de la pena, Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Colex, Madrid, 1997.
- CURY URZUA, Enrique. *Derecho penal. Parte General, Editorial Jurídica de Chile*, Santiago, 1982.
- DE ESCAMILLA, Alonso; LAMARCA PÉREZ, Carmen. *Reflexiones sobre las medidas penales para la protección contra la violencia del género*, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, T. II, Edisofer, Madrid, 2008.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos actuales de política criminal, Colección Temas Penales*, Centro de Publicaciones Secretaría General Técnica Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.
- DIEZ RIPOLLÉS, José. *La racionalidad de las leyes penales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

- Donini, Massimo. *Principios constitucionales y sistema penal, Modelo y programa, en: Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho, Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, T. I, La ley, Madrid, 2010.
- Donna, Edgardo. *Derecho penal. Parte General, T. I,* Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2006.
- Faraldo Cabana, Patricia. *Razones para la introducción de la perspectiva del género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género,* En *Revista Penal*, N° 17, La ley, España, enero del 2006.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.
- Ferré Olive, Juan; et al. *Derecho penal colombiano. Parte General, Principios fundamentales y sistema,* Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2010.
- Ferro Torres, José. *Bien jurídico protegido en los delitos contra la vida y la integridad personal,* en *Dogmática y criminología: dos visiones complementarias del fenómeno delictivo - homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, Bogotá, 2005.
- Frister, Helmut. *Derecho penal. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.
- Garrido Montt, Mario. *Derecho penal. Parte General,* T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- Garrido Montt, Mario. *Etapas de ejecución del delito autoría y participación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984.
- Garzón Valdés, Ernesto. ¿Cuál es la relevancia moral del principio de la dignidad humana?, en *Derechos fundamentales y Derecho penal*, Advocatus, Córdova, 2006.
- Goldschmidt, James; López Barja De Quiroga, Jacobo. *Derecho, Derecho penal y proceso,* T. I, Cano Paños, Miguel; et al. (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2010.

- GÓMEZ MARTÍN, Víctor. ¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?, en *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Idemsa, Lima, 2007.
- GÓMEZ TORRES, Ivan. *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 & Procesal Penal*, T. 30, Lima, diciembre del 2011.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en *El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial, Propuestas globales contemporáneas*, Aranzandi, Navarra, 2006.
- GRACIA MARTÍN, Luis. ¿Qué es modernización del Derecho penal?, en *Derecho penal contemporáneo: Revista Internacional*, N° 12, Legis Editores, Chile, 2005.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *El Derecho penal ante la globalización económica*, en *El Derecho empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial de riesgo*, SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.), Colex, Madrid, 2010.
- GUERRA CERRÓN, María. *Hacia una justicia de paz, Un asunto de interés nacional*, Grijley, Lima, 2005.
- HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, SALIGMANN, Jürgen; LANDA, César, (trad.), MONEREO PÉREZ, José, (ed.), Granada, 2003.
- HAFFKE, Bernhard. *Reincidencia y medición de la pena*, en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, BERNARD SCHUNEMAN, (comp.), SILVA SÁNCHEZ, Jesús, (trad.), Tecnos, Madrid, 1991.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- HASSEMER, Winfried. *Los destinos de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz*, en *Persona, mundo y responsabilidad*, MUÑOZ CONDE, Francisco; DÍAZ PITA, María del Mar (trad.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- HERRERA MORENO, Miryan. *Publicidad y control penal, Nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal*, Grijley, Lima, 2002.
- HURTADO HUAILLA, Ana. *La duplicidad de los plazos de prescripción que regula el artículo 80 in fine del Código Penal y el extraneus*, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 29, Lima, noviembre del 2011.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. *Tendencias actuales de la jurisprudencia penal española*, Gráfica Horizonte, Lima, 2001.
- JIMÉNEZ BARDALES, Luis. *La responsabilidad penal de los empresarios*, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 33, Gaceta, Lima, 2012.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios del Derecho penal, La ley y el delito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.
- KARSTEN, Gaede. *Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo de fraude de subvenciones*, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de RAFAEL ALCACER, María; ORTIZ DE URBINA, Iñigo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.
- LARRAURI, Elena. *Género y Derecho penal. Conferencia dictada en el marco del Seminario «Violencia contra las Mujeres, Derecho penal y Políticas Públicas»*, realizado los días 26 y 27 de septiembre del 2002, organizado por el Colegio de Abogados de Costa Rica.
- LÜDERSSEN, Klaus. *La función preventivo-general del sistema del delito*, en *Principales problemas de la prevención general*, B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2004.
- LUZÓN PEÑA, Diego. *Curso de Derecho penal. Parte General*, editorial Universitas, Madrid, 1996.
- MAIHOFER, Werner. *Estado de Derecho y dignidad humana*, estudio Preliminar de GUZMÁN DALBORA, José (trad.), Editorial B de F, Buenos Aires, 2008.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cívitas, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Cívitas, Madrid, 2001.
- MESTRE DELGADO, Esteban. *Manual de Derecho penal. Parte Especial, Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, en *Derecho penal, Parte Especial*, 2ª ed. LAMARCA PÉREZ, Carmen, (coord.), Colex, Madrid, 2004.
- MIR PUIG, Santiago. *Por una dogmática creadora*, en la Sentencia *penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.
- MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Derecho comercial*, T. I, Grijley, Lima, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmundo Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- NAVARRO DOLMETSCH, Roberto. *«Reconfiguración» Del Sistema De Fuentes Del Derecho penal y «amenaza» de crisis del principio de legalidad*, en *La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización*, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, FARALDO CABANA, Patricia, (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- NÚÑEZ PÉREZ, Fernando. *El acto preparatorio de Marcaje o reglaje elevado a la categoría de delito consumado por medio de la Ley N° 29859*, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 35, Lima, mayo, 2012.
- PARIONA ARANA, Raúl. *La prescripción en los delitos contra la Administración Pública*, en *Gaceta penal & procesal penal*, T. 10, abril 2010, Lima.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual*, Idemsa, Lima, 2007.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho penal. Parte General*, T. I, IDEMSA, Lima, 2011.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho penal. Parte General: teoría del delito y de la pena y las consecuencias jurídicas*, 2ª ed., Rodhas, Lima, 2009.

- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *El control de identidad policial, El retorno a un Estado de Policía y a un Derecho penal de autor*, en *Actualidad Jurídica*, T. 131, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho penal. Parte Especial*, T. II, Idemsa, Lima, 2008.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Rodhas, Lima, 2007.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Los procesos penales especiales y el Derecho penal frente al terrorismo*, Idemsa, Lima, 2012.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Los personajes delincuentes en la obra de Dostoyevski, Editorial Universitaria San Martín de Porres*, Lima, 1983.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, Editorial Grijley, 3ª ed., Lima, 1997.
- PÉREZ ALONSO, Esteban. *Expansión, riesgo y principio de precaución en el Derecho penal*, en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas y otros estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2010.
- PINEDO SANDOVAL, Carlos. *Fundamento legal, dogmático y político-criminal para la exigencia de una cuantía del bien en los delitos de Hurto y Daños*, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 34, Lima, abril, 2012.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2005.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho penal. Parte General*, Aranzandi, Pamplona, 1999.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte General*, Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ BARILLAS, Alejandro. *Terrorismo de Estado y Estado de Derecho*, en *Conflicto social y sistema penal*, DIEGO DÍAZ-SANTOS, María; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; FABIÁN CAPARROS, Eduardo (coord.), Editorial Colex, Madrid, 1996.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra el patrimonio*, Vol. I, Grijley, Lima, 2000

- ROXIN, CLAUS. *Derecho penal. Parte General, Fundamentos: La estructura de la teoría del delito,* LUZÓN PEÑA, Diego; et al., (trad.), Cívitas ediciones, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus. *Sentido y límite de la pena estatal,* en *Problemas básicos del Derecho penal,* LUZÓN PEÑA, Diego, (trad.), Reus, Madrid, 1976.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. *El fin del Derecho penal del Estado y formas de imputación jurídico penal,* en *El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor a Claus Roxin en 50° aniversario,* Tecnos, Madrid, 1991.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte Especial,* 2ª ed., Palestra, Lima, 2003.
- SAUER, Guillermo. *Derecho penal. Parte General,* DEL ROSAL, Juan; CEREZO, José (trad.), Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1956.
- SENTIS MELENDO, Santiago. *El juez y el Derecho,* Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1957.
- SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción a la criminología,* Editorial Dykinson, Madrid, 2004.
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José. *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal,* Gráfica Horizonte S.A., Lima, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* Bosch, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *El delito de omisión,* B de F, Montevideo, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español,* en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal,* SCHÜNEMANN, Bernd; DE FIGUEIREDO DÍAZ, Jorge, (coord.), Bosch editor, Barcelona, 1995.
- SILVESTRONI, Mariano. *Teoría constitucional del delito,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- STRATENWERTH, Günter. ¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?, en *Cuadernos de conferencias y artículos, Universidad Externado de Colombia - Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho,* Bogotá, 1996.

- STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General,* Edersa, Madrid, 1982.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan. *El Derecho penal de la globalización: luces y sombras*, en *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico. Parte General,* Grijley, lima, 2000.
- TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad,* 2ª ed., ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, (trad.), Grijley, Lima, 2007.
- TOCORA, Fernando. *Principios penales sustantivos, Temis*, Bogotá, 2002.
- URIBE GARCÍA, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública*, Ediciones UNAULA, Colombia, 2012.
- VIVES ANTÓN, Tomas. *Fundamentos del sistema penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- YACOBUCCI, Guillermo. *Modelos de atribución de responsabilidad penal en la empresa*, en *Derecho penal empresario*, YACOBUCCI, Guillermo, (Dir.), Editorial B de F, Buenos Aires, 2010.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Hacia un reconocimiento de las rondas campesinas y el pluralismo legal*, en *Revista Alpanchis, Justicia Comunitaria en los Andes*, N° 59-60, ed. especial, V. I, Instituto de Pastoral Andina, Sicuani-Cusco, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio. *Estructura básica del Derecho penal,* Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio. *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, B de F, 7ª ed., 2005.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José. *Fundamentos de Derecho penal,* 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido*, en *Revista de Derecho*, N° 2, Universidad Católica del Norte, Chile, 2004.

Impreso en:
ADEE S.A.C.
Jr. Libertad Nº 382 Lima - Lima - Rímac.