TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS
PROFESOR DE DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL
EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

WALTHER JAVIER DELGADO TOVAR
PROFESOR DE DERECHO PENAL EN LA UNIVERSIDAD
NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

RICARDO CÉSAR ROJAS LEÓN
PROFESOR INVESTIGADOR PRINCIPAL
EN EL INSTITUTO DERECHO Y JUSTICIA

# DERECHO PENAL

## PARTE ESPECIAL

TOMO II

D'JUS
INSTITUTO DERECHO Y JUSTICIA

JURISTA
editores

**Investigación del Instituto Derecho y Justicia**




**Director académico:** Tomás Aladino Gálvez Villegas
**Integrantes:** Walther Javier Delgado Tovar
Ricardo César Rojas León
Rocío Gala Gálvez
Mayda Mori Anto
Susana Ivonne Guerrero López
Renato Gálvez Barbieri
Luis Nelson Ancco Barrial
Camilo Arbieto
José Eduardo Prado Soriano

© **Tomás Aladino Gálvez Villegas**
© **Walther Javier Delgado Tovar**
© **Ricardo César Rojas León**

DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL
Tomo II

© JURISTA EDITORES E.I.R.L.
Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú
Teléfonos: 427-6688 / 428-1072
Telefax: 426-6303

Edición: Marzo 2017.

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2017-02282

ISBN: 978-612-4184-96-3

*Composición, Diagramación*
*y Diseño de carátula:* Víctor Arrascue C.

A la memoria de mis Padres:
*Rosa Villegas Becerra y*
*Marcial Gálvez González.*

A mi esposa:
*Susana Ivonne Gerrero López.*

A mi hijo:
*Renato Tomás Gálvez Barbieri.*

**TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS**

A mis padres:

*Segundo Delgado Nizama*
*y Victoria Tovar Saavedra,*
*por todo su amor y apoyo*
*incondicional.*

**WALTHER JAVIER DELGADO TOVAR**

A mis Padres:
*Cesar y Elizabeth,*
*Por haberme dado la vida y*
*haberme permitido ser lo que soy.*

**RICARDO CÉSAR ROJAS LEÓN**

# Índice General

INTRODUCCIÓN ... 31

## Título Segundo
## DELITOS CONTRA EL HONOR

1. NOCIONES GENERALES ... 37
   1.1. HONOR, HONRA Y BUENA REPUTACIÓN ... 43
   1.2. DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: EL HONOR ... 46
      1.2.1. CONCEPCIONES DEL HONOR ... 48
         1.2.1.1. Tesis fácticas ... 48
         1.2.1.2. Tesis normativas ... 54
         1.2.1.3. Tesis fáctico-normativas ... 58
         1.2.1.4. Tesis normativa funcional ... 64
         1.2.1.5. Toma de posición ... 65
      1.2.2. CONTENIDO DEL DERECHO AL HONOR ... 69
      1.2.3. LA VERACIDAD DE LA OFENSA Y SU RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN PENAL DEL HONOR ... 73
   1.3. LA DISPONIBILIDAD DEL HONOR ... 76
   1.4. TITULARES DEL DERECHO AL HONOR. SUJETO PASIVO ... 77
      1.4.1. CASO DE LOS MENORES DE EDAD ... 77

1.4.2. LOS INCAPACES ... 79
1.4.3. LOS DIFUNTOS ... 79
1.4.4. LAS PERSONAS JURÍDICAS ... 82
1.5. INDEMNIDAD POR LAS OFENSAS PROFERIDAS ... 91
1.6. NATURALEZA DE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR. ¿DELITOS DE LESIÓN O DELITOS DE PELIGRO? ... 92
1.7. EL DERECHO AL HONOR Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD ... 95
1.8. EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN ... 97
1.8.1. EL CONTENIDO Y LÍMITES DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN. SU VALOR PREFERENTE ... 99
1.8.2. CRITERIOS DE SOLUCIÓN AL CONFLICTO ... 104
1.8.3. SOBRE LA CONDICIONES DEL EJERCICIO LEGÍTIMO DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN ... 110
1.8.3.1. Interés público ... 111
a) Especial protección de las expresiones e informaciones relativas a funcionarios públicos, a políticos y a particulares que ejercen funciones públicas o que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público ... 116
1.8.3.2. Respeto al contenido esencial de la dignidad de la persona ... 120
1.8.3.3. Veracidad ... 125
a) El reportaje neutral ... 136
1.8.3.4. Necesidad ... 141

## CAPÍTULO I
## INJURIA, CALUMNIA Y DIFAMACIÓN

**1. INJURIA** ... 147
1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 148
1.2. TIPO OBJETIVO ... 148
1.2.1. SUJETOS ... 148

1.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 148
1.3. TIPO SUBJETIVO ... 154
1.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 156

**2. CALUMNIA** ... 159
2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 159
2.2. TIPO OBJETIVO ... 159
2.2.1. SUJETOS ... 159
2.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 160
2.3. TIPO SUBJETIVO ... 163
2.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 163
2.5. EXCEPTIO VERITATIS ... 163
2.6. DELIMITACIÓN RESPECTO DEL DELITO DE DENUNCIA CALUMNIOSA ... 164

**3. DIFAMACIÓN** ... 167
3.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 167
3.2. TIPO OBJETIVO ... 167
3.2.1. SUJETOS ... 167
3.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 169
a) Atribuir a una persona un hecho, cualidad o conducta que pueda perjudicar su honor o reputación ... 169
b) Que la atribución ofensiva al honor de la persona se realice ante varias personas, reunidas o separadas, *pero de manera que pueda difundirse la noticia:* ... 170
3.3. TIPO SUBJETIVO ... 170
3.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 170
3.5. AGRAVANTES ... 170
a) Cuando la difamación se refiere a la atribución de la supuesta comisión de un delito ... 170
b) Cuando la difamación se cometa por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social ... 171

**4. EXCEPCIONES A LOS DELITOS DE INJURIA Y DIFAMACIÓN** 173

4.1. SOBRE LA NATURALEZA DE ESTAS EXCEPCIONES. ¿CAUSALES DE ATIPICIDAD O DE JUSTIFICACIÓN?.. ... ... ... ... ... .. 173

a) Injuria y difamación proferidas en juicio con ánimo de defensa. (Ejercicio legítimo del derecho de defensa como causa de justificación).. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 178

b) Críticas literarias, artísticas o científicas ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 188

c) Las apreciaciones o informaciones desfavorables realizadas por funcionarios públicos en cumplimiento de sus funciones. (Ejercicio de un deber como causa de justificación) ... ... ... ... .. 191

**5. EXCEPTIO VERITATIS**. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 193

5.1. NOCIONES GENERALES ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 193

5.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA "EXCEPTIO VERITATIS".. ... 194

5.3. CASOS DE APLICACIÓN DE LA "EXCEPTIO VERITATIS" ... .. 195

a) Cuando la persona ofendida es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieran atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones.. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 195

b) Cuando por los hechos imputados está aún abierto un proceso penal contra la persona ofendida ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 196

c) Cuando es evidente que el autor del delito ha actuado en interés de causa pública o en defensa propia ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 197

d) Cuando el querellante pide formalmente la continuación del proceso hasta esclarecer la verdad o falsedad de los hechos, de la cualidad o conducta que se le atribuye .. ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 198

**6. INADMISIBILIDAD DE LA EXCEPTIO VERITATIS**.. ... ... ... ... .. 201

6.1. CASOS EN QUE NO ES ADMISIBLE LA EXCEPTIO VERITATIS 201

a) Cuando la imputación esté referida a un hecho punible que hubiese sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero. .. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 201

b) Cuando la imputación esté referida a la a la intimidad personal y familiar, o a un delito de violación de la libertad sexual o proxenetismo comprendidos en los capítulos IX y X, del Título IV, Libro Segundo del Código Penal .. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 202

**7. DIFAMACIÓN O INJURIA ENCUBIERTA O EQUÍVOCA** ..... 203
7.1. ANTECEDENTES Y LEGISLACIÓN COMPARADA ..... 203
7.2. NATURALEZA Y FUNDAMENTO ..... 204
7.3. ANÁLISIS. ..... 205
7.3.1. INJURIA O DIFAMACIÓN EQUÍVOCA ..... 205
7.3.2. INJURIA O DIFAMACIÓN ENCUBIERTA ..... 206
7.3.3. REHUSAMIENTO A BRINDAR EXPLICACIONES SATISFACTORIAS ..... 207

**8. INJURIAS RECÍPROCAS** ..... 209
8.1. ANTECEDENTES Y LEGISLACIÓN COMPARADA ..... 209
8.2. NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO ..... 210
8.3. TOMA DE POSICIÓN ..... 213
8.4. ANÁLISIS DE ESTA EXIMENTE ..... 215
8.5. INJURIAS PROVOCADAS ..... 218

**9. ACCIÓN PENAL PRIVADA** ..... 221

## TÍTULO TERCERO
## DELITOS CONTRA LA FAMILIA

### CAPÍTULO I
### MATRIMONIOS ILEGALES

**1. DELITO DE BIGAMIA** ..... 237
1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ..... 238
1.2. TIPO OBJETIVO ..... 239
1.2.1. SUJETOS ..... 239
1.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO ..... 239
a) La existencia de un matrimonio previo o anterior ..... 240
b) El agente debe contraer nuevo matrimonio ..... 241
1.2.3. AGRAVANTE ..... 241
1.3. TIPO SUBJETIVO ..... 242

1.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 242

**2. CONOCIMIENTO DEL IMPEDIMENTO POR EL CÓNYUGE LIBRE** ... 243

2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 243

2.2. TIPO OBJETIVO ... 243

2.2.1. SUJETOS ... 243

2.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 244

2.3. TIPO SUBJETIVO ... 244

2.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 244

**3. PARTICIPACIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO** ... 245

3.1. NOCIONES GENERALES ... 245

3.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 246

3.3. TIPO OBJETIVO ... 246

3.3.1. SUJETOS ... 246

3.3.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 246

3.4. TIPO SUBJETIVO ... 247

3.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 247

**4. INOBSERVANCIA DE LAS FORMALIDADES LEGALES EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO** ... 249

4.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 249

4.2. TIPO OBJETIVO ... 249

4.2.1. SUJETOS ... 249

4.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 250

4.3. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 251

**Capítulo II**
**DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL**

**1. ALTERACIÓN O SUPRESIÓN DEL ESTADO CIVIL** ... 259

1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 259

1.2. TIPO OBJETIVO ... 259

1.2.1. SUJETOS ... 259
1.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 260
1.3. TIPO SUBJETIVO ... 263
1.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 263
1.5. PROBLEMAS CONCURSALES ... 264

**2. FINGIMIENTO DE PREÑEZ O PARTO** ... 265
2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 267
2.2. TIPO OBJETIVO ... 269
2.2.1. SUJETOS ... 269
2.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 270
2.3. TIPO SUBJETIVO ... 274
2.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 275
2.5. COOPERACIÓN DE MÉDICO U OBSTETRA ... 275
2.6. CONCURSOS ... 277

**3. ALTERACIÓN O SUPRESIÓN DEL ESTADO CIVIL DE UN MENOR** ... 279
3.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 279
3.2. TIPO OBJETIVO ... 279
3.2.1. SUJETOS ... 279
3.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 279
i) Exposición de un menor ... 280
ii) Ocultación de menor ... 280
iii) Sustitución de un menor por otro ... 282
iv) Atribuir falsa filiación ... 283
v) Utilizar cualquier otro medio para alterar o suprimir la filiación de un menor ... 283
3.3. TIPO SUBJETIVO ... 283
3.4. CONSUMACIÓN ... 283

**4. MOVIL DE HONOR** ... 285
4.1. COMENTARIO ... 285

## Capítulo III
## ATENTADOS CONTRA LA PATRIA POTESTAD


1. **SUSTRACCIÓN DE MENOR** ... 291
   1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 293
   1.2. TIPO OBJETIVO ... 294
      2.1.2. SUJETOS ... 294
      1.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 296
         a) Sustraer a un menor de edad ... 296
         b) Rehusar la entrega del menor ... 298
   1.3. TIPO SUBJETIVO ... 299
   1.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 299

2. **INDUCCIÓN A LA FUGA** ... 301
   2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 301
   2.2. TIPICIDAD OBJETIVA ... 301
      2.2.1. SUJETOS ... 301
      2.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 302
   2.3. TIPICIDAD SUBJETIVA ... 304
   2.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 305

3. **INSTIGACIÓN O PARTICIPACIÓN EN PANDILLAJE PERNICIOSO** ... 307
   3.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 309
   3.2. TIPO OBJETIVO ... 310
      3.2.1. SUJETOS ... 310
      3.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 310
         a) Participación en una pandilla perniciosa ... 310
         b) Instigación o inducción al pandillaje pernicioso ... 310
         c) Elementos constitutivos del pandillaje pernicioso ... 311
   3.3. TIPO SUBJETIVO ... 312
   3.4. AGRAVANTES ... 312

3.4.1. CUANDO EL SUJETO ACTIVO ACTÚA COMO CABECILLA, LÍDER, DIRIGENTE O JEFE ... 312
3.4.2. CUANDO EL SUJETO ACTIVO ES DOCENTE EN UN CENTRO DE EDUCACIÓN PRIVADO O PÚBLICO ... 312
3.4.3. CUANDO EL SUJETO ACTIVO ES FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO ... 313
3.4.4. CUANDO SE INDUCE AL MENOR A ACTUAR BAJO LOS EFECTOS DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS Y DE DROGAS 314
3.4.5. CUANDO SE SUMINISTRE A LOS MENORES, ARMAS DE FUEGO, ARMAS BLANCAS, MATERIAL INFLAMABLE, EXPLOSIVOS U OBJETOS CONTUNDENTES ... 314

## CAPÍTULO IV
## OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

**1. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA** ... 319
1.1. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA Y SU PROTECCIÓN PENAL ... 319
1.1.2. CONCEPTO Y ALCANCE DE LOS ALIMENTOS ... 328
1.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 329
1.3. TIPO OBJETIVO ... 333
1.3.1. SUJETOS ... 333
1.3.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 334
1.4. TIPO SUBJETIVO ... 342
1.5. PARTICIPACIÓN ... 343
1.6. AGRAVANTES ... 344
i) Insolvencia alimentaria fraudulenta ... 344
ii) Si resulta lesión grave o muerte y estas pudieron ser previstas ... 346
1.7. CONSUMACIÓN y TENTATIVA ... 348
1.8. NATURALEZA DEL DELITO ... 348

**2. ABANDONO DE MUJER EMBARAZADA** ... 353
2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 353
2.2. TIPO OBJETIVO ... 354

2.2.1. SUJETOS ... 354
2.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 354
2.3. TIPO SUBJETIVO ... 357
2.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 357
2.5. NATURALEZA DEL DELITO ... 358

## Título IV
## DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

I. NOCIONES GENERALES ... 361

## Capítulo I
## VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

1. DELITO DE COACCIÓN ... 373
1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 373
1.2. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO ... 374
1.3. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 375
1.4. TIPO SUBJETIVO ... 381
1.5. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN ... 381
1.6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 387
1.7. JURISPRUDENCIA RELEVANTE ... 387

2. DELITO DE SECUESTRO ... 389
2.1. NOCIONES GENERALES ... 390
2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 392
2.3. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO ... 393
2.4. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 393
2.5. ACTUAR SIN DERECHO, MOTIVO O FACULTAD JUSTIFICADA 396
2.6. TIPO SUBJETIVO ... 399
2.7. CASO DE LAS RONDAS CAMPESINAS Y DELITO DE SECUESTRO ... 399

2.7.1. RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL ... .. 399
2.7.2. ¿SE RECONOCE FACULTADES JURISDICCIONALES A LAS RONDAS CAMPESINAS? ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 405
2.7.3. LÍMITES A LA FACULTAD JURISDICCIONAL. ... ... ... .. 410
2.7.4. ¿CÓMO VALORAR JURÍDICAMENTE LOS SUPUESTOS DE TRANSGRESIÓN A LOS LÍMITES IMPUESTOS A LA FACULTAD JURISDICCIONAL? . ... ... ... ... ... ... ... .. 415
2.8. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 420
2.9. AGRAVANTES EN EL DELITO DE SECUESTRO... ... ... ... ... ... ... .. 420
2.9.1. AGRAVANTES DE PRIMER GRADO O NIVEL.. ... ... ... ... .. 421
A. Se abusa, corrompe, trata con crueldad o pone en peligro la vida o salud del agraviado. ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 421
a) Se abusa o corrompe... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 421
b) Trato cruel ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 423
c) Poner en peligro la vida o salud de la víctima. ... ... .. 428
B. Se pretexta enfermedad mental inexistente en el agraviado ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 428
C. El agraviado o el agente es funcionario o servidor público 429
D. El agraviado es representante diplomático de otro país.. 433
E. El agraviado es secuestrado por sus actividades en el sector privado ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 433
F. 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.. ... ... ... ... ... .. 434
G. Tiene por objeto obligar a un funcionario o servidor público a poner en libertad a un detenido o a una autoridad a conceder exigencias ilegales.. ... ... ... ... ... ... ... ... .. 435
H. Se comete para obligar al agraviado a incorporarse a una organización criminal... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 436
I. Se comete para obtener tejidos somáticos del agraviado 437
J. Se causa lesiones leves al agraviado ... ... ... ... ... ... ... ... .. 437
K. Es cometido por dos o más personas o se utiliza para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 438
L. El agraviado adolece de enfermedad grave ... ... ... ... ... .. 439

M. La víctima se encuentra en estado de gestación ..... 440
N. Supuestos de participación delictiva..... 441
2.9.2. SUPUESTOS AGRAVADOS DE SEGUNDO GRADO (Pena de cadena perpetua). ..... 442
A. El agraviado es menor de edad o mayor de setenta años 442
B. El agraviado sufre discapacidad y el agente se aprovecha de esta circunstancia. ..... 443
C. Si se causa lesiones graves o muerte al agraviado durante el secuestro o a consecuencia de dicho acto.. ..... 444
a) Lesiones graves ..... 444
b) Muerte subsecuente ..... 447
2.10. DIFERENCIAS CON EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA 448

**3. TRATA DE PERSONAS**.. ..... 453
3.1. NOCIONES GENERALES ..... 454
3.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO..... 460
3.3. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO. ..... 461
3.4. COMPORTAMIENTO TÍPICO..... 461
3.5. EL CONSENTIMIENTO Y EDAD DE LA VÍCTIMA . ..... 464
3.6. PROMOCIÓN, FAVORECIMIENTO, FINANCIAMIENTO Y FACILITACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS.. ..... 465
3.7. LOS MEDIOS.. ..... 467
3.8. TIPO SUBJETIVO.. ..... 472
3.8.1. LA FINALIDAD.. ..... 472
3.9. JURISPRUDENCIA RELEVANTE..... 476

**4. FORMAS AGRAVADAS DE TRATA DE PERSONAS**... ..... 481
4.1. MODALIDADES AGRAVADAS.. ..... 482
4.1.1. AGRAVANTES DE PRIMER NIVEL (Pena no menor de 12 ni mayor de 20 años). ..... 482
A. Por la calidad del agente..... 482
a) El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública ..... 482

b) El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, que aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito .. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 484

c) El agente es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 485

B. Por las características o calidad de la víctima ... ... ... ... .. 485

a) La víctima es menor entre 14 y 18 años de edad, es incapaz o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental ... ... ... ... ... .. 485

C. Por la pluralidad de sujetos.. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 486

a) Pluralidad de víctimas ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 486

b) Pluralidad de agentes.. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 487

4.1.2. AGRAVANTES DE SEGUNDO NIVEL (Pena no menor de 25 años) ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 487

A. Se produzca la muerte, lesión grave o se ponga en inminente peligro la vida y la seguridad de la víctima. ... ... .. 487

B. La víctima es menor de 14 años de edad o padece temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental.. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 488

C. El agente es parte de una organización criminal .. ... ... .. 489

## CAPÍTULO II
## VIOLACIÓN DE LA INTIMIDAD

**1. VIOLACIÓN DE LA INTIMIDAD**. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 499

1.1. LA INTIMIDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO . ... ... .. 499

1.1.1. LÍMITES AL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA VIDA PRIVADA. CASO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS 505

1.2. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 512

1.2.1. SUJETO ACTIVO Y PASIVO ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 513

1.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO... ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 513

1.2.3. OBJETOS DE PROTECCIÓN .. ... ... ... ... ... ... ... ... ... .. 514

1.2.4. MEDIOS CON LOS QUE PUEDE COMETERSE. ..... 515
1.2.5. LUGARES OBJETO DE PROTECCIÓN. ..... 517
1.3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO. ..... 518
1.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN... ..... 519
1.5. AGRAVANTES ..... 519
1.5.1. CUANDO EL AGENTE REVELA LA INTIMIDAD ..... 519
1.5.2. CUANDO SE UTILIZA ALGÚN MEDIO DE COMUNICACIÓN SOCIAL .. ..... 521
1.6. DERECHO A LA INTIMIDAD VS. DERECHO A LA INFORMACIÓN . ..... 522
1.7. VULNERACIÓN DE LA INTIMIDAD PERSONAL PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS ..... 533
1.8. CONSENTIMIENTO DE UNO DE LOS TITULARES DE LA INTIMIDAD FAMILIAR... ..... 534
1.9. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER. ..... 535

**2. TRÁFICO ILEGAL DE DATOS PERSONALES**.. ..... 537
2.1. DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO A LA PRIVACIDAD .. 537
2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO... ..... 542
2.3. TIPICIDAD OBJETIVA. ..... 542
2.3.1. ACCIÓN TÍPICA. ..... 542
A. Información no pública. ..... 543
B. Ilegitimidad de la comercialización o venta ..... 545
C. Ámbito o esferas de la vida privada. ..... 545
D. Perjuicio o daño con la transferencia de la información .. .. 547
E. Intimidad o privacidad de las personas naturales y de las personas jurídicas... ..... 548
2.4. TIPICIDAD SUBJETIVA... ..... 550
2.5. SUPUESTO AGRAVADO. ..... 550

**3. VIOLACIÓN DE LA INTIMIDAD AGRAVADA POR RAZÓN DE LA FUNCIÓN.** ..... 551
3.1. EL AGENTE DEL DELITO: FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO. ..... 551

3.2. ACCIÓN TÍPICA, FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO Y EJERCICIO DEL CARGO ... 554

3.3. LA INFORMACIÓN TIENE SU ORIGEN EN LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE LOCALIZACIÓN O GEOLOCALIZACIÓN ... 557

**4. REVELACIÓN DE LA INTIMIDAD CONOCIDA POR MOTIVOS DE TRABAJO** ... 565

4.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 565

4.2. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO ... 565

4.2.1. SUJETO ACTIVO Y PASIVO ... 565

4.2.1. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 568

4.3. TIPO SUBJETIVO ... 571

4.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 572

**5. ORGANIZACIÓN Y EMPLEO INDEBIDO DE ARCHIVOS.** ... 573

5.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 573

5.2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO ... 576

5.3. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS ... 577

5.4. TIPO SUBJETIVO ... 578

5.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 579

4.6. AGRAVANTE ... 579

**6. ACCIÓN PENAL PRIVADA** ... 581

## CAPÍTULO III
## VIOLACIÓN DE DOMICILIO

**1. VIOLACIÓN DE DOMICILIO** ... 589

1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 589

1.2. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO ... 591

1.3. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 592

1.3.1. PENETRAR EN MORADA, CASA DE NEGOCIO, DEPENDENCIA O RECINTO HABITADO ... 592

1.3.2. MANTENERSE EN MORADA, CASA DE NEGOCIO, DEPENDENCIA O RECINTO HABITADO ... 597
1.4. TIPO SUBJETIVO ... 598
1.5. ANTIJURICIDAD ... 598
1.6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 599

**2. ALLANAMIENTO ILEGAL DE DOMICILIO POR FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO** ... 601
2.1. BIEN JURÍDICO Y OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA 601
2.2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO ... 601
2.3. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 601
2.4. TIPO SUBJETIVO ... 604
2.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 604

## CAPÍTULO IV
## VIOLACIÓN DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

**1. CUESTIONES GENERALES** ... 607

**2. VIOLACIÓN (APERTURA) Y APODERAMIENTO DE CORRESPONDENCIA** ... 613
2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 613
2.2. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO ... 615
2.2.1. SUJETO ACTIVO Y PASIVO ... 615
2.2.2. OBJETO MATERIAL DEL DELITO ... 615
2.2.3. COMPORTAMIENTO DELICTIVO ... 620
2.3. TIPO SUBJETIVO ... 627

**3. INTERFERENCIA TELEFÓNICA** ... 629
3.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 629
3.2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO ... 630
3.3. TIPICIDAD OBJETIVA ... 630
3.3.1. CONDUCTAS TÍPICAS ... 632

3.3.2. ACTUACIÓN INDEBIDA ..... 638
3.4. OBJETO DE PROTECCIÓN ..... 647
3.5. SUPUESTOS AGRAVADOS ..... 649
3.5.1. EL AGENTE ES FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO.. 649
3.5.2. LA INFORMACIÓN ES CLASIFICADA COMO SECRETA, RESERVADA O CONFIDENCIAL ..... 650
3.5.3. EL DELITO COMPROMETA LA DEFENSA, SEGURIDAD O SOBERANÍA NACIONALES ..... 658
3.5.4. EL AGENTE COMETE EL DELITO COMO INTEGRANTE DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL ..... 661
3.6. MEDIOS DE COMISIÓN DEL DELITO ..... 661
3.7. CONSENTIMIENTO DE UNO DE LOS INTERLOCUTORES .. 661
3.8. TIPO SUBJETIVO ..... 663
3.9. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ..... 665

**4. POSESIÓN O COMERCIALIZACIÓN DE EQUIPOS DESTINADOS A LA INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA O SIMILAR** 667
4.1. CUESTIONES GENERALES Y POLÍTICO-CRIMINALES ..... 667
4.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ..... 669
4.3. TIPO PENAL ..... 670
4.3.1. SUJETOS DEL DELITO ..... 670
4.3.2. ACCIÓN TÍPICA ..... 670
4.3.3. ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO ..... 672
4.3.4. OBJETO DEL DELITO ..... 673

**5. INTERFERENCIA DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS, DE MENSAJERÍA INSTANTÁNEA Y SIMILARES** ..... 677
5.1. CUESTIONES GENERALES ..... 677
5.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ..... 678
5.3. OBJETO DEL DELITO ..... 678
5.4. SUPUESTOS AGRAVADOS ..... 681

**6. SUPRESIÓN O EXTRAVÍO DE CORRESPONDENCIA** ..... 683
6.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ..... 683
6.2. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO ..... 684

6.2.1. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO ..... 684
6.2.2. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS ..... 684
6.2.3. OBJETO MATERIAL DEL DELITO ..... 685
6.3. TIPO SUBJETIVO ..... 686
6.4. CONSUMACIÓN ..... 687

**7. PUBLICACIÓN INDEBIDA DE CORRESPONDENCIA** ..... 689
7.1. BIEN JURÍDICO ..... 689
7.2. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO ..... 690
7.2.1. SUJETO ACTIVO Y PASIVO ..... 690
7.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO ..... 690
7.2.3. OBJETO DEL DELITO ..... 691
7.2.4. ACTUACIÓN INDEBIDA ..... 696
7.2.5. EL PERJUICIO COMO CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD ..... 697
7.3.6. VACÍO NORMATIVO ..... 700
7.3. TIPO SUBJETIVO ..... 703
7.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ..... 703

## Capítulo V
## VIOLACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL

**1. CUESTIONES GENERALES** ..... 707
**2. VIOLACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL** ..... 713
2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ..... 713
2.2. SUJETOS DEL DELITO ..... 714
2.3. COMPORTAMIENTO TÍPICO ..... 717
2.4. ¿RESULTADO TÍPICO O SIMPLE PELIGRO? ..... 719
2.5. TIPO SUBJETIVO ..... 720
2.6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ..... 720

## CAPÍTULO VI
## VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE REUNIÓN

1. IMPEDIMENTO O PERTURBACIÓN DE REUNIÓN PÚBLICA.. 723
1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO... 723
1.2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO... 726
1.3. COMPORTAMIENTO TÍPICO... 727
1.4. TIPO SUBJETIVO.. 728
1.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN... 729

2. IMPEDIMENTO DE REUNIÓN POR FUNCIONARIO PÚBLICO 731
2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO... 731
2.2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO... 731
2.3. COMPORTAMIENTO TÍPICO... 734
2.4. TIPO SUBJETIVO.. 739
2.5. CONSUMACIÓN... 740

## CAPÍTULO VII
## VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE TRABAJO

1. CUESTIONES GENERALES. 743
2. COACCIÓN LABORAL. 745
2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO... 745
2.2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO... 748
2.3. COMPORTAMIENTO TÍPICO... 748
2.3.1. PRIMER GRUPO DE MODALIDADES DELICTIVAS. 748
A. Obligar a integrar o no un sindicato 749
B. Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución 751
2.3.2. SEGUNDO GRUPO DE MODALIDADES DELICTIVAS .. 753
A. Incumplir las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por autoridad competente . 753

B. Disminución o distorsión de la producción para el cierre del centro de trabajo; simulación de causales para el cierre del centro de trabajo; abandono del centro de trabajo para extinguir las relaciones laborales ... 755

**3. ATENTADO CONTRA LAS CONDICIONES DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO** ... 759

3.1. TIPO DE DELITO ... 759

3.2. TIPO PENAL EN BLANCO ... 760

3.3. BIEN JURÍDICO ... 762

3.4. TIPO OBJETIVO ... 764

3.5. ACTUACIÓN A PROPIO RIESGO (AUTOPUESTA EN PELIGRO) 765

3.6. TIPO SUBJETIVO ... 768

3.7. SUPUESTO AGRAVADO: HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL 768

3.8. LESIONES GRAVES PRETERINTENCIONALES ... 770

**Capítulo VIII**
**VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

**1. NOCIONES GENERALES** ... 773

**2. VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN** ... 777

2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 777

2.2. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO ... 778

2.3. COMPORTAMIENTO TÍPICO ... 779

2.4. TIPO SUBJETIVO ... 783

2.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 783

**Bibliografía** ... 785

# INTRODUCCIÓN

Como se sabe, todos los ordenamientos jurídico-penales (Códigos Penales), se dividen en una Parte General y una Especial, la primera dedicada al tratamiento de los principios generales del Derecho penal, los criterios de aplicación territorial y personal de la ley penal, la teoría del delito, la teoría del sujeto responsable y la teoría de la pena y demás consecuencias aplicables al delito; y la segunda, dedicada al tratamiento de cada uno de los delitos en particular y la pena específica a imponer en cada caso, a la vez que las demás consecuencias jurídicas correspondientes. La parte general realiza una abstracción de los conceptos y categorías jurídico-penales aplicables a todos los delitos, en cambio la parte especial da concreción a estas categorías en la estructuración, descripción y análisis de cada delito en forma específica. Sin embargo, ambas partes se forman y funcionan en una interrelación dialéctica, influyéndose recíprocamente; pues, la parte general se diseña y estructura a partir del desarrollo y análisis de los casos específicos, y una vez que sus conceptos y categorías alcanzan el consenso o la aceptación mayoritaria, a su vez, sirven para analizar y aplicar las normas continentes de los tipos penales específicos.

Para el análisis, conocimiento y aplicación de los diversos tipos configurativos de la parte especial, necesariamente se tiene que desarrollar o conocer las categorías o conceptos correspondientes a la teoría del delito, propios de la parte general del Derecho penal; solo así, será

posible entender debidamente el hecho imputado y los criterios de imputación necesarios para hacer responsable, por el hecho, al agente del delito, y de este modo validar y legitimar la imposición de la pena y demás consecuencias previstas para el delito.

Pero claro, todas estas ideas se deben analizar y desarrollar teniendo en cuenta la evolución del Estado de Derecho, que ha devenido a delinear el llamado *Estado Constitucional de Derecho*, en el cual se ha generado un nuevo orden jurídico, el mismo que viene influyendo en la configuración de todos los conceptos y categorías del Derecho en general, y desde luego, en las categorías propias del Derecho penal. En tal sentido, no debe perderse de vista que todo el Ordenamiento Jurídico, tal como lo establece el artículo 1° de la Constitución Política del Estado, tiene como fin la defensa de la persona humana y la defensa de su dignidad. Ello, obviamente, establece límites infranqueables a la actuación del control penal y a la configuración del Derecho penal, así como a su aplicación.

En el presente trabajo, así como en el primer volumen y los demás, vamos a tratar de la Parte especial del Derecho penal, esto es, de los delitos en específico. Sin embargo, antes de desarrollar los tipos penales concretos, hemos creído necesario desarrollar algunas ideas sintéticas respecto al *Estado Constitucional de Derecho*, al concepto del delito (acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad), así como los criterios de imputación penal, y los necesarios para determinar cuándo estamos ante un hecho consumado, quién es realmente el responsable o autor, así como los criterios para resolver los concursos de delitos y aparentes concursos de normas penales (estas categorías las hemos desarrollado como una parte introductoria del Primer Tomo de este trabajo). Pues, esto nos servirá para analizar los diversos tipos penales específicos, a la vez que nos proporcionará sintéticamente el contexto o marco constitucional y de teoría del delito, dentro del cual desarrollaremos el análisis de los diversos tipos penales.

En el primer volumen desarrollamos específicamente de modo detallado, los Delitos contra la Vida el Cuerpo y la Salud, además de

la parte introductoria de la Parte General; en el presente Volumen (Segundo de la Colección) iniciamos con los Delitos contra el Honor, los delitos contra la Familia hasta concluir con los delitos contra la libertad; en el tercer volumen concluimos el desarrollo de los delitos contra la libertad y finalizamos con los delitos contra el patrimonio. Precisando que en el análisis de cada uno de los tipos penales a través de los cuales se busca proteger a estos bienes jurídicos (vida y salud, honor, familia, libertad y patrimonio) en sus diversas facetas, más allá de los criterios doctrinarios nacionales y extranjeros (incidiendo en los nacionales), hemos tomado en cuenta los criterios jurisprudenciales, tanto del Órgano Jurisdiccional así como del Tribunal Constitucional, los cuales han venido a llenar muchos vacíos legales, precisando el contenido de las normas penales, así como corrigiendo ciertas orientaciones doctrinarias que no responden a nuestra tradición jurídica o a los criterios político-criminales que dieron origen a los tipos penales en cuestión. Pues, debe quedar claro que, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y muchas sentencias expedidas por los órganos jurisdiccionales, resultan vinculantes para los operadores jurídicos, a diferencia de la doctrina que solo constituye la opinión sustentada del autor. Obviamente, en algunos casos mostramos nuestra postura crítica respecto a ciertos pronunciamientos del Tribunal Constitucional así como del Poder Judicial, a los que consideramos no necesariamente afortunados o adecuados; por lo que desarrollamos nuestros propios argumentos con los cuales consideramos que puede resolverse la problemática creada al respecto.

Con estas palabras presentamos el presente trabajo a la comunidad jurídica, especialmente a los miembros del Ministerio Público y del Poder Judicial, esperando que pueda serles de alguna utilidad para el desempeño de su delicada función. Pues, los criterios que hemos desarrollados, han sido inspirados fundamentalmente por el desempeño de nuestra función como Fiscales del Ministerio Público y por la experiencia Jurisdiccional adquirida durante nuestro desempeño de labores jurisdiccionales en el Poder Judicial. Debiendo quedar claro que no pretendemos presentar criterios doctrinarios avanzados o eruditos,

sino únicamente algunas ideas operativos sobre los delitos mencionados. Por ello mismo, desde ya ofrecemos disculpas a la comunidad jurídica por los errores que pudiera contener el presente, a la vez que agradecemos por adelantado las críticas constructivas que pudiera merecer.

De otro lado, dejamos sentado que en la revisión, actualización y desarrollo de las instituciones nuevas incorporadas al Código Penal por normas recientes y que han sido desarrolladas en la presente edición, no han tenido participación nuestros coautores de la anterior edición del presente trabajo, por lo que cualquier error o deficiencia son de la absoluta responsabilidad del suscrito.

Finalmente, queremos agradecer a toda la comunidad jurídica, especialmente a los miembros del Ministerio Público y del Poder Judicial por la acogida prodigada a la anterior edición del presente trabajo, así como a todas las personas que de una u otra forma han contribuido a que la presente edición sea una realidad, especialmente a LUIS NELSON ANCCO BARRIAL y a JOSÉ EDUARDO PRADO SORIANO y obviamente a Jurista Editores, en la persona de su Gerente General, Sr. Edgar Jara Cajamarca, por la confianza depositada y por su paciencia frente a las múltiples postergaciones imputables a nuestra parte.

Lima, enero del 2017.

**Tomás Aladino Gálvez Villegas**

# Título Segundo
# DELITOS CONTRA EL HONOR

## 1. NOCIONES GENERALES

En el presente capítulo se abordará el estudio de las conductas que atentan contra uno de los valores más importantes del ser humano: el honor; cuya protección penal, desde una perspectiva constitucional, se deriva del concepto de la dignidad humana en el que se apoya nuestra sociedad (identificando al ser humano como centro), y se justifica, como se expondrá más adelante, porque con la represión de estas conductas se busca garantizar al ciudadano la posibilidad de una plena autorrealización personal en la comunidad donde se desenvuelve, lo cual sustenta el funcionamiento de una sociedad que pretende ser democrática[1], ya que una sociedad no podría sostenerse si sus soberanos y ciudadanos que la conforman, pudiesen ser vilipendiados hasta el extremo de anular su participación; sin embargo, desde una perspectiva democrática, consideramos también que la protección penal del honor no debería anular el debate público[2].

---

[1] Al respecto en el caso Rosenblat vs. Baer (1966), la Corte Suprema de los Estados Unidos, sobre la importancia de la protección de este bien jurídico señaló que: "... *el derecho individual a la protección del propio buen nombre no refleja más que nuestro concepto básico de dignidad esencial y valor de todo ser humano, un concepto que ha de hallarse en la raíz de cualquier sistema decente de libertad ordenada*".

[2] DE LUCA, Javier Augusto: *La Libertad de Prensa y Delitos contra el Honor.* Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006. p. 55, quien atinadamente remarca que desde una perspectiva democrática, debe velarse tanto porque los delitos

Actualmente se alzan corrientes de opinión que consideran que las previsiones penales relativas al honor deberían ser dejadas de lado[3] y ser sustituidas por el pago de una reparación civil proporcional al daño causado, entendiendo que la represión penal debe funcionar como última respuesta del ordenamiento jurídico[4]. Sin embargo, estas posiciones no toman en cuenta que el pago de una reparación civil genera una contradicción valorativa de cara a la importancia del honor en el sistema jurídico, en tanto no se tendría en cuenta que el honor está calificado constitucionalmente como un derecho fundamental, por ende, de especial garantía para la persona frente al Estado; además, que el solo pago de un resarcimiento económico no siempre asegura un efecto preventivo[5] ni la restauración de la paz social, ya que quien tenga dinero podría darse el lujo de injuriar, calumniar y difamar cuando quiera, lo cual constituiría un factor de desigualdad.

Una observación histórica, nos permite señalar que el derecho al honor es un bien que siempre ha existido y va indisolublemente ligado al ser humano, ya CARRARA decía que "... *todo hombre, por*

---

contra el honor no restrinjan el debate sobre asuntos públicos, como por los derechos del individuo que es víctima, muchas veces, de comunicadores ávidos de *rating*.

[3] VALLE RIESTRA, Javier: *Despenalización de los delitos contra el honor*. En Revista Gaceta Penal & Proceso Penal. Gaceta Jurídica. Lima, Agosto 2009. p. 145, sostiene que se deben despenalizar constitucional y legislativamente las infracciones denominadas contra el honor, y reemplazar su procedimiento por uno de naturaleza civil que comience con un acto reconciliatorio, que, de no prosperar, conduciría a una audiencia sumarísima de pruebas.

[4] BEATO VÍBORA, Manuel: *La Reforma de los Delitos Contra el Honor: Nueva Configuración de los Delitos de Injuria y Calumnia*. En Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura), Año 1994-1995, N° 12-13, pp. 245-264, acota que el hecho de que las penas privativas de libertad desciendan considerablemente entre las aplicables en los delitos contra el honor manifiesta la tendencia social hacia la descriminalización de las mismas.

[5] En este sentido MEINI MÉNDEZ, Iván: *La Tutela Penal del Honor*. En Imputación y Responsabilidad Penal. Ara Editores, Lima, 2009. pp. 360 a 361.

*poco culto que sea, siente en su alma ese hecho, y hasta los salvajes mismos, aun cuando en ocasiones se equivoquen en la apreciación de sus verdaderas condiciones, tienen en grande estima su honor y reaccionan enérgicamente contra quien los ultraja*"[6]; en razón a ello se constata que históricamente los ataques al honor de las personas han sido objeto de sanción desde los albores del derecho penal; aunque debe destacarse que, como consecuencia de una lenta y larga evolución histórica, la concepción de este delito, así como la forma de su castigo, han sufrido notables oscilaciones[7].

En este marco, los tratados internacionales de los cuales nuestro país forma parte, así como nuestra Constitución, reconocen al honor como un derecho fundamental, por lo cual el Estado se encuentra en la obligación de asegurar su plena vigencia y respeto. En ese sentido, consideramos que toda persona tiene derecho a que su honor sea respetado, y también a que las ofensas injustas dirigidas contra ese bien, en aras de la paz social[8], puedan y deban, en los casos pertinentes, perseguirse como delitos; más aún, si su protección no hace imposible ni restringe la vida en sociedad ni obstruye el desarrollo de todas las potencialidades humanas[9]; por el contrario, como se ha indicado, garantizaría un espacio de desarrollo

---

[6] CARRARA: *Programa de Derecho Criminal.* Vol. IV, Tomo 6, Temis, Bogotá, 1987. p. 1

[7] PACHECO OSORIO, Pedro: *Derecho Penal Especial. Obra completa.* Temis, T.II, 1977. p. 405, nos recuerda que por ejemplo en Alemania la Constitución Carolina intentó reprimir con drasticidad el *libelo famoso*, conminando, a quien por este medio hacía a otro la falsa imputación de un delito, con la pena establecida para éste, pero dicha forma de Talión cayó en desuso con el correr de los tiempos.

[8] MORENO, Rodolfo: *El Código Penal y sus antecedentes.* T. IV, H.A Tomais Editor, Buenos Aires, 1923, pp. 123 y ss., autor del Código Penal Argentino, señalaba que la ausencia de estos delitos tendría consecuencias funestas para la paz social si se toma en cuenta que una gran parte de los delitos de sangre tienen su origen en ataques contra el honor y la reputación.

[9] DE LUCA, Javier Augusto: *Libertad de prensa y delitos contra el honor* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 58 y 59.

individual en libertad[10]; valor que cobra la debida relevancia si se tiene en cuenta que en el contexto actual se está produciendo, a nivel de los medios de comunicación, la uniformización de determinados discursos, muchos de los cuales se gestan desde grupos de poder dominantes con gran poder económico, para quienes el simple pago de una reparación civil no representa ningún efecto motivador cuando las ganancias o la rentabilidad por la difusión de determinados juicios o informaciones le resulten mayores. En ese sentido, la protección penal del honor se constituye como un elemento nivelador entre los sujetos insertos en procesos de comunicación donde el emisor se encuentra en una situación de poder real capaz de someter a la víctima, todas las veces que lo quiera, a la deshonra y al descrédito público[11].

Contemporáneamente se observa que las tesis de la despenalización de los delitos contra el honor no han tenido ningún eco; por el contrario, se verifica que incluso en las sociedades más desarrolladas se ha reconocido jurídicamente la importancia de este bien jurídico concediéndosele protección penal[12]; aunque se debe precisar que no existe uniformidad sobre la forma en que han sido codificados, en su contenido y en su nomenclatura[13]. Así:

---

[10] Al respecto BUSTOS: *Ob. Cit.* p. 143, señala que de nada serviría proteger la vida, la salud y la libertad, sino se le reconoce a la persona su posición participativa en igual calidad que la de cualquier otro miembro de la relación social.

[11] DE LUCA: *Ob. Cit.* pp. 57 a 58.

[12] ALONSO ALAMO, Mercedes: *Protección Penal del Honor. Sentido Actual y Límites Constitucionales.* En Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Año 1983, Enero-Abril, Fascículo 1, Tomo 36, p. 139, señala que históricamente el honor fue considerado como un valor superior a la vida, siendo que la conveniencia de su protección por el Derecho Penal no se pone hoy en duda.

[13] RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Dykinson, Madrid, 1980. p. 242, ha señalado que apenas existe otro delito en el que las diferencias entre las diversas legislaciones sean mayores; ALONSO ALAMO: *Ob. Cit.* p. 129, pone de relieve que las diferencias se observa, de modo particular, en el papel que juega la falsedad de la imputación.

i) El Código Penal Italiano define a la injuria como la ofensa al honor o al decoro de una persona hecha en su presencia o mediante comunicaciones a ella dirigidas (Art. 594º), y a la difamación como la ofensa contra la reputación de una persona, cometida mediante la comunicación con varias personas (Art. 595º), el criterio para distinguir ambas figuras radica en la presencia o ausencia de la persona ofendida. La calumnia es un delito contra la administración de justicia.

   En lo que respecta a la *exceptio veritatis* o prueba de la verdad, en líneas generales coincide con nuestro sistema penal, esto es, se admite la prueba de la verdad para supuestos específicamente descritos.

ii) En el Derecho francés, según la ley sobre la libertad de prensa del 29 de Julio del 1881, a diferencia del Código Penal Italiano, para distinguir entre injuria y difamación no se sigue el criterio de la presencia o ausencia del agraviado, sino que se atiende al contenido de la ofensa; así, la injuria es toda expresión ultrajante, en términos de desprecio o invectiva que no encierra la imputación o alegación de ningún hecho[14], mientras que la imputación de un hecho que atente contra el honor o la consideración de la persona es considerada una difamación.

   En relación a la prueba de la verdad esta es admitida con carácter general, aunque sometida a determinadas excepciones.

iii) El Código Penal Alemán, bajo el título de injurias, comprende las distintas figuras delictivas contra el honor: injuria en sentido estricto (Art. 185º)[15], la difamación como la afirmación

---

[14] Cabe señalar que la legislación francesa no contempla a las injurias reales, esto es las que consisten en realizar o ejecutar acciones directamente sobre el ofendido.

[15] El Código Penal Alemán no contiene una definición de injuria, sin embargo la doctrina y la jurisprudencia la comprenden como el ataque al honor realizado con expresiones irrespetuosas o de desprecio –que pueden consistir

o difusión de un hecho incierto con la finalidad de hacer despreciable a otro o de desprestigiarlo ante la opinión pública (Art. 186°) y la calumnia como el acto de quien contra su propia convicción afirma o difunde un hecho no verdadero con la finalidad de hacer despreciable a otro o de desprestigiarlo ante la opinión pública, o de poner en peligro su credibilidad (Art. 187°).

En relación a la prueba de la verdad, es admitida con carácter general, tanto así que un sector de la doctrina sostiene que en la injuria, la falsedad de la imputación, es un elemento del tipo, lo cual ha permitido hablar, respecto de dicha legislación, de un fanatismo a la verdad[16].

**iv)** El Código Penal Español define a la injuria como la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (Art. 208°) y a la calumnia como la imputación de un delito hecho con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad (Art. 205°); mientras que la *exceptio veritatis* es admitida para supuestos específicamente reglados.

En el ámbito latinoamericano, se observa que las legislaciones tienden a conceptuar al delito de **calumnia** en relación a la imputación falsa acerca de la comisión de un delito –así, entre otros, los Códigos Penales de la Argentina (Art. 109°); de Bolivia (Art. 283°); de Brasil (Art. 138°); de Chile (Art. 412°); de Colombia (Art. 221°); de Costa Rica (Art. 147°); del Ecuador, bajo la denominación de injurias calumniosas (Art. 489°); de El Salvador (Art. 177°); de Guatemala (Art. 159°); de Honduras (Art. 155°); de México (Art. 216°); de Nicaragua (Art. 169°). A la *injuria* como la ofensa contra la dignidad y el decoro de

---

en juicios de valor o imputación de hechos-, incluyendo a las injurias reales; indefinición que, a nuestro criterio, atentaría contra el principio de legalidad.

[16] ALONSO ALAMO: *Ob. Cit.* p. 132.

otra persona -así los Códigos Penales de Bolivia (Art. 287°); de Brasil (Art. 140°); de Costa Rica (Art. 145°); del Salvador (Art. 179°); de Nicaragua (Art. 173°); de Panamá (Art. 173°); del Uruguay (Art. 334°). Y a la *difamación* en relación con la difusión o divulgación de las ofensas; proceden de este modo el Código Penal de Bolivia (Art. 282°); de Brasil (Art. 139°); de Costa Rica (Art. 146°); de Cuba (Art. 318°); de Guatemala (Art. 164°); de Honduras (Art. 160°); del Uruguay (Art. 333°), entre otros-.

Nuestro legislador, atendiendo a la importancia de este bien jurídico, también ha optado por su protección penal. De este modo nuestro Código Penal, en su Título Segundo, Libro II, contempla los tipos penales que describen las conductas que afectan o lesionan a este bien jurídico. Las principales figuras de esta sección son: la calumnia, la difamación y la injuria, siendo este último el tipo base de las demás figuras delictuales que conforman este título, mientras que las restantes constituyen tipos agravados en función del contenido de la afirmación deshonrosa (imputación de un delito) o en función de la difusión que el discurso ofensivo pueda tener[17].

## 1.1. HONOR, HONRA Y BUENA REPUTACIÓN

En el ámbito internacional sólo existe referencia directa a la protección de la honra y la buena reputación. Así, en la Declaración Universal de Derechos Humanos se señala que: "*Nadie será objeto de*

[17] PEÑA CABRERA: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo 1. Idemsa, Lima, 2008. *Ob. Cit.* p. 359; PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: *Delitos contra el Honor.* Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1999. p. 24; MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo: *El honor frente a la expresión y a la información.* En Comentarios a los Precedentes Vinculantes en Materia Penal de la Corte Suprema (Director José Luis Castillo Alva). Grijley, Lima, 2008, pp. 684-685; GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *Derecho al Honor versus Derecho a la Libertad de Expresión e Información.* En Comentarios a los Precedentes Vinculantes en Materia Penal de la Corte Suprema (Director José Luis Castillo Alva). Grijley, Lima, 2008, p. 664.

*injerencias (...) ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques"* (Art. 12°); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece que: "*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales (...), ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques* (Art. 17°); en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se anota que: "*Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación...*" (Art. V); y, finalmente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se establece que: "*Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas (...), ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o esos ataques*" (Art. 1°).

Por su parte, nuestra Constitución reconoce el derecho que tiene toda persona al honor y a la buena reputación, así como el derecho del afectado por afirmaciones inexactas o, agraviado en cualquier medio de comunicación social, a que este se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley (Art. 2° inc.7)[18].

Desde este contexto, si comparamos nuestra Constitución con los textos internacionales, se puede observar que la reputación es un

[18] Desde una perspectiva histórica se puede señalar que el derecho a la buena reputación tuvo protección desde la Constitución de 1823 (El art. 193°, inc. 6) donde se consagraba como un derecho inviolable la buena opinión, o fama del individuo, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes; en la Constitución de 1860 (Art. 16°) y de 1920 (Art. 21°) solo se hacía referencia a la protección legal del honor contra toda injusta agresión; sin embargo, desde la Constitución de 1979 (Art. 2° literal 5) se hace referencia al derecho al honor y a la buena reputación, con la salvedad de que toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tenía derecho de rectificación, sin perjuicio de la responsabilidad legal.

concepto que se utiliza de manera uniforme, no existiendo unanimidad respecto del honor y la honra. Atendiendo a esta consideración un análisis de los tipos penales que conforman este título requiere claridad respecto del bien o bienes concretos que se busca proteger en estos delitos.

El Diccionario de la Real Academia Española define al *honor* como la "cualidad moral que nos lleva al cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos" y la "plena o buena reputación" que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjea; asimismo, define a la *honra* como la estima y respeto de la dignidad propia; y, finalmente a la *reputación* como la opinión que tienen los demás de una persona.

A partir de estas definiciones, un sector doctrinal[19] identifica al honor con la honra, concluyendo que honor y reputación corresponden a dos conceptos distintos, identificando dos valores distintos en juego: i) la autoestima (*honor*), cuya afectación se reprime penalmente con el delito de injuria-, y ii) la apreciación que los demás tienen de uno (*reputación*), cuya afectación se reprime punitivamente con el delito de difamación.

En realidad, el contenido del derecho al honor (siguiendo en este punto a MENDOZA ESCALANTE[20], y adelantando nuestra afiliación a las concepciones normativas del honor) está conformado por la garantía de las siguientes posiciones iusfundamentales: i) Un núcleo sensible del derecho al honor (dignidad); ii) La "integridad moral de la persona"; iii) El "prestigio profesional"; y iv) La reputación en gene-

---

[19] Por todos RUBIO CORREA, Marcial/ EGUIGUREN PRAELI, Francisco/ BERNALES BALLESTEROS, Enrique: *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010. pp. 328-329.

[20] MENDOZA ESCALANTE, Mijail: *Conflictos entre Derechos Fundamentales. Expresión, Información y Honor.* Palestra, Lima, 2007. pp. 426 y 427.

ral. En tal sentido, no es que existan varios valores o bienes jurídicos constitucionales en juego, se trata de un solo bien jurídico *"el honor"*, el cual comprende varias posiciones que deben ser amparadas tanto constitucional como penalmente.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida el 29 de Agosto del 2009 en el Exp. N° 3362-2004-AA-TC (sobre la acción de amparo interpuesta por Prudencio Estrada Salvador contra el Director del Diario Regional de Huánuco), precisó: "... *que si bien la Norma Fundamental prefiere adscribirse a una postura fáctica del honor (reconocimiento de honor interno y de honor externo, entendido este último como buena reputación),lo que en el fondo está admitiendo es la existencia de un derecho único al honor, tal como lo ha hecho también el artículo 37°, inc. 8), del Código Procesal Constitucional. En este marco, se puede considerar que el honor, sobre la base de la dignidad humana, es la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecida por la persona en su libre determinación. Esto viene a significar que para que haya rectificación debe haberse producido previamente un ataque injustificado al derecho fundamental al honor...*".

## 1.2. DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: EL HONOR

La delimitación y alcance de este bien jurídico es bastante debatido debido a su estrecha vinculación a la personalidad del individuo, y a las valoraciones sociales y culturales que conforman nuestra sociedad[21]. El

[21] BUSTOS: *Manual de Derecho Penal. Parte especial.* Ariel, Barcelona, 1991, p. 141, refiere que esta dificultad se debe a que el honor aparece estrechamente vinculado a una concepción jerarquizada o democrática de la sociedad, y el tránsito de una a otra ciertamente no ha sido lineal ni tampoco ha culminado materialmente; DE LUCA, Javier Augusto: *La Libertad de Prensa y Delitos contra el Honor.* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006. p. 58, enfatiza que el honor es un concepto que siempre ha existido y que indisolublemente va unido al ser humano como individuo en sociedad; sin

honor es un atributo esencial de la personalidad, inherente a todo ser humano, pero al mismo tiempo es un bien socialmente condicionado, relativo, circunstancial y versátil[22]; es uno de los bienes jurídicos más sutiles y más difíciles de aprehender desde el punto de vista jurídico penal, debido a su relativización[23], lo cual dificulta la exacta descripción legal de su contenido[24]. Sin embargo, ello no debe imposibilitar su descripción y determinación, tarea que es imprescindible realizar a fin de que el juzgador ordinario cuente con parámetros objetivos que permita su actuación conforme a derecho, evitando la resolución de casos con total discrecionalidad[25].

La determinación del bien jurídico honor también ha estado estrechamente ligado con la teoría penal imperante, así la incorporación al derecho penal del método propio de las ciencias naturales (del na-

---

embargo, la determinación de su contenido tiene y tendrá uno diferente según las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se desarrolle y explique el concepto; HERRERO TEJEDOR, F: *Honor, intimidad y propia imagen.* Editorial Colex, Madrid, 1990, p. 73, señala que la gran dificultad en la concreción del bien jurídico honor se debe al hecho de que se trata de un concepto prejurídico muy influido por las circunstancias personales y ambientales en las que se desenvuelve, el cual se modifica con el paso del tiempo de acuerdo a las ideas vigentes en cada momento de la sociedad.

[22] GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Código Penal Comentado.* Dirigido por Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y Luis RODRÍGUEZ RAMOS. Madrid, 1990. p. 447.

[23] MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 282; BECCARIA BONESANA, Cesare: *De los delitos y de las penas.* Madrid, 1969, p. 149, señalaba que el honor era una de esas palabras que han servido de base para largos y brillantes razonamientos, sin asignársele una idea fija y estable.

[24] CARMONA SALGADO, Concepción: *Compendio de Derecho Penal Español-Parte Especial.* en Cobo del Rosal (Dir.). Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2000. p. 325; ya MAURACH (Cit. por BERDUGO, GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Honor y Libertad de Expresión.* Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 305) decía que el honor es el bien jurídico más sutil, el más difícil de abarcar con los guantes de madera del Derecho Penal.

[25] CHAVEZ MONTOYA: *Ob. Cit.* p. 688.

turalismo y de la metodología positivista) permitieron el surgimiento de las *concepciones fácticas*; mientras que la necesidad de referencia a un código valorativo, propio del neokantismo y por el relanzamiento de la vinculación Derecho-Ética, tras la Segunda Guerra Mundial, produjo el surgimiento de las *concepciones normativas*[26].

En este marco, la doctrina también ha distinguido entre concepciones fácticas y normativas del honor. La diferencia sustancial entre ambas radica en que las primeras apuntan al mundo del ser, a datos de la realidad (de la realidad social y psicológica del individuo), de manera que el honor tutelado por el Derecho Penal se presenta como un dato prejurídico recogido de modo directo de la vida social, es decir, es captado por el derecho penal, sin filtro alguno, de la realidad social; mientras que, desde la segunda perspectiva, el contenido de este bien jurídico se encuentra vinculado al mundo de los valores, dejando de ser un dato netamente fáctico para convertirse en una construcción normativa fundada en determinados códigos valorativos -sociales, éticos o jurídicos-[27].

### 1.2.1. CONCEPCIONES DEL HONOR

#### 1.2.1.1. Tesis fácticas

Desde estas tesis, como se ha indicado, se busca aprehender al honor como componente real, vinculando su existencia o inexistencia a un dato de la realidad, de carácter psicológico (la estima que la persona tiene en sí misma) o sociológico (la manera en que los miembros de la sociedad perciben a una persona en particular)[28], sin recurrir a

---

[26] BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Revisión del contenido del bien jurídico honor.* En Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Año 1984, Mayo-Agosto, Fascículo 2, Tomo 38, pp. 305-306.

[27] LAURENZO COPELLO, Patricia: *Los Delitos Contra el Honor.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002. pp. 15-16.

[28] HURTADO POZO: *Derechos Humano, Bien Jurídico y Constitución.* En Anuario de Derecho Penal, Año 1995 (Ver http://www.unifr.ch/ddp1/

criterios valorativos. Estas concepciones intentan delimitan el honor, desde una doble perspectiva, distinguiendo entre honor objetivo –perspectiva sociológica- y honor subjetivo –perspectiva psicológica-[29]. De este modo se pueden distinguir:

i) ***Las concepciones fáctico sociales*** que identifican al honor con la consideración que los demás tienen de una persona y que depende de su posición social y de otras variables dependientes o no de su titular (coincide con la reputación o con la buena fama de la que disfruta cada persona frente a los demás integrantes de su comunidad social: honor objetivo)[30]. Desde este punto de vista, no habría tutela penal cuando el sujeto afectado carece de reputación social, por no existir estimación pública de sus valores[31].

---

derechopenal/anuario/an_1995_05.pdf). p. 87, relieva que estas posiciones, sin embargo, no dicen nada sobre el criterio aplicado por la propia persona para apreciar su valor, o el aplicado por los terceros para determinar el valor de uno de los miembros de la comunidad.

[29] Nuestros operadores también han asumido esta tesis, ejemplo de ella es la sentencia recaída en el Exp. N° 4732-97, donde se indica que "...el bien jurídico tutelado es el honor, que consiste en la valoración que otros hacen de nuestra personalidad ético social, estando representado por la apreciación o estimación que hacen los semejantes de nuestra cualidades morales y de nuestro valor social, por lo tanto es la buena reputación que gozamos ante nuestros conciudadanos siendo esta conducta afectada por toda manifestación que logre quebrantar la estimación que disfruta una persona en su medio social, por lo que se debe tomar en consideración los aspectos subjetivos y objetivos del honor para tipificar, interpretar y juzgar los hechos que pudieran afectar o lesionar dicho bien jurídico...".

[30] BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 135. En el mismo sentido CUELLO CALON: *Ob. Cit.* p. 680, señala que el aspecto objetivo del honor está representado por la apreciación y estimación que hacen los demás de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social; MEZGER: *Ob. Cit.* p. 142, como la estimación de una persona dentro de un grupo determinado.

[31] CARMONA SALGADO, Concepción en Cobo del Rosal (Dir.) *Compendio de Derecho Penal Español-Parte Especial.* Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2000.*Ob. Cit.* p. 326.

ii) ***Las concepciones fácticas psicológicas*** conciben al honor como la valoración que la persona hace sobre sí misma en cuanto sujeto de relaciones sociales (honor subjetivo)[32], el cual es afectado con todo aquello que humilla el sentimiento de la persona, ocasionándole un dolor psíquico[33].

Las consecuencias de estas tesis son las siguientes:

a) Como la reputación y la autoestima constituyen el objeto de protección penal, independientemente de sí se corresponde o no con los méritos personales de quien la ostenta, se termina por proteger un *honor aparente*[34]. En efecto, desde estas tesis el examen de la realidad (de lo fáctico) posibilitará la constatación de la presencia o no del sentimiento de la autoestimación o el contenido de la reputación, y solo esa realidad, sin entrar a establecer su fundamentación, será la que reciba tutela por parte del Derecho Penal[35].

b) La lesión del bien jurídico no deriva de la verdad o falsedad de la imputación ofensiva[36], sino de la afectación de

---

[32] CUELLO CALON: *Derecho Penal. Parte especial.* T. II, Vol. II., Editorial Bosch, Barcelona, 1980. p. 680, define este aspecto del honor como el sentimiento de la propia dignidad moral nacido de la conciencia de nuestras virtudes, de nuestros méritos personales, de nuestro valor moral.

[33] MEZGER, Edmund: *Derecho Penal Parte Especial.* Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954. p. 142.

[34] BERDUGO: *Ob. Cit.* p. 306.
Sobre este punto CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A: *Derecho Penal. T.II. Parte Especial.* Bosch, Barcelona, 2001. p. 170 consideran que la protección de un honor aparente reduce considerablemente el contenido material del injusto, y con ello la necesidad de la intervención penal, pues consideran que es excesivo reaccionar con una pena para tutelar un honor inmerecido

[35] PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl: *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1.* Idemsa, Lima, 2008. p. 308.

[36] LAURENZO COPELLO, Patricia: *Los Delitos Contra el Honor.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 16 y 17.

la reputación social efectiva, de este modo imputar a un prestigioso escritor de haber plagiado una obra constituiría una afectación a su honor, ya que dicha imputación es idónea para afectar su prestigio o reputación social, independientemente de que dicha afirmación sea cierta o falsa.

c) El bien jurídico honor tendría un contenido variable y singular para cada ciudadano en relación a su mayor o menor sentimiento de su propia estimación y del grado de prestigio social del que disfrute, siendo imaginable la existencia de personas carentes de honor, vg., aquellos que tienen una mala reputación (prostituta, drogadicto, etc.) o que no tienen sentimientos internos o estimación de su valía (los niños y los enajenados)[37].

Estas concepciones han sido paulatinamente abandonadas por resultar incompatibles con los principios de igualdad, pluralismo y seguridad jurídica y por presentar problemas de orden dogmático.

Así, a la *perspectiva exclusivamente objetiva del honor* se le ha criticado:

a) No ser compatible con la tipificación de aquellas conductas ofensivas al honor que se producen *vis a vis*, es decir, solo entre el ofendido y el que ofende, con ausencia de terceros[38].

b) No permite precisar cuál sería la fama o reputación que el derecho está protegiendo, teniendo en cuenta que la persona puede gozar de más de una reputación de acuerdo al ámbito en el que se desenvuelve; así, un escultor puede gozar de una buena reputación entre los que se dedican y aprecian ese arte, y de una mala reputación en el ámbito deportivo donde es considerado como un pésimo jugador de fútbol; de este

---

[37] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 16.

[38] CARDENAL MURILLO, Alfonso/SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, José Luis: *Protección penal del honor.* Civitas, Madrid, 1993.

modo, si alguien, en una exposición de su arte, le expresa "*que es un jugador de fútbol tan malo que no podría ganarle a unos discapacitados*", esta afirmación no podría constituir una acción que lesione su reputación, ya que dicha expresión ha sido manifestada en un ámbito en el que la fama del escultor no tiene relación alguna con su habilidad en el fútbol.

c) Que, como correctamente señalan QUINTERO OLIVARES/ MORALES PRATS[39], la configuración del honor según una *concepción fáctica objetiva* (buena fama), determinaría la negación de este bien jurídico a sectores de la población sobre los que no puede proyectarse la idea de buena reputación (vg., los drogodependientes, las trabajadoras y trabajadores sexuales, etc.), y por otro lado conduciría a introducir diferencias en la intensidad de la protección penal de acuerdo a la posición que cada sujeto ocupa en el entramado social, con la agravante de que muchas veces esa posición social no depende de los propios actos del ciudadano[40], con lo cual se compromete el derecho constitucional a la igualdad, reconocido en nuestra Constitución, como derecho fundamental (Art. 2° inc. 2: Toda persona tiene derecho: "*A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole*").

---

[39] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín en VALLE MUÑIZ, José Manuel (coord.): *Ob. Cit.*, p. 389.

[40] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 21; CARMONA SALGADO, Concepción en Cobo Del Rosal, Manuel (Dir): *Compendio de Derecho Penal español (Parte Especial)*. Marcial Pons, Barcelona, 2000. p. 326, considera también que esta concepción nos lleva a resultados inconstitucionales al atentar contra la dignidad y la igualdad de la persona ante la ley.
En igual sentido, en nuestro medio, SALINAS SICCHA, Ramiro: *Derecho Penal. Parte Especial.* Idemsa, Lima, 2005. pp. 271 y 272.; MEINI, Iván: *Imputación y Responsabilidad Penal. Ensayos de Derecho Penal.* ARA EDITORES, Lima, 2009. p. 345.

En efecto, la declaración constitucional del principio de la igualdad conlleva a una clara democratización o socialización de este bien jurídico, incompatible con concepciones aristocráticas o meritocráticas del honor.

Asimismo, a la *concepción exclusivamente subjetiva* del honor (autoestima o propia estimación), se le ha criticado: i) No tener en cuenta que la persona es una unidad compleja cuya existencia individual se desarrolla al interior de un grupo social mediante la creación y sostenimiento de sus relaciones con los demás miembros de la comunidad, por lo cual resulta difícil distinguir un honor individual de naturaleza psicológica[41]; ii) que el derecho protege derechos fundamentales y no meros estados de ánimo o valoraciones subjetivas que el propio sujeto hace de sí mismo; finalmente, iii) que las reglas jurídicas no pueden quedar al albur de impulsos emotivo-sentimentales de lo que cada sujeto pueda llegar a pensar que representa para los demás, lo cual colocaría en una senda de inseguridad jurídica, ya que se dejaría en manos del sujeto pasivo la determinación del carácter delictual de la conducta[42].

Las concepciones fácticas en su forma pura fueron las primeras en aparecer, y respondían a un estado incipiente de la doctrina; actualmente son defendidas de un modo ecléctico[43], encontrándose en

---

[41] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* pp. 87-88.

[42] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS: *Ob. Cit.*, p. 389; LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 22, nos indica que esta concepción corre el riesgo de dejar sin tutela a quienes por sus circunstancias personales carecen de conciencia de su autoestima (niños, personas con baja autoestima, o que tienen graves deficiencias psíquicas), al tiempo que terminaría por sobreproteger a quienes poseen un exagerado concepto de sí mismo.

[43] Asumen, entre otros, una concepción fáctica ecléctica del honor (honor subjetivo y honor objetivo): CUELLO CALON: *Ob. Cit.* p. 680-681; MEZGER: *Ob. Cit.* p. 142; CREUS: *Ob. Cit.* p. 126; SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino.* T. II, Tea, Buenos Aires, 1978. *Ob. Cit.* pp. 185-186; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 268 y 269. En nuestro medio: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: *Delitos contra el honor.* Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1999. pp. 15-16.

obras importantes desde antes del inicio de la moderna dogmática penal, como es el caso de CARRARA[44] que vinculaba la idea del honor a tres conceptos secundarios distintos: i) el *sentimiento de la propia dignidad*, que era el contenido primario del honor, que depende del amor a nosotros mismos y del gozo inefable que produce la sola conciencia de nuestros méritos, de nuestras capacidades y de nuestras virtudes; ii) la estima o *buena opinión (reputación)* que los demás tienen de nuestras buenas cualidades, tanto espirituales como corporales y, iii) el poder que tiene una buena reputación de procurar ciertas *ventajas materiales*.

Cabe precisar que aún en su formulación ecléctica, las tesis fácticas tampoco han logrado superar las objeciones que se han anotado, razón por la cual consideramos que la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116, se equivocó al delimitar este bien jurídico desde esta perspectiva, respaldándose en una jurisprudencia incipiente del Tribunal Constitucional[45].

1.2.1.2. Tesis normativas

Estas tesis consideran que el honor no puede ser aprehendido materialmente, por lo cual buscan delimitar su contenido recurriendo a diversos códigos valorativos. De acuerdo al código valorativo de referencia se distinguen:

i) ***Concepciones morales***, que asocian la noción de honor a un código de carácter ético, frecuentemente religioso, los cuales no pueden ser adoptados por ser incompatibles con el recono-

[44] *Ob. Cit.* p. 4 (Tomo 5, &1703 y ss).

[45] Así en el fundamento 6 del citado acuerdo se señala que: "... *el honor (...) desde una perspectiva objetiva, aluden a la suma de cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan. Desde un sentido subjetivo el honor importa la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valía y prestigio; reputación y la propia estimación son sus dos elementos constitutivos...*".

cimiento del pluralismo ideológico en que se basa la sociedad democrática y suponen restricciones al libre desarrollo de la personalidad[46].

ii) ***Concepciones normativo sociales***, según las cuales el contenido del honor se determina no en función de que la persona tenga buena o mala reputación, sino de acuerdo a cómo la persona, en tanto miembro de un grupo social y de acuerdo a su capacidad, cumple con los deberes sociales que este le impone. A esta posición se la ha criticado, en primer lugar, aduciendo que el Derecho no se encuentra necesariamente vinculado a los criterios específicos imperantes en la sociedad; en segundo lugar, que esta concepción podría considera como fuente de honor digno de protección a la valoración proveniente de "códigos de honor" de grupos ilegales (mafias, asociaciones criminales, etc.); y, finalmente, que el honor de una persona no puede supeditarse a su capacidad para cumplir con los deberes sociales; pues, desde esta perspectiva, por ejemplo, podría llegar a afirmarse que el rico y el inteligente son más valiosos que el pobre y el menos inteligente, debido a que podrían cumplir mejor con sus tareas sociales[47].

iii) ***Concepciones estrictamente jurídicas***, conforme a las cuales la delimitación del contenido del honor debe realizarse a partir de las valoraciones establecidas por el propio ordenamiento jurídico. Todas estas concepciones coinciden en señalar que el honor deriva de la dignidad de la persona, entendiéndolo como derecho a ser respetado por los demás.

---

[46] CARDENAL MURILLO/SERRANO GONZÁLES: *Protección penal del honor*. Civitas, Madrid, 199, p. 32; MONTOYA CHÁVEZ: *Ob. Cit.* p. 690, señala que esta propuesta afecta el sentido moderno del derecho al honor, puesto que sólo lo reconoce respecto a seres humanos, negando su titularidad para el caso de las personas jurídicas; además de que resulta complicado en su aplicación práctica.

[47] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 89.

Estas concepciones surgen como una forma de amoldar el contenido del honor a las exigencias jurídicas de carácter constitucional, representadas por los principios constitucionales de la igualdad, del pluralismo social y político y el derecho al desarrollo libre de la personalidad. Desde esta perspectiva, el ciudadano por el solo hecho de ser persona goza de un respeto mínimo, sea cual fuere la forma de ordenar y dirigir su vida, ya que la dignidad de la persona es igual para todos, por lo cual la protección penal alcanza a todo ciudadano; en esa línea, tanto honor como reputación han de reconocerse a todas las personas, al margen de su conducta social, a los méritos o deméritos que pueda tener, o a la conciencia o no de su autoestima[48], doctrinalmente se hace referencia al *honor merecido*[49].

Al respecto, VIVES ANTON[50] refiere que la dignidad se manifiesta a través de una serie de derechos que le son inherentes, cuya violación constituye una lesión mediata a la dignidad de la persona; sin embargo, agrega el citado autor, con el derecho fundamental al honor, el ordenamiento jurídico busca otorgar tutela a la dignidad misma, de este modo el honor presenta dos aspectos complementarios: El *honor interno* que es el núcleo esencial de este bien jurídico y que se identifica con la *dignidad humana*, cuyo contenido se resume en la idea de que el hombre ha de ser tratado en la totalidad de sus relaciones como sujeto y no como objeto; y el *honor externo* en el que se concreta el anterior (autoestima y fama); mientras que el enlace entre ambos aspectos se realiza a través del principio del libre desarrollo de la personalidad[51]; pues, tratar al hombre como sujeto del ordena-

---

[48] MENDOZA ESCALANTE, Mijail: *Conflictos entre Derechos Fundamentales. Expresión, Información y Honor.* Palestra, Lima, 2007, p. 422.

[49] PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 309.

[50] VIVES ANTÓN, Tomás: *Comentarios al Código Penal de 1995.* Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 310 y 311.

[51] Por todos BERDUGO: *Ob. Cit.* p. 310; CARDENAL MURILLO/SERRANO GONZÁLES: *Ob. Cit.* p. 39.

miento implica reconocerle la capacidad de determinarse conforme a valores y de ejercitar sus propias opciones sin perder la autoestima ni el aprecio de la comunidad.

En ese sentido, cualquier ataque al honor constituye un ataque o lesión inmediata a la dignidad de la persona en sus materializaciones mínimas: autoestima y fama (que son el *reflejo exterior de esa dignidad -honor interno-).*

En suma, desde estas tesis se concibe al honor "*como el derecho de todos los ciudadanos por igual a ser respetados por los demás, sin verse sometidos a actos despectivos o de menosprecio, cualquiera sea la conducción de vida y las circunstancias de cada uno*"[52].

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha reconocido que "*... en cuanto al derecho al honor, este forma parte del elenco de derechos fundamentales protegidos por el inciso 7) del artículo 2° de la Constitución Política, y está estrechamente vinculado con la dignidad de la persona, su objeto es proteger a la persona contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, por lo que tiene estrecha relación con la dignidad de la persona*" (STC 00253-2008-AA, fj. 7).

Sin embargo, se debe precisar que si bien desde esta posición el honor es igual para todos, esto no significa que el tratamiento penal se desvincule de las circunstancias concretas del caso, pues la aptitud de las expresiones, insultos, juicios o imputaciones para lesionar el honor, dependerán también de las circunstancias concretas del caso[53]; pero a

---

[52] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 25.

[53] VIVES ANTÓN: *Ob. Cit.* p.312: "... si bien la dignidad humana es única e igual para todos, las diferentes posiciones y situaciones de los individuos comportan que el respeto de esa dignidad y los ataques a la misma requieran de una determinación circunstancial (....). Lo que puede resultar lesivo para la dignidad de un particular puede no serlo para una personalidad pública. Incluso para un mismo individuo, lo que en ciertas circunstancias puede constituir una ofensa no la integra en otras, etc.".

diferencia de las concepciones fácticas, los datos relativos a la posición social u otras circunstancias fácticas, no sirven para determinar si se reconoce o no al afectado el derecho al honor, sino para determinar si ese derecho del cual disfruta la víctima, ha sido lesionado en la situación concreta[54].

Se critica a estas tesis el no poder dotar de especificidad al bien jurídico honor, pues la dignidad constituye un presupuestos genérico aplicable a todos los derechos fundamentales y no solo al honor.

1.2.1.3. Tesis fáctico-normativas

Dadas las dificultades presentadas en las concepciones anteriores, la doctrina ha establecido nuevas definiciones de honor desde concepciones normativo-valorativas.

BERDUGO adoptando una posición mixta, señala que el honor está constituido por las relaciones de reconocimiento fundadas en los valores relativos a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad -la participación real del individuo en la comunidad-, los cuales constituyen los presupuestos de participación del individuo en un sistema social; el libre desarrollo de la personalidad, conforme indica el citado autor, es una emanación de la dignidad y es lo que permite que el individuo participe en la sociedad imprimiéndole a la dignidad un carácter dinámico.

"Desde este punto de partida cabe entender dos aspectos dentro del honor, como expectativa de reconocimiento que surge de la dignidad de la persona humana, y como expectativa de reconocimiento que emana de la participación real del individuo en la comunidad"[55].

---

[54] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 27; VIVES ANTON: *Ob. Cit.* p. 312, refiere que si bien es aceptable que socialmente se determine lo que es un ataque al honor; sin embargo, el concepto del honor no puede estar determinado socialmente.

[55] BERDUGO: *Ob. Cit.* p. 343.

De este modo, el honor en tanto emanación de la dignidad, será el mismo en todos los integrantes de la sociedad, sin embargo, en cuanto perfilado por el componente dinámico de la dignidad (del libre desarrollo de la personalidad), tendrá una mayor o menor extensión en función del nivel de participación del individuo en el sistema social, lo cual no implicaría un desconocimiento del principio de la igualdad, en tanto que esta implica el establecimiento de condiciones materiales que permitan a todos los individuos de la comunidad un igual desarrollo de la personalidad y, por tanto, la consecución de unas iguales expectativas de reconocimiento[56].

En la misma línea se pronuncia ALONSO ÁLAMO, quien sostiene que el honor en tanto aspecto de la dignidad se le reconoce a todo hombre por el hecho de serlo y, en conexión con ello, que si bien en algunas ocasiones puede disminuir (por graves defectos de la personalidad, etc.) no puede desaparecer del todo ni, de otro lado, aumentar; pero de otra parte, el honor entendido como un valor social, cuya protección hace posible la vida de relación, solo permite la protección de la consideración social merecida y no la reputación o consideración social que no responde al propio comportamiento en la vida[57]. En igual sentido, CARDENAL MURILLO/SERRANO GONZALES DE MURILLO, para quienes el bien jurídico en los delitos contra el honor queda configurado por dos configuraciones distintas, aunque complementarias, las cuales se derivan del concepto de la dignidad de la persona, como manifestaciones de su concreción mínima: el honor interno, o respeto a la persona por el mero hecho de serlo y el honor externo o heteroestima, entendida como posibilidad que asiste a todo individuo por igual de ejercer el libre desarrollo de su personalidad a través de sus propios actos y de que el resultado de dicho ejercicio no se vea falseado[58], en esa perspectiva ambos autores concluyen que

---

[56] BERDUGO: *Ob. Cit.* p. 313.

[57] ALONSO ÁLAMO: *Ob. Cit.* pp. 142-143.

[58] *Ob. Cit.* p. 39.

nadie puede tener la expectativa de un reconocimiento social más intenso al que se merece por sus propios actos[59].

Estas posiciones parten de presupuestos normativos en lo que se refiere a la esencia del honor, ya que sigue vinculada a la dignidad; sin embargo, se recurre a criterios fácticos (realidad social) para graduar el alcance concreto del bien jurídico. Es decir se garantiza a todos un mínimo de honor, pero en los hechos la protección del honor varía en función de la forma e intensidad de participación de cada uno en la vida social o en el cumplimiento de los deberes éticos sociales. Al respecto, JAÉN VALLEJO señala que a nivel doctrinal existe un amplio acuerdo en partir de un concepto normativo del honor, vinculado a la dignidad humana, que no es sino una *pretensión de respeto*, por esa razón nadie puede carecer de él, pero sí se le puede disminuir cuando el mismo comportamiento del afectado le quita el carácter ofensivo a una determinada conducta, y esto es así porque la dignidad se vincula al cumplimiento de determinados *valores ético-sociales.*

Por otro lado, esta pretensión de respeto solo se puede determinar en función del caso concreto; así, si por ejemplo, alguien llama a otro borracho, drogadicto o alcohólico, cuando el sujeto pasivo verdaderamente lo es, este no podrá reclamar la protección jurídico-penal del honor porque no lo *merece*, pues su propio comportamiento le habría quitado el carácter ofensivo a aquella manifestación hecha por el autor, dejándose expedita una posible violación a su derecho a la intimidad entendido como el derecho a sustraer de la discusión pública aspectos de la vida privada, pues aun cuando ciertos, no resulta legítima su exposición de manera pública[60].

Conforme puede apreciarse estas tesis distinguen en el honor, un *aspecto estático* -proyección de la dignidad humana-, el mismo que será

---

[59] *Ob. Cit.* p. 141.

[60] JAEN VALLEJO, Manuel: *Derecho penal aplicado.* Jurista Editores, Lima, 2002, p. 99.

igual para todas las personas; y una *vertiente dinámica,* que proviene del libre desarrollo de la personalidad, el cual podrá variar en función al nivel de participación del sujeto en el sistema social. Desde esta perspectiva, el honor tiene un doble componente, uno consustancial que garantiza a todas las personas un mínimo de honor y otra que deriva de la valiosidad que cada persona ha alcanzado como resultado de su propio desenvolvimiento y rendimiento en la sociedad[61]. Sin embargo, respecto de esto último, las posiciones se dividen a la hora de identificar el parámetro con el cual se pretende medir el aspecto dinámico del honor; existiendo los que acuden al grado de cumplimiento *de los deberes éticos sociales* imperantes en la comunidad[62] y los que recurren a la *intensidad y forma de participación* de cada persona en la comunidad[63].

Una de las consecuencias de esta perspectiva es que nos lleva a la paradójica consecuencia de configurar un bien jurídico no susceptible de lesión por parte de terceros, pues al tratarse de una especie de virtud personal, solo el comportamiento de su titular podrá perjudicar o hacer disminuir su valía mediante comportamientos no acordes con los deberes éticos sociales[64]. Y la otra consecuencia es la reducción de la lesión de este bien jurídico a la imputación de hechos falsos; de esta manera, una imputación verdadera no puede lesionar el honor porque en ese ámbito concreto el ordenamiento jurídico no le reconoce al sujeto pasivo el derecho a ser respetado[65],

---

[61] MENDOZA ESCALANTE: *Ob. Cit. p.* 423.

[62] JAÉN VALLEJO, Manuel: *Derecho Penal Aplicado.* Jurista Editores, Lima, 2002. p. 99; MOLINA FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* pp. 259-260; ALONSO ALAMO: *Ob. Cit.* p. 143.

[63] BERDUGO: *Ob. Cit.* pp. 309-312.

[64] LAURENZO COEPELLO: *Ob. Cit.* p. 31.

[65] En este sentido, los que propugnan estas tesis concuerdan en incluir la falsedad de la imputación en el tipo objetivo de los delitos contra el honor. Así, entre otros, MOLINA FERNANDEZ: *Ob. Cit.* p. 259.
Desde esta perspectiva, por ejemplo, el Código Penal Alemán (Art. 192°), establece que: "*La demostración de la verdad del hecho afirmado o divulgado*

salvo que por la forma de efectuarse, la imputación implique, en sí misma, una lesión directa al núcleo duro del honor, es decir a ese mínimo de dignidad por el cual están proscritas las llamadas "injurias formales" o "absolutas", es decir los meros insultos y las imputaciones abiertamente ofensivas que resultan contrarios al trato digno que merece toda persona[66].

En la misma perspectiva BACIGALUPO refiere que la protección del honor no debería favorecer la apariencia de una honra inexistente en ningún caso, ya que en esas condiciones el delito de injuria se convertiría en un delito de *indiscreción*, además que la intervención del Estado, a través de su poder punitivo, para proteger un honor solo aparente e inmerecido no resultaría justificada[67].

La principal crítica a estas concepciones del honor, basadas en la idea de *merecimiento* radica en que precisan de un código valorativo a fin de establecer el carácter deshonroso o no de la conducta de las personas. Se recurre para ello a ideas vagas como a un código ético-social cuyo contenido y legitimidad no se cuestiona a pesar de no pertenecer a los principios básicos contenidos en la Constitución. De este modo, se podría llegar a un estado en el que el ordenamiento jurídico terminaría por imponer a los ciudadanos un determinado orden ético-social, bajo la amenaza de perder su derecho a ser respetados por los demás, lo cual es incompatible con un estado constitucional

---

*no excluye el castigo de acuerdo con el art. 185° cuando la existencia de una injuria resulte de la forma de la afirmación o divulgación o de las circunstancias bajo las cuales sucedió la injuria*"; y el Código Penal de Colombia (Art. 224°), donde se establece que: "*No será responsable de las conductas descritas en los artículos anteriores quien probare la veracidad de las imputaciones*".

[66] GONZÁLES RUS, Juan J.: *Curso de derecho penal español. Parte especial.* T. I, (dirigido por Manuel Cobo del Rosal), Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 681 (citado por LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 33).

[67] BACIGALUPO, Enrique: *Delitos contra el Honor.* Hammurabi, Buenos Aires, 2002. pp. 29-30 y 60-61.

de derecho[68], e implicaría una colisión abierta con determinados principios constitucionales como el pluralismo ideológico, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad[69].

Asimismo, cabe agregar que esta tesis no aporta un criterio claro para decidir cuándo hay un honor merecido y cuándo no lo hay. En efecto, ciertos comportamientos como emborracharse, ejercer la prostitución o consumir drogas pueden ser comportamientos voluntarios o no, dependiendo del grado de compulsión como consecuencia de una adicción, del estado de pobreza o del grado de determinación en el que se encuentran determinadas personas en situación de marginalidad; también podría decirse lo mismo de quien usa ropas extravagantes, se tiñe el pelo, se hace un tatuaje, se cambia de religión o se comporta todo el día infringiendo reglas elementales de educación; sin embargo, en ninguno de estos casos parece justificado atribuir a esas personas una determinada calidad en tono peyorativo[70]. De otro lado, estas tesis no contemplan aspectos del honor que han sido tradicionalmente aceptados por nuestra cultura, donde se contemplan como injurias a los casos de imputaciones de defectos físicos verdaderos (vg., "ahí viene el gordinflón", etc.)[71], y en especial a los casos de contumelia(ofensa proferida a alguien en su propia cara), donde la potencialidad de la

---

[68] En efecto, si en un estado constitucional de derecho la condición económica, social y racial de las personas no constituyen factores que tengan relación con el reconocimiento del honor, con mayor razón una forma de meritocracia no puede fundamentar un reconocimiento diferente del honor.

[69] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* pp. 35-36. En nuestro medio PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 312, con claridad señala que condicionar la conducta supuestamente injuriosa a las pautas y/o valoraciones sociales, que día a día van cambiando, pueden generar situaciones de inseguridad jurídica.

[70] DE LUCA, Javier Augusto: *Ob. Cit.* p.69.

[71] Estos casos para JAKOBS: *Ob. Cit.* p. 437, desde su concepción funcionalista del derecho penal que se desentiende del contenido material del concepto de persona, sólo constituyen graves faltas de educación ya que la comunicación sobre el equipamiento estético de una persona no es comunicación generalmente necesaria para el mantenimiento del sistema.

ofensa no proviene de la literalidad de los términos empleados ni en la falsedad de ellas sino del ultraje y el menosprecio que genera un sentimiento de humillación y dolor en el destinatario[72].

Finalmente, a modo de conclusión, se debe señalar que esta posición no es de recibo primordialmente, aparte de las consideraciones que se han señalado, porque el honor se detenta por la mera condición de persona. El honor es un valor que lo ostentan tanto las personas que hayan infringido la ley o que tengan una conducta reprochable, como aquellas que, desde ciertos parámetros morales, puedan representar un modelo de realización social o moral, en ese sentido una prostituta también puede ser lesionada en su honor si se le injuria como tal. En la misma línea MENDOZA ESCALANTE refiere que la mayor valiosidad de las personas según el grado de reconocimiento social de su conducta moral es solo relevante desde parámetros de moralidad social, pero irrelevante en lo que concierne a la condición valiosa o no de la persona; por el contrario, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el honor no puede depender de la mala o buena conducta, porque el respeto a la persona no depende de ningún condicionamiento fáctico, sino de la mera condición de persona[73].

#### 1.2.1.4. Tesis normativa funcional

Desde esta perspectiva JAKOBS define a las injurias como imputaciones inciertas contra una persona. Sostiene que como no existe un derecho general a la verdad que estuviese protegido mediante sanciones, en el ámbito de la imputación informal se podrían producir falseamientos de todo tipo sino existiese garantías de veracidad específicas destinadas a la protección frente a imputaciones informales incorrectas, en ese sentido las normas contra las injurias tienen por objeto prestar la necesaria garantía de veracidad específica, por lo que esta (la veracidad) constituye un elemento esencial de las injurias. En

[72] DE LUCA: *Ob. Cit.* p. 65.

[73] *Ob. Cit.* p. 425.

ese contexto, conforme señala el citado autor, la protección frente a las injurias sirve tanto para la protección de las condiciones de funcionamiento de la sociedad como a la protección de la persona, por lo que el delito de injurias ya no puede concebirse estrictamente como un delito contra las personas, sino también como delitos contra los intereses públicos, esto es, delitos establecidos contra los falseamiento de la imputación informal[74].

El principal reproche que se puede efectuar a esta posición es que puede fundamentar la existencia de personas carentes de honor como consecuencia de la consideración de la persona como un subsistema, lo cual contraviene el principio de igualdad. Asimismo, se aprecia que estos criterios toman en cuenta estrictamente la concepción social de la persona pero no el aspecto individual o personal que está vinculado directamente al derecho a la dignidad humana.

#### 1.2.1.5. Toma de posición

En primer lugar debemos señalar que coincidimos con aquellas posiciones que conceptúan al honor desde un punto de vista normativo, es decir, como un valor vinculado al principio de la dignidad, como un valor intocable e inalienable de la integridad moral de cada persona, lo cual tiene la virtualidad de permitirnos aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, superando aquella tesis que introducen diferencias en la tutela penal atendiendo al prestigio o consideración social del individuo. Sin embargo, consideramos que este criterio valorativo no es suficiente para concretar la entidad propia de este bien jurídico, ya que por esta vía se llega a identificar al valor de la persona con el concepto de la dignidad[75].

---

[74] JAKOBS, Günther: *La misión de la protección jurídico penal del honor.* En Estudios de Derecho Penal. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997. pp. 423.424.

[75] *Ob. Cit.* p. 390: "El menoscabo del derecho al honor constituye a su vez un menoscabo inmediato del principio de la dignidad humana, pero al ser común el fundamento de todos los derechos constitucionales (...) esta relación de inmediatez se dará en toda violación de los derechos constitucionales, sean

Al respecto, consideramos que si bien el honor se encuentra estrechamente vinculado con la observancia de la dignidad, sin embargo, la particularidad del honor reside en la observancia de ese valor (de la dignidad) en el ámbito de la interactuación humana o de las relaciones sociales, fuera de este contexto relacional, el honor carece de significado. En tal sentido, como bien señala MENDOZA ESCALANTE, el honor se traduce como el valor de la persona en el ámbito de la interactuación comunicativa de la sociedad, lo cual significa que esa condición se proyecta en diversas actividades donde el hombre se expresa, ya sea manifestando ideas, opiniones, informaciones, o a través del arte en sus diversas modalidades[76].

En este contexto, es necesario buscar un elemento que nos permita concretar el contenido de este bien jurídico, para lo cual debemos tener presente que el honor no solo debe permitirnos aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, sino el de protegernos de aquellos juicios e imputaciones que, por ser idóneos para perjudicar la fama o estimación personal, restringen nuestro ámbito de libertad, limitando nuestra participación en el sistema social, conforme a nuestra libre determinación. En este sentido, el honor se concreta al vincularse directamente con el *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, posibilitando que el ciudadano pueda optar por la forma de vida que estima oportuna, sin que su pretensión de respeto se vea disminuida por la forma de conducir su vida, con independencia de su apego o no a las pautas socialmente preponderantes.

El honor partiendo de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad se configura como aquel derecho que resulta igual

---

cuales fueren éstos. El honor no se halla en una relación de inmediatez superior a las del resto de los derechos constitucionales; LAURENZO COPELLO: *Ob.Cit.* p. 36: "... la dignidad constituye un atributo de las personas que se encuentra en la base de todos los bienes jurídicos asociados a derechos fundamentales, motivo por el cual resulta insuficiente por sí misma para dotar de especificidad al objeto de tutela de estos delitos".

[76] *Ob. Cit.*, p. 422.

para todos de acceder a un juicio positivo, o a mantener una *pretensión de respeto* que corresponde a toda persona por su condición de tal, cualquiera sea el modo de vida que haya elegido[77].

En consecuencia el honor no es un derecho que se debe mantener o conquistar mediante el cumplimiento de las pautas que nos impone la sociedad, sino el de asegurar un espacio de libertad igual para todos; por tal motivo la tutela penal se apresta frente a comportamientos que objetivamente sean idóneos para despertar el desprecio o descrédito social, y obstaculizar aquel espacio de libertad en el que se concreta el bien jurídico[78], *independientemente de que el hecho sea verdadero o falso*[79]. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que: "*Es en las relaciones sociales donde el honor puede verse comprometido, ya sea por ofensas directas (injurias) o por imputaciones carentes de verdad, o incluso cuando estas fueran ciertas y sean propaladas con el solo ánimo de agredir la condición de persona y su indesligable condición de ser social*" (STC 4099-2005-AA, fj. 5 y 6); "*el honor, sobre la base de la dignidad humana, es la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación*" (STC 3362-2004-AA/TC, fj. 14.b).

---

[77] "La doctrina penal es unánime en afirmar que el honor es el bien jurídico tutelado (..), el mismo que es valorado como uno de los bienes jurídicos más importantes, por significar las relaciones de reconocimiento fundadas en los valores sociales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad" (Exp. Nº 6129-97. Corte Superior de Justicia de Lima)

[78] MONTOYA CHAVEZ: *Ob. Cit.* p. 694, desde una perspectiva que consideramos próxima a la nuestra, señala que el honor es la competencia y la suficiencia de la persona de estar y actuar en la sociedad como parte integrante de ella, siendo reconocido como tal; su objeto es proteger la actuación efectiva de la persona en la sociedad. En ese sentido, la afectación del honor no se medirá según como se sienta la persona o según lo que opine la sociedad de la persona, sino de la capacidad del acto vulnerativo de hacer peligrar una "actuación efectiva y auténtica" en la sociedad, es decir, si realmente se impide su participación como un miembro de ella.

[79] LAURENZO COPELLO. *Ob. Cit.* pp 39-43.

De esta manera, atribuir a otro la condición de homosexual, moroso, sidoso, alcohólico, drogadicto o ratero –sean verdaderas o falsas estas imputaciones-, constituyen conductas típicas contra el honor, ya que son circunstancias personales desvaloradas por la sociedad que se muestran idóneas para perjudicar u obstaculizar las relaciones del afectado con su entorno social y por ende su participación en la sociedad. En efecto, a fin de establecer el carácter lesivo de una conducta no interesan las condiciones personales del sujeto (su sentimiento de valía, el cumplimiento de un determinado código ético o su reputación efectiva), sino que la conducta, desde un parámetro general, conforme a las distintas circunstancias concretas o históricas, constituya una ofensa lesiva al honor para cualquier ciudadano común o medio.

Bajo estas premisas, la mera imputación de un hecho falso no es automáticamente subsumible en el tipo penal de injuria, calumnia o difamación, para que esto suceda se requiere verificar que dicha imputación sea idónea para obstaculizar o afectar la participación del afectado en la sociedad; por ejemplo imputar a otro la condición de *"sidoso"* puede considerarse injurioso, pues conforme a las valoraciones sociales, esta enfermedad está asociada a comportamientos socialmente desvalorados (drogodependencia, homosexualidad, etc.), ello independientemente de que esta afirmación sea verdadera o falsa; lo cual no sucede con otro tipo de enfermedades como el cáncer, que no conllevan esa estigmatización social, por lo que la imputación de dicha enfermedad, por muy falsa que sea, no tiene el suficiente contenido para ser subsumida en alguno de los tipos de los delitos contra el honor, lo cual no impide su subsunción en alguno de los delitos que protegen la intimidad personal.

Asimismo, no debemos perder de vista que las circunstancias concurrentes pueden enervar desde un inicio el carácter ilícito de un comportamiento contra el honor, vg., llamar alcohólico a una persona en una reunión terapéutica de alcohólicos anónimos o tildar de homosexual a alguien en un determinado ámbito gay[80].

---

[80] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* pp. 41 y 42.

A manera de conclusión, podemos conceptuar al honor como la *pretensión de respeto* que corresponde a la persona, para ejercer libremente cualquier opción vital, ello en base a su dignidad y a la "valiosidad individual" que ha alcanzado o adquirido como resultado de su propio desenvolvimiento y rendimiento en la sociedad, el cual puede consistir en la realización de valores internos que solo se reflejan en el comportamiento de la persona y en sus acciones, o en la creación de bienes externos que reflejan el contenido valioso sobre su creador[81]; esto último no debe entenderse en el sentido que la protección de este derecho esté restringida a las personas que hayan alcanzado una realización personal y profesional socialmente reconocida, pues, como se ha indicado, son portadores del honor tanto las personas que han infringido la ley o que tienen una conducta reprochable de acuerdo a ciertos parámetros morales, como aquellas que puedan representar un modelo de realización social o moral; lo que se quiere dar a entender es que por el propio desenvolvimiento de la persona, la lesión a su honor puede a su vez comprometer varias posiciones iusfundamentales, lo cual debe ser tomado en cuenta a efectos de valorar la intensidad de la lesión[82].

### 1.2.2. CONTENIDO DEL DERECHO AL HONOR

Conforme lo hemos señalado el derecho al honor está conformado por las siguientes posiciones iusfundamentales:

---

[81] HUBMAN citado por MENDOZA ESCALANTE: *Ob. Cit.* p. 423.

[82] MENDOZA ESCALANTE: *Ob. Cit.* p. 426; PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 110, afirma que el honor es un bien jurídico que adquiere grados de desarrollo que tienen que ver con la realización del individuo como persona en un determinado sistema social, conforme a la consecución de determinados logros personales, proyectos profesionales, que pueden verse seriamente menoscabado cuando se propala un juicio de valor ofensivo, lo que, en todo caso, incide en el grado de afectación al bien jurídico, no en cuanto a la relevancia jurídico penal de la conducta.

i) ***Un núcleo sensible configurado a partir del principio de la dignidad.*** Sobre este punto, conforme ya se ha señalado, el derecho al honor se encuentra estrechamente ligado a la dignidad de la persona; en palabras del Tribunal Constitucional el objeto de este derecho es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión e información (STC 2790-2002-AA/TC, fj. 3). Sin embargo, el problema radica en establecer cuándo una conducta lesiva al honor implica una manifestación de desprecio o de humillación de la persona.

Al respecto, consideramos que existe una afectación a la dignidad de la persona cuando la conducta lesiva es una manifestación negativa o de denostación de las cualidades personales que constituyen la esencia del hombre, la cual se encuentra configurada por nuestra Constitución a partir del reconocimiento de un conjunto de derechos denominados derechos de la personalidad (como el nombre y la imagen) y de la proscripción de toda forma de discriminación.

Las conductas lesivas al honor que, a su vez, afectan la dignidad están constituidas por aquellas expresiones que afectan (injurian, escarnecen, denostan, menosprecian, humillan) el nombre, la imagen, el sexo, el origen, el credo religioso de una persona y, por otro lado, por aquellas expresiones que niegan la condición humana a una persona o a un colectivo.

ii) ***La integridad moral de la persona.*** Esta posición iusfundamental implica el reconocimiento de la persona como un fin en sí misma, investida de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento; por consiguiente, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a fines constitucionalmente legítimos y legalmente previstos. Se vulnera este aspecto del derecho al honor cuan-

do se somete a la víctima a un trato degradante, vg., el mal trato infligido a una persona detenida en un centro comercial por hurtar prendas de vestir, obligándole a que se desnude y adopte posiciones incómodas o humillantes; a aquella persona que sorprendida hurtando se le hace pasear por las calles completamente desnudas y con carteles humillantes; cuando se somete a un trabajador a condiciones particularmente extremas y vejatorias; o cuando se suele buscar situaciones para poner de manifiesto la condición de moroso del afectado con el deliberado propósito de generarle descrédito social y vergüenza personal, vg., colocarse con una ropa llamativa y con anuncios negativos en la puerta de una iglesia donde el deudor está a punto de contraer matrimonio.

*iii) **El prestigio profesional.*** Como se ha indicado el derecho al honor personal prohíbe que alguien se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena; en ese sentido, la protección de dicho bien abarca o comprende el prestigio profesional, en tanto una descalificación de la probidad profesional de una persona puede dañar gravemente su imagen pública y por ende su participación social.

El prestigio profesional, como bien señala MENDOZA ESCALANTE, constituye un aspecto de sustancial importancia en la reputación de una persona, en tanto y en cuanto representa un área específica de la reputación en general, pero debido al destacado significado que en tal ámbito ostenta, adquiere una importancia especial debido a que ella representa el reflejo del libre desarrollo de la personalidad en un importante ámbito social de la persona, el laboral[83].

[83] MENDOZA ESCALANTE: *Ob. Cit.* p. 430, razón por la cual, concluye este autor, el prestigio profesional constituye una posición iusfundamental cuya

En este sentido, el Tribunal Constitucional Español en la STC 223/1992, señaló que el trabajo representa "... *para la mujer y el hombre de nuestra época, el sector más importante y significativo de su quehacer en la proyección al exterior, hacia los demás e incluso en su aspecto interno es el factor predominante de la realización personal. La opinión que pueda tener la gente de cómo trabaja cada cual resulta fundamental para el aprecio social y tiene influencia decisiva en el bienestar propio o de la familia, pues de él dependen, no ya el empleo o el paro, sino el estancamiento o ascenso profesional con las consecuencias económicas inherentes ...*", lo cual le llevó a concluir a dicho Tribunal que "... *el prestigio profesional en este ámbito, especialmente en su aspecto ético o deontológico, más que en el técnico, ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor ...*".

Sin embargo, se debe tener en cuenta que no toda crítica o información sobre la actividad laboral o profesional de un individuo constituye una afrenta a su honor personal. En efecto, en la actualidad la actividad laboral o profesional posee una faceta externa, de relación social, que repercute en la imagen que de esa persona tengan los demás, por esa razón es susceptible de ser sometida a la crítica y evaluación ajenas, sin que ello suponga necesariamente el enjuiciamiento de la persona que lo desempeña y, en consecuencia, una afectación de su honorabilidad. En ese sentido, la protección del prestigio personal, solo alcanza a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional del individuo, constituyen, en el fondo, una descalificación personal; es decir, contra aquellas conductas que excedan a la libre evaluación y calificación de una labor profesional ajena, para encubrir con arreglo a su naturaleza, características y forma, una des-

lesión puede representar una mayor gravedad que si se incidiera en otro aspecto de la reputación distinto a él.

calificación de la persona misma, lo cual dependerá de las circunstancias concretas del caso[84].

*iv) La reputación personal.* De acuerdo a esta posición iusfundamental el derecho al honor prohíbe referirse a una persona de forma insultante o injuriosa, atentando injustificadamente contra su reputación, desmereciéndola ante la opinión ajena; con lo cual se busca garantizar la imagen que de una persona puedan tener los demás.

### 1.2.3. LA VERACIDAD DE LA OFENSA Y SU RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN PENAL DEL HONOR

Desde la posición estrictamente normativa que aquí se ha asumido, a fin de delimitar el contenido del bien jurídico honor, se ha concluido que la afectación de este bien jurídico se puede producir tanto por la imputación de hechos falsos como verdaderos. Asimismo, se debe precisar que para nuestra ley, el carácter verdadero o falso de una expresión no tiene ninguna relevancia a efectos de la configuración típica de los delitos contra el honor. Confirma esta tesis la restricción de la *exceptatio veritatis* a determinados supuestos; y de otro lado, que la acreditación de la veracidad de la conducta, hecho o cualidad que se profiere, conforme a nuestra regulación, no excluye la antijuricidad de la conducta, sino únicamente su punibilidad.

Como se ha indicado, la imputación de una conducta, hecho o cualidad, sean verdaderas o falsas, constituyen conductas típicas contra el honor, siempre que se muestren idóneas para perjudicar la participación del agraviado con su entorno social[85]. Bajo este contexto, se

---

[84] En ese sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 180/1999 (fj. 5).

[85] DE LUCA: *Ob. Cit.* p. 80, señala que si se imputa a alguien haber ganado el premio al habitante más sucio, hay una lesión al honor porque se trata de un demérito, nada cambia esta conclusión la circunstancia de que lo dicho sea verdadero; si se dice lo mismo, pero resulta ser falso, también hay lesión al honor, no por ser falso, sino por ser un demérito.

debe reafirmar que la lesión al honor no depende del carácter falso o verdadero del hecho o cualidad que se imputa, sino en el carácter disvalioso o valioso de la expresión en relación a la participación y desenvolvimiento del agraviado en dicho entorno social. En la misma perspectiva BUSTOS señala que la verdad de los hechos no importa para la configuración del injusto; pues, lo que se pretende es afectar el honor de la persona, su posición y sus posibilidades de desarrollo en las relaciones sociales[86].

En nuestro medio, en relación al delito de injuria, siguiendo la escuela "carrariana", se asume que se configura el delito, cuando se denosta a la persona haciendo referencia a los defectos físicos, aun cuando estos sean verdaderos[87]. Según CARRARA "... *nada quita a la esencia de la injuria el haber atribuido un simple defecto corporal, por más que sea visible a todos; y nada le quita (...) porque cuando los defectos físicos de un individuo, por más que sean visibles y conocidos de todos, le sean enrostrados con fin de ultraje y de desprecio, se produce en él un sentimiento de dolor y humillación, con lo cual el injuriante obtiene su fin maligno*"[88].

De igual modo, en relación al *delito de calumnia* se debe señalar que la afectación al honor se produce por la imputación de la comisión de un delito, el cual es desvalorado negativamente por la sociedad y

---

[86] *Ob. Cit.* p. 146.

[87] En este mismo sentido, en relación al delito de injuria: SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 279; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 344; PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 133; FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 457; SOLER: *Ob. Cit.* p. 219, en relación a la injuria en la modalidad de la *contumelia* -o de deshonra-, señala que es un delito lesivo de la autovaloración del honor, con independencia de que se trate o no de la imputación de algo verdadero y prescindiendo también del concepto de honor realmente merecido o disfrutado por esa persona; CREUS: *Ob. Cit.* p. 143, señala que aún la atribución de un hecho, calidad o condición verdadera puede configurar el delito de injuria, por lo que la acreditación de su existencia por parte del agente no elimina su punibilidad.

[88] CARRARA: *Ob. Cit.* p. 63 (& 1745).

la ley, independientemente de que dicha imputación sea verdadera o falsa. Si se determina que la imputación delictiva es verdadera únicamente se excluye la calumnia, pero igual se sigue verificando una lesión al honor.

La posición que asumimos permite desvincular de manera satisfactoria la protección del bien jurídico honor respecto del bien jurídico "intimidad personal". En efecto, como se ha anotado, las concepciones fáctica-normativas del honor restringen la lesión de este bien jurídico a la imputación de hechos falsos, lo cual no es compatible con una regulación restrictiva de la *exceptio veritatis*, ya que si la imputación de hechos verdaderos no lesionarían al honor, entonces la posibilidad de probar la veracidad de las imputaciones no debería tener ninguna limitación. Para salvar esta contradicción los defensores de tesis fáctico-normativa argumentan que con la limitación de la *exceptio veritatis* se busca garantizar la privacidad de las personas, con lo cual se vincula la protección de este bien jurídico con el de la intimidad[89]; sin embargo, con ello no se desvincula la lesión del honor de la verdad o falsedad del hecho imputado.

La exención de la pena mediante la prueba de la veracidad opera como una circunstancia excepcional, cuyo fundamento no radica en la protección adicional de otro bien jurídico -como la intimidad-, sino en la salvaguarda de otros intereses legítimos que el legislador considera necesarios considerar a costa de restringir la tutela del honor, conforme se verá más adelante[90].

Asimismo, se debe precisar que si bien en los casos de conflictos entre la libertad de información y el derecho al honor se exige la veracidad de la información para limitar la protección de este último, de esto no se puede deducir que la protección del honor este limitada a la imputación de hechos falsos. En estos casos, en realidad, estamos

---

[89] BERDUGO: *Ob. Cit.* p. 63; MOLINA FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 260.

[90] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* pp. 39-40.

ante un caso de ejercicio legítimo de un derecho, el de la libertad de información, el cual requiere que los hechos transmitidos sean solo subjetivamente veraces.

Finalmente, se debe señalar que la inclusión de la falsedad como elemento del tipo de los delitos contra el honor exigiría la prueba de la *verdad objetiva* del hecho imputado, lo que implica exigir certeza a quien la realiza, que en la práctica conllevaría, en el campo del ejercicio del derecho a informar, a que el informador cuente previamente con la total certeza de la verdad de los hechos a difundir, de lo contrario correría el riesgo de incurrir en delito, lo cual obstaculizaría el ejercicio fluido de la libertad de información[91].

### 1.3. LA DISPONIBILIDAD DEL HONOR

El honor es un bien personalísimo y su estrecha relación con la libertad personal lo convierte en un bien jurídico disponible por su titular, quien puede disponer de él como crea conveniente.

En tal sentido, el consentimiento negará la tipicidad del hecho, inclusive, en este caso ni siquiera tendrá relevancia penal la acción o conducta atribuida, ya que el sujeto es libre de disponer sobre su posición y desarrollo en la relación social (negando la relevancia penal del hecho y haciendo desaparecer lo prohibido), lo cual concuerda con nuestra legislación penal, ya que el art. 138° establece que los delitos contra el honor solo proceden por acción privada[92], es decir, que solo el afectado (titular del bien) es el único que podrá iniciar la acción penal; de no ejercitarla se presumirá que ha existido un consentimiento tácito.

---

[91] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* pp. 54-55.

[92] Exp. N° 2134-92 – Arequipa. Sala Penal: "(...) Las querellas no requieren que la querellante se constituya en parte civil, toda vez que su decisión de instaurar la acción penal constituye una demostración de su interés por las resultas del proceso, y por ende, el ejercicio de un derecho (...)".

## 1.4. TITULARES DEL DERECHO AL HONOR. SUJETO PASIVO

Como se ha indicado el derecho al honor se encuentra en estrecha vinculación con la dignidad personal, lo cual permite atribuir la titularidad de este bien jurídico a todas las personas (no hay individuos sin honor), aun cuando carezcan de aptitud para percibir de manera directa el contenido deshonroso de la imputación[93]; sin embargo, en la doctrina se pueden identificar los siguientes casos problemáticos:

### 1.4.1. CASO DE LOS MENORES DE EDAD

Un sector de la doctrina, desde las concepciones fácticas del honor (honor objetivo y honor subjetivo), ha sostenido que los menores de edad no pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor, argumentando que el menor no se ha formado aún una reputación (honor objetivo) o no posee la madurez de juicio suficiente para tener conciencia del sentimiento del honor (honor subjetivo); sin embargo, desde la concepción normativa que asumimos, dichas objeciones no son de recibo, ya que el derecho al honor, al tener una estrecha vinculación con la dignidad humana, es predicable a todas las personas[94],

---

[93] MOLINA FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 264; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* pp. 375-377; CREUS: *Ob. Cit.* p. 128; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 278.

[94] Actualmente de manera uniforme, aunque con diferentes argumentos, la doctrina concuerda en que los menores de edad también son titulares del derecho al honor. Por todos: FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p 405; SOLER: *Ob. Cit.* p. 195; NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 24, quien refiere que el niño tiene atributos personales, no sólo como tal, sino como futuro hombre o mujer; CREUS: *Ob. Cit.* p. 128, refiere que la consideración del futuro desarrollo de los atributos de un menor, es suficiente para advertir que su honor, en un sentido objetivo, también puede ser lesionado; DONNA: *Ob. Cit.* p. 327, aunque equivocadamente, siguiendo a MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, sostiene si bien la injuria no lesiona inmediatamente el honor del menor, sin embargo, las injurias que se viertan podrán atentar en su contra, habida cuenta del concepto que la gente se vaya formando de él, lo que le podrá ocasionar perjuicios cuando sea más grande. Al respecto, se debe precisar que del honor el menor es inmediatamente lesionado tan pronto como se profiere la ofensa.

aun cuando, en el caso de los menores, su falta de madurez no les permita discernir la magnitud de la ofensa.

Ahora bien, atendiendo a que con la represión penal de los delitos contra el honor se busca proteger a la persona del obstáculo que representaría para su dignidad y su libertad, los juicios negativos susceptibles de originar el descrédito comunitario o de transmitirle un sentimiento de humillación y desprecio, la lesión al honor de un menor deberá ser analizada en el caso concreto, valorando la naturaleza de la ofensa en relación con todas las circunstancias y, especialmente, con la edad del menor. En ese sentido, por ejemplo, decir a una niña de dos años o dos meses que esta corrompida, no tiene posibilidad de consecuencias futuras, por la sencilla razón de que dicha afirmación no es ni siquiera presumible en abstracto[95].

Sin embargo, si se trata de un menor con discernimiento, esto es, que puede diferenciar la naturaleza de la ofensa, estaremos claramente ante una afectación a su honor; puesto que desde una perspectiva subjetiva, de todos modos este hecho causará en el menor un sufrimiento, dolor o frustración; asimismo, desde una perspectiva objetiva, también podrá afectarse el ámbito social en el que interactúa el menor.

Se discute también si los menores de edad pueden ser sujetos pasivos del delito de calumnia. Sobre este punto la doctrina mayoritaria, a la cual nos afiliamos, considera que la calumnia contra un menor de edad no puede cometerse (o se torna imposible), ya que este no puede cometer un delito (es decir una acción típica, antijurídica y culpable); sin embargo, ello no impide que la acción atribuida pueda configurar una infracción penal, que sí es imputable a un menor y que también es desvalorada socialmente, y por ello puede afectar el honor del menor; consecuentemente, en estos casos, también se configurará el delito de injuria[96].

---

[95] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* pp. 405- 406.

[96] De otra opinión SOLER: *Ob. Cit.* p. 196, quien refiere quesi bien el menor de 16 años no es punible, a su respecto y por la imputación de delitos, se

### 1.4.2. LOS INCAPACES

De forma similar al caso de los menores de edad, se señala que las personas con incapacidad mental no están en condiciones de apreciar la ofensa o el carácter ultrajante de una expresión, por ende, no pueden ser considerados sujetos pasivos de un delito contra el honor; en estos casos, tampoco se podrá hablar de infracciones penales que se pueden imputar a un menor; sin embargo, aún en estos casos no se puede dejar de reconocer que los individuos con incapacidad mental merecen la estimación de su honor en tanto seres con dignidad[97].

### 1.4.3. LOS DIFUNTOS

Actualmente la doctrina es unánime en señalar que los muertos no tienen honor[98]; puesto que con la muerte termina la personalidad,

---

pueden pronunciar medidas cautelares considerablemente gravosas, dictadas, en el caso supuesto, sobre la base de falsas imputaciones delictivas. En el mismo sentido NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 130.
Por su parte DONNA: *Ob. Cit.* p. 328, refiere que los menores de 16 años podrán ser calumniados, pues el menor comete hechos delictivos pero que no son punibles y que pueden dar lugar a disposiciones tutelares respecto de ellos, en ese sentido, si el menor puede cometer delitos, es muy factible que falazmente se le atribuyan conductas delictivas.

[97] Actualmente de manera uniforme la doctrina reconoce la titularidad del honor a las personas con incapacidad mental. Así, FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 407; NUÑEZ: *Ob. Cit.* p 25, precisando que en estos casos lo protegido es el honor en sentido objetivo; en consonancia con este último CREUS: *Ob. Cit.* p. 128.
SOLER: *Ob. Cit.* p. 197, señala que los enajenados pueden ser ofendidos en el sentido subjetivo en la parte sana de la personalidad psíquica, sino que pueden ser objeto de descrédito social, afirmándose de ellos hechos injuriosos o calumniosos referentes a su pasado o a su valor presente.

[98] DE LUCA: *Ob. Cit.* p. 92; FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 408; DONNA: *Ob. Cit.* p. 330; SOLER: *Ob. Cit.* p. 201; CREUS: *Ob. Cit.* p. refiere que la punibilidad de las ofensa contra el honor requiere que se las haya inferido a una persona viva. En nuestro medio PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 194; PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 15; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 321. En contra WELZEL quien considera que los muertos también tiene derecho al honor (Citado por FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 408).

y ya no son sujetos de derecho, convirtiéndose en objetos de derecho. En efecto, los atributos de libertad y dignidad personal, a partir de los cuales se ha esbozado la definición del honor, se extinguen con la vida de las personas. El difunto no puede ser titular del derecho al honor porque ya no existe como entidad o sustrato real, lo cual es indispensable para asignarle la calidad de persona, titular de un interés que el Derecho penal deba proteger[99].

En relación a esta problemática la doctrina distingue tres situaciones que merecen distinguirse; estas son:

i) *Cuando la ofensa es inferida a una persona viva que fallece antes o después de haber incoado la acción penal contra el agresor.* En estos casos en realidad no se trata de una lesión al honor de un difunto, sino al de una persona viva, que como tal tuvo la posibilidad de ejercer la acción penal contra su agresor, siendo este derecho transmisible a sus herederos, quienes pueden incoar la querella o proseguir la ya instaurada por el titular.

   El Código Penal de México (Art. 219°) contempla una regulación especial para este supuesto prescribiendo lo siguiente: "*Cuando la difamación o la calumnia se hubiese cometido con anterioridad al fallecimiento del ofendido, no procederá la querella de las personas mencionadas (del cónyuge, concubina o concubinario, pareja permanente, ascendientes, descendientes o hermanos) si aquel hubiera permitido la ofensa y pudiendo hacerlo no hubiese presentado la querella, salvo que hubiere prevenido que lo hicieran sus herederos*".

   Nuestro Código Penal no contiene una disposición similar, por lo que consideramos que no existe mayor obstáculo para que, en este supuesto, los herederos legales ejerciten la acción penal correspondiente, *siempre y cuando en vida no se hubiere consentido la ofensa.*

[99] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 28.

ii) *Cuando la ofensa se refiere a una persona muerta, pero se lesiona el honor de una persona viva.* Como por ejemplo,cuando se tacha de impotente a un difunto se está reprochando al hijo el ser ilegítimo o la infidelidad de la madre casada; o cuando se enrostra al antepasado la usurpación de bienes ajenos, se está afirmando que el heredero está en posesión ilegítima de cosas de otro[100]. Lo mismo sucede cuando se reprocha de delincuente al difunto con motivo de los fines que tenía la sociedad que dirigía, ya que implica una lesión al honor para el director sobreviviente[101].

En estos casos en realidad tampoco existe mayor inconveniente ya que se trata de una lesión al honor de personas vivas, por lo cual el agraviado resulta siendo el sujeto pasivo de un delito contra el honor, y puede instaurar una querella por derecho propio; aunque también podría observarse simultáneamente una ofensa a la memoria del difunto, vg., cuando se dice que el difunto era un ser venenoso que únicamente pudo dar vida a una raza de víboras, se está ofendiendo tanto la memoria del difunto como el honor de sus descendientes[102].

iii) *Cuando la ofensa se dirige contra un difunto.* En estos casos algunos Códigos Penales[103] como el nuestro destacan la puni-

---

[100] CARRARA: *Ob. Cit.* p. 1819 (& 1819)

[101] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 27.

[102] CREUS: *Ob. Cit.* p. 129.

[103] En la legislación comparada han tipificado expresamente la ofensa a la memoria de un muerto el Código Penal de Alemania (Art. 189°); de Bolivia (Art. 284°); de Costa Rica (Art. 148°); de Honduras (Art. 168°); de Italia (Art. 597°); de Panamá (Art. 174°) y del Uruguay (Art. 338°), entre otros. El Código Penal del Paraguay (Art. 153°) si bien tipifica como delito la lesión a la memoria de un difunto, establece que el hecho no será perseguible si fuere realizado después de transcurridos diez años de la muerte del denigrado, salvo que el mismo constituyera, independientemente, otro hecho punible. Parecen reconocer el honor del difunto el Código Penal de Chile (Art. 424°) al destacar que: "*Podrán ejercitar la acción de calumnia o injuria el*

bilidad de la ofensa a la *memoria* de un difunto. Al respecto, NUÑEZ señala que el honor del difunto subsiste como memoria o recuerdo de los que viven, quienes por la vinculación con el difunto, pueden invocar interés jurídico en el amparo penal del contenido de esa memoria[104].

La doctrina de manera mayoritaria destaca que en estos casos, en realidad la víctima es la familia, por lo que este delito encuentra mejor ubicación en los delitos contra la familia[105].

### 1.4.4. LAS PERSONAS JURÍDICAS

A nivel doctrinal es bastante discutida la posibilidad de que las personas jurídicas –tengan o no personalidad jurídica-, puedan ser consideradas como sujetos pasivos de este delito. A este respecto, nuestro Código Penal actual no reproduce la redacción del art. 188° del CP de 1924, en la cual se hacía referencia a la persona jurídica o

---

*cónyuge, los hijos, nietos, padres, abuelos y hermanos legítimos, los hijos y padres naturales y el heredero del difunto agraviado*"; de México (Art. 219°), al consignar que: "... *cuando la difamación o la calumnia se refieran a persona ya fallecida, se procederá por querella del cónyuge, concubina o concubinario, (...)*".

[104] NUÑEZ: *Ob. Cit.* pp. 28-29; CARRARA: *Ob. Cit.* p. 181 (& 1820), ya consideraba el reconocimiento, en las personas que viven, de un derecho especial a que sea respetada la memoria de sus seres queridos, derecho que se apoya en el dolor moral que acarrea el oír que se ultraja su nombre; MANZINI (citado por FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 410), refiere que con la incriminación de la ofensa a la memoria de un difunto la ley ha querido asegurar a los que viven que la muerte no autoriza a que sean denigrados los muertos; ha reconocidos a los parientes próximos el interés de defender la memoria de sus seres queridos.

[105] En ese sentido, CARRARA: *Ob. Cit.* p.181, informa que los jurisconsultos romanos, no sólo reconocieron la solidaridad de la familia para conceder al padre y al marido la acción de injuria por los ultrajes causados al hijo y a la esposa, sino que declararon expresamente la represión penal para las injurias proferidas contra los antepasados, hasta el punto de declarar indigno de la sucesión al heredero que no hubiera reivindicado la memoria de su causante ante las difamaciones dirigidas contra él.

corporación como posibles sujetos pasivos del delito de injuria; lo cual desde nuestro punto de vista, no implica necesariamente la exclusión de la titularidad de un derecho al honor por parte de las personas jurídicas[106].

Un sector ciertamente mayoritario de la doctrina partiendo de la vinculación del bien jurídico honor con la dignidad y libertad personal, las cualesson exclusivas de la persona física, desde su nacimiento hasta su muerte, concluye que la persona jurídica o las personas colectivas no detentan un derecho al honor. Así, DE LUCA considera que el bien jurídico honor desde el punto de vista penal está referido exclusivamente a los individuos, los ataques al crédito, fama o reputación de una persona jurídica tienen protección en otras ramas del ordenamiento jurídico, incluidas las reparaciones del derecho civil[107]; LAURENZO COPELLO acota que el bien jurídico honor está vinculado con aspectos personalísimos del ser humano como la dignidad y el libre desarrollo de la personas, aspectos que no son trasladables a los entes colectivos sin perder su esencia[108]; MOLINA FERNÁNDEZ concluye que la persona jurídica no es titular del bien jurídico honor ya que la dignidad es exclusivo de la persona física desde su nacimiento hasta su muerte, no obstante ello precisa que si se opta por reconocer un honor a la persona jurídica –conforme lo hace el Tribunal Constitucional Español-, los atentados a dicho bien, en aplicación del principio de intervención mínima y *ultima ratio* deben ventilarse en la vía civil[109]; SALINAS SICCHA señala que la persona jurídica, al ser un ente ficticio, no tiene dignidad personal ni mucho menos personalidad, y si bien una perso-

---

[106] De un punto de vista distinto SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 278, para quien el hecho de que el Código Penal actual no haya repetido la redacción del anterior Código, es un indicativo de que no se protege penalmente el honor de las personas jurídicas.

[107] *Ob. Cit.* p. 96.

[108] *Ob. Cit.* p. 128.

[109] *Ob. Cit.* p. 266.

na jurídica goza de reputación o buena fama, esto es desde un punto de vista económico, por lo que las conductas que afecten dicho bien encuentran represión penal en el numeral 2 del art. 204° del Código Penal, que protege la buena reputación económica de la empresa[110].

Antes de analizar la problemática de la titularidad del derecho al honor por parte de las personas jurídicas, cabe señalar que la doctrina encuentra acuerdo en no excluir la posibilidad de la represión penal en aquellos casos en los que la injuria se dirija contra una persona jurídica o contra un colectivo sin personalidad, siempre y cuando trasciendan a los miembros de la persona jurídica o del colectivo, es decir cuando se deduzca con claridad un ataque al honor de las personas individuales[111]. En ese sentido, cuando por efecto reflejo o trascendencia, alguna imputación dirigida a una persona jurídica o un colectivo de personas pueda afectar a las personas físicas que la componen, la vía penal se encuentra habilitada para cada persona individual afectada, vg., cuando se afirma que los que dirigen la Empresa CoKe son unos estafadores; o que profesores de la facultad de Medicina de la Universidad Santo Toribio son doctores inescrupulosos que regalan notas a cambio de favores sexuales; o cuando se señala que el "Grupo X" es una comunidad de bandidos y de corruptos, o que tal Club es un Club de idiotas retrasados. En realidad, en estos casos, como señala FONTAN BALESTRA[112], no se ataca a la entidad, sino a las personas que pertenecen a ella, en forma conjunta y directa[113].

---

[110] *Ob. Cit.* p. 278.

[111] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 127.

[112] *Ob. Cit.* p. 413.

[113] Ejemplifica este tema la sentencia N° 176/1995 del TC Español, del 11 de diciembre de 1995 en el que se señaló, respecto del pueblo judío, que: "... *desde una perspectiva constitucional los individuos pueden serlo también como parte de los grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rasgo dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso (...). Por ello, pueden a su vez, como reverso, resultar víctimas de la injuria*

Sobre la problemática relativa al honor de las personas jurídicas, se debe decir en primer lugar, que las personas jurídicas son creadas por las personas físicas en mérito al ejercicio de otros derechos fundamentales, básicamente el derecho de asociación consagrado en el numeral 13 del art. 2° de la Constitución Política del Estado, con la finalidad de alcanzar unos fines que de otra forma no sería posible conseguir. En este contexto, las personas jurídicas deberán ser titulares de aquellos derechos fundamentales acordes con la finalidad que persiguen (vg., un sindicato deberá ser titular de la libertad sindical) y de aquellos derechos que aparezcan como medio o instrumento necesario para alcanzar dicha finalidad[114], entre estos últimos se encuentra el derecho fundamental al honor, ya que una afectación a la reputación de una persona jurídica puede imposibilitar que esta

---

*o la calumnia, como sujetos pasivos de estos delito contra el honor*". Cabe señalar que con esta sentencia dicho tribunal realizó un giro jurisprudencial respecto del significado personalista del derecho al honor que mantuvo en sentencias anteriores, así en el fundamento jurídico segundo de la STC 107/1988 señalaba que: "*En el contexto de estos asuntos de relevancia pública, es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido que el derecho al honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de instituciones públicas o clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral*".

[114] En relación a la titularidad de los derechos fundamente por parte de las personas jurídicas, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia N° T-445/94, señaló que: "... *existen derechos fundamentales que se predican exclusivamente de la persona humana, como el derecho a la vida y la exclusión de la pena de muerte (artículo 11°); prohibición de la desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12°); el derecho a la intimidad familiar (artículo 15°), entre otros. Pero otros derechos ya no son exclusivos de los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentren insertos en grupos u organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses comunes. En consecuencia, en principio, es necesario tutelar los derechos constitucionales fundamentales de las personas jurídicas, no per se, sino que en tanto que vehículo para garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales*".

pueda desarrollar libremente sus actividades dirigidas a la consecución de sus fines[115].

En segundo lugar, se debe señalar que la naturaleza del derecho al honor no impide su atribución a una persona jurídica. En este sentido, como ya se ha señalado, una de las posiciones iusfundamentales que se desprenden del derecho al honor está constituida por la reputación cuya finalidad es garantizar la imagen que de una persona puedan tener los demás; por ello, consideramos que no existe mayor inconveniente para extender esta garantía a favor de las personas jurídicas; más aún, si en un modelo social y democrático como el actual, el derecho a la reputación excede o supera el ámbito individual, para incidir también sobre grupos sociales de naturaleza heterogénea que son sensibles a la consideración que el entorno social tiene de ellos, fundamentalmente en cuanto a la actividad que realizan. Al respecto CARRILLO señala que "... *no es extraño verificar también en las entidades asociativas o incluso empresariales la lógica preocupación por el crédito social del que creen ser merecedoras. (...). Esta dimensión objetiva que ya se ha invocado como consideración ajena, fama o reputación es la que puede imputarse a una persona jurídica que haya recibido un daño que,* ab initio, *no presente una naturaleza de carácter explícitamente patrimonial. Este daño moral aplicado a entidades o personas colectivas no puede ser otro que aquel que sea sinónimo de menosprecio profesional social o empresarial; menosprecio que cuestiona la predisposición de la entidad que lo padece para presentarse en su propio ámbito socioprofesional o mercantil para prestar un servicio en buenas condiciones (piénsese, por ejemplo, en un hospital privado), ofrecer una formación de acuerdo con un ideario a una parte del cuerpo social (por ejemplo, un centro*

[115] VIDAL MARIN, Tomás: *Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional.* En Palestra del Tribunal Constitucional. Año 3, N° 10, Octubre del 2008, pp. 102-103, quien además precisa que en algunos casos, generalmente cuando se trata de sociedades civiles y mercantiles (entidades con ánimo de lucro) la difamación puede tener por objeto intereses puramente económicos y patrimoniales, intereses que no cabe incluir dentro del ámbito protegido del derecho al honor.

*escolar). Es en estos términos que tiene sentido invocar un derecho al honor de las personas jurídicas*"[116].

En igual sentido el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia STC 139/1995, dejó sentado que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales en general y, en concreto, del derecho fundamental al honor, en ese sentido argumentó que: "... *si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto estos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, solo en defensa de un interés legítimo (...), sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos, más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social. (...). Si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines (...). Puede sostenerse en consecuencia que, desde un punto de vista constitucional existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la titularidad de las personas jurídicas a determinados derechos fundamentales. Ahora bien, esta capacidad, reconocida en abstracto, necesita evidentemente ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental. Es*

[116] CARRILLO, Marc: *Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor*". En Derecho Privado y Constitución. N° 10, 1996, pp. 98-99.

*decir, no solo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por esta. En el presente caso, el derecho del que se discute esta posibilidad es el derecho al honor, con lo cual el examen se reconduce a dilucidar la naturaleza de tal derecho fundamental. (...). Aunque el honor «es un valor referible a personas individualmente consideradas», el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas. (...) «el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados* "ad personam", *pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa». En consecuencia, dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Bien es cierto que este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art. 10°.1 C.E. Pero ello no obsta para que normativamente se sitúe en el contexto del art. 18° de la C.E. Resulta evidente, pues, que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena (art. 7.7 L.O. 1/1982) (...)".*

Nuestro Tribunal Constitucional en esta misma línea ha señalado que: *"Aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, este no es un derecho que con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se dejen en una situación de indefensión constitucional ataques contra la "imagen" que tiene frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo"*[117].

En este contexto, consideramos que la persona jurídica también puede ser sujeto pasivo de los delitos contra el honor cuando su reputación sea afectada por la atribución de un hecho o cualidad que afecte su reputación[118]. Desde un punto de vista próximo, en nuestro medio, URQUIZO OLAECHEA considera que la persona jurídica tiene

---

[117] Exp. N° 905-2001-AA-TC (FJ 7).
Siguiendo esta línea nuestra Corte Suprema en una de sus últimos fallos ha señalado: "... *que el tipo penal de difamación requiere necesariamente que las frases reputadas como ofensivas se dirijan a una persona en particular que puede ser natural o jurídica, pues estas últimas también tienen derecho al honor en su aspecto objetivo, es decir, gozan de reputación, tal como ha dejado sentado el Tribunal Constitucional...*" (R.N.N° 3517-2008-ANCASH, de fecha 25 de enero del 2010).

[118] DONNA, Edgardo Alberto: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo II A, II-B Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 335, refiere que el Código Penal protege a los seres ideales cuando pune el descrédito y la deshonra; sin embargo, considera que una buena práctica legislativa debe incorporar un dispositivo que especifique que las asociaciones son sujetos pasivos del delito, y determine qué integrante de la misma se encuentra facultado para accionar penalmente.
En la legislación comparada el Código Penal de Costa Rica tipifica dentro de los delitos contra el honor, la propalación de hechos falsos concernientes a una persona jurídica o a sus personeros por razón del ejercicio de sus cargos que puedan dañar gravemente la confianza del público o el crédito del que gozan (Art. 153°). En el mismo sentido el Código Penal de Nicaragua (Art. 180°).

honor y una reputación que proteger, atendiendo a que la persona jurídica es un ente de relación social concreta y determinada que cumple funciones en el entramado social y que por tanto su concurrencia debe darse con derechos[119].

Finalmente, se debe señalar que las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos del delito de calumnia, ya que al no tener la posibilidad de delinquir, no se le podría imputar la comisión de un delito doloso; lo cual no impide que la atribución de un delito en contra de esta pueda calificarse de injuria o difamación según sea el caso; sin embargo, la atribución falsa de un delito será una calumnia contra la persona, componentes o directivos de la sociedad sobre quienes pueda recaer la imputación o la responsabilidad por el hecho falsamente imputado, no existiendo obstáculo para la instauración de una querella por calumnia e injuria. En este sentido, DONNA resalta la posibilidad de que una expresión desacreditante pueda constituir injuria tanto para la persona jurídica como para los miembros de la misma; mientras que de una imputación calumniosa puede resultar una injuria para la persona jurídica pero una calumnia para sus integrantes individuales[120].

---

[119] URQUIZO OLAECHEA, José: *Los delitos contra el honor en el Nuevo Código Penal.* En Revista Peruana de Ciencias Penales, Año 1, N° 01, Enero – Junio, 1983. *Ob. Cit.* p. 219; PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 22, señala que a la persona jurídica como tal se le reconoce el derecho de propiedad y posesión entre otros, por lo cual no existe mayor inconveniente para reconocerle su derecho al honor; sin embargo, la calidad de sujeto pasivo de una persona jurídica tiene que analizarse en relación a cada delito. Así la persona jurídica no podría ser sujeto pasivo del delito de injuria porque carece de honor subjetivo; tampoco del delito de calumnia porque no puede cometer delitos; sí en cambio puede ser sujeto pasivo del delito de difamación porque la persona jurídica tiene una reputación independiente de las personas que la componen. En ese sentido afirma que la persona jurídica puede haber alcanzado un prestigio con la seriedad de sus contratos, con la calidad de sus productos, prestigio o reputación que es independiente de sus integrantes.

[120] *Ob. Cit.* p. 335.

En cuanto a las *personas jurídicas de derecho público,* por el contrario, se debe afirmar que no pueden ser titulares de derechos fundamentales, por consiguiente no pueden ser titulares de un derecho al honor. En efecto, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo, en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar. En ese sentido, como bien lo ha precisado el Tribunal Constitucional Español (STC 107/1988), en relación a las instituciones públicas "*...es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son los valores que merecen protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor...*".

Sin embargo, en la legislación comparada, se observa que el Código Penal Uruguayo (Art. 338°) parece postular, incorrectamente, el derecho al honor de las personas jurídicas de derecho público al estipular que: "*En casos de ofensa contra una corporación social, política o administrativa, sólo se procederá mediante la autorización de la corporación ofendida o de su jefe jerárquico cuando se trate de autoridad que no se halle colegialmente organizada*". De igual modo el Código Penal de Nicaragua (Art. 191°) al establecer que: "*Si la calumnia o injuria fuere dirigida contra organismos (...), de las municipalidades o de las juntas nacionales o locales, el Representante del Ministerio Público de la jurisdicción del ofendido, a solicitud de este, podrá entablar la correspondiente acusación (...)*".

## 1.5. INDEMNIDAD POR LAS OFENSAS PROFERIDAS

Nuestra Constitución consagra un supuesto de indemnidad por las ofensas que pueda proferir un Congresista en el ejercicio de sus funciones, al establecer que: "*...no son responsables ante la autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones*" (2do. Párrafo del art. 93° de la Constitución).

Este supuesto, como precisa ZAFFARONI, no se trata de un supuesto de *inmunidad*, el cual se caracteriza por otorgar un privilegio que impide toda coerción sobre la persona sin un procedimiento a cargo de un órgano del Estado y cesa con el mandato; sino de un supuesto de *indemnidad* que excluye la tipicidad de la conducta y que se extiende aun cuando el Congresista haya cesado en el cargo[121].

Es discutible si esta disposición ampara a los Congresistas por expresiones relacionadas con su función pero vertidas fuera del ámbito congresal, vg., las proferidas en un programa televisivo o en una entrevista radial, etc.-; asimismo si alcanza a todo tipo de expresiones o solo a las relacionadas con la actividad congresal. Al respecto, la norma constitucional es clara al establecer la irresponsabilidad de los congresistas por las opiniones y votos que se *emiten en el ejercicio de las funciones*[122]; en tal sentido, solo las expresiones relacionadas con el ejercicio de la función se encuentran exoneradas de responsabilidad penal; por lo que no estarían exoneradas las ofensas que un congresista profiera contra otro, por temas estrictamente personales, por más que dichas ofensas hayan sido proferidas en el parlamento.

### 1.6. NATURALEZA DE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR. ¿DELITOS DE LESIÓN O DELITOS DE PELIGRO?

En la doctrina se discute sobre la naturaleza jurídica de los delitos contra el honor, esto es, si se trata de delitos de peligro o de lesión. Esta problemática en cierta forma se deriva de la naturaleza inmaterial del

---

[121] ZAFFARONI, Eugenio R; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro: *Derecho Penal. Parte General.* Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 193-194.

[122] DE LUCA: *Ob. Cit.* p. 43, en ese sentido refiere que en la competencia 387, la Corte Argentina conoció el caso de un diputado que había vertido expresiones durante un reportaje en su domicilio y publicado en el diario Clarín, en la cual sostuvo que las expresiones no estaban amparadas por la Constitución Nacional en virtud de que no se referían a su actividad funcional.

bien jurídico honor, circunstancia que no permite establecer cuándo se verifica un daño efectivo o uno meramente potencial, de ahí que se haya afirmado que el delito de injuria es de mera actividad que se agota en la acción manifestadora[123]. En efecto, determinar si se ha disminuido realmente la reputación de una persona como consecuencia de una manifestación o expresión es prácticamente imposible.

Ello ha llevado a considerar a este delito como uno de peligro, con lo que se elimina este problema. Al respecto algunos autores como NUÑEZ señalaban que el delito de injuria es un delito de carácter formal ya que para su configuración basta una conducta que, con arreglo a las circunstancias, tenga capacidad para lesionar la honra o el crédito ajeno, aunque no se lastime efectivamente la honra del agraviado o se mantenga incólume su reputación[124].

---

[123] Por todos MORALES PRATS, Fermín en: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal.* Quintero Olivares (director). 2da. Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 680, quien considera al delito de injuria como un delito de mera actividad porque se trataría de un delito sin objeto material cuya consumación depende solo de la realización de la acción; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS: *Ob. Cit.* p. 395, en relación al delito de calumnia, señalan que por su condición de delito de simple actividad, no permite concebir más que a un solo autor; asimismo, asumen que la consumación de este delito se produce con la difusión, y en el momento en que éste tenga lugar, con independencia de que el ofendido tome conocimiento entonces o más tarde.

[124] *Ob. Cit.* pp. 72-74, en este punto el citado autor cita la Sentencia de Casación de Italia, frente al Código de 1930, en la sentencia del 10-XI-937, en la cual se señaló que: "... *en materia de injurias no es necesario que el sujeto pasivo se haya sentido efectivamente lesionado en el honor o en el decoro, porque la ley lo tutela independientemente del modo que él haya tomado en realidad la* injuria". En ese mismo sentido CARRARA: Ob. Cit. p. 193, señala que el delito de injuria era un delito formal, en el sentido de que para su consumación no se requería que efectivamente haya ocurrido el descrédito y el deshonor del injuriado; y aunque si bien este autor considera que para la objetividad de los delitos contra el honor basta el solo dolor moral del ofendido, el cual, conforme recalca el citado autor, con seguridad se logra con cualquier injuria, ya que no puede existir un hombre tan estoico como para permanecer insensible ante el propio vilipendio, sin embargo, no exige

Al respecto, debemos tener en cuenta que, si en efecto, se parte de una concepción fáctica del honor, identificando este bien jurídico con la autoestima (honor subjetivo) y con la reputación (honor objetivo), la consideración de estos delitos como delitos de lesión, implicaría que se tenga que establecer el menoscabo real y efectivo de la reputación de una persona en un determinado ámbito social, lo cual, como se ha indicado, es una tarea que en la práctica resultaría imposible, de ahí que desde esta perspectiva se haya asumido que los delitos contra el honor son delitos de peligro, en los que basta la idoneidad de la conducta para producir un menoscabo a la autoestima o reputación del agraviado.

Sin embargo, desde una perspectiva normativa, el bien jurídico honor se vincula directamente con el *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, el que posibilita que el ciudadano no vea restringido su ámbito de libertad o su participación en el sistema social, por tal razón, la tutela penal comprenderá a los comportamientos que objetivamente son idóneos para generar el desprecio o descrédito social, y por ende, idóneos para afectar el ámbito de libertad del ciudadano, aun cuando no es necesario que tal menoscabo se determine en forma específica para la configuración del delito. En consecuencia, se puede considerar a estos delitos, como delito de peligro; configurándose cuando se viertan las imputaciones y juicios peyorativos contra el agraviado, independientemente de que efectivamente se logre o no deshonrarlo o desacreditarlo. Obviamente se tratará de un *delito de peligro concreto*, toda vez que el objeto de protección, honor de una persona específica y determinada, está debidamente identificado, y la acción ofensiva, precisamente, está directamente (aun cuando también puede ser indirectamente) dirigida a la afectación del referido honor[125].

---

la acreditación de la afectación moral del ofendido por el acto ofensivo, a efectos de establecer la consumación de este delito.

[125] "Los delitos de peligro concreto requieren, además de una imputación del comportamiento, una imputación del resultado. Como lo señala JAKOBS, el peligro concreto es un resultado, ya que es algo más que la realización de

## 1.7. EL DERECHO AL HONOR Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Nuestra Constitución reconoce como derechos fundamentales tanto el derecho al honor como el derecho a la intimidad personal y familiar en su artículo 2° inc. 7. En relación a este último, la doctrina distingue entre vida íntima y vida privada. *La vida privada*, que es el género y que engloba a la intimidad, es entendida como: "... *el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño*"[126]; mientras que la intimidad es el ámbito de la vida privada que el hombre reserva para sí; el ámbito de la creatividad, de la reflexión, de la formación de las ideas y, por ello, constituye una necesidad existencial[127].

---

una acción en determinadas circunstancias subjetivas, esto es, la producción de una situación de peligro para determinado objeto de ataque existente en la realidad". GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho penal económico.* Grijley, Lima, 2007, p. 379.
Tal como lo hemos señalado en páginas anteriores, en los delitos de *peligro concreto*, la acción delictiva entra en contacto con el bien jurídico u objeto de protección de la norma, se trata de un objeto determinado e identificado; inclusive, se dice que estos delitos son de resultado, no de un resultado lesivo, pero sí de una afectación más o menos concreta del objeto de protección.

[126] STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC (Caso Magali Medina), del 17 de Octubre del 2007 (Fj. 39). En la STC Exp. N° 0072-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional también señaló que la vida privada implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano a través del libre desarrollo de la personalidad.

[127] MORALES GODO JUAN, Juan: *Derecho a la Intimidad y Personales Públicos.* En: *Diálogo con la Jurisprudencia.* Año 8, N° 42, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2001, p. 19. En este mismo sentido DELGADO TOVAR, Walther Javier: *El delito de Violación de la Intimidad.* En: *Gaceta Penal & Proceso Penal,* Tomo 16, Gaceta Jurídica, Lima, Octubre de 2010, señala

El derecho al honor y a la intimidad son derechos próximos, pero no coincidentes[128]. En efecto, ambos derechos encuentran sintonía en la dignidad humana y son presupuestos de la participación del individuo en la sociedad, prueba de ello es que nuestra Constitución consagra ambos derechos en el mismo precepto; y, ambos pueden verse afectados simultáneamente por el relato o imputación de hechos verdaderos[129], por ejemplo cuando se imputa a otro su condición de adúltero, o de tener determinados vicios sexuales (ninfomanía), o cuando se expone de manera evidente la condición de moroso de una persona mediante signos externos claramente ofensivos. No obstante ello, se debe señalar que ambos derechos se mueven en dos planos distintos, el honor se encuentra en contacto directo con la participación del individuo en la comunidad; mientras que la intimidad garantiza un ámbito de no injerencia en un ámbito privado, ya sea asegurando la falta de información, o mediante el control de dicha información.

En ese sentido, el honor no se identifica con la intimidad; y si bien la lesión de esta última en algunos casos puede configurar, a su vez, una lesión al honor, ello no siempre es así, ya que la revelación de hechos relativos a la intimidad de una persona no conlleva necesariamente a la afectación negativa de su honor; es más, puede tener una incidencia positiva, y pese a ello, constituir un ataque a la intimidad de esa persona -vg., la publicación de una foto de un líder político en estado vegetativo o revelar que padece de una enfermedad incurable

---

que la intimidad es aquel ámbito de la personalidad que todo titular busca mantener libre de intromisiones de terceros, puesto que contiene los aspectos más importantes de la vida personal y familiar.

[128] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Honor y Libertad de Expresión.* Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 62.

[129] En este sentido se debe precisar que la confluencia de lesión de los bienes jurídicos honor e intimidad sólo pueden suscitarse respecto de la imputación de hechos verdaderos, ya que si los hechos imputados son falsos, no se estaría revelando alguna circunstancia perteneciente a la esfera de privacidad del sujeto pasivo.

como el cáncer, incluso exteriorizar que una persona realiza obras de caridad anónimamente, no constituyen lesiones al honor al no implicar ningún demérito, no obstante ello, sí hay una lesión a la intimidad de dichas personas-. De igual modo, la afectación al honor no siempre implicará una lesión a la intimidad[130].

Asimismo, se debe tener en cuenta que el momento del ataque de ambos bienes jurídicos puede ser distinto; así, la intimidad se lesiona al tomar conocimiento de hechos comprendidos en ella aun sin su difusión o divulgación, mientras que el derecho al honor, en razón a la naturaleza de este bien jurídico, implica la comunicación de un hecho o de un juicio de valor a otras personas[131], o con su difusión o divulgación.

Desde esta perspectiva, consideramos que existiría un concurso real de delitos entre el delito de violación a la intimidad (Art. 154°) y de Difamación (Art. 132°) cuando el agente filma las relaciones sexuales que mantiene una mujer con sujeto a cambio de una prestación dineraria, para luego difundirlas por un medio televisivo, atribuyendo a la citada mujer la condición de prostituta; asimismo, existirá un concurso ideal entre el delito de revelación de la intimidad personal (Art. 156°) y de Difamación (Art. 132°) cuando el abogado de una persona revela ante los medios de comunicación que su patrocinado mantiene relaciones sexuales con jóvenes a cambio de una prestación dineraria. No existiendo inconveniente para tramitar ambos delitos en un mismo proceso de querella.

## 1.8. EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN

En nuestros días, si bien es cierto que la protección del honor se halla prevista tanto en la Constitución Política como en la legislación

[130] PEÑA CABRERA-FREYRE: *Ob. Cit.* p. 121.

[131] BERDUGO: *Ob. Cit.* p. 63.

penal y civil, la desmedida intrusión de la prensa en la vida familiar y en la intimidad de ciertos personajes públicos ha puesto en conflicto el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información, existiendo posiciones encontradas respecto a la prevalencia de uno u otro bien jurídico; planteándose de esta forma la interrogante de si el ejercicio de estas libertades gozan de un valor predominante frente al honor[132].

Nuestra Constitución, al igual que el derecho al honor, reconoce en su artículo 2°, numeral 4) como derecho fundamental, las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno. En el mismo precepto constitucional se señala también que los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común, con lo cual se pone en evidencia que los derechos de información y expresión no tienen un carácter ilimitado, por cuando a través de su ejercicio es factible la comisión de un delito, lo que presupone la afectación de un derecho fundamental (vg., la intimidad y el honor), el cual constituiría un límite a su ejercicio.

Sin embargo, se debe acotar que estos derechos tienen un campo de actuación autónoma y no necesariamente en conflicto con el derecho al honor; solo excepcionalmente, cuando la difusión de hechos o de juicios de valor de trascendencia pública puedan afectar bienes jurídicos que merecen protección penal, como el honor de alguna persona, surgirá el conflicto. En razón de ello, resulta ineludible pronunciarnos sobre los conflictos que se generan entre estos derechos fundamentales, ya que el ejercicio de la libertad de información y expresión, en una

[132] Así por ejemplo MORALES PRATS establece la existencia de una prevalencia de la libertad de expresión sobre el honor en caso de conflicto. (MORALES PRATS, Fermín. Adecuación Social y Tutela Penal del Honor: Perspectiva Despenalizadora. Cuadernos de Política Criminal N° 361, p. 663.

sociedad democrática como la nuestra, va a modificar el tratamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la lesión al bien jurídico honor, se ha producido en el ejercicio legítimo de estos derechos, como se ha indicado.

### 1.8.1. EL CONTENIDO Y LÍMITES DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN. SU VALOR PREFERENTE

En el marco normativo internacional ambos derechos se encuentran regulados en diversos instrumentos internacionales. Así, de manera amplia se señala que: "*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión* (Art. 19° de la Declaración Universal de Derechos Humanos); "*Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio*" (Art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre); "*Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección*" (numeral 2 del art. 19° de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); "*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección*"(numeral 1 del art. 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Asimismo, dichos instrumentos internacionales reconocen que estos derechos admiten limitaciones. Así el tercer párrafo del art. 19° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que el ejercicio de ambos derechos: "... *entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones*

*que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas en la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*"[133].

Frente a esta profusa regulación, y en consonancia con nuestro texto constitucional, se debe precisar que la libertad de expresión y la libertad de información se distinguen por su objeto. La *libertad de expresión,* como su nombre lo indica, tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones -concepto amplio dentro del cual deben incluirse también las creencias y los juicios de valor-, garantizándose la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir por cualquier forma -ya sea lingüísticamente (oral o escrita), simbólica o artísticamente (a través de ilustraciones, imágenes, fotos, pinturas, esculturas) o a través de una conducta expresiva (la enarbolación de banderas rojas como símbolo del comunismo, la quema de banderas, el portar listones negros como protesta contra una guerra, la denegatoria a la jura de bandera del Estado, etc.)- y a través de cualquier medio –ya sea a través de periódicos murales, panfletos, por la prensa escrita, radio, televisión e internet-[134]. Mientras que la *libertad de información* tiene por objeto la libre comunicación y recepción de información sobre hechos que puedan considerarse noticiosos, con lo que se garantiza la búsqueda, recepción y difusión de las informaciones sobre hechos o noticias de cualquier índole, sin limitación de formas y medios. Sin embargo, se debe reconocer que esta distinción en el nivel práctico, a veces, resulta sumamente difícil, ya que usualmente la expresión de las ideas a menudo necesita apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, en la narración de hechos no pocas veces se dejan de lado los juicios de valor.

---

[133] En el mismo sentido el segundo párrafo del art. 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[134] MENDOZA ESCALANTE: *Ob. Cit.* pp. 113-114.

Sobre la importancia de estos derechos se ha señalado que la libertad de expresión e información *son piedras angulares* en la existencia misma de una sociedad democrática[135], ya que son indispensables para la formación libre y racional de la opinión pública. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985 (párrafo 31, 32 y 70), señaló que el derecho a la libertad de expresión es fundamental e imprescindible para la vida democrática, pues son inherentes a la democracia el debate libre, la mayor circulación posible de información y opiniones y el respeto de los disensos; por otro lado, destacó que estos derechos comprenden dos dimensiones igualmente importantes y que deben garantizarse simultáneamente: una individual, mediante la cual se reconoce el derecho de los individuos a no ser arbitrariamente impedidos de expresar sus propios pensamientos; y una dimensión social, que implica el derecho de todos los miembros de la sociedad a conocer o recibir las informaciones u opiniones que otros puedan difundir[136].

En este contexto, se ha señalado que estos derechos no sólo son derechos individuales, sino que, además de su doble dimensión (subjetiva y objetiva), tienen un *contenido institucional* en tanto que su ejercicio sirve de garantía a la conformación de una *opinión pública libre* -institución política fundamental-, indisolublemente ligado con

---

[135] En ese mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Handyside* y *Sunday Times* señaló que "*La libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, además de una de las condiciones básicas para el progreso de la sociedad y el desarrollo de la persona. Con sujeción a los dispuesto en el artículo 10°, es aplicable no sólo a las 'informaciones' o 'ideas' recibidas favorablemente, o contempladas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas otras capaces de ofender, sacudir o molestar al Estado o a un sector de la población. Así lo reclama el pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras, sin las cuales no hay 'sociedad democrática'*". (Párrafo 49).

[136] Este estándar ha sido sostenido por la Corte en los siguientes casos "La Última Tentación de Cristo" (párrafos 64-67); "Baruch Ivcher Bronstein" (párrafos 146-149); "Herrera Ulloa" (párrafos 108-111); "Canese" (párrafos 75-77); y "Kimel" (párrafo 53).

el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. Como consecuencia de esta función institucional que desempeñan, se deriva la *posición preferente o prevalente* de estas libertades frente a otros derechos fundamentales (vg. honor e intimidad), por lo que al producirse un conflicto o colisión con estas libertades, las restricciones que en dicha situación pueden derivarse deben interpretarse de modo que el contenido fundamental del derecho de expresión e información, dada la función institucional que cumple, no quede desnaturalizado ni incorrectamente relativizado. Sin embargo, se debe anotar que esta posición preferente no debe interpretarse como el reconocimiento, como lo hace la jurisprudencia norteamericana, de una jerarquía interna, abstracta y absoluta entre los derechos fundamentales -en el presente caso de una preferencia absoluta de las libertades de expresión e información frente al derecho al honor-, sino de una prevalencia concreta y condicionada, a determinarse a través de la ponderación, cuyo resultado puede apuntar en cualquier dirección, ya sea a favor de la libertad de información y expresión o a favor del derecho al honor[137].

---

[137] La ponderación, la concepción institucional de la libertad de opinión, su carácter prevalerte y la doble dimensión de los derechos fundamentales, fue abordada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán a partir del caso LUTH. Los hechos que configuraron dicho asunto fueron los siguientes: Eric Luth dirigió un llamado al público –los propietarios de cines y distribuidores fílmicos–, a boicotear las películas que Veit Harlan produjo después de 1945, basado en que Harlan fue el más prominente realizador de filmes nazis, ya que con su película "dulce judío" se convirtió en uno de los más importantes exponentes de la persecución nazi de judíos. El Tribunal de Primera Instancia de Hamburgo condenó a LUTH a no hacer llamado alguno a boicotear la nueva película de Harlan "Amada Inmortal"; contra dicha sentencia se promovió una queja constitucional, y el Tribunal Constitucional Federal Alemán revocó dicha sentencia al considerar que el llamado al boicot por parte de LUTH estaba protegido por la libertad de opinión. En relación a la ponderación, en dicha sentencia se señaló que el derecho a la libertad de opinión tiene que retroceder si intereses dignos de protección de más alto rango de otra persona fueran lesionados a través del ejercicio de la libertad de opinión, intereses que ha de indagarse en base a todas las circunstancias concretas del caso. En relación a la condición de

En este mismo sentido, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado, aunque en relación al derecho de acceso a la información pública, señalando que: "... *debido a las trascendentales funciones que el derecho de acceso a la información pública está llamado a cumplir en la consolidación del Estado democrático de derecho, este Tribunal ha señalado que se trata de una "libertad preferida". Tras esa condición del derecho al acceso a la información, evidentemente, no existe una afirmación en el sentido de que en el seno de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales, de manera que una colisión de éste con otros derechos pueda resolverse, en abstracto, haciendo prevalecer al que tiene la condición de "libertad preferida". Todos los derechos constitucionales tienen formalmente la misma jerarquía, de modo que en supuestos de colisión entre ellos, la solución del problema no puede consistir en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica...*" (Exp. N° 1219-2003-HC/TC. Fj. 6).

A manera de conclusión se puede señalar que el valor preferente de los derechos de información y expresión no tienen un carácter absoluto, ya que al tratarse de libertades reconocidas como garantía de una opinión pública libre, solamente pueden calificarse de legítimas las intromisiones que en otros derechos fundamentales puedan derivarse de su ejercicio que guarden congruencia con la finalidad de estas libertades, esto es, con la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general; por el contrario, carecen de tal efecto legitimador cuando la intromisión resulta desmesurada y fuera del contexto del interés general.

---

precedencia de la libertad de expresión se señaló que esta radica en que contribuye a la formación de la opinión pública, en ese sentido, en el caso concreto, se concluyó que el llamado al boicot que proclamaba LUTH concernía a la opinión pública alemana de ese entonces.
Estos planteamientos también han sido seguidos por el Tribunal Constitucional Español (Ver STC 172/1990, fj. 2; STC 240/1992, fj. 3; STC 336/1993, fj. 4; y STC 51/1997, fj.4).

### 1.8.2. CRITERIOS DE SOLUCIÓN AL CONFLICTO

Las libertades de expresión e información, en cuanto derechos de defensa, constituyen derechos a acciones negativas, esto es, derechos al no impedimento de acciones consistentes en opinar o informar, lo cual permite caracterizarlos como *permisiones* de actos de opinión o información; mientras que el derecho al honor constituye un derecho de acción negativa, concretamente un derecho de no afectación, por lo cual implica una *prohibición de afectación*. El conflicto entre ambos derechos se caracteriza por una contraposición entre dos modalidades deónticas consistentes en que un acto de manifestación de pensamiento, opinión o información está *permitido* por las libertades de información y de expresión y, a la vez, *prohibido* por el derecho al honor de otro[138].

Caracterizada de esta forma el conflicto entre las libertades de información y expresión y el derecho al honor, las soluciones que a dicho conflicto propone la doctrina son las siguientes:

i) Un sector pretende eludir la colisión o conflicto entre ambos derechos insertando un elemento propio de la libertad de información, como es la *veracidad del hecho*, al campo del derecho al honor, con lo cual se sitúa el límite de la tutela del honor precisamente donde comienza la actuación legítima del derecho a informar. En efecto, como ya se ha anotado, las concepciones normativas fácticas del honor sitúan la falsedad del hecho como un elemento del tipo objetivo de los delitos que atentan contra el honor, con lo cual se elimina de antemano el conflicto entre ambos derechos, ya que el campo de actuación de la libertad de información permanece fuera del ámbito de los delitos contra el honor.

   Sin embargo, conforme se ha indicado, una de las consecuencias de esta posición es que la exención de la pena quedará supeditada a que se acredite la verdad objetiva del hecho imputado, lo

[138] En este sentido de modo claro MENDOZA ESCALANTE: *Ob. Cit.* p. 117.

cual implica que el informador antes de difundir una noticia o información, debe tener certeza sobre los datos que pretende difundir, grado al que difícilmente se puede llegar, existiendo siempre el riesgo de que se pueda incurrir en un delito contra el honor por un hecho que posteriormente se comprueba como falso, con lo que se termina por obstaculizar un ejercicio razonable y fluido de la libertad de información[139]; además, se debe acotar que una concepción *normativa fáctica* del honor no soluciona el conflicto de este derecho con la libertad de expresión, el cual gira, no en torno a hechos noticiosos, sino en relación a opiniones y juicios de valor, las cuales no pueden ser objeto de un juicio de veracidad, sino de necesidad, conforme se verá más adelante.

ii) Otro sector doctrinal propone la solución de este conflicto recurriendo a la teoría de los *animus* en los delitos contra el honor. Desde esta perspectiva, GARCIA CANTIZANO, sostiene que el contenido que define al honor como objeto de protección penal es relativo y circunstancial, por lo que la intención con el que actúa el agente puede ayudar a determinar el tipo penal en el delito de injuria. En ese sentido, la citada autora, pone de relieve que este conflicto puede ser solucionado apelando al *animus* del agente; así, considera que si la actuación del agente venía marcada por una intención de carácter informativo, dicha conducta resulta atípica por la ausencia del elemento subjetivo característico de los delitos contra el honor, esto es con el *animus injuriando* o *difamandi*[140].

Sin embargo, conforme se señalará más adelante, el tipo subjetivo de los delitos contra el honor, conforme a nuestra normativa, no requiere de otro elemento subjetivo distinto al dolo; una posición contraria infringiría el principio de legalidad. De

[139] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 55.

[140] GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* pp. 666-667.

otro lado, cabe señalar que recurrir a la teoría de los *animus* en los delitos contra el honor para solucionar este conflicto, resulta engañosa y dogmáticamente muy discutible, entre otras razones, porque desde un punto de vista constitucional, conduce a la desprotección del bien jurídico honor. Pues dejaría la punibilidad de sus lesiones al albur de que el autor haya querido o no hacer un esfuerzo de conciencia para comprobar si su comportamiento estaba realmente prohibido; además el *animus injuriandi* o *difamandi* y el dolo en los delitos contra el honor se superponen de una manera total y completa. En efecto, el que profiere expresiones que tienen objetivamente un sentido lesivo al honor y sabe lo que hace, queriéndolo o aceptándolo, habrá obrado con dolo, resultando que, para la intención específica de injuriar o de difamar, no queda espacio alguno, ya que este queda abarcado por el dolo[141].

En ese sentido, quien en un contexto informativo o de crítica, profiere expresiones o hechos de los cuales tiene conocimiento que afectan el honor de otro, y a pesar de ello realiza la conducta en su afán de informar o de criticar, habrá actuado con dolo, esto es con conocimiento y voluntad de lesionar el honor de otra persona, con lo cual queda satisfecho el tipo subjetivo de los delitos contra el honor; lo que sucede en estos casos, como se verá más adelante, es que la conducta queda justificada por el ejercicio legítimo de un derecho (de información o expresión).

**iii)** Otro sector doctrinal recurre a las teorías de la *adecuación social y la del riesgo permitido*,a partir de las cuales sostiene que en estos casos no existe un conflicto de derechos. De acuerdo a la primera tesis, las acciones que se realizan en el

[141] BACIGALUPO, Enrique: *Colisión de Derechos Fundamentales y Justificación en el Delito de Injuria.* En Revista Española de Derecho Constitucional, Año N° 07, N° 20, 1987. p. 88.

ejercicio legítimo de un derecho fundamental se encuentran acordes con la Constitución, motivo por el cual son adecuadas al sistema social, y por ende fuera del ámbito de protección penal[142]; mientras que desde la segunda perspectiva (*riesgo permitido*), los atentados contra el honor realizados dentro de los límites de la libertad de información y expresión, en un estado democrático, quedan fuera del alcance de las normas penales, ya que estas protegen al honor frente a otro tipo de ataques, mas no de los que se realizan en ejercicio del derecho a informar.

Estas soluciones dogmáticas a nuestro criterio resultan incorrectas, por cuanto parten de la preferencia absoluta de las libertades de información y expresión frente al honor, olvidando que el derecho al honor también es un derecho fundamental y por tanto goza de las misma jerarquía[143]; más aún, si se tiene en cuenta que conforme al art. 19° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el ejercicio de las libertades de expresión e información no puede vulnerar *"...el respeto a los derechos o a la reputación de los demás"*.

**iv)** Finalmente, un sector mayoritario, al cual nos afiliamos, parte de la igualdad jerárquica de todos los derechos fundamentales (entre ellos los derechos de información, expresión y el derecho al honor), para propugnar que este tipo de conflictos deben resolverse a través de un juicio ponderativo, mediante el cual, a partir del caso concreto, se dé preferencia a un interés sobre

---

[142] MORALES PRATS: *Ob. Cit.* p. 690.

[143] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 59, refiere correctamente que las tesis de la atipicidad sólo tiene sentido si el ámbito del ejercicio legítimo del derecho a informar –y de expresión agregaríamos nosotros-, se superpusiera íntegramente al campo del honor, lo cual como se ha indicado no es correcto porque el honor como derecho fundamental goza de la misma protección al igual que cualquier otro derecho fundamental, razón por la cual es necesario recurrir a un juicio ponderativo que atienda al caso concreto.

otro, sin renunciar de manera general y anticipada a la tutela de alguno de ellos. Desde esta perspectiva, el órgano judicial teniendo en cuenta las circunstancias concretas, deberá ponderar si la actuación del informador se ha llevado a cabo dentro del ámbito constitucionalmente protegido o, si por el contrario, ha transgredido dicho ámbito. En el primer caso, si la labor del informador se ha mantenido dentro de los fines y objetivos constitucionalmente previstos, no podrá considerarse afectado de manera ilegítima el derecho al honor; por el contrario, si la actuación ha desbordado o no se ha mantenido dentro de dicho ámbito, existirá una afectación al honor que debe ser reprimida penalmente.

Este método que es comúnmente aplicado por los tribunales constitucionales y que se denomina "*balancing*", consiste, en hacer un análisis casuístico de las circunstancias concretas del caso para determinar si el ejercicio de las libertades de información y expresión ha sido constitucionalmente legítimo, debiendo por tanto prevalecer sobre la posible intromisión al honor de la persona afectada por la información o la opinión; por el contrario, de no verificarse la concurrencia de dichas circunstancias, la balanza se inclinará en sentido contrario, concediendo supremacía, en el caso concreto, al derecho al honor.

Asimismo, se tendrá que ponderar la necesidad o presencia de un interés público en la información, a la vez que cuidando de que no se afecte innecesariamente el derecho al honor, procurando proteger el núcleo duro de este derecho.

Desde esta perspectiva, la solución dogmático-penal parte de la tipicidad de las conductas que, en el ejercicio de la libertad de expresión y de información, atenten contra el honor de las personas; pero que se encontrarían justificadas si se verifica un ejercicio legítimo del derecho de información y expresión, que según nuestro ordenamiento penal se encuentra previsto,

como causa de justificación, en el inc. 8 del artículo 20°, según el cual se encuentra exento de responsabilidad penal "*El que obra (...) en el ejercicio de un derecho (...)*".

Ahora bien, el ejercicio legítimo de los derechos en cuestión (información y expresión), se determinará, conforme se ha indicado, mediante un juicio de ponderación, a partir de las circunstancias concretas del caso.

Esta posición también ha sido asumida por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116, en los siguientes términos:

"(...)

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

9. *Una vez determinado legalmente la concurrencia de los presupuestos típicos del delito en cuestión –paso preliminar e indispensable-, corresponde analizar si se está ante una causa de justificación –si la conducta sujeta a la valoración penal*

*constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información-. Es insuficiente para la resolución del conflicto entre el derecho al honor y las libertades de información y expresión el análisis del elemento subjetivo del indicado delito, en atención a la dimensión pública e institucional que caracteriza a estas últimas y que excede el ámbito personal que distingue al primero.*

*En nuestro Código Penal la causa de justificación que en estos casos es de invocar es la prevista en el inciso 8) del artículo 20° (...). Estos derechos, o libertades, pueden justificar injerencias en el honor ajeno, a cuyo efecto es de analizar del ámbito sobre el cual recaen las frases consideradas ofensivas, los requisitos del ejercicio de ambos derechos y la calidad -falsedad o no- de las aludidas expresiones ...".*

### 1.8.3. SOBRE LA CONDICIONES DEL EJERCICIO LEGÍTIMO DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

Este conflicto ha sido abordado de manera recurrente por los Tribunales Constitucionales de Alemania y España en diversos pronunciamientos, y si bien ambos tribunales coinciden en resolver el conflicto recurriendo al método de la ponderación, sin embargo no se llega a dicho punto, porque el conflicto es resuelto a partir de un conjunto de criterios que han sido desarrollados jurisprudencialmente. A estos criterios el Tribunal Constitucional Alemán los ha denominado *reglas de precedencia,* denotando que en este tipo de conflictos debe prevalecer uno de los derechos frente al otro, no obstante ello, como se ha indicado, esta prevalencia o precedencia no se produce de modo abstracto e incondicionado ya sea a favor de la libertad de opinión e información o del derecho al honor[144], sino en cada caso determinado.

Las reglas de precedencia que ha desarrollado el Tribunal Constitucional Alemán son: 1) el interés público o formula de presunción;

[144] MENDOZA ESCALANTE: *Ob. Cit.* pp. 164-165.

2) la dignidad humana; 3) la crítica injuriosa; 4) la injuria formal; y, 5) la veracidad. Mientras que el Tribunal Constitucional Español ha establecido jurisprudencialmente los siguientes criterios: 1) interés público; 2) veracidad; 3) Necesidad; y 4) ausencia de expresiones vejatorias. En nuestro medio, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario Nº 3-2006/CJ-116 ha fijado los siguientes criterios de precedencia: 1) el interés público; 2) la dignidad; y, 3) la necesidad.

Estas reglas o criterios son trasladables al ámbito penal, su utilidad radica en que permiten verificar de un modo razonable, si el ejercicio de las libertades de expresión y de información, en los casos en que su ejercicio afecta al bien jurídico honor, ha sido o no legítima (y por tanto justificada).

#### 1.8.3.1. Interés público

Esta condición de precedencia, establecido por el Tribunal Constitucional Alemán en el caso LUTH, es aplicable a la libertad de expresión e información, y se deriva de la naturaleza institucional de estas libertades, es decir de su función conformadora de la opinión ciudadana o pública[145]. Esta regla exige que las opiniones vertidas o los hechos difundidos, que puedan afectar el honor de otro, a fin de estar justificadas deben incidir en la esfera pública; es decir, que los asuntos a los que se refieran sean de *interés general o público* por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen, y que no versen sobre la intimidad de las personas y de quienes guarden con ella una personal y estrecha vinculación familiar[146].

---

[145] La vinculación de estas libertades con el interés público es tan trascendental que la Constitución de 1867 (Art. 20°) consideraba de una manera categórica que no existía responsabilidad de la prensa cuando los asuntos eran de interés general. En ese sentido se señalaba que: "*Todos pueden hacer uso de la imprenta para publicar sus escritos; sin censura previa; y sin responsabilidad en asuntos de interés general...*".

[146] En el mismo sentido el fundamento 10 del Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116.

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional Español señaló que la libertad informativa y de expresión: "... *no pueden invadir la esfera de la libertad personal y familiar en cuanto ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, de suerte que el derecho reconocido en el art. 18°.1 de la CE constituye un límite estricto de esa libertad (...) y más allá de ese ámbito –esto es, respecto a hechos de la vida social- el elemento decisivo para la información no puede ser otro que la trascendencia pública del hecho que se informa (...) pues es dicho elemento el que le convierte en noticia de interés general*"[147].

El Tribunal Constitucional Alemán, en el caso LUTH, también desarrolló la presunción de "*admisión del libre discurso*" en todo ámbito que se refiera a cuestiones de interés público; al respecto señaló que: "*La balanza tendrá que inclinarse sobre todo ahí donde el derecho fundamental no se ejerce con el propósito de discusiones privadas, sino que el hablante pretende contribuir en primer lugar a la formación de la opinión pública (...), cuanto más se esté ante una contribución a la confrontación intelectual de opiniones en una cuestión que afecta al público; se tiene aquí la presunción de licitud del discurso libre*"[148].

Ahora bien, entendemos que un asunto reviste *interés público o general,* cuando versan sobre todos aquellos hechos que faciliten o hagan posible la participación de los ciudadanos en la vida comunitaria[149]; es decir, cuando afecten al conjunto de los ciudadanos[150].

---

[147] STC 219/1992 (fj. 3).
En el mismo sentido la Corte Superior de Justicia de Lima en el Exp. N° 4549-98 señaló que: "No se configura el delito de difamación cuando el comentario periodístico ha tenido como objetivo dar a conocer a la opinión pública actos de corrupción que son de interés público, por lo que puede ser objeto de la libertad de expresión e información (...)".

[148] Ver MENDOZA ESCALANTE: *Ob. Cit.* p. 171.

[149] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 80

[150] MENDOZA ESCALANTE: *Ob. Cit.* p. 290.

En ese sentido, siguiendo a NUÑEZ, por interés público debe entenderse lo que es de utilidad para el pueblo, de todo el país o para un número indeterminado de personas que constituyen una comunidad regionalmente determinada (residan o no en dicha comunidad el autor o el agraviado)[151].

El interés público, en consecuencia, está delimitado por lo que interesa al buen orden, gobierno, prosperidad, felicidad, subsistencia, salubridad, higiene, etc., de la sociedad política (conformada por todos los habitantes de la nación, de una provincia, de un municipio o de una zona)[152].

Ahora bien, una vez que se ha identificado que el ámbito sobre el que se informó u opinó es de interés público, el ejercicio legítimo de las libertades de información y expresión, importa, además, comprobar que el objeto sobre el que versan las opiniones, los juicios de valor y las informaciones, tienen una relación de idoneidad y de necesidad precisamente con la finalidad o propósito que llevó al agente a opinar o a difundir un hecho noticioso. En tal sentido, el primer paso consiste en verificar que la finalidad de la información o de la opinión es de

---

[151] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 101.
En esa línea el Tribunal Constitucional señaló que el interés público en una información vertida por los medios de comunicación debe ser entendida por su acercamiento a una base razonable para el mejoramiento social y personal de los miembros de la comunidad (Exp. N° 6712-2005-FC, fj. 52).

[152] CREUS: *Ob. Cit.* p. 145, acota que el interés público en cuanto pertenece al quehacer de un número indeterminado de personas, no es lo que se refiere a personas determinadas, por más que de sean numerosas (vg. los miembros de una sociedad civil).
En ese mismo sentido NUÑEZ, Ricardo C.: *Tratado de Derecho Penal.* Marcos Lerner, Editorial Córdoba, 1989, p. 102, recogiendo los fallos de la justicia argentina, afirma que no son intereses de la comunidad los de los comerciantes rivales enfrentados por cuestiones gremiales; ni los intereses particulares de las personas o de un grupo de ellas derivados de relaciones privadas; ni el beneficio de un centro político, ni la defensa patrimonial o funcional de un sindicato determinado, contra actos irregulares de sus componentes.

interés público –vg., el esclarecimiento de las causas que originaron la explosión de un reactor nuclear que ocasionó la muerte de miles de personas-; en segundo lugar, se debe verificar que las informaciones u opiniones sean concordantes o conducentes a la finalidad o propósito de la información. Siendo así, no existirá ejercicio legítimo de estas libertades cuando por ejemplo se informa que el operador principal del reactor nuclear mantenía relaciones homosexuales de manera clandestina con sus subordinados, que tenía muchas amantes o que era aficionado a la colección de películas pornográficas, pues estos hechos resultan *inidóneos* para el esclarecimiento de las causas que provocaron la explosión nuclear, e *innecesarios* porque la consecución de la finalidad informativa puede realizarse a través de otras informaciones no relacionadas con estos datos.

Sobre esto último, con toda claridad el Tribunal Constitucional Español, en el caso 232/1993, señaló que si bien no "*...cabe negar interés público a cuantos hechos novedosos puedan ir descubriéndose, por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de la autoría, causas y circunstancias de un hecho delictivo, como el asesinato de los Marqueses de Urquijo, que ha causado un impacto considerable en la opinión pública. (...), esto no significa, en modo alguno, que la intimidad, el honor y la propia imagen de cuantos han tenido alguna relación -del tipo que fuere- con las víctimas del crimen puedan ser sacrificadas, sin más, por obra de aquella relevancia. Semejante sacrificio sólo puede exigirse cuando así lo demande el esclarecimiento del hecho delictivo, el cual impregna de su propia relevancia pública a todo aquello que, de algún modo, pueda servir a los fines de la identificación y persecución de los autores del delito. (...) pero sólo cuando de ello puedan derivarse datos de interés para aquel fin superior. (...). Construir hipótesis inculpatorias tan graves como las que se contienen en el artículo enjuiciado no puede hacerse a la ligera ni pretendiendo hacer objeto de broma cuestiones tan delicadas como los móviles de un crimen o los términos de una relación entre dos personas, y menos con fundamento en el solo hecho de que un tercero haya podido emitir insinuaciones que apuntan en esa dirección...*".

En este caso el raciocinio es el siguiente: el objeto de la información consistía en establecer los móviles del asesinato del Marqués, para dicho fin las informaciones sobre los cuidados higiénicos que le brindaba el administrador, en este caso el demandante, en las partes íntimas del Marqués, resultaban inconducentes e inidóneas a dicho propósito; por tanto, se verifica una innecesaria intromisión al honor del demandante en tanto que la noticia difundida expresaba "... *una actitud considerada como servil y deshonrosa, impropia de los cometidos de su profesión específica de administrador, sometido a una relación de dependencia laboral con la persona objeto de aquellos cuidados*".

Parte de la doctrina reconoce que el interés público tiene una vertiente objetiva –por el objeto de la información o expresión-, y una vertiente subjetiva –por el sujeto de la información o expresión-; sin embargo, desde la perspectiva que aquí se ha asumido, cabe señalar que, para determinar la trascendencia pública de una información o de una expresión, lo trascendental no es la condición del ciudadano o del sujeto de la información, sino la propia naturaleza de los hechos transmitidos, es decir del objeto de la información o expresión[153]. Bajo este orden de ideas, si bien la posición social de las personas, ya sea por pertenecer a la administración (funcionarios y servidores públicos), o por ser personajes de notoriedad pública (famosos), los coloca en una situación de expectativa de la colectividad, sin embargo, ello no autoriza o justifica las intromisiones contra su honor, sino el carácter público de los hechos transmitidos; por tanto, no es correcta la posición que otorga siempre el predominio de la libertad de información y expresión en todos aquellos casos en los que se vea involucrado un personaje público; puesto que no existe mayor inconveniente para señalar que el interés público o el interés general de la información o expresión también puede relegar la protección del honor de las personas no públicas o famosos cuando estas personas se vean circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia social. En esta línea, lo que

[153] MENDOZA: *Ob. Cit.* p. 290.

se debe verificar es la existencia de un interés público y la vinculación de la injuria y del injuriado con el hecho que lo motiva[154].

### *a) Especial protección de las expresiones e informaciones relativas a funcionarios públicos, a políticos y a particulares que ejercen funciones públicas o que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público*

En la doctrina existe cierto consenso en distinguir tres clases de personas con proyección pública[155]. Las primeras son aquellas cuya presencia social es gravitante, ya que determinan la trayectoria de una sociedad, participando en la vida política, económica y social del país; en estos casos la exposición al escrutinio público de estos ciudadanos es mucho mayor por cuanto solicitan el respaldo popular; las segundas (artistas, deportistas) son las que gozan de una gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad, su actividad implica la presencia de multitudes y su vida es constantemente motivo de curiosidad por los particulares, ya que en muchas ocasiones, publicitan sus labores porque viven de la fama; y, finalmente, se encuentran las personas que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad vg., los funcionarios y servidores públicos.

---

[154] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 464.
También LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 81, aunque como indica este autora, en estos casos se debe proceder con mucha cautela, debido a que a diferencia de los personajes públicos, el particular en ningún momento ha aceptado de forma tácita el riesgo de verse sometido por sus actos al juicio de la colectividad.
En este mismo sentido el Tribunal Constitucional Español (STC 172/1990) señalo que cuando: "... se trata de una persona privada, cuya participación en un hecho de interés general ocurrido en el ejercicio de su profesión puede autorizar al informador a someter a crítica su personalidad como gestor del servicio público de transporte aéreo, pero no entregar a la curiosidad de la opinión pública aspectos reservados de su vida privada más íntima, que en lo absoluto tienen la más mínima conexión con el hecho de la información ...".

[155] Esta distinción también ha sido aceptado por nuestro Tribunal Constitucional (Ver Exp. N° 6712-2005-HC, fj. 54).

El reconocimiento de este tipo de personajes fundamenta que el ejercicio de las libertades de expresión e información respecto de la esfera pública de estos personajes revista la condición de interés general y por tanto un ámbito del ejercicio legítimo de ambas libertades.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a las expresiones e informaciones relativas a los funcionarios públicos, a políticos y a particulares que ejercen funciones públicas o que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público, se ha encargado de establecer y definir el fundamento de su especial grado de protección.

En el Caso "*Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*", la Corte señaló que: "*El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público (...). En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13°.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que este debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático*" (Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 127 y 128).

En este caso, la Corte resolvió el reclamo de un periodista que había sido condenado civil y penalmente en Costa Rica por el delito de difamación, en relación a una serie de notas que reproducían informaciones publicadas en Bélgica, y que vinculaban al representante *ad honorem* de Costa Rica ante la Organización Internacional de Energía Atómica con diversas conductas ilícitas. La condena se sustentó en que el periodista no había podido probar la veracidad de los hechos a los que se hacían referencia en las publicaciones europeas; sin embargo,

la Corte consideró que la exigencia impuesta al periodista de probar la veracidad de la información restringió excesivamente la libertad de expresión; asimismo, sostuvo que todas las expresiones e informaciones relativas a cuestiones de interés público vinculado a funcionarios públicos o a otras personas que ejerzan funciones públicas deben poder ser debatidas con amplitud, *por ello deben recibir una especial protección*, lo cual no significa que unos gocen de una mayor protección para expresarse o que el honor de los funcionarios públicos no deba ser tutelado. La razón de esta especial protección reside en que las informaciones o expresiones versan sobre cuestiones de interés público debido al carácter público de las actividades que dichas personas realizan, debiendo tenerse en cuenta, conforme advierte el Tribunal, que en estos casos, dichas personas han decidido someterse a una examen riguroso por parte de la ciudadanía, pues en democracia el ejercicio de las funciones públicas necesariamente conlleva el deber de rendir cuentas y a recibir críticas.

En el Caso "*Canese Vs. Paraguay*" la Corte afirmó que: "*Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, en ese ámbito se ven sometidos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. En ese sentido, en el marco del debate público, el margen de aceptación y tolerancia a las críticas por parte del propio Estado, de los funcionarios públicos, de los políticos e inclusive de los particulares que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público debe ser mucho mayor que el de los particulares*" (párrafo 103). En este caso, la Corte analizó la condena penal y la restricción para salir del país contra un candidato presidencial por opiniones que emitió respecto de su contendor electoral en plena campaña electoral, vinculándolo con hechos de corrupción; sin embargo, en este caso el Tribunal destacó la importancia del derecho a la libertad de expresión durante los procesos electorales ya que con su ejercicio se genera un mayor disenso entre los candidatos, se informa a los electores acerca de los planes de los distintos partidos y

se contribuye a que las elecciones estén mejor fiscalizadas y sean más transparentes; en ese sentido, se concluyó que la libertad de expresión e información *deben recibir una especial protección* durante los debates políticos previos a la elección de las autoridades estatales.

Finalmente, en el caso "*Palamara Iribarne Vs. Chile*", la Corte consideró que los miembros de las fuerzas armadas están incluidos en el grupo de las personas cuyas actividades se encuentran expuestas a las críticas y controles democráticos, por lo que las expresiones e informaciones que hacen referencia a sus actividades deben recibir, como las referidas a los funcionarios, *una especial protección.*

En nuestro medio la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 3-2006/CJ-116 (fj. 10), siguiendo a la Corte Interamericana reconoce también que "... *la protección del afectado se relativizará –en función de su máximo nivel de su eficacia justificadora– cuando las expresiones cuestionadas incidan en personas públicas o de relevancia pública, quienes, en aras del interés general en juego, deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre –más aún si las expresiones importan una crítica política, en tanto estas se perciben como instrumento de los derechos de participación política- ...*".

Sin perjuicio de lo señalado, no se debe perder de vista que solo la relevancia social de los actos que desarrolla el personaje público en su vida de convivencia, justifican las intromisiones contra su honor. En tal sentido sus actividades privadas que no inciden en el ejercicio de su función no tienen por qué ser desprotegidas a través de los delitos contra el honor; no obstante, algunas de estas acciones privadas como alcoholismo, consumo de drogas, etc., pueden tener algún grado de incidencia en el ejercicio de su función, por cuya razón puede resultar de interés público su debate por parte de la comunidad, en cuyo caso, la protección de su derecho se relativiza; si no existiera dicho interés general o público en la información u opinión, esta relativización no se justifica, por ejemplo, cuando la información u opinión versa sobre la orientación sexual –siempre que no sea delictiva-, de un personaje

público, ya que este aspecto de la vida privada no tiene ninguna relevancia pública[156].

1.8.3.2. Respeto al contenido esencial de la dignidad de la persona

De acuerdo con este criterio, el ejercicio de la libertad de expresión e información no puede amparar aquellas manifestaciones o expresiones lesivas al contenido esencial del honor, esto es, a la dignidad de la persona. En efecto, no resultan amparables aquellos actos expresivos que impliquen un desprecio hacia la persona, por medio de la negación o la denostación de las cualidades personales y características que constituyen la esencia del ser humano.

Como ya se indicó con anterioridad (punto 1.2.2.i) las cualidades personales que constituyen la esencia del hombre se encuentran configuradas por nuestra Constitución a partir del reconocimiento de un conjunto de derechos denominados derechos de la personalidad (como el nombre y la imagen) y de la proscripción de toda forma de discriminación. Bajo esas premisas, las libertades de expresión e información no pueden amparar aquellas expresiones que injurien, escarnezcan, denosten, menosprecien y humillen al ser humano, mancillando su nombre, imagen, sexo, origen o credo religioso, entre otros.

Este criterio ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 214/1991, donde se concluyó que la libertad de expresión e información no pueden garantizar opiniones o informaciones de carácter racista o xenófobas ya que ello contraviene el principio-derecho de la dignidad humana. Los hechos de dicho caso se circunscriben a una publicación que apareció en la revista "Tiempo" titulado "*Cazadores de nazis vendrán a España para capturar a Degrelle*" en el que se recogían unas declaraciones realizadas a la revista por León Degrelle, ex Jefe de las Waffen S.S., en relación con la actuación nazi

[156] En este mismo sentido MONTOYA CHÁVEZ: *Ob. Cit.* p. 719, refiere que en estos casos la reducción del contenido del honor sólo se ceñirá a los ámbitos de la vida de estas personas que son de controversia pública.

con los judíos y con los campos de concentración, quien entre otros extremos afirmó lo siguiente: «¿Los judíos? Mire usted, los alemanes no se llevaron judíos belgas, sino extranjeros. Yo no tuve nada que ver con eso. Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios.» «El problema con los judíos -matiza Degrelle- es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan.» «Falta un líder; ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquel que podría salvar a Europa (...). Pero ya no surgen hombres como el Fürher... » «Han sacado los huesos y hasta los dientes de Mengele..." ¡Hasta dónde llega el odio! A mi juicio, el doctor Mengele era un médico normal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace dos años que hay una recompensa en los EE.UU., para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos».

En relación a estas declaraciones el citado Tribunal señaló que: "*Es indudable que, en las declaraciones publicadas, el demandado no se limitó a manifestar sus dudas sobre la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración nazis, sino que en sus declaraciones, que han de valorarse en su conjunto, efectuó juicios ofensivos al pueblo judío («... si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios...»; «... quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan...»), manifestando, además, expresamente su deseo de que surja un nuevo Führer (con lo que ello significa en cuanto al pueblo judío a la luz de la experiencia histórica). Se trata, con toda evidencia, de unas afirmaciones que manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos. Esta incitación racista constituye un atentado al honor de la actora y al de todas aquellas personas que, como ella y su familia, estuvieron internadas en los campos nazis de concentración, puesto que el juicio que se hace sobre los hechos históricos, desgraciados y aborrecibles, por ella sufridos y padecidos, como con desgarro se exponen en la demanda, no comporta exclusivamente*

*correcciones personales de la historia sobre la persecución de los judíos, dando una dimensión histórica o moral sino antes al contrario, y esencialmente conllevan imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas, esto es, las integrantes del pueblo judío que sufrieron los horrores del nacionalsocialismo y, dentro de ellas, la hoy recurrente, razón por la cual exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones (...). De otra parte, y en relación con lo anterior, ni la libertad ideológica (....) ni la libertad de expresión (....) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que (...), no existen derechos ilimitados y ello es contrario no solo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (...), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos (...). La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (....), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que solo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean. Por ello, las expresiones y aseveraciones proferidas por el demandado también desconocen la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento (...). En este sentido, y aun cuando, tal y como se ha reiterado, el requisito constitucional de la veracidad objetiva no opera como límite en el ámbito de las libertades ideológica y de expresión, tales derechos no garantizan, en todo caso, el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de*

*uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (...) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (Art. 10°.1 C.E.). Así pues, de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social"*[157].

---

[157] Este mismo racionamiento fue aplicado por el citado Tribunal en la sentencia 176/1995. Los hechos de dicho caso estuvieron relacionados a un Tebeo –historieta-, titulado "Hitler=SS". En dicha oportunidad el citado tribunal señaló que: "*el tebeo aquí enjuiciado desde una perspectiva estrictamente constitucional, ojeando y hojeando página tras página, resulta que en él «se relatan una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, o campos de exterminio, con alemanes de las Schutz-Staffel (SS) y judíos como protagonistas y antagonistas de «conductas inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales». «El transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos», con otros muchos episodios se narran en tono de mofa, sazonando todo con expresiones insultantes o despectivas («animales» o «carroña», entre otras) (...). Gráficamente se acentúa la decrepitud física de las víctimas en contraste con el aspecto arrogante de sus verdugos. Y así hasta la náusea. La lectura pone de manifiesto la finalidad global de la obra, humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, no sólo pero muy principalmente los judíos. (...) . Una actitud racista, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente. (...). En definitiva, a ese mensaje racista, ya de por sí destructivo, le sirve de vehículo expresivo un talante libidinoso en las palabras y en los gestos o las actitudes de los personajes que bien pudiera ser calificado, más de una vez, como pornográfico, por encima del nivel tolerable para la sociedad española hoy en día y desprovisto de cualesquiera valores socialmente positivos, sean estéticos, históricos, sociológicos, científicos, políticos o pedagógicos, en una enumeración abierta. (...) Es evidente que, vista así, la historieta nada tiene que ver, ningún parentesco guarda con una crónica del pasado, careciendo de valor informativo alguno, sin que tampoco lo tenga cultural en ninguna de*

Este criterio también ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional Alemán. Así en el caso de una revista donde se publicaron diversas caricaturas del Ministro Presidente del Bayern, Franz Josef Straub con la apariencia de un cerdo copulando[158], señaló que las caricaturas no solo caracterizaban o exageraban determinados rasgos físicos del afectado por medio de la representación animal, sino que se trataban de un ataque a la dignidad del caricaturizado, ya que sus rasgos humanos y características personales no fueron la materia de representación, sino que al contrario, se le mostró con manifiestos rasgos esenciales de "animal", dando a entender que el representado detentaba rasgos que caracterizaban al animal escogido para la representación y que se comportaba como dicho animal, y aún más, la representación de la conducta sexual en el que se le caricaturizaba, devaluaba al afectado en su calidad de persona, despojándolo de su dignidad de hombre, razón

*sus facetas, como se vio más arriba. (...). Es posible que para algunos ciertas escenas del folleto resulten cómicas por su capacidad para poner en ridículo el sufrimiento, minimizando la abyección. Ese tratamiento no encaja, por supuesto, en el humor tal y como se conoce en la preceptiva literaria. Lo que se dice y lo que se dibuja en el panfleto, rezuma crueldad gratuita, sin gracia o con ella, hacia quienes sufrieron en su carne la tragedia sin precedentes del Holocausto, muchos de los cuales -la inmensa mayoría- no pueden quejarse, pero otros aún viven, y también hacia sus parientes, amigos o correligionarios o hacia cualquier hombre o mujer. La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional (...). Un «cómic» como este, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como libelo, por buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra (...)".*

[158] Una de las caricaturas se titulaba "La sátira lo puede todo". ¿Rainer Hachfeld también? donde se le ve a Straub copulando con otro cerdo con la toga de juez; en otra titulada "Ahora, Sr. Abogado del Estado ¿Cuál es finalmente la figura exacta? Se le representa también en actos sexuales.

por la cual el citado Tribunal concluyó que una lesión a la dignidad de esa naturaleza no pude justificarse por la libertad artística[159].

En nuestro medio, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 03-2006/CJ-116, también ha destacado que el ejercicio de las libertades de expresión e información debe respetar el contenido esencial de la dignidad humana[160].

1.8.3.3. Veracidad

Este requisito está referido a la libertad de información, ya que el objeto de este derecho son los hechos noticiosos[161], y sobre estos únicamente se puede emitir un juicio de veracidad. En realidad como lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional (Exp. N 6712-2005-HC/TC), en el caso de la libertad de información, su contenido esencial se encuentra en la veracidad de lo que se manifiesta; en tal sentido, la veracidad de la información constituye un límite interno o inmanente de la libertad de información.

Este requisito puede entenderse en un sentido objetivo, esto es, cuando la información propalada concuerda con la realidad, o subjetivo, cuando quien emite la información la considera cierta aunque no lo sea. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha precisado que la información veraz como contenido esencial del derecho a la información no implica una verdad inobjetable o incontestable, sino más bien una actitud adecuada de quien informa, en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera

[159] BVerfGE 75, 369 reseñada por MENDOZA ESCALANTE: *Ob. Cit.* p. 243-247.

[160] Fj. 11.

[161] Exp. N° 0905-2001-AA/TC (Fj. 9): "... Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas, y por tanto, no pueden ser sometidas al test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su propia naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser".

conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información[162]. En ese contexto, el requisito de la veracidad se traduce en un deber de diligencia profesional sobre el informador, en virtud del cual se le exige un contraste previo y serio con datos objetivos e imparciales, no exigiéndose una verdad absoluta en lo que se divulga, razón por la cual este requisito no debe privar de protección a las informaciones que puedan ser erróneas, o sencillamente no probadas en juicio; solo importa un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se puede y se debe exigir que al transmitir la información deba contrastarla previamente con datos objetivos, negándose, por consiguiente, tutela a quienes trasmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación, o meras insinuaciones sin comprobar la realidad mediante oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente, y menos aún, insinuaciones insidiosas. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español (STC 6/1988, fj. 6).

La construcción de la verdad subjetiva para atribuir responsabilidad por un atentado contra el honor proviene de la jurisprudencia inglesa, en especial la norteamericana. En efecto, a lo largo de su historia la prensa norteamericana tuvo que hacer frente a una gran cantidad de acciones por libelo que, en la mayoría de los casos terminaba en indemnizaciones cuantiosas, además de que se generaban cuantiosos gastos por la tramitación de procesos largos. Esta situación se revirtió después del fallo que la Corte Suprema Norteamérica emitió en el caso *New York Times vs. Sullivan*, en el que se proclamó la doctrina de la "*real malicia o actual malice*"[163], según la cual el factor determinante

---

[162] Sentencia recaída en el Exp. N° 6712-2005-HC/TC (fj. 35).

[163] En relación a la regulación jurídica de la libertad de prensa, la Suprema Corte de los Estado Unidos, previa a la regla de la real malicia, formuló varias doctrinas: i) La primera de estas doctrinas fue la llamada regla de la "*tendencia nociva*", formulada por William Blackstone, según la cual la libertad de prensa no admite restricciones previas, su ejercicio no exime de responsabilidad cuando lo que se publica es impropio, perverso o ilegal, configurando un riesgo o lesión para la subsistencia de la paz, el orden público, la religión o la seguridad gubernamental", en ese sentido el carácter impropio, perverso o ilegal de la publicación generaba responsabilidad, independientemente de la veracidad o

para atribuir responsabilidad en el informador era que el demandante pruebe que el acusado ha publicado la noticia conociendo de su falsedad o con imprudencia temeraria respecto a su falsedad[164]. Este emblemático

---

falsedad del contenido de la publicación; ii) La segunda doctrina fue conocida como "*libelo sedicioso*", según la cual toda crítica bajo la Ley de Sedición se presumía falsa, a menos que el acusado probara la verdad de sus expresiones, en ese sentido la malicia del autor se presumía y la intención de difamar se regía por las reglas de la doctrina de la "*tendencia nociva*"; iii) La tercera doctrina se le denominó la del "*peligro real y actual*", formulada por el Juez Colmes, según la cual la sanción para el autor de una publicación estaba condicionada a que los jueces consideraran que sus expresiones fueron formuladas generando, o pudiendo crear, un peligro real y actual determinante de un daño grave en cada caso concreto. De conformidad con esta doctrina se afirma la tutela de la libertad de prensa, salvo que este en juego un interés que el Estado considere que deba prevalecer. Cabe acotar que esta doctrina se gestó en el marco de la intervención de los Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial, lo que determinó que en el año 1917 se promulgara la Ley de Espionaje que consideraba como delito todo acto de insubordinación, rebelión o incumplimiento de los deberes impuestos ante las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos, así como también la acción de obstruir, intentar obstruir, el servicio de reclutamiento de las tropas. Bajo ese contexto la regla del peligro real y actual se constituía en un instrumento para reprimir toda crítica al servicio militar obligatorio, y en general a la participación de los Estados Unidos en cualquier enfrentamiento bélico en el que se decida participar; posteriormente el mismo Juez le introdujo a esta doctrina una pequeña variante, sustituyéndola por la del llamado "*peligro real e inminente*", según la cual el peligro presente de un mal mediato o de la intención de producirlo justifica que el Congreso imponga límites a la expresión de opiniones que no atañen a derechos privados; finalmente se desarrolla iv) la doctrina de la "*libertad preferente*", formulada por el Juez Frank Murphy, según la cual la libertad de prensa se erigía como una libertad preferente, por lo cual las restricciones impuestas por las legislaturas locales gozaban de una presunción de inconstitucionalidad, por lo que correspondía a cada gobierno local probar en cada caso concreto que la limitación establecida era un remedio indispensable para prevenir un peligro real e inminente. Es en este marco en el que surge la doctrina de la "real malicia" como una plasmación del carácter preferente de la libertad de prensa.

[164] Este caso se suscitó en el contexto de la lucha racial en los estados sureños de los Estados Unidos de Norteamérica en los años 60. Martín Luther King había sido arrestado en Alabama acusado de falsedad en la cumplimentación de los impresos de sus impuestos, y como cada vez que se producía el arresto de los que luchaban por la minoría negra se organizaban grupos organizados

caso excluyó a la verdad objetiva como elemento a tener en cuenta para establecer una afectación al honor, ya que hasta entonces una mínima desviación de la verdad conducía inevitablemente a establecer la afectación al honor. A partir de esta doctrina el factor determinante, para atribuir responsabilidad al informador, consistía en que el demandante debía probar que el acusado había publicado la noticia conociendo de su falsedad o con imprudencia temeraria respecto a su falsedad[165], con lo cual se daba prioridad al aspecto subjetivo, además de producir una inversión en la carga de la prueba, con lo cual se busca proteger a los medios informativos frente a los errores involuntarios.

---

que clamaban por su libertad, el artículo "*Escuchad sus voces que claman*", publicado en el *New York Times*, relataba que después de que los estudiantes entonaron "*My country this of thee*" en la escalinata del capitolio estatal, sus líderes fueron expulsados de sus escuelas y camiones repletos de policías armados con escopetas y gases lacrimógenos rodearon el campus de la Universidad Estatal de Alabama, cerrando el comedor con candado para intentar rendirles por hambre, que los del Sur han violado la Constitución y han respondido con intimidación y violencia a las protestas pacíficas del Dr. King, haciendo detonar bombas en su domicilio, agrediéndolo físicamente y deteniendo en siete oportunidades por diversos delitos. Frente a esa publicación, en el que no se le mencionaba, el Sr. Sullivan concejal de la ciudad Montgomery, entabló una demanda civil alegando que todo lo dicho en dicha publicación contra la policía también se le endilgaban a él en lo personal, pues era el Jefe de la Policía de Montgmery. El Tribunal del Estado, influenciado por la situación social, aceptó la demanda toda vez que los hechos narrados no coincidían exactamente con la realidad (entre otros hechos que era falso que el Dr. King había sido arrestado en siete oportunidades, que el Consejo Escolar de Alabama hubiera expulsado a los estudiantes de color por cantar himnos patrióticos, que las autoridades y en especial el Sr. Sullivan hubieran tenido alguna participación en los atentados contra el Dr. King); sin embargo el Tribunal Supremo anuló dicho fallo recurriendo a la doctrina de la *actual malice*.

[165] En este punto es importante señalar que en el contexto del derecho estadounidense el "*reckless disregard*" es decir la "indiferencia temeraria" no es sinónimo de conducta culposa, sino más bien de lo que conocemos como dolo eventual, el cual presupone la existencia de elementos objetivos que permiten acreditar que el autor, si bien no tenía conocimiento directo de la inexactitud de los hechos aportados, era consciente de esa inexactitud por las circunstancias del hecho concreto, y además que disponía de los recursos que le permitían verificar aquella inexactitud de manera rápida.

En ese contexto, nuestra Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 3-2006/CJ-116 (fj. 12), considera que la libertad de información debe ejercerse de modo subjetivamente veraz, esto significa que la libertad de información no requiere de exactitud en la difusión del hecho noticioso, sino que basta con que el que difunde el hecho noticioso haya obrado con el propósito de buscar la verdad a través de una especial diligencia razonable, a fin de contrastar debidamente la información que asegure la seriedad del esfuerzo informativo –ex ante de su comunicación-, ya que es un deber profesional del informador el respetar y reflejar la verdad substancial de los hechos[166]. Se trata, como dice LAURENZO COPELLO, que la posible justificación no abarque cualquier noticia que *ex post* resulte falsa, sino solo aquella que se difunda sin tomar las debidas precauciones para comprobar su adecuación a la realidad conforme a los medios disponibles *ex ante*[167]. En ese sentido, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información, y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información, el cual no puede precisarse *a priori* y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate, por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (vg., atendiendo al objeto de la información, el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona a noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.).

---

[166] MENDOZA: *Ob. Cit.* p. 299: "La razón de la opción por una noción subjetiva –diríase, acaso de manera más apropiada, "procedimental"- de verdad, se halla en la necesidad de un indispensable *breathing space* de la información, el espacio de respiro, seguro o libre que aparece como una exigencia del derecho a la información de la sociedad. Una rigurosa exigencia de la veracidad ocasionaría el denominado efecto desaliento (*chilling effect*) en la informaciones. El temor de éstos ante tan severa exigencia de tal magnitud concluiría en que la única seguridad sería el silencio ..."

[167] *Ob. Cit.* p. 74; MENDOZA: *Ob. Cit.* p. 306: "... dicho requisito comporta un deber de diligencia razonable de contrastación de lo informado, ex ante, de su comunicación".

Dentro de un concepto subjetivo de verdad, la actitud del informador resulta relevante, en ese sentido nuestra Corte Suprema ha señalado que "*...la protección constitucional no alcanza cuando el autor es consciente de que no dice o escribe la verdad cuando atribuye a otro una determinada conducta -dolo directo- o cuando, siendo falsa la información en cuestión, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad -dolo eventual-. En este último caso, el autor actúa sin observar los deberes subjetivos de comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma, delimitación que debe hacerse desde parámetros subjetivos: se requiere que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales (...). No se protege, por tanto, a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen en menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose irresponsablemente al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas; las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligencias comprobadas y sustentadas en hechos objetivos, debiendo acreditarse en todo caso la malicia del informador (...) el específico deber de diligencia es exigible con diferente grado de intensidad en función de que la noticia se presente como una comunicación neutra, en cuanto procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa, de la que simplemente se da traslado, o bien de que se trate de una información asumida por un medio periodístico y su autor como propia, en cuyo caso el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no admite atenuación o flexibilidad alguna, sino que su cumplimiento debe ser requerido en todo su rigor ...*"[168].

En nuestro medio, este criterio ha venido siendo utilizado de manera recurrente, conforme puede apreciarse de los siguientes fallos: "... *correspondía a querellado Tafur Rivera, en su condición de Director del Diario "Correo" cumplir con el deber de veracidad de las publicaciones que se efectúan en el rotativo que dirige, que consiste en someter a un proceso de*

[168] Fj. 12 del Acuerdo Plenario 3-2006/CJ-116.

*mínima verificación de la certeza la información a propalarse (...), exige en el autor una diligencia mínima en la comprobación de la verdad, es decir, una comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma, la que debe ser diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales, aspectos que no se advierten en la conducta del querellado Tafur Rivera cuando autorizó las publicaciones que se cuestionan (...) pues conforme a lo ya mencionado, no desplegó una mínima actividad investigatoria sobre los hechos que puso en conocimiento de la opinión pública a fin de obtener un grado razonable de seguridad sobre lo expuesto y comprobar su adecuación a la realidad exigible como condición mínima, en cuanto colisiona con el derecho al honor, a la buena reputación, prestigio y buen nombre de la persona, denotando con ello una manifiesta indiferencia hacia la verdad; por consiguiente, ha quedado acreditada su responsabilidad penal en el delito de difamación agravada, pues si bien, también alega que actuó amparado en la causa de justificación regulada en el artículo veinte, inciso ocho del Código Penal, -ejercicio legítimo de un derecho-, sin embargo las informaciones propaladas resultaron ser inconsistentes, conforme se ha descrito precedentemente, por lo que, no es de aplicación dicha causa de justificación, pues sus versiones justificatorias se encuentran exentas de persistencia lógica y verosimilitud (...)"*[169].

*"...la querellada, en su instructiva de fojas 184, reconoce la realidad de lo afirmado por el agraviado, limitándose a decir que por versiones de un guardián del inmueble afirmó que la casa en cuestión era de narcotraficante y que el responsable de ese predio, que servía como locales de propaganda de Perú 2000, era del querellante, y que, en cuanto al cargo que el agraviado está involucrado en un delito de aborto, se enteró por fuentes policiales (...) que, en primer lugar, es evidente que la atribución formulada por la querellada en el sentido que el predio de propiedad del querellante está vinculado a una persona condenada por el Tráfico Ilícito de Drogas, y que el querellante ha sido implicado en un delito de aborto con el ex candidato Chuan Cabrera, constituye una ofensa lesiva al honor del querellante que ha sido comunicada*

[169] Ejecutoria Suprema recaída en el R. N. Nº 2057-2007.

*a varias personas, incluso se ha publicado a través de un medio de comunicación social; que, en segundo lugar, para la solución del conflicto existente entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información, ambos de relevancia constitucional, que es punto nodal de este caso, es de tener en consideración a los efectos de estimar la primacía del segundo, el ámbito y sus requisitos de legitimidad, siempre que se ejerza respetando el contenido esencial de la dignidad de la persona; que en tercer lugar, en lo atinente al ámbito del derecho a la libertad de información, es claro que la crónica se refirió a temas de interés público, lo que significa abordarlos libre pero responsablemente; que, sin embargo, en lo referente al ejercicio legítimo de la libertad de información, para considerarlo como tal se requiere lo que se denomina "veracidad subjetiva" del informador, que comporta un específico deber de diligencia, esto es, que lo que se trasmita por el informador como "hechos" hayan sido objeto de previo contraste razonable de datos objetivos, pues de lo contrario denotaría una actuación con menosprecio de la verdad o falsedad del comunicado; que, desde la perspectiva interna del informador, la falta de diligencia en su labor, a consecuencia de lo cual trasmite una información falsa que perjudica a terceros, no constituye una conducta negligente sino ostensiblemente dolosa, en la medida que publicó conscientemente como cierto un hecho que no lo era, denotando manifiesto desprecio a la verdad; (...) que, en el caso de autos, de la propia declaración del querellado aparece que no realizó la mínima labor de verificación del dato obtenido por fuentes muy relativas y en sí mismas poco confiables, tanto más si era sumamente fácil contrastarlo verificando los registros públicos, indagando en los órganos judiciales y en la información periodística sobre la materia, denotando con ello un manifiesto desprecio hacia la verdad, por lo que es de concluir que incurrió en el delito de difamación agravada, previsto y sancionado por el artículo ciento treinta y dos del Código Penal ..."*[170].

*"Que las encausadas son dirigentes del sindicato de trabajadores del Hospital Manuel Muñoz Butrón de Puno y, con ocasión de ese encargo*

[170] Ejecutoria Suprema recaía en el R. N. Nº 482-2003.

*sindical, formularon declaraciones en los medios de comunicación de la localidad acerca del desempeño funcional del agraviado Isaac Francisco Manzaneda Peralta, director del indicado Hospital; que según consta de las transcripciones de fojas dos a once y del suelto periodístico de fojas doce, se cuestionó concretos ámbitos de la gestión administrativa del querellante referentes al control patrimonial de la institución, a sus ingresos como Director del Hospital y a las obras o construcciones que realizaba, y a la calidad o nivel competencial del personal a su cargo; que es de resaltar, como se ha dejado sentado en el Acuerdo Plenario número tres – dos mil seis/CJ – ciento dieciséis, del trece de octubre del dos mil seis, que entre el conflicto entre la libertad de expresión y derecho al honor, el juicio concreto de ponderación a favor de la primera está en función a lo público de las afirmaciones cuestionadas –vinculados a su autor y a las circunstancias objetadas-, a la ausencia de injurias manifiestas o frases flagrantemente dañosas a la dignidad del afectado, y a la veracidad subjetiva de quien las emite –no está incluida en la protección constitucional referida a la libertad de expresión, en cuya virtud se admite el dolo eventual, las afirmaciones proferidas por el autor en tanto en cuanto no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad de lo que expuso-; que de autos no se advierte, en función a lo expresado por las querelladas, que incurrieron en delito de difamación sobrepasando las exigencias que dimanan del correcto y ponderado ejercicio constitucional de la libertad de expresión: se trata de dirigentes sindicales que cuestionaron aspectos relevantes de la función que venían desempeñando el director del hospital, las frases que utilizaron no son manifiestamente injuriosas y no se advierte que medie falsedad subjetiva de su parte en lo que expusieron; que no es que las frases proferidas merezcan credibilidad y que, por tanto, el querellante incurrió en las irregularidades denunciadas públicamente, sino que no se evidencia que actuaron con real malicia, a sabiendas de la falsedad de lo que expresaron o sin un mínimo deber de diligencia para constatar lo que afirmaron y que no resultó cierto ...»*[171].

[171] Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3412-2008.

Punto aparte es el Caso Magaly Medina Vs. José Paolo Guerrero Gonzáles, en la cual la Corte Suprema en el R.N. N° 449-2009-Lima, de fecha 9 de julio del 2009, dejó sentado que: "... *la querellada no acopió los medios necesarios y suficientes para establecer la certeza por lo menos objetiva de la información; esto es, no efectuó un diligente contraste de la verdad del hecho antes de su difusión conforme a criterios racionalmente aceptables acorde a un juicio* ex ante, *lo que resultaba necesario e imprescindible si se tiene en cuenta que en otras oportunidades ya había sido cuestionada y sancionada penalmente; por lo que es posible concluir que la querellada pese a que conocía que no se habían seguido los procedimientos adecuados para tener certeza de la información que recibió, decidió difundir la misma agraviando el honor del querellante (...); en la labor periodística de la querellada con relación al presente caso hace falta más que la confianza en el emisor de la información o un mínimo de deber de comprobación; motivo por el cual, en principio, no basta una única fuente de información para dar por cumplido el requisito de comprobación diligente de la noticia. La querellada en su calidad de directora de la revista y conductora del programa de televisión con amplia experiencia en el ambiente periodístico desde su posición de garante y dentro de una estructura vertical de trabajo, tenía el deber de controlar las fuentes de peligro, por ello le era exigible: i) mostrar diligencia en la verificación de la información, para lo cual bien pudo contrastar la noticia, la que desde luego debe responder a mínimas condiciones de verosimilitud, y ii) proporcionar los medios necesarios a quien está en una relación de subordinación. (...) el riesgo de afectación al honor del jugador nacional José Paolo Guerrero Gonzáles exigía principalmente que dicho aspecto sea corroborado, en todos los niveles, tanto más por la propia directora y conductora. En ese sentido, la actuación de la conductora posterior a la emisión de la noticia desechando la misiva que la advertía que esta no correspondía con la realidad (...) lleva razonablemente a concluir que su representación de vulneración de la norma (...) era altamente probable; sin embargo, se conformó con él, siguió adelante e incremento ostensiblemente el riesgo; en efecto, por lo antes anotado era evidente que incluyó en sus cálculos*

*la realización del tipo, pues reconoció como posible que se produzca y lo asumió voluntariamente; en tal virtud, queda claro su consciente desprecio a la verdad, circunstancia que no se daría si la querellada hubiera actuado con pruebas claras de la verdad del hecho, siendo por ello atribuible el delito subjetivamente por dolo eventual ...".*

En el juicio de veracidad no debe perderse de vista todos los indicios tendientes a establecer la actitud del periodista o del informador. Así, en el caso 240/1992, el Tribunal Constitucional Español destacó el comportamiento del periodista después de haber advertido su error: "*...en estos casos singulares en que se trata de indagar en la actitud diligente y responsable del informador (STC 40/1992, fundamento jurídico 2.), no cabe desconocer el hecho de la pronta corrección posterior de la información publicada, que resultó parcialmente errónea. En efecto, la incorporación de una rectificación cuando se produce de modo espontáneo por el propio autor de la información o el medio que la divulgó, por su propia iniciativa o a indicación del interesado -como aquí ha ocurrido- es sin duda reveladora de la actitud del medio de información o del periodista en la búsqueda de la veracidad de lo informado. Y aunque la rectificación de las informaciones no suplanta ni, por tanto, inhabilita ya, por innecesaria, la debida protección del derecho al honor, sí la matiza o modula en supuestos como el presente (STC 40/1992, fundamento jurídico 2.), pues constituye un mecanismo idóneo para corregir y aclarar los errores que involuntariamente, y a veces de manera inevitable, se deslizan en una información rectamente obtenida y difundida, y que no afecten a la esencia de lo informado. Rectificación a la que, en este caso, efectivamente se procedió tan pronto como el periodista y el medio tuvieron conocimiento, a instancia de la persona afectada, que ésta no había intervenido en los hechos relatados. Insertándose el día de la semana de mayor difusión del diario mediante un artículo que únicamente tiene por objeto hacerse eco del desmentido, y con una composición y extensión de similares características a la noticia inicialmente difundida. Esta rectificación, y el alcance con que fue realizada, muestra que en este caso el error fáctico no fue malicioso...*".

*a) El reportaje neutral*

Los casos de *reportaje neutral* son aquellos en los cuales los medios de comunicación se limitan a reproducir lo que un tercero ha dicho o ha escrito, limitándose a informar sobre dichas declaraciones que eventualmente pueden ser atentatorias contra el honor de una persona. Las situaciones concretas son innumerables vg., reportajes, cartas de lectores, transcripción de registros oficiales, copia de actuaciones policiales o judiciales, filmaciones, entrevistas televisivas o radiales, etc.[172].

En estos casos el objeto de la noticia está constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos al honor, por tanto la noticia debe ponerse en boca de quien precisamente es el responsable o el autor de dichas declaraciones, de lo cual se infiere que no existe reportaje neutral cuando no se determina en la información que se difunde, quién es el responsable o autor de las declaraciones.

En el reportaje neutral el medio o el informador es un canal de comunicación que se limita a transmitir o comunicar a la opinión pública, la declaración de un tercero, que precisamente constituye el hecho noticioso, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia, pues en ello radica su neutralidad. Sin embargo, se pierde dicha característica cuando se reelabora la noticia, cuando el informador hace suya una versión de los hechos con base en una determinada fuente, o cuando se utiliza la noticia para darle otra dimensión.

La diligencia exigible en la contrastación implicaría las siguientes circunstancias[173]:

---

[172] DE LUCA: *Ob. Cit.* p. 409.

[173] MENDOZA: *Ob. Cit.* p. 309.
Sobre este tema la Corte Suprema en el acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116, ha señalado que el deber de diligencia se satisface con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende en principio a la necesidad de acreditar la verdad de lo declarado, aun cuando se exige la indicación de la persona –debidamente identificada que lo proporciona

i) El medio de comunicación ha de acreditar la veracidad del hecho de que determinada persona ha realizado determinadas manifestaciones, no bastando simplemente la observancia de un mínimo de diligencia en la contrastación de la noticia, como sucede, en general, cuando se informa sobre hechos o circunstancias de imposible constatación indiscutida; es exigible, por consiguiente, una perfecta adecuación con la realidad, esto es, con el hecho mismo de la declaración. En ese sentido, la responsabilidad del medio solo surgirá sino logra acreditar la veracidad -entendida como verdad objetiva- del hecho de las declaraciones del tercero.

   En este análisis no interesa la veracidad del contenido de lo declarado por el tercero, por lo que la falta de veracidad de sus declaraciones no afecta al medio de comunicación o al informador. Una exigencia de control del fundamento de la información que proporciona el tercero provocaría una alteración de la función meramente informativa asumida por el medio, simplemente narrador de las declaraciones acusatorias, para asumir una labor sensora o arbitral que no le es consustancial.

ii) Identificación necesaria del sujeto emisor de la opinión o información, que de este modo queda limitado por la propia credibilidad del autor. Como se ha indicado en estos casos el objeto de la noticia está constituido por declaraciones, pero que han de ser por sí mismas, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas.

---

(a este se le exige la veracidad de lo expresado), siempre que no se trate de una fuente genérica o no se determinó quién hizo las declaraciones, sin incluir opiniones personales de ninguna clase. Por lo demás, no se excluye la protección constitucional cuando media un error informativo recaído sobre cuestiones de relevancia secundaria en el contexto de un reportaje periodístico.

En ese sentido si un medio o un periodista publica una información que ha obtenido de una fuente, pero no la cita o individualiza, en realidad hace suya la información y ya no se trata de un reportaje neutral, no sirviéndole de nada que en el juicio acredite que realizó una transcripción fiel de la fuente real, porque el hecho del que surge su responsabilidad ya está consumado al momento de la publicación. En ese mismo contexto, la reserva de la fuente de información que ampara constitucionalmente al informador tampoco lo exime de responsabilidad[174].

Debe anotarse que en la publicación de noticias atribuidas a "fuentes policiales" o a "fuentes judiciales" realmente no existe una identificación de la fuente u origen de la noticia y por ello no se trata de la transcripción o repetición de lo sostenido por la fuente, sino de una apreciación del que publica la noticia o información.

**iii)** La correspondencia exacta entre la información transmitida por el informador y la declaración del tercero, ya que el medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia. En pocas palabras ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido.

En ese sentido, no estaremos en un supuesto de reportaje neutral: 1) Cuando se reelabora la noticia; 2) cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación; 3) cuando se otorga al contenido del reportaje unas dimensiones informativas a través de las cuales el medio contradice su función de mero transmisor del mensaje; 4) cuando el medio no ha permanecido ajeno a la generación de la información, como en los casos en los que la información, de origen ajena, es asumida y elaborada como propia por el

[174] DE LUCA: *Ob. Cit.* pp. 423 y 445.

medio[175]; 5) cuando la información es manipulada mediante el fraccionamiento de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea quebrar la neutralidad del medio respecto de lo transcrito, de suerte que esa información haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y la difunde; 6) cuando le medio de comunicación, al trasmitir la información, hace suya una versión de los hechos; o, 7) cuando se toma partido por la versión o declaración que se recibe.

Sobre esto último resulta ejemplificadora la STC 1/2005 del Tribunal Constitucional Español, en la cual señaló que: *"Tampoco cabe afirmar que en el presente caso nos encontremos ante un reportaje neutral (...). La clave en este supuesto está en si la locutora ha sido un mero transmisor de la denuncia o, por el contrario, la ha reelaborado, haciendo suya la versión de los hechos contenida en la misma, y utilizándola para darle otra dimensión, diferente de la mera exposición neutra. En principio, una entrevista en la que el periodista se limite a*

[175] El Tribunal Constitucional Español en el Caso 144/1998, señaló que: "... *el hecho de haber enviado la revista a Holanda a dos reporteros, que entrevistaron al Redactor-Jefe del diario "TROUW", de Amsterdam y al Embajador de España en aquel país, como del giro dado a la noticia, pues mientras que en el diario holandés se hacía especia referencia a las investigaciones efectuadas por la policía de aquel país, en relación con las supuestas conexiones existentes entre dichos diplomáticos españoles y el hampa del puerto de Rotterdam, en el reportaje publicado por dicho semanario, como su propio titular se encargó de subrayar, el núcleo de la información gravitaba en torno a las conexiones existentes entre la organización terrorista ETA y los bajos fondos holandeses, con los que también tendrían vinculaciones ciertos diplomáticos españoles. Tratándose, pues, de un reportaje elaborado y asumido como por "Interviú" el requisito constitucional de veracidad de la información contenida en el mismo no admite un tratamiento atenuado mediante su comparación a un supuesto de "reportaje neutral" en sentido estricto", en los que el medio se limita exclusivamente a reproducir la información facilitada por otros ...*"

*formular preguntas y a transcribir por escrito las respuestas, o permitir que las mismas se emitan por radio, como en este caso, o por televisión, es el ejemplo paradigmático de reportaje neutral, en el que el locutor no hace suyas las afirmaciones del entrevistado y, por tanto, no puede ser acusado en ningún momento de asumir las tesis que este último haya podido formular. Sin embargo, también es posible que este género periodístico sea vehículo para intentar hacer llegar al lector u oyente no solo las convicciones del que es objeto de la entrevista, sino también las de quien la realiza, que reelabora las intervenciones de aquel y añade consideraciones propias, que alejan del resultado de lo que hemos considerado como reportaje neutral. La lectura de la transcripción de la entrevista objeto del presente procedimiento hace pensar que la locutora asume los principios del reportaje neutral con manifestaciones como estas: "Queremos ser muy ponderados también en nuestras preguntas"; "No buscamos sensacionalismos, sino esclarecer de alguna manera la verdad" y expresiones respecto a la función de los medios: "No participar, no opinar. No poner el pie de página"; "No hacer comentarios, ni opiniones personales, sino simplemente invitar a los personajes para que cuenten los hechos". Pero, al mismo tiempo, otras manifestaciones dan por cierta la sodomización del recluta, como se deduce de una serie de expresiones que se formulan a lo largo de su intervención. Por ejemplo, cuando, tras preguntar al Sr. Santana si alguien había presenciado los hechos, concluye la Sra. Sánchez que "Sí, lo vieron"; cuando, al entrevistar a la novia del Sr. Santana, afirma la citada periodista "Si te hubiera ocurrido a ti, como ahora le ha ocurrido a él"; y, cuando al dialogar con el Sr. Sagaseta, Abogado del Sr. Santana, la locutora afirma "el hecho es evidente" y, ante el razonamiento del mismo sobre si ocurrieron los hechos, afirma tajantemente, interrumpiéndole, que "ocurrieron". Todas estas manifestaciones de la Sra. Sánchez conducen inevitablemente a concluir que no nos encontramos ante un caso de reportaje neutral, pues la locutora no se li-*

*mitó a invitar a los entrevistados a narrar su versión de los hechos, sino que tomó partido, dando por ciertos los mismos, y transmitiendo a su público radiofónico la clara impresión de que los militares habían sodomizado al recluta entonces denunciante de estos...".*

iv) La ausencia de indicios razonables de falsedad de la información, ello con la finalidad de evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente de cobertura de meras suposiciones o rumores absolutamente injustificados para cualquier sujeto mínimamente atento[176].

No debe perderse de vista que en estos casos es necesario que el contenido de las declaraciones que se difunde sea de interés público.

1.8.3.4. Necesidad

Este requisito está referido únicamente a la libertad de expresión, en virtud del cual se exige para los efectos de legitimar el ejercicio de esta libertad, que las expresiones, ideas u opiniones injuriosas resulten necesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa. Si esto no es así, es decir si las frases injuriosas resultan innecesarias con relación a lo que se pretende expresar, o no se encuentren relacionadas con las ideas u opiniones que se exponen, no contaran con ninguna eficacia justificadora[177].

En efecto, en el ejercicio de estas libertades deben estar "*ausentes las expresiones vejatorias (exclusión del derecho al insulto)*"-que en la jurisprudencia constitucional alemana recibe la denominación de "*injuria formal*"-. Al respecto se indica que el ejercicio de estas libertades no ampara "*las frases objetiva o formalmente injuriosas, los insultos*

[176] En este sentido el Tribunal Constitucional Español en el Caso 41/1994 (fj. 20).

[177] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p 72.

*o las insinuaciones insidiosas y vejaciones -con independencia de la verdad de lo que se vierta o de la corrección de los juicios de valor que contienen-, pues resultan impertinentes -desconectadas de su finalidad crítica o informativa- e innecesarias al pensamiento o idea que se exprese y materializan un desprecio por la personalidad ajena. Es claro que está permitido, en el ejercicio de estas libertades de información y expresión, que se realice una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, pero no lo está emplear calificativos que, apreciados en su significado usual y en su contexto, evidencien menosprecio o animosidad*"[178].

La exclusión de las frases objetiva y formalmente injuriosas reside en que ellas no son necesarias para la comunicación de una opinión, es decir que este tipo de expresiones no constituyen medios idóneos, ni para la exteriorización de aquellas libertades, ni para la contribución a la formación de la opinión pública que el ejercicio de estos derechos supone. Por ello, la utilización de este tipo de expresiones en el ejercicio de estas libertades se ubica fuera del ámbito de protección de estos derechos[179].

Sobre este punto la Corte Suprema, agrega, que en aquellos casos en los que nos encontremos frente a opiniones, ideas o expresiones injuriosas o vejatorias "... *el elemento ponderativo que corresponde está vinculado al principio de proporcionalidad, en cuya virtud el análisis está centrado en determinar el interés público de las frases cuestionadas -deben desbordar la esfera privada de las personas, única posibilidad que permite advertir la necesidad y relevancia para lo que constituye el interés público de la opinión- y la presencia o no de expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, que denotan que están desprovistas de fundamento y/o formuladas de mala fe -sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a ese propósito,*

[178] Fj. 11 del Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116

[179] MENDOZA: *Ob. Cit.* p. 296.

*a la que por cierto son ajenas expresiones duras o desabridas y que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige".*

Bajo este presupuesto por ejemplo, no resulta necesario, y por tanto justificado, que a los efectos de establecer las posibles causas de un accidente de tránsito, un periodista se refiera al conductor como "grosero", "estúpido mental", "mentecato" o de "avezado delincuente"[180].

[180] R. N. Nº 4184-98 – San Martín (Sala Penal Permanente): "... Expresiones como "hasta donde llega la corrupción", "un robo abierto a la comunidad", "realiza actos delincuenciales ante la comunidad" afectan el derecho constitucional al honor y dignidad de las personas porque las expresiones vertidas, dañan el honor e imagen de la persona. En ese sentido, y habiendo los querellados admitido haber utilizado las frases antes mencionadas, señalando que lo han hecho en virtud de las irregularidades en las que ha incurrido el querellante durante su gestión como alcalde, afirmando que dichas declaraciones fueron circunstanciales y que no fueron dirigidas al agraviado como persona sino a su gestión como alcalde. No obstante los querellados han debido emplear los medios que la Constitución les faculta sin tener que ingresar al campo del delito."

# Capítulo I
# INJURIA, CALUMNIA Y DIFAMACIÓN

## 1. INJURIA

**Art. 130°.- "El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho, será reprimido con la prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa."**

Este precepto penal tiene como antecedente el art. 188° del CP de 1924 modificado por el Decreto Ley N° 22633 del 14 de agosto de 1979 y el artículo 281° del CP de 1863.

El término injuria se compone de *in-iuria* que quiere decir "sin derecho", es sinónimo de lesión y antiguamente tuvo un significado muy amplio referido a toda agresión ilegal a los bienes de otro, que no estaba especialmente prevista por alguna disposición[181], y recién en la época medieval los prácticos circunscribieron la palabra "injuria" a un concepto especializado y lo destinaron propiamente para señalar los actos que ofendían al honor del ciudadano[182].

---

[181] Los jurisconsultos romanos solían recurrir a ciertas fórmulas generales para hallar la manera de dar paso a la justicia en los casos en los que no encontraban aplicable una acción especial, determinada y señalada por la ley, para este fin se sirvieron, entre otras, de la *actio in iuriarum* (acción de injurias) a la que recurrían cuando no encontraban un delito determinado en un hecho que les parecía merecedor de represión (p. ej., lesiones leves, violación de domicilio).

[182] DE LUCA: *Ob. Cit.* p. 113.

Este delito constituye, como ya se había indicado, el tipo básico de los delitos contra el honor, ya que contienen todos los elementos típicos de las demás figuras delictuales que se encuentran comprendidos en este título; por lo que todo lo que no calce en alguna de las figuras especiales, y ofenda el honor, será una injuria.

### 1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es el honor de las personas.

### 1.2. TIPO OBJETIVO

#### 1.2.1. SUJETOS

El *sujeto activo* del delito es indiferenciado (común), ya que cualquier persona puede adquirir la calidad de sujeto activo. Es factible la autoría mediata cuando el agente se vale de un instrumento como niños o personas enajenadas.

El *sujeto pasivo* también es indiferenciado, no existiendo mayor inconveniente para considerar como tal a las personas que se encuentran en *estado de inconsciencia, los menores de edad, los incapaces, los inimputables, e inclusive los deshonestos;* pues, como se ha indicado, existe una estrecha vinculación del honor con la dignidad personal, lo que permite atribuir la titularidad de este bien jurídico a todas las personas, aun cuando carezcan de aptitud para percibir de manera directa el contenido deshonroso de la imputación[183]; a excepción de los *fallecidos,* pues los atributos de libertad y dignidad personal -a partir de los cuales se ha esbozado la definición del honor-, se extinguen con la vida de la persona.

#### 1.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

En cuanto al comportamiento típico, y atendiendo a que con la represión penal de los delitos contra el honor se pretende proteger a la

[183] MOLINA FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 264; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* pp. 375-377; CREUS: *Ob. Cit.* p. 128; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 278.

persona del obstáculo que representaría para su dignidad y libertad los juicios negativos susceptibles de originar el descrédito comunitario o de transmitirle a ella misma un sentimiento de humillación y desprecio, el comportamiento típico de este delito no solo se configura con una conducta formalmente *ofensiva o ultrajante*, sino con una conducta que, *independientemente de que sea verdadera o falsa*[184], resulte idónea para influir negativamente *sobre la consideración social o la propia valoración de la persona*[185], por lo que en el juicio que el operador judicial realice a fin de establecer si estamos frente a un comportamiento típico, no solo deberá tomarse en cuenta las características objetivas de la acción lesiva del honor, sino las circunstancias fácticas en las que se produce y las consideraciones que la sociedad en su conjunto considera adecuadas para afectar la estima personal o comunitaria de una persona[186]. Esto conduce, como bien señala DE LUCA, a deter-

---

[184] PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 382; PORTOCARRERO HIDALGO: *Ob. Cit.* p. 28; BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 137; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 279.
En ese sentido, SOLER: *Ob. Cit.* p. 219, señala que: " ... el delito de injuria es un delito lesivo de la autovaloración del honor, con independencia de que se trate o no de la imputación de algo verdadero y prescindiendo también del concepto de honor realmente merecido o disfrutado por esa persona, por ello decirle puta a una mujer que públicamente los es, constituye injuria, porque la injuria no consiste aquí en la exteriorización de menosprecio significado por esa palabra, sino en la impresión que esa exteriorización produce realmente ..."; De igual modo BUSTOS: *Ob. Cit.* p. 169 refiere que "... ciertamente la verdad de los hechos n importa para la configuración del injusto, pues lo que se pretende es afectar el honor de la persona, su posición y posibilidades de desarrollo en las relaciones sociales ..".

[185] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 129. En ese mismo sentido PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso: *Ob. Cit.* p.125, refiere que el honor sólo se puede ver lesionado ante frases, palabras, gestos o vías de hechos que poseen actitud suficiente para perturbar de forma considerable la vida comunitaria del individuo, imposibilitando su participación en concretas actividades socio económicas culturales, menoscabando la dignidad humana.

[186] En este sentido MORALES PRATS: *Ob. Cit.* p. 668, planteaba la necesidad de tenerse en cuenta la adecuación social, de forma que se posibilita la exclusión de la tipicidad en aquellos casos en los que, a pesar de la subsunción formal de una conducta en el tipo penal, desde una óptica valorativo-material del

minar en cada caso concreto el significado de las palabras, gestos o escritos utilizados, teniendo en cuenta el contexto, las circunstancias de modo, tiempo, lugar, así como las calidades personales del emisor de la idea, las del afectado y la de terceros observadores[187]; de este modo, por ejemplo, hablar en una reunión laboral sobre los defectos físicos de una persona que se pretende contratar no constituiría un delito de injuria, en cuanto sea necesaria valorar dichos defectos para el trabajo que se ofrece; sin embargo, la situación es distinta cuando la alusión a los defectos físicos se enderezan a la propia persona, de manera idónea y adecuada, con la finalidad de herirla, deprimirla y hacerle sufrir por el recuerdo vivo de su inferioridad[188].

En esta misma línea MOLINA FERNÁNDEZ indica que si bien existen expresiones cuyo significado injuriante está muy extendido, esto no impide que en una determinada relación comunicativa no tenga dicho significado, pues como en cualquier relación comunicativa entre sujetos, en la injuria el contenido injuriante de la acción no depende del instrumento o del medio externo que se utilice para transmitir el mensaje, sino del *significado* que le atribuyan los sujetos intervinientes, el que dependerá de múltiples factores como son las relaciones entre los sujetos, el contexto en el que se realiza el hecho, los convencionalismos del lenguaje o de los símbolos empleados[189]; así

---

bien jurídico honor resulte socialmente admitida. En ese sentido señala que el honor constituye un bien jurídico de especial textura y conformación, producto de convenciones sociales, variables históricas y sociales; en un sentido similar PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 386, señala que no todo lo que el ofendido o un tercero considera como valioso es defendible a título de honor, ni todo lo que para el tercero aminore su aprecio de la víctima es una injuria por descrédito, pues sólo lo son en la medida que las valoraciones de la sociedad lo permitan.

[187] *Ob. Cit.* p. 116.

[188] PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 134; SOLER: *Ob. Cit.* p. 220.

[189] *Ob. Cit.* p. 291. En ese mismo sentido DE LUCA: *Ob. Cit.* p. 116, señala que el delito de injuria es un delito de expresión por lo que requiere de la interpretación del sentido de las manifestaciones del individuo que las profiere.

por ejemplo, no es lo mismo llamar alcohólico a una persona en su centro de trabajo que hacerlo en una reunión terapéutica de adicción al consumo de licores. En este mismo sentido la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N.Nº 4694-2001-Loreto, señaló que: "*Las expresiones genéricas, si bien revelan un vocabulario ofensivo y hasta cierto punto agresivo, denotando una grave falta de educación, no evidencian en cambio un comportamiento injurioso, puesto que no se infiere de ellas ninguna afectación real a la posición que ocupa el querellante dentro de su relación social, concreta, conforme se advierte del contenido de trascripción*"; y la Ejecutora Suprema recaída en el Exp. Nº 586-2003, de fecha 15 de Abril del 2004: refiere: "*Que el agravio que expresa el querellado en su escrito de fojas 356, estriba en que el cuestionado aviso de "Cliente Moroso", no puede tipificarse como delito de difamación, ya que ello denota tan solo una expresión común y corriente en el tráfico comercial y financiero, por lo que dicha expresión no puede tipificar un delito contra el honor; que analizando los actuados que obran en el proceso, no aparecen configurados los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales objeto de imputación, por parte del querellado ya que su conducta está dirigida a realizar el cobro de una deuda, sin que el citado aviso, incluso, importe un ultraje o una ofensa lesiva al honor o reputación de la querellante (...)*".

Las *ofensas* al honor, como los insultos o la atribución de hechos deshonrosos o desacreditantes, pueden ser ejecutadas por *palabras* (ya sea de manera verbal o escrita), o a través de un modo simbólico o representaciones (por caricaturas); mientras que el *ultraje* es ejecutado a través de *vías de hecho* o violencia personal (abofetear, cortar el pelo, escupir, arrojar basura, etc.), *gestos* (muecas, expresiones corporales con el uso de los dedos de la mano), u otro tipo de manifestaciones explícitas. Asimismo cabe precisar que las ofensas o ultrajes deben ser *concretas* -no son admisibles las expresiones vagas y abstractas-, y deben ser *directas* hacia una destinatario definido, identificado o identificable.

El consentimiento será una causa de justificación, ya que el sujeto es libre para disponer sobre su posición y desarrollo en la relación so-

cial (haciendo desaparecer lo prohibido), lo que concuerda con nuestra legislación penal, ya que el art. 138° establece que los delitos contra el honor sólo proceden por acción privada[190].

Es debatible, el hecho de considerar si este delito puede ser cometido por omisión, aceptándose en doctrina la posibilidad de concebir una injuria mediante un comportamiento omisivo en el caso en que el sujeto se encuentre obligado a llevar a cabo una determinada acción, infringiendo un deber de comportamiento, aceptado por la comunidad y que ello se considere objetivamente como injurioso (así por ejemplo el omitir saludar, el no estar de manera conveniente en una reunión social, etc.). En ese sentido NUÑEZ refiere que: "*...no solo los hechos positivos, sino también las omisiones pueden tener sentido injurioso, especialmente deshonroso. La omisión del saludo, de la mano, de la precedencia, la no aplicación de las reglas protocolares y otras conductas semejantes pueden constituir injurias siempre que las circunstancias le confieran significado deshonrante a la abstención contraria al deber de obrar del autor, emergente del derecho, de la costumbre o la urbanidad. Aceptar la posibilidad de una injuria por violación del deber jurídico, consuetudinario o social de no omitir una determinada conducta respecto de la víctima, no importa constituir una obligación jurídica "honrar a los terceros", sino solo la obligación de no abstenerse en una forma que afecte la honra o el crédito ajeno de ciertos actos de observancia debida*"; siguiendo esta línea, consideramos que es posible la comisión de este delito mediante una conducta omisiva, cuya relevancia penal dependerá del contexto en que se dé[191].

---

[190] Exp. N° 2134-92 – Arequipa. Sala Penal: "(...) Las querellas no requieren que la querellante se constituya en parte civil, toda vez que su decisión de instaurar la acción penal constituye una demostración de su interés por las resultas del proceso, y por ende, el ejercicio de un derecho (...)".

[191] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 280, considera que es imposible concretar la conducta típica de este delito mediante omisión, por considerar que el hecho punible en análisis requiere comportamientos activos o positivos, atendiendo a los medios por los cuales puede lesionarse este bien jurídico (palabras, gestos o vías de hecho); de igual modo PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 385.

La doctrina distingue los siguientes modos especiales de comisión de este delito:

*i)* ***Injuria implícita, oblicua o indirecta:*** Cuando la acción no es explícita, es decir cuando el carácter lesivo de la conducta no es manifiesta ni clara. En estos casos el carácter lesivo de la conducta se infiere del contexto en que se expresan las palabras, gestos, actos, escritos; vg., invitar a una mujer casada a un hotel, puede ofender su honor al suponerla capaz de ello; u ofrecer dinero a un funcionario público puede ser ofensivo si se da a entender que este es corrupto; decir a otro ¿Soy yo acaso homosexual o maricón? dando a entender que el interlocutor lo es; poner el nombre de una persona a un perro, un asno o a otro animal, etc.

De manera ilustrativa se puede señalar que los romanos en el Digesto preveían dos formas representativas de afectación al honor: la *adsectatio* que consistía en acompañar por las calles a una mujer "honesta" contra su voluntad, haciendo creer a la gente que se trataba de una mujer "deshonesta"; y la *appellatio* consistente en llamar con un silbido (que era el medio utilizado para llamar a las meretrices) a una mujer honesta[192].

*ii)* ***Injuria mediata o refleja:*** Cuando se ofende a una persona a través de otra con la que está relacionada afectivamente, vg., cuando se le dice a otro que "es hijo de un corrupto o de una meretriz".

En estos casos si bien las expresiones hacen referencia aparente a acciones de otra persona, en realidad se trata de una expresión que

---

Por el contrario BRAMONT ARIAS – GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 137, admite la posibilidad teórica de la injuria por omisión cuando el sujeto está obligado a mantener un determinado comportamiento; en igual sentido PORTOCARRERO HIDALGO: *Ob. Cit.* p. 28.

[192] RAMOS, Juan P.: *Los delitos contra el honor.* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1957. p. 355.

contiene un juicio de valor sobre el destinatario inmediato de las expresiones.

### 1.3. TIPO SUBJETIVO

En lo referente a este punto se requiere que el sujeto activo actúe con dolo, esto es, con conocimiento o conciencia del significado lesivo de la expresión que emplea contra el honor de otra persona; en ese sentido, el sujeto activo debe tener conocimiento del significado lesivo de la expresión al momento de proferirla. Es admisible el dolo eventual.

En nuestro medio, algunos autores han señalado que la configuración subjetiva de este delito requiere, además, otro elemento subjetivo que se deriva de las expresiones "ofender"o "ultrajar" conocida como "*animus injuriandi*"[193], de forma que no bastaría con que la expresión (palabras, gestos, etc.) sea objetivamente injuriosa y el sujeto lo sepa, sino que se necesitaría un ánimo especial de dañar o perjudicar efectivamente la honra ajena. En este sentido, en lugar de interpretar objetivamente el significado de una expresión tal como "tú eres un perfecto idiota" se buscaba establecer qué había querido significar el autor de dicha expresión, por ejemplo, si esta expresión era proferida a un amigo a quien se le estaba haciendo notar el error en que había incurrido en el trabajo, eso no podía entenderse como una injuria porque el autor había procedido con *animus corrigendi* y no con *animus iniuriandi*. En conclusión, se negaba la existencia de injuria si el autor

[193] En este sentido BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal-Parte Especial*, 4ta. ed. Lima, San Marcos, 1998, p. 138; ROY FREYRE, Luis: *Derecho Penal Peruano. Parte Especial.* Tomo III, Instituto de Ciencias Penales, Lima, 1983, p. 447. VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 38 considera que este delito es necesariamente intencional por cuanto se requiere que el agente actúe con *animus iniuriandi*; SALINAS SICCHA indica que ambas expresiones se identifican plenamente, por tanto no deben ser diferenciadas. *Ob. Cit.* p. 282.
En contra PORTOCARRERO HIDALGO: *Ob. Cit.* p. 36, para quien este delito se configura con los principios comunes del dolo; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 379.

pretendía simplemente criticar (*animus criticandi*), aconsejar (*animus consulendi*), corregir (*animus corrigendi*), bromear (*animus iocandi*), defender (*animus defendendi*), informar (*animus informandi*) o narrar (*animus narrandi*)[194].

Al respecto, consideramos que el tipo penal en modo alguno requiere en su estructura típica de un elemento subjetivo distinto al dolo que no sea abarcado por este, ya que ni de la descripción legal ni del tipo de injurias se desprende la exigencia de este elemento subjetivo[195]. Por otro lado, se debe señalar que la teoría del *animus iniuriandi* resulta imprecisa ya que no permite distinguir el conocimiento del significado de una acción de su móvil o propósito (por ejemplo en una comunicación es posible saber que se ofende al honor aunque se haya tenido un propósito loable y, *contrario sensu*, es posible expresarse sin ofender el honor pese a haber tenido propósitos deleznables); tampoco

---

[194] MOLINA FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 294, nos dice al respecto que la exclusión de las injurias por esta vía resultaba incorrecta por dos razones, la primera porque nada impide que pese a la existencia de uno de éstos ánimos (*criticando, consulendi*, etc), siga existiendo a la vez el de injuriar; y en segundo lugar, mediante el recurso a los elementos subjetivos como el ánimo de informar o criticar, se estaba encubriendo un problema de conflicto entre derechos que debe resolverse en el campo de la justificación. En el mismo sentido LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 134 afirma que el recurso al *animus iniuriandi* por la jurisprudencia se realizó con la finalidad de fundamentar la impunidad de ciertas injurias realizadas con fines legítimos -defensa o crítica política; sin embargo ante el reconocimiento del papel institucional de las libertades de expresión e información, el recurso al *animus* como medio para solucionar los posibles conflictos entre el honor y la libertad de expresión o información, resulta insuficiente, razón por la cual el Tribunal Constitucional de ese país, al igual que el nuestro, se ha decantado por criterios objetivos de ponderación que nos sitúan en el ámbito de la antijuricidad.

[195] Existe una posición mayoritaria en la doctrina comparada que estima que ni la descripción legal ni del sentido del tipo de injuria se desprende la exigencia de *animus iniurandi* distinto del dolo típico (en ese sentido, por ejemplo GARCÍA ARÁN / LÓPEZ GARRIDO; VIVES ANTÓN; QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS; CARMONA SALGADO; MOLINA FERNANDEZ; LAURENZO COPELLO).

permite distinguir el momento en que terminaría el dolo y comenzaría una suerte de ultrafinalidad de carácter psicológico; y, finalmente, el *animus iniuriandi* puede ser probado o descartado arbitrariamente en cualquier situación, sin ningún parámetro más o menos seguro. En ese sentido, se debe concluir que el elemento subjetivo de la injuria se completa con el conocimiento del significado ofensivo de las palabras o expresiones voluntariamente exteriorizadas, y no con un *animus iniuriandi*; esto es, será suficiente con la configuración del dolo.

En este mismo sentido, en la Ejecutoria Suprema de fecha 19 de Mayo del 2005 (R.N. N° 724-2005-LIMA), se señaló que: "*... el dolo solo requiere que el autor haya tenido conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción para los bienes jurídicos; que es evidente que las expresiones proferidas por el imputado son ostensiblemente ofensivas, pues califican expresamente al querellante de coimero e indican que cometió una conducta indebida, ética y socialmente reprobable, de apoderarse de una determinada cantidad de dinero aprovechándose de su posición de dominio institucional y del contrato que debía suscribirse con el encausado, de modo que no podía ser ajeno al imputado la potencialidad lesiva de sus expresiones*".

Los casos de error o ignorancia sobre el significado lesivo para el honor de una determinada expresión, no resultan típicas, en tanto nuestra ley no prevé las injurias culposas, vg., el caso del extranjero que desconociendo el idioma, ante la indicación de un bromista, saluda a otro mediante una frase y un modo que en realidad tiene un significado injuriante o insultante.

### 1.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Conforme se ha indicado, los delitos contra el honor son *delitos de peligro concreto*, en los que se puede admitir un resultado, ya que es algo más que la realización de una acción en determinadas circunstancias subjetivas, pues, configuran la producción de una situación de peligro para determinado honor existente en la realidad (no un objeto en abstracto); Obviamente, no se trata de un resultado lesivo sino de

una afectación más o menos concreta del objeto de protección. En el presente caso, el delito de injuria requiere la emisión de un juicio de valor o de la imputación de un hecho o cualidad a otro, que resulte idóneo para afectar aquella expectativa de respeto que corresponde a toda persona, sometiéndola al riesgo de sufrir el desprecio o descrédito comunitario; sin embargo, la consumación se producirá cuando la injuria llegue al conocimiento de alguna persona en condición de comprenderla, aunque no sea precisamente el sujeto pasivo[196].

La admisión de los tipos de imperfecta ejecución en el delito de injuria es negada por un gran sector de la doctrina, dado a que el tipo penal in comento es considerado como un delito de mera actividad, en el cual no existe una separación espacio-temporal entre la manifestación de voluntad y el resultado; sin embargo, como se ha indicado, para nosotros se trata de un delito de peligro concreto, en el cual no se descarta un resultado, por lo que tampoco puede descartarse la tentativa, vg., en los casos en que el delito se realiza por escrito, por ejemplo a través de una carta, que por cualquier motivo no ha llegado a su destinatario[197].

---

[196] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 132; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 387, para quien el delito se consuma cuando es percibida por el ofendido o es percibida por terceros. En el mismo sentido VILLA STEIN: *Ob. Cit.* pp. 40-41.
En contra SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 283, quien considera que la injuria se consuma únicamente cuando el sujeto toma conocimiento de los actos o expresiones ofensivas o ultrajantes, y en el caso de las expresiones injuriantes por medio de la escritura cuando el destinatario llega a leer u observar lo escrito o dibujado; también BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 138.

[197] Sostienen esta posición MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.*, p. 274; QUERALT JIMÉNEZ: *Ob. Cit.*, p. 237, quien además apoya su postura en la teoría del bien jurídico protegido por el delito de injuria; PORTOCARRERO HIDALGO: *Ob. Cit.* p. 35; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 41.
En contra SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 284, para quién el delito de injuria no admite la tentativa.

## 2. CALUMNIA

**Art. 131°.- "El que atribuye falsamente a otro un delito, será reprimido con noventa a ciento veinte días-multa."**

El presente tipo penal tiene como antecedente el art. 186° del CP de 1924, y el artículo 287° del C.P. de 1863.

La agravación de esta figura delictual, en relación al delito de injuria, radica en que incorpora el interés público del hecho delictivo que falsamente se atribuye a una persona; aunque atendiendo a la forma en que puede afectarse el bien jurídico honor, no siempre la imputación de un delito resulta más grave que imputar un hecho que no es delito, vg.,tildar de homosexual a un militar o sacerdote puede ser más grave que imputarle un hecho previsto como delito en el Código Penal.

La calumnia es una injuria cualificada, en ese sentido, entre la injuria y la calumnia, existe una relación de especialidad.

### 2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico es el honor de la persona.

### 2.2. TIPO OBJETIVO

#### 2.2.1. SUJETOS

El agente del delito puede ser cualquier persona.

Solo puede ser sujeto pasivo del delito de calumnia, como ya se ha indicado, la persona física (las personas que se encuentran en estado de

inconsciencia, los menores de edad y los inimputables); nunca los difuntos ni las personas jurídicas, ya que no puede imputarse a estas últimas la comisión de delitos; no obstante, ello no impide que la atribución de un delito en contra de esta pueda calificarse de injuria o difamación según sea el caso; tampoco impide que la atribución falsa de un delito pueda constituir una calumnia contra la personas componentes o directivos de la sociedad sobre quienes pueda recaer la imputación o la responsabilidad por el hecho falsamente imputado, no existiendo obstáculo para la instauración de una querella por calumnia e injuria de manera acumulativa.

### 2.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento consiste en *imputar o atribuir* falsamente un delito, es decir conociendo que el delito nunca se ha cometido o que en realidad no ha sido cometido por persona distinta a la que se le atribuye. No configura el delito a atribución de una presunta conducta delictiva a cometerse en el futuro[198]; lo cual no descarta que tal hecho pueda ser configurado como delito de injuria.

La imputación *debe ser mínimamente creíble*, es decir que la persona a quien se le atribuye su comisión haya podido, en abstracto, cometer el delito que se le atribuye, quedando descartada la imputación de un delito que por sus características, a la vista de un observador imparcial, se muestra carente de verosimilitud[199], pues una imputación fantasiosa

---

[198] PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 391, precisa que la imputación de un hecho futuro no puede ser falsa ni verdadera, así la afirmación de que alguien va a realizar un delito, pues con ella no se atribuye un delito sino una intención (aunque puede ser tipificada de injuria).

[199] QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS: *Ob. Cit.* p. 392; MOLINA FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 267: refiere que: "Sólo cabe afirmar la tipicidad de la calumnia si la persona a la que se imputa falsamente la comisión del hecho se encontraba en condiciones de haber realizado el hecho imputable en el momento en que se le atribuye. Si de forma ostensible no se dan estas circunstancias -persona que se encontraba en situación de plena inconciencia, niños de muy corta edad, etc.-, la falsa imputación no reunirá la mínima credibilidad como para ser capaz de poner en peligro el honor ajeno".

carece de aptitud para perjudicar la vida en relación del sujeto pasivo en condiciones de libertad[200].

En cuanto al objeto de la imputación, es indiferente que la imputación realizada sea de un delito tentado o consumado, doloso o culposo, el grado de participación criminal que se afirme (autor o cómplice), o si el delito imputado es perseguible de oficio o a instancia de parte[201]. Solo se requiere que la conducta que se imputa falsamente sea típica y antijurídica[202]; así, no hay delito de calumnia cuando la conducta consiste en imputar falsamente un hecho que sería típico pero que no lo es por concurrir alguna causa de *ausencia de acción* (vg., imputar falsamente a otro haber matado en situación de sonambulismo), o de un hecho típico pero concurriendo una *causa de justificación* (vg., imputar falsamente a otro haber matado en legítima defensa), ya que en el primer caso no se imputa un hecho típico, y en el segundo porque no resulta deshonroso la imputación de un hecho que, de haber sido cierto, estaría justificado. Asimismo, no configurará calumnia, la imputación de un hecho en el que concurre una causal de exculpación; puesto que una causal que niega la culpabilidad del supuesto autor, no levanta un juicio de reproche contra el imputado, por lo que tampoco podrá verse mellado su honor. Por el contrario hay delito de calumnia cuando se impute falsamente un hecho típico, antijurídico y culpable, aunque se deje constancia de la concurrencia de una causa que excluya la punibilidad, o señalando que el delito se encuentra prescrito o que existe una razón procesal que impida su persecución; puesto que en estos casos, sí se presenta un reproche social contra el imputado, y por ello puede verse afectado su honor, aun cuando no sea pasible de la imposición de una pena concreta.

---

[200] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* pp. 102-103.

[201] Exp. N° 2378-98. Corte Superior de Lima: "...En el delito de calumnia la acción típica consiste en imputar falsamente un delito a otra persona. La imputación o atribución ha de ser de un delito, no de una falta (...) siendo indiferente la calificación que el sujeto dé a los hechos que se le imputan o el grado de ejecución o participación criminal que se afirma ..."

[202] PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 390.

En posición que compartimos, MOLINA FERNÁNDEZ precisa además, que la imputación de un hecho verdadero por el cual el sujeto fue sentenciado y cumplió su condena puede plantearse también una posible injuria (mas no así una calumnia), en la medida que el cumplimiento de una condena tiene en el sentir social un cierto significado de cancelación de desvalor del hecho previo[203]. Más discutible resulta ser la imputación de un hecho cuya acción penal ha prescrito, puesto que si bien la acción penal se ha extinguido por el paso del tiempo, el agente no ha desvirtuado el reproche penal por la comisión del hecho, por lo que en este caso, no se configuraría el delito de injuria.

Este delito de calumnia no se presenta cuando se imputa la comisión de una falta, lo que no obsta para que pueda configurarse el delito de injuria.

La atribución de un delito puede efectuarse por cualquier medio, ya sea por escrito, oralmente, por medios audiovisuales, representaciones, dibujos, o mediante expresiones no manifiestas como las alegorías, caricaturas, alusiones, emblemas, siempre que de estos hechos se derive la imputación *precisa o concreta* a un *sujeto determinado o determinable*[204] de la comisión de un delito. Si bien no se requiere de precisión técnico jurídica, es decir, no es necesaria la mención del nombre del delito o calificación del hecho que se atribuye; sin embargo, la imputación falsa debe contener un hecho inequívoco, concreto y determinado, preciso en su significación y catalogable criminalmente[205];

---

[203] *Ob. Cit.* pp. 270-273.

[204] PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 293, precisa que la imputación puede alcanzar simultáneamente a varias personas de una organización (vg., el directorio de una sociedad, o a los concejales de un municipio); sin embargo no se presenta este delito cuando no es factible discernir una adecuada individualización, o cuando la imputación recaiga indeterminadamente sobre varias personas vg., uno de los presentes en la fiesta me ha sustraído la billetera.

[205] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 105, quien precisa que la imputación de estar acompañada de una explicitación de hechos concretos; también PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 41; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* pp. 389-390;

de este modo, por ejemplo, llamar a otro, narcotraficante o asaltante sin más precisiones, encuentra mejor subsunción en el delito de injuria que en el de difamación.

Asimismo, atendiendo a la descripción de la conducta típica, la comisión de este delito únicamente puede realizarse mediante un comportamiento activo, no admitiéndose la omisión como forma de conducta.

### 2.3. TIPO SUBJETIVO

Por las razones alegadas respecto al delito de injuria, el delito de calumnia no requiere de la concurrencia de algún ánimo especial, bastando tan solo la presencia de dolo. No se admite la forma culposa.

En estos casos el sujeto realiza la imputación conociendo de su falsedad o siendo consciente de que no cuenta con un fundamento razonable para efectuar la imputación (dolo eventual).

### 2.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma cuando la calumnia llega a conocimiento del destinatario (sujeto pasivo). Se admite la tentativa, por las mismas consideraciones expuestas respecto al delito de injuria.

### 2.5. EXCEPTIO VERITATIS

Si bien es cierto el art. 134° del CP, que contempla la *exceptio veritatis,* señala que solo se puede probar la veracidad de las imputaciones delictivas en el delito de difamación; sin embargo, debemos tener en cuenta que el art. 132° del CP exige que la imputación realizada por el agente sea falsa, por tanto, la atribución cierta que es proferida contra la víctima determinará la atipicidad de la conducta reputada como calumnia[206], lo cual no obsta el ejercicio de la acción privada de la acción penal por el delito de injuria.

---

[206] En la legislación comparada si se ha regulado expresamente la relevancia de la *exceptio veritatis*, respecto al delito de Calumnia, así el art. 207° del Código Penal Español de 1995.

## 2.6. DELIMITACIÓN RESPECTO DEL DELITO DE DENUNCIA CALUMNIOSA

El delito de calumnia se encuentra muy especialmente vinculado con una de las modalidades del delito de denuncia calumniosa (Art. 402°: *"El que denuncia a la autoridad un hecho punible, a sabiendas que no se ha cometido...)*, que aunque se contempla entre los delitos contra la función jurisdiccional, es en parte, materialmente considerado, un delito contra el honor.

Sin embargo, la nota de relevancia que distingue a ambas figuras delictuales radica en que la imputación, en el delito de denuncia calumniosa, se hace ante funcionario judicial, fiscal, policial o administrativo competente para conocer el hecho denunciado y por ello debe proceder a su averiguación; mientras que en la calumnia le imputación es en general, no ante el funcionario competente para investigar el delito atribuido. En tal sentido, en este caso nos encontramos ante un aparente concurso de leyes penales que se resuelve aplicando el principio de *especialidad;* esto es, aplicando la norma especial que describe el hecho de modo más detallado o específico, la misma que en este caso es el artículo 402° del CP (denuncia calumniosa), el que al considerar la atribución de la comisión de un delito ante la autoridad competente para investigar el caso, resulta más específica que la norma general contenida en la difamación. Más aún, si se tiene en cuenta que la denuncia calumniosa, además de afectar el honor, afecta principalmente a la administración de justicia, esto es, protege un bien jurídico adicional al honor, siendo el fundamento de la punición la afectación a este bien jurídico, y no propiamente la afectación al honor; por ello mismo en este caso, la norma referida a la difamación es desplazada por la referida a la denuncia calumniosa; en cuyo caso,

---

Exp. N° 2378-98. Corte Superior de Lima: "(...) La imputación ha de ser falsa. Si no lo es y el acusado prueba la veracidad de su imputación, quedará exento de pena, ya que el hecho no será típico (...)".

el honor solo quedará protegido por la acción civil resarcitoria, la misma que se hará valer en el proceso civil correspondiente, conforme al artículo 1982° del Código Civil, puesto que en el proceso penal por la denuncia calumniosa solo será comprendido como agraviado, el Estado.

## 3. DIFAMACIÓN

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

**Si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131°, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con noventa a ciento veinte días-multa.**

**Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenticinco días-multa."**

### 3.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es el honor de la persona.

### 3.2. TIPO OBJETIVO

#### 3.2.1. SUJETOS

Tanto el agente del delito como el sujeto pasivo pueden ser cualquier persona.

En uno de sus último fallos, nuestra Corte Suprema (Recurso de Nulidad N° 3517-2008-ANCASH, de fecha 25 de enero del 2010), ha señalado que: "...*el delito de difamación requiere necesariamente que las frases reputadas como ofensivas se dirijan a una persona en*

*particular -que puede ser natural o jurídica- (...); que, en el presente caso el querellante al proferir las frases cuestionadas de manera genérica, sin referirse directamente al querellante País Hurtado o a la asociación que representa -tampoco se puede inferir del contexto en que se dijeron que se dirigieron a sus afiliados-, no permite concluir que las expresiones que profirió el encausado se subsuman en el referido tipo penal, ante la imposibilidad de determinar al sujeto pasivo de la acción, sin que ello signifique que las personas que se sientan aludidas o afectadas, no puedan ejercer sus derechos en la vía civil correspondiente ...*"[207]; sin embargo, debe tenerse presente, conforme a la línea trazada por el Tribunal Constitucional Español, que las personas individualmente consideradas pueden ser sujetos de delitos contra su honor cuando la agresión se ha materializado contra un grupo humano del cual forma parte, el cual debe caracterizarse por una neta y consistente personalidad por cualquier rango dominante en su estructura y cohesión, como el histórico, étnico, sociológico y/o religioso. En ese sentido, el citado Tribunal destacó (STC 176/1995), que "*... el pueblo judío en su conjunto no obstante su dispersión geográfica, identificable por sus características raciales, religiosas, históricas y sociológicas, desde la Diáspora del Holocausto, quien recibe como grupo humano las invectivas, los improperios y la descalificación global. Parece justo que si se le ataca a título colectivo, puede defenderse en esa misma dimensión colectiva y que estén legitimados para ello, por sustitución, personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano ...*"[208]; mientras que en la sentencia 214/1991 el TC destacó

[207] En ese caso se atribuía al querellado Álvarez Aguilar que el día 31 de mayo de 2007, a través de radio Ancash, de las emisoras locales de Chimbote y del canal trece de televisión de Huaraz, haber calificado a los médicos de "conchudos", "corruptos", "médicos inmorales", "médicos que trafican con las medicinas", entre otros calificativos peyorativos.

[208] En este caso se analizó las denuncias que por los delitos contra el honor interpusieron las asociaciones "Amical de Mauthausen" y "B´NaiB´Rith de España", contra el director y editor de las publicaciones de la editorial "Makoki S.A" por los delitos de injurias graves y de escarnio de confesión

que era posible apreciar la lesión al bien jurídico honor en aquellos supuestos "... *en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando estos sean identificables como individuos, dentro de la colectividad*".

### 3.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento consiste en:

***a) Atribuir a una persona un hecho, cualidad o conducta que pueda perjudicar su honor o reputación.***

El *hecho o conducta* atribuidos a la víctima hacen referencia a un acontecimiento o a un modo de actuar de la persona. Para que se realice dicha atribución ofensiva no es necesario que la persona se halle presente al momento en que ocurre el agravio a su honor.

Con la expresión *"cualidad"* el texto legal se refiere a una condición personal que puede ser de carácter intelectual, moral o física, la misma que el agente supone existente como un defecto en la víctima, no conformándose con tener su propio juicio al respecto, sino que lo propala sin necesidad o justificación alguna[209].

Este delito solo puede ser cometido por acción, descartándose toda forma omisiva.

Como ya se indicó resulta irrelevante el carácter falso o verdadero de las afirmaciones.

---

religiosa, a raíz de la publicación del álbum denominado "Hitler=SS", en el cual a través de la fotos y frases que se utilizaban, se ofendían a todo el pueblo judío por sus rasgos étnicos y por sus creencias.

[209] ROY FREYRE: *Op. Cit.* p. 442.

***b) Que la atribución ofensiva al honor de la persona se realice ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia:***

Del análisis de este tipo penal, podemos deducir que se trata de una injuria proferida contra la víctima, la misma que adquiere mayor relevancia penal por el hecho del mayor perjuicio ocasionado a la víctima con la difusión de la atribución realizada en su contra, dado que el honor de esta ha sido lesionado ante un indeterminado grupo de personas.

### 3.3. TIPO SUBJETIVO

El presente tipo penal es doloso.

### 3.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma cuando la ofensa al honor llega a conocimiento de la víctima o de los terceros (reunidos o separados). La tentativa es admisible, en los casos en que el delito se cometa por medio de escritos o a través de medios de comunicación, y aun cuando ya se hayan elaborado los documentos difamatorios, aun no se han puesto en circulación.

### 3.5. AGRAVANTES

El tipo penal establece las siguientes agravantes:

***a) Cuando la difamación se refiere a la atribución de la supuesta comisión de un delito.***

Esta agravante tiene su fundamento en un mayor desvalor del injusto, ya que la imputación versa sobre hechos que constituyen las infracciones más graves y más reprochables previstas por el ordenamiento jurídico, por tanto más idóneas para afectar gravemente el honor de una persona.

La configuración de esta agravante debe respetar, en lo que fuere pertinente, lo señalado en relación a los elementos objetivos y subjetivos del delito de calumnia.

***b) Cuando la difamación se cometa por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social.***

De igual modo, el fundamento de la agravante reside en un mayor contenido del injusto, ya que una afectación del honor es mucho mayor cuando se utilizan estos medios capaces de comunicar la ofensa a un número ilimitado de personas, con lo cual se restringe enormemente el ámbito de libertad y desarrollo del afectado.

En este mismo sentido la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2628-2007-Lima, ha señalado que: "*Los medios en el delito de difamación agravada deben proporcionar una mayor difusión o propagación -sea en forma oral, escrita o visual- a la ofensa, de modo que produzcan un efecto lesivo superior al honor del afectado, a consecuencia del conocimiento de la expresión injuriosa a un número amplio e indeterminado*".

En estos casos el sujeto activo utiliza el libro, la prensa (hablada o escrita), u otro medio de comunicación social como la radio, la televisión o internet.

Sobre el uso de la internet se puede citar el caso, José Alejandro Godoy Mejía, en el cual el Poder Judicial (Exp. N° 24304-2009; 33JPL), ha señalado que, dada su naturaleza, la Internet constituye un medio de comunicación social, señalando que: "... *efectivamente el querellado José Alejandro Godoy Mejía es el creador y responsable del blog de Internet "Desde el Tercer Piso", que aparece en la dirección de internet http:www.desdeeltercerpiso.com/about (...) que a través de este blog de Internet, el querellado (...) con fecha diecisiete de abril del año dos mil nueve hizo aparecer la publicación titulada "JMN amenaza a asesor parlamentario por caso Rospigliosi", imputándole la autoría de los delitos de defraudación aduanera, aprovechamiento indebido del cargo público e incumplimiento de deberes funcionales, señalando: 'una de las mayores joyas políticas de la primera parte de esta década es JMN, ex Ministro de Trabajo con Fujimori y ex parlamentario de Perú Posible', este político tiene tres grandes perlas durante su gestión: evasión tributaria por la compra de un jaguar, impulsar medidas arancelarias*

*a fin de favorecer sus empresas, gestionar con José Francisco Crousillat mejores tratos de los inspectores laborales para América Televisión (...) este hecho ha sido de conocimiento de la ciudadanía en general, a través de un medio de comunicación social (dirección de internet), el cual obviamente, dada su naturaleza, se divulga y propala, teniendo cobertura a nivel nacional e internacional ...".*

## 4. EXCEPCIONES A LOS DELITOS DE INJURIA Y DIFAMACIÓN

**Art. 133°: "No se comete injuria ni difamación cuando se trata de:**

1. **Ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Juez.**
2. **Críticas literarias, artísticas o científicas.**
3. **Apreciaciones o informaciones que contengan conceptos desfavorables cuando sean realizadas por un funcionario público en cumplimiento de sus obligaciones."**

### 4.1. SOBRE LA NATURALEZA DE ESTAS EXCEPCIONES. ¿CAUSALES DE ATIPICIDAD O DE JUSTIFICACIÓN?

En la doctrina no existe consenso sobre la naturaleza de las circunstancias que se contemplan en el presente artículo. Así:

i) Desde una perspectiva muy tradicional, algunos autores consideran que en estos casos no podría apreciarse un supuesto típico ya que el agente no obra con *animus iniuriandi* o *animus difamandi.* En nuestro medio, GARCÍA CANTINZANO-BRAMONT ARIAS, desde la tesis que considera que en los delitos contra el honor no basta el dolo sino que se requiere verificar además un *animus* adicional *-animus iniuriandi o difamandi-*, sostienen que no resulta del todo convincente asumir que en estos casos estemos frente a una causa de justificación, ya que no se aprecia un conflicto de derechos sino un conflicto

de intenciones que se resuelven por el elemento subjetivo del tipo, esto es, por el ánimo de injuriar o difamar[210]. Desde esta misma perspectiva, GONZALES ROURA, en relación a las ofensas proferidas en juicio, señala que en estos casos el agente actúa con *animus defendendi*[211].

Por su parte VILLA STEIN considera que se tratan de causales de atipicidad y de justificación. Así, en relación a las injurias expresadas en juicio considera que en realidad opera una causal de atipicidad, ya que las conductas que describe la norma están permitidas; en relación a las críticas literarias, artísticas o científicas, observa también una causal de atipicidad porque el agente procede con *animus criticandi* y/o razón científica o estética; y, finalmente en relación a la apreciación o información desfavorable hechas por funcionario público en cumplimiento de sus obligaciones, considera que la norma consagra una causal de atipicidad concurrente con una de justificación.

Contra estas tesis se debe acotar que la exigencia de otros elementos subjetivos distintos al dolo no tiene justificación y por tanto no tienen mayor operatividad en la configuración de los delitos contra el honor; de otro lado, en relación a las ofensas proferidas en juicio, conforme ha observado GÓMEZ EUSEBIO, es posible que en el juicio se hayan proferido injurias inmotivadas, esto es cuando no ha mediado imputación alguna por parte del agraviado que autorice una defensa ofensiva o ultrajante de la contraparte[212], por eso no se puede concluir que en todos los casos el agente ha actuado con *animus defendendi*; de otro lado, el propósito de ofender al honor de una de las partes en litigio puede ser manifiesto, es decir, el agente puede haber actuado con un *animus iniuriandi o difamando,*

[210] *Ob. Cit.* p. 143.

[211] Citado por FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 471.

[212] GÓMEZ EUSEBIO: *Ob. Cit.* p. 383.

el cual podría aparecer evidente y hasta grosero, sin embargo, ello no imposibilitaría la apreciación de esta eximente[213].

ii) Otro sector doctrinal entiende que en realidad estos supuestos contemplan verdaderas excusas absolutorias[214]. A favor de esta tesis se argumenta que en estos supuestos nos encontramos frente a conductas típicas, antijurídicas y culpables, pero se declara exento de pena al autor por cuestiones de política criminal; así, en el caso de las ofensas proferidas en juicio la decisión político criminal se fundamente en la finalidad de dotar de mayor operatividad al derecho de defensa que pueda ejercer tanto el justiciable como su abogado[215]; por tal razón resulta innecesario que en estos casos se indague respecto a la ausencia o presencia del dolo o de un *animus iniuriandi, animus defendendi ,animus retorquendi,* o de un *animus criticandi*[216].

iii) Finalmente, otro sector doctrinal se decanta por considerar que en realidad estos supuestos constituyen verdaderas causas de justificación. En ese sentido, SOLER considera que las injurias proferidas en juicio no constituyen un injusto penal ya que se sustentan en el legítimo ejercicio del derecho a la

---

[213] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 472.

[214] En relación a las ofensas proferidas en juicio, FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 472, precisa que se trata de una eximente de naturaleza objetiva que sólo puede ser ubicada entre las excusas absolutorias; NUÑEZ: *Ob. Cit.* pp. 171 y 176, recalca que esta excusa absolutoria no afecta la pertinente responsabilidad civil.
En nuestro medio PEÑA CABRERA, ALONSO: *Ob. Cit.* p. 179, considera que la norma contempla supuestos de excusas absolutorias.

[215] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 471, citando a MANZINI señala que esta norma se fundamenta en la libertad de la defensa en juicio, a fin de garantizar que el debate judicial sea libre e inmune a las preocupaciones que puedan disminuir su eficacia; NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 176.

[216] FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 472.

defensa[217]. Contra esta posición se ha señalado que de ser así la regulación de estos supuestos resultaría innecesaria, ya que se encontrarían contempladas en las normas de la parte general[218] (en nuestro caso en el inc. 8 del art. 19° del Código Penal); asimismo, se ha señalado, en relación al supuesto de las ofensas proferidas en juicio, que si se tratase de una causa de justificación no cabría la posibilidad de que el Juez recurra al derecho disciplinario para sancionar este tipo de conductas, ya que una causa de justificación opera de manera general y unitaria para todo el ordenamiento jurídico[219].

Al respecto puede advertirse que nuestro legislador, en estos supuestos,afirma en general, que: *no se comete el delito, esto es, que el delito no existe;* por lo que si tomamos en cuenta que estamos ante un delito, cuando la conducta es típica, antijurídica y culpable, estaremos ante la ausencia de este, si se presentasen supuestos de atipicidad, causales de justificación (antijuricidad) y causales de exculpación; en cambio, sí estaremos ante un delito, aun cuando nos encontremos ante excusas absolutorias u otros supuestos de ausencia de punibilidad. En tal sentido, se descarta que estos supuestos previstos en la norma puedan tratarse excusas absolutorias. En efecto, a diferencia de otros textos legales, nuestra norma no se limita a señalar que en estos casos nos encontramos ante injurias o difamaciones no punibles[220],

---

[217] SOLER: *Ob. Cit.* pp. 234-235.

[218] FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 472.

[219] NUÑEZ: *Ob. Cit.* pp. 175-176. En realidad este argumento solo tenía operatividad en la legislación anterior, donde se establecía que las injurias proferidas en el escenario de un proceso judicial debían ser corregidas disciplinariamente.

[220] Como si se hace, por ejemplo, en el Código Penal del Brasil (Art. 142°): "*No constituye injuria o difamación punible: I.- la ofensa irrogada en el tribunal, en la discusión del caso, por la parte o su abogado*"; y en el Código Penal Italiano (Art. 598) donde se señala que: "*No son punibles las ofensas* contenidas en los escritos o discursos presentados por las partes o sus abogados en los procedimientos antelas autoridades judiciales...".

lo cual hubiera permitido sustentar que estamos frente a una excusa absolutoria, por el contrario, es categórico en señalar, en su numeral 1) que las ofensas que hayan sido proferidas en juicio, con ánimo de defensa, no constituyen delito de injuria y difamación, es decir son actos lícitos (penalmente)[221].

Ahora bien, lo señalado no significa que en los tres casos nos encontremos ante supuestos de atipicidad, pues, deberá analizarse una por una estas causales, puesto que tienen contenido distinto. En efecto, en el supuestos previsto en el numeral 1), creemos que nos encontramos frente a conductas típicas, puesto que la propia norma estipula que se trata de *"ofensas proferidas"*, lo cual significa que se ha superado en nivel del riesgo permitido; esto es, estaremos ante conductas que objetiva y subjetivamente pueden calzar en cualquiera de los tipos penales de injuria y difamación que contempla nuestro Código Penal, pero que por estar sustentadas en el ejercicio legítimo de un derecho (de defensa y de expresión) se encuentran *justificadas*. Por consiguiente, nos encontramos frente a supuestos que no configuran un injusto penal[222], al presentarse una causal de justificación

---

[221] En el ámbito comparado el Código Penal Mexicano (Art. 215°), de manera similar al nuestro, más allá de su definición del delito de difamación, señala también que: *"No se comete delito de difamación cuando se presente un escrito ante el Ministerio Público o tribunales, o se pronuncie un discurso ante los tribunales, que contengan expresiones difamatorias ..."*.
El Proyecto de Código Penal para la República de Argentina, elaborado por los doctores JORGE EDUARDO COLL y EUSEBIO GÓMEZ también contenía una disposición similar pero limitada únicamente al delito de injuria y únicamente a los litigantes, así el art. 159° del referido proyecto establecía que: *"No constituyen delito las injurias proferidas en juicio por los litigantes en sus escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales, si no se dieren a la publicidad"*.

[222] En este sentido PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 62, siguiendo a COLL GÓMEZ, señala que los tres incisos de este dispositivo, son actos lícitos, no constituyen delito y por eso no están sometidos a ningún tipo de represión. Del mismo modo SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 303, recalca que en estos supuestos el legislador está afirmando que no existe delito o no aparecen todos los elementos constitutivos el delito de injuria o difamación.

(ejercicio legítimo de un derecho). Sin embargo, consideramos que los casos de los numerales 2) y 3) se trata de un supuesto de atipicidad. En tal sentido, corresponde analizar una por un estas causales que niegan la presencia del delito.

### *a) Injuria y difamación proferidas en juicio con ánimo de defensa. (Ejercicio legítimo del derecho de defensa como causa de justificación)*

Esta causal no tuvo consagración en el Código Penal de 1863; su antecedente inmediato lo encontramos en el artículo 192° del Código Penal de 1924, pero a diferencia de la regulación anterior, el texto actual no hace referencia a la posibilidad de la corrección disciplinaria a la que puede estar sujeto el agresor; asimismo se amplía esta causal de justificación para el caso de la difamación proferida en juicio.

PORTOCARRERO[223] señala que la fuente de esta regulación la encontramos en la legislación argentina, que fue introducida por primera vez a dicha legislación mediante la Ley de Reformas al Código Penal N° 4189, del 22 de Agosto de 1903[224], la cual se inspiró a su vez en el Art. 398° del Código Penal Italiano de 1889; en el art. 377° del Código Penal Francés; en el art. 266° del Código Penal Húngaro de 1878; en el art. 452° del Código Penal Belga de 1867 y en el art. 426° del Código Penal Chileno de 1874[225].

---

PEÑA CABRERA-FREYRE, ALONSO: *Ob. Cit.* p. 179, considera que sólo el primero de los supuestos que establece la norma son excusas absolutorias.

[223] *Ob. Cit.* p. 61 a 62.

[224] Art. 115°: "*Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos, informes producidos ante los tribunales y no dados a la publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes*".

[225] NUÑEZ: *Ob. Cit.* pp. 173-174.

Esta regulación tiene en el derecho un carácter tradicional. En efecto CARRARA[226] explica que los prácticos la denominaron *libertad conviciandi* (libertad de injuriar de palabra), la cual estuvo sujeta a las siguientes condiciones: i) que lo pida la utilidad de la causa (*poscas utilitas litis)*; y, 2) que no haya exceso en el modo.

El fundamento de la regulación es garantizar la defensa tanto técnica como material, permitiendo que el debate sea libre e inmune a las preocupaciones que puedan disminuir su totalidad y eficacia[227]. En ese sentido, con la presente disposición se busca dotar de eficacia de los derechos discutidos en juicio[228], concretar los fines de la administración de justicia, y ofrecer a los destinatarios de la norma las más amplias garantías para el cumplimiento de su misión como litigantes, apoderados o defensores. Por ello, se permite a los agentes proferir verdaderas ofensas (tal como lo señala la norma expresamente) contra sus contrapartes o eventuales terceros involucrados en la secuela procesal, sin que contra ellos opere la respuesta penal.

En tal sentido, como ya se indicó, consideramos que esta causal tiene la naturaleza de una *causa de justificación*[229], específicamente la contemplada en el inc. 8° del artículo 20° de nuestro Código Penal: "*el que obra (...), en el ejercicio legítimo de un derecho, (...)*", en el presente caso, el ejercicio del *derecho de defensa*, el cual tiene reconocimiento constitucional (inc. 14° del art. 139°) y tiene el rango de derecho fundamental.

---

[226] CARRARA: *Ob. Cit.* p. 96 (& 1761).

[227] MANZINI citado por FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 471.

[228] Al respecto se debe tener presente que en los procesos judiciales se discuten igualmente derechos particularmente valiosos y dignos de protección, cuya efectividad depende precisamente en gran medida del pleno respeto del derecho al debido proceso.

[229] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 303. En ese sentido, para SOLER: *Ob. Cit.* p. 235, se trata de una causa de justificación amparada en el legítimo ejercicio de un derecho y no de una simple excusa derivada del acaloramiento de los ánimos.

En cuanto a la crítica referida por NÚÑEZ, en el sentido de que si estuviéramos ante una causal de justificación, las injurias y difamaciones cometidas en el contexto de un juicio no podrían ser sometidas a ningún tipo de represión, ni siquiera disciplinaria, ya que las causas de justificación operan con carácter unitario y general para todo el ordenamiento jurídico[230]; es de considerar que este argumento no es contundente, si se tiene en cuenta que hay varios ejemplos de conductas típicas y justificadas en que no desaparecen totalmente las consecuencias civiles y disciplinarias cuando estas tienen su origen en una fuente de responsabilidad distinta[231]. Por consiguiente, no existe inconveniente, desde la perspectiva que se ha asumido, para que el Juez de la causa ante las ofensas proferidas por una de las partes, conforme a su ley Orgánica y a las normas procesales, pueda sancionar disciplinariamente al abogado o al litigante irrespetuoso y/o testar o suprimir las expresiones ofensivas[232]. En este contexto, no resultaría

---

[230] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 176; comparte este criterio DONNA: *Ob. Cit.* p. 353.

[231] DE LUCA: *Ob. Cit.* p. 175, precisa que la unidad del ordenamiento jurídico y de la antijuricidad no está en juego cuando la rama del derecho deriva de una fuente distinta, al respecto pone de ejemplo el caso del sujeto que tiene derecho a resarcimiento cuando un bien de su propiedad ha sido utilizado por un tercero para defender a otra de una agresión ilegítima.
En el mismo sentido, el artículo 959° de nuestro Código Civil, establece la responsabilidad civil de indemnización, en el caso de daños causados en estado de necesidad, esto es, pese a que estamos ante una causal de justificación, no solo penal sino también civil; pero por considerar diversa la fuente de la responsabilidad la considera como válida.

[232] Al respecto se debe tener en cuenta que el numeral 13° el artículo 187° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece como deber de los magistrados: "*Denegar de plano los pedidos maliciosos y rechazar los escritos y exposiciones que sean contrarios a la decencia o la respetabilidad de las personas, haciendo testar las frases inconvenientes, sin perjuicio de la respectiva sanción*". En el mismo sentido el art. 52° del Código Procesal Civil establece las siguientes facultades disciplinarias del juez: "*1. Ordenar que se supriman la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios; 2. Expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo (...); y 3. Aplicar las sanciones disciplinarias que este Código y otras normas establezcan*".

procedente que el querellado alegue el *ne bis in idem* sustentando haber sido sancionado disciplinariamente, ya que como ha indicado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias la responsabilidad penal y disciplinaria tienen una naturaleza y origen distinto[233].

Aun cuando en realidad, el precepto legal *in comento* resuelve parcialmente el conflicto que puede suscitarse entre dos derechos fundamentales: el derecho de defensa y el derecho al honor en el marco de un proceso judicial. Decimos parcialmente porque este conflicto puede acaecer también en el contexto de un procedimiento administrativo (vg., en el procedimiento administrativo disciplinario), frente a lo cual la norma no brinda una solución expresa, aunque esto no obsta a que pueda recurrirse a un criterio general.

Bajo este contexto, consideramos que el ejercicio del derecho a la defensa, en aquellos casos en los que se afecta el honor, resulta legítimo y por tanto justificado, cuando:

i) Exista una *controversia jurídica o incertidumbre jurídica* (de cualquier índole -penal, contenciosa administrativa, civil, laboral, etc.-), cuya resolución pueda afectar o poner en peligro la situación jurídica o los derechos de los que goza o pretende gozar una persona.

   La norma hace hincapié en que las injurias o difamaciones deben haber sido proferidas ante un Juez, de lo cual se infiere que la controversia debe estar judicializada, es decir, en trámite ante la autoridad jurisdiccional. En tal sentido, si las injurias o difamaciones son proferidas ante otras autoridades (vg., ante un efectivo policial o ante el Representante del Ministerio Público), esta causal no tendría operatividad[234].

---

[233] Ver Sentencia de fecha 21 de Abril del 2004, recaída en el Expediente N° 3265-2003-AA/TC -fj. 2,3 y 4-; y la sentencia de fecha 13 de Mayo del 2004, recaída en el Expediente N° 2169-2003-AA/TC -fj. 4 y 5-.

[234] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 303.

Hubiera sido preferible que la norma justifique no solo las ofensas proferidas ante el "Juez", sino también las que se profieran ante una autoridad administrativa, ya que en este ámbito el derecho de defensa también tiene indudable proyección.

En la legislación comparada, el Código Penal de Italia (Art. 598°) señala expresamente que no son punibles las ofensas contenidas en los escritos presentados o en los discursos pronunciados por la parte o su abogado ante la autoridad administrativa; el Código Penal de México (Art. 215°) extiende esta causa de justificación a los escritos presentados ante el Ministerio Público; mientras que en aquellas legislaciones en las que se hace referencia a las ofensas proferidas ante los "tribunales" -vg., El Código Penal de Argentina (Art. 115°) y el Código Penal de Colombia (Art. 228°), entre otros-, la doctrina en esos países, aunque no de manera uniforme, entiende que la norma no sólo justifica las ofensas proferidas ante los tribunales judiciales, sino también a las que son proferidas ante los tribunales administrativos[235].

Al respecto, consideramos que si bien nuestra norma solo hace referencia a las ofensas proferidas ante un Juez, ello no impide que el ejercicio legítimo del derecho de defensa pueda justificar una conducta injuriosa o difamatoria, en otros ámbitos que no sea el judicial, por ejemplo en el ámbito fiscal o administrativo, aunque para ello se deberá recurrir directamente a las normas generales de la justificación, en el presente caso al numeral 8

[235] Así NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 178, asume que el artículo 115° del Código Penal Argentino se refiere a los "tribunales" sin limitación de índole jurisdiccional, sino que comprende también a los tribunales administrativos, ya que el fundamento de la norma es conceder un resguardo para el ejercicio del derecho de defensa en juicio ante toda autoridad investida de capacidad para conocer y resolver sobre causas de cualquier índole; GATUCCI, Silvana G. *Libertad de Prensa. Calumnias e Injurias.* Ediar, Buenos Aires, 2004., p. 340; DONNA: *Ob.Cit.* p. 353.
RAMOS: *Ob. Cit.* p. 402, por el contrario considera que el art. 115° del Código Penal de Argentina no comprende a los tribunales administrativos.

del Artículo 20° del Código Penal. De este modo, consideramos justificadas las ofensas que un Fiscal, en el marco de un procedimiento disciplinario instaurado en su contra, pueda proferir contra el testigo de cargo que le imputa una conducta deshonrosa o una falta grave, ello con la finalidad de desacreditar su testimonio; o de aquel que, sujeto a una investigación preliminar, manifiesta una serie de ofensas contra el presunto agraviado con la finalidad de desacreditar la sindicación.

ii) Que, se *respete el contenido esencial de la dignidad humana*; por consiguiente, no son admisibles las ofensas que expresan una manifestación negativa o denostación de las cualidades personales que constituyen la esencia del hombre; en ese sentido habrá un ejercicio ilegítimo del derecho de defensa, y por tanto no justificada, cuando se empleen expresiones que afecten (injurien, escarnezcan, menosprecien, humillen) el nombre, la imagen, el sexo, el origen, el credo religioso de una persona y aquellas expresiones que niegan la condición humana a una persona o a un colectivo.

iii) Que, en su actuación *el agente haya actuado con voluntad de ejercer su defensa* frente a una controversia jurídica o incertidumbre jurídica. La norma *in comento* hace referencia expresa a que la injuria o difamación debe ser proferida con "*ánimo de defensa*", expresión que no debe ser entendida en el sentido de que en lo delitos contra el honor, en el plano de la tipicidad subjetiva, se requiera verificar un elemento subjetivo adicional distinto al dolo. En efecto, el empleo de esta expresión hace referencia al componente subjetivo de la causa de justificación, el cual implica, por parte del agente, el conocimiento de los elementos objetivos de la causa de justificación, así como la voluntad en el ejercicio de su defensa.

Bajo este contexto, solo estarán justificadas aquellas expresiones o manifestaciones necesarias, útiles y pertinentes para la defensa de la causa, por ello, deben excluirse las intervenciones que exceden el marco razonable de la necesidad que autoriza

el ejercicio del derecho a la defensa y contradicción, especialmente cuando se usan calificativos de los cuales los litigantes pudieron prescindir sin apartarse de los fines que persiguen en el juicio[236].

En el mismo sentido la Corte Constitucional de Colombia, en el proceso N° C- 392-02, mediante sentencia de fecha 22 de mayo del 2002 declaró exequible el art. 228°, bajo el entendido que: "... *las injurias eximidas de sanción penal son solamente aquellas que guardan una relación de causalidad con el objeto del proceso*", precisando que: "*La norma atacada no puede ser interpretada (...) como un incentivo para atentar contra los deberes propios de la profesión, sino solamente como lo que es, una previsión del Legislador, para que en aquellos casos necesariamente excepcionales en los que por las circunstancias propias de los procesos un litigante, apoderado o defensor se pueda ver avocado a incurrir en alegaciones que puedan resultar injuriosas para quienes en ellos intervengan, el derecho de defensa no se vea afectado*".

Por consiguiente, las injurias innecesarias para la defensa, o que no conciernen a la controversia o que no tienen una relación directa con la materia que se debate, no se encuentran justificadas, vg., atribuir en un escrito o en un informe oral, en un proceso penal por usurpación, que su contraparte en litigio es homosexual y que contrata a jóvenes con quienes tiene relaciones sexuales, no obstante haber sido vertidas en el ámbito de un juicio, no se encontrarían justificadas ya que no tienen una relación directa con el ejercicio de su defensa al no tener relación con el objeto del proceso[237].

---

[236] GATUCCI: *Ob. Cit.* p. 336.

[237] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 475, correctamente refiere que el límite de las injurias está fijado por la naturaleza de su contenido vinculado a la controversia; DE LUCA: *Ob. Cit.* pp. 175-176. En nuestro medio PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 65.

En ese sentido, las injurias reales no se encontrarían justificadas ya que no representan un medio adecuado para la defensa en juicio[238], razón por la cual la ley solo limita el carácter justificatorio de aquellas ofensas que provengan de las intervenciones orales o escritas de las partes.

La ley solo justifica a las *injurias o difamaciones* proferidas en el ámbito de un proceso judicial, excluyendo a la calumnia. Sobre este punto, NUÑEZ sostiene que el fundamento de esta exclusión radica en que la sociedad no puede desatenderse de la imputación de un delito cuya averiguación debe interesarle y porque sería injusto que se privara al imputado del derecho a defenderse[239]. Al respecto, consideramos que la imputación e investigación de un delito corren en planos distintos, en ese contexto, no encontramos argumento consistente que fundamente *prima facie* la exclusión de las calumnias que en un determinado contexto puedan estar justificadas. En efecto, se debe tener presente que el ejercicio de la defensa en algunas ocasiones conlleva con cierta necesidad a que se impute a un tercero o a la contraparte la comisión de un delito, vg., cuando la defensa del imputado para desacreditar a un testigo le imputa la comisión de un delito de falso testimonio o cuando se imputa a la

---

Por el contrario NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 180, sostiene que la norma sólo exige que las injurias sean proferidas en los escritos, discursos o informes antes los tribunales, no siendo necesarias que las injurias estén vinculadas a la causa.
En la legislación comparada de manera expresa exigen que la ofensa esté relacionada con el objeto de la causa, entre otros, el Código Penal de Italia (Art. 598°) y de México (Art. 215°.III). En el Código Penal de Colombia tampoco se hacía referencia expresa a que la ofensa esté relacionada con el objeto del proceso, sin embargo, su Corte Constitucional en el proceso N° C-392-02, ha precisado que sólo están justificadas las ofensa que tengan una relación de causalidad con el objeto del proceso.

[238] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 179; FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 472.

[239] *Ob. Cit.* p. 177.

contraparte la comisión reincidente de delitos de usurpación o de robo agravado. En tal sentido, ante esta limitación legal que no resulta racional, consideramos que se debe recurrir directamente a las normas generales de la justificación, en el presente caso, al numeral 8 del artículo 20° del Código Penal[240].

La causal en comento (excepción), como es obvio, está limitada para los litigantes, apoderados y abogados. Los *litigantes* son las partes en un juicio, por ejemplo en los juicios no penales el demandante y el demandado, el tercerista; en un proceso penal: el imputado, el agraviado (parte civil), el tercero civilmente responsable, el querellante y el querellado. Se discute si el representante del Ministerio Público puede ser considerado como parte[241], al respecto no se debe perder de vista que el Fiscal es un sujeto de la *litis* (acusador público representante de la sociedad en juicio) y, por tanto, titular de un derecho de defensa resguardable frente a posibles excesos[242]. No se encuentran dentro del alcance del precepto el Juez, los peritos y los testigos ya que no tienen la calidad de litigantes. Los *apoderados* son las personas que actúan en representación y en nombre de los titulares del derecho en que se funda la acción (vg., los curadores, tutores, el Procurador Público -que defiende los intereses del Estado en juicio-, entre otros). Y Los *abogados* son los profesionales en Derecho que asisten a los litigantes o a sus apoderados; entre estos se comprende también a los Procuradores Públicos.

---

[240] En la legislación comparada, consideran justificadas las calumnias proferidas en juicio, el Código Penal de Chile (Art. 426°); de Ecuador (Art. 500°); de Uruguay (Art. 337°); y, en aquellos Códigos en los que no se ha tipificado específicamente el delito de calumnia, así el Código Penal de Venezuela (Art. 449°) y el Código Penal de Italia (Art. 598°), entre otros.

[241] PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 64, considera que no puede considerarse parte al Ministerio Público, atendiendo a su calidad de magistrado encargado de administrar justicia.

[242] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 181.

Se discute en la doctrina si las injurias o difamaciones solo están justificadas cuando son proferidas contra la otra parte en juicio, y si abarca o no a las dirigidas contra terceros ajenos a la causa -vg., peritos y testigos-[243]. Nuestra ley correctamente no contiene ninguna limitación al respecto; sin embargo, conforme ya se ha indicado, las ofensas deben estar en relación directa con el objeto del proceso, en esta línea, FONTAN BALESTRA señala que "... el límite está dado por la necesidad de hacer manifestaciones referidas a hechos, circunstancias o personas que guarden vinculación con los intereses que son objeto del pleito, y es dentro de esos límites impuestos por las exigencias del proceso y la ley, que quedan comprendidas las injurias a terceros"; de igual modo la CNCrim de Argentina, en el caso "Murcho, Adelfa", señaló que "*...el propósito de defender o defenderse no puede ampliar el derecho de injuriar libremente a terceros, que es lo que ocurrió en el caso de autos en que con motivo de la celebración de una audiencia de absolución de posiciones en un juicio laboral la querellada calificó de "imbécil total" al letrado de la contraria, en dos oportunidades, injuria que fue extraña al desenvolvimiento del acto y no tuvo vinculación alguna a la causa*".

En conclusión, no existe mayor inconveniente para incluir a las personas totalmente extrañas siempre que la ofensa se haya proferido en relación al objeto del proceso o procedimiento y haya obedecido a un juicio de necesidad[244]. En la legislación comparada, el Código Penal del Ecuador (Art. 500°) de modo ilustrativo señala que: "*No darán*

---

[243] Esta es la posición de GONZÁLEZ ROURA: *Ob. Cit.* p. 79; RAMOS: *Ob. Cit.* p. 403.

[244] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 182, señala que el dispositivo legal –haciendo referencia al art. 115° del Código Penal Argentino- no tiene límites respecto de las posibles víctimas de la injuria, siendo aplicable a las injurias proferidas en juicio cualquiera que sea su destinatario, incluso si un litigante ofende a su apoderado o defensor, o viceversa; PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 65, si bien admite la posibilidad de que la ofensa vaya dirigida contra terceros como los testigos, peritos e intérpretes, cierra la posibilidad respecto de otras personas ajenas o extrañas al juicio.

*lugar a la acción de injuria los discursos pronunciados ante los jueces o tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en fuerza de la defensa de la causa; como si se ponen tachas a los testigos del adversario y se prueban, para enervar el valor del testimonio (...) Las imputaciones extrañas a la causa dan lugar a la acción correspondiente...".*

Finalmente, se debe precisar que las ofensas proferidas fuera del ámbito de los tribunales judiciales o administrativos no se encuentran justificadas, ya que fuera de este ámbito desaparece la necesidad de resguardar el derecho de defensa. En ese sentido, la injuria proferida en juicio, pero que es repetida por el autor a terceros, o que es reproducida por otro de manera intencional, no se encuentra justificada. De este modo, si el autor remite el escrito injurioso a un periódico para su respectiva publicación incurrirá en el delito de difamación[245].

***b) Críticas literarias, artísticas o científicas***

En la legislación comparada se observa una vertiente que contempla de manera expresa esta causal o excepción, precisándose que en estos casos no estamos frente a un delito de injuria o difamación. Así, además de nuestra ley, el Código Penal de México (Art. 215°: *"No se comete el delito de difamación cuando: I. Se manifieste técnicamente un parecer sobre alguna producción literaria, artística, científica o industrial (...)"*; de Nicaragua (Art. 177°); y de Panamá (Art. 178°: *"... no constituyen delito contra el honor, entre otras situaciones, las discusiones, críticas y opiniones (...) relativos (...) a la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional"*. Sin embargo, otra vertiente sólo otorga en estos casos una eximente de punibilidad. Así, el Código Penal de Alemania (Art. 193°: *"Juicios de reproche sobre desempeños científicos, artísticos o industriales (...)son solo punibles en la medida en que la existencia de una injuria resulte de la forma de la declaración o de las circunstancias*

[245] En ese sentido, entre otros, el Código Penal argentino exige que la injuria *no haya sido dado a la publicidad*, requisito que según sus comentaristas más destacados, consiste en que el autor de la injuria proferida en juicio no debe haberla divulgada o repetida fuera del ámbito del tribunal.

*bajo las cuales sucedió la injuria*"); y el Código Penal del Brasil (Art. 142°: donde se estipula que: "*No constituye injuria o difamación punible: (...) la opinión desfavorable de la crítica literaria, artística o científica, salvo la inequívoca intención de injuriar o difamar ...*").

Al respecto, consideramos que a diferencia de la anterior causal, en la que se trata del ejercicio legítimo de un derecho, y por tanto estamos ante una causal de justificación idónea para negar la antijuricidad de la conducta típica, en el presente caso, no estamos ante una causal de justificación, sino más bien de una *causal de atipicidad.*

En efecto, consideramos que este supuesto solo abarca las conductas que no superan el riesgo permitido de afectación del honor de las personas al realizarse ciertos cuestionamientos, censuras o descalificaciones de la obra literaria, artística o científica de su autor. Riesgo permitido que tiene sustento en la necesidad de auspiciar o permitir la crítica de dichas obras, a fin de impulsar, desarrollar o buscar la mejora y perfeccionamiento de estas formas de creación humana[246]. Más aún, como puede apreciarse, las críticas no se refieren a la conducta, cualidades o modos de ser de la persona del autor de la obra, sino a la obra en sí, y por ello mismo, una expresión dentro de este ámbito de acciones o actividades, no puede configurar el supuesto prohibitivo contenido en los supuestos fácticos de una norma penal (tipos penales). Por tanto, no creemos que estas críticas puedan ser inicialmente típicas penalmente y luego justificadas, sino que se trata de acciones desde un inicio sin relevancia penal. Pues, aun cuando se puede sostener que de ser así, estarían demás en el artículo bajo comentario, creemos que se justifica su inclusión en la medida que, puede confundirse a la crítica de la obra con una descalificación u ofensa del honor de la persona.

---

[246] PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 368, señala que en homenaje a la libertad de crítica y a su alta relevancia social, la ley penal otorga impunidad a la injuria y a la difamación, en caso contenga una "opinión desfavorable emitida en apreciación crítica.

Más aún, debe tenerse en cuenta que la norma no hace referencia, en este caso, a *"ofensas"* contra el honor (como en el caso anterior), sino únicamente a *"críticas"*; y como se sabe, la crítica consiste realizar o proferir juicios de valor o expresar comentarios o cuestionamientos sobre la obra, a través de los cuales se puede llegar a censurar o descalificar a la misma, pero ello no significa una ofensa al autor. Obviamente, si se llegara a ofender, insultar, descalificar, vituperar o vilipendiar al autor, estas acciones ya no estarían comprendidas en esta causal o excepción, y por tanto configurarían el tipo penal correspondiente. Consecuentemente, no estamos ante un eximente por causal de justificación, sino ante una conducta sin relevancia penal, y por tanto atípica. Pero claro, para que el agente de la crítica, no supere el riesgo permitido en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, reconocido en el artículo 2°, numeral 4) de nuestra Constitución, y del cual se deriva el derecho a la crítica, requiere que su ejercicio:

i) Sea de ***interés público,*** es decir que el objeto de la crítica por ser de utilidad para la comunidad sea de interés general. En el caso de la crítica literaria, artística o científica no cabe duda que tienen esa connotación.

ii) Se ***respete el contenido esencial de la dignidad humana.*** La crítica debe estar referida a las creaciones o productos de esa naturaleza –vg., obras literarias (novelas, poesía, etc.), pinturas o libros, teorías o inventos, etc.-, y no propiamente al autor de las mismas[247]. Y aun cuando en ciertos casos las críticas descalificantes o injuriosas pudiesen dirigirse contra el autor de la expresión literaria, científica o artística, las expresiones empleadas no deben denotar una negación de sus cualidades innatas como ser humano o que impliquen una denostación de sus cualidades personales; permitiéndose sin embargo, ex-

[247] PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 67, sostiene que las críticas deben estar referidas a la discrepancia respecto del contenido del trabajo, no así referencias peyorativas al autor.

presiones que señalen que el autor es un mal narrador en el ámbito de una crítica literaria, sin embargo, no se puede permitir (y por tanto se supera el riesgo permitido y la conducta será típica) cuando se emplea calificativos o expresiones que, conforme a su significado usual y en su contexto, evidencien menosprecio o animosidad contra el literato, científico o artista, por más que se emitan en el ámbito de un juicio crítico, como por ejemplo, si se dice que la pintura de un artista judío es tan avara en originalidad como todo buen judío o que el inventor es un estúpido mental.

**iii)** Finalmente, se requiere que las críticas desfavorables resulten ***necesarias*** a la esencia de la crítica que se expresa. Como ya se indicó, las expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas que no tiene relación con la crítica que se expone, rebasan el riesgo permitido y resulta típicas penalmente.

***c) Las apreciaciones o informaciones desfavorables realizadas por funcionarios públicos en cumplimiento de sus funciones. (Ejercicio de un deber como causa de justificación)***

Este dispositivo es nuevo en nuestra legislación. En la legislación comparada el Código Penal de México contiene un dispositivo similar (Art. 215°: "*No se comete el delito de difamación cuando: (...) II. Se manifieste un juicio sobre la capacidad, instrucción, aptitud o conducta de otro, si se probare que se actuó en cumplimiento de un deber*"); también el Código Penal del Brasil contempla una disposición similar aunque la configura como una eximente de punibilidad (Art. 142°: "*No constituye injuria o difamación punible: (...) III. Un concepto desfavorable emitido por funcionario público, en apreciaciones o informaciones que preste en cumplimiento de deber de oficio*").

En el presente caso, al igual que el anterior, nos encontramos ante una *causal de atipicidad,* por no superar el riesgo permitido. Debiendo precisarse, que en este caso, no se excluyen de la tipicidad los actos propiamente injuriantes u ofensivos contra el honor de las personas, realizados un funcionario en el ejercicio de sus deberes, puesto estos

que tienen la obligación de sujetarse en todas sus actuaciones a los mandatos legales, sin incurrir en excesos o abusos; a la vez que en ningún supuesto, será necesario recurrir a la ofensa o injuria en las actuaciones oficiales de los funcionarios, de presentarse esta situación, el funcionario no podrá ampararse en esta excepción. En tal sentido, consideramos que este numeral está realmente de más en el texto legal.

De otro lado, debe advertirse que el texto expreso de la norma, solo excluye del tipo, las *apreciaciones o informaciones desfavorables* para las personas, no *las ofensas*, como sí se establece en el numeral 1) de este artículo. Y claro, no podemos equiparar ofensa con apreciación desfavorable, puesto que ambas expresiones tienen un contenido distinto, la primera significa un menoscabo, un ataque, una lesión al honor de las personas, en cambio, la segunda tienen un contenido prácticamente neutral, que si bien no favorece a la persona a quien está referida tampoco la denosta o escarnece; consecuentemente, no puede realizar los tipos penales de injuria y difamación.

## 5. EXCEPTIO VERITATIS

Art. 134°: **"El autor del delito previsto en el artículo 132° puede probar la veracidad de sus imputaciones solo en los casos siguientes:**

1. **Cuando la persona ofendida es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieran atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones.**
2. **Cuando por los hechos imputados está aún abierto un proceso penal contra la persona ofendida.**
3. **Cuando es evidente que el autor del delito ha actuado en interés de causa pública o en defensa propia.**
4. **Cuando el querellante pide formalmente que el proceso se siga hasta establecerse la verdad o la falsedad de los hechos o de la cualidad o conducta que se le haya atribuido.**

**Si la verdad de los hechos, cualidad o conducta resulta probada, el autor de la imputación estará exento de pena."**

### 5.1. NOCIONES GENERALES

El problema de la relevancia de la "*exceptio veritatis,* entendida como la demostración de la veracidad de la imputación, en relación a los delitos contra el honor, es de larga trayectoria histórica. Hace más de un siglo (1839) MITTERMAIER señaló que la libertad de hacer conocer cuánto se sabe de otro, aunque fuese perjudicial para su honor perturba la paz de la sociedad civil, destruye el secreto de las relaciones conyugales, desune a los amigos y a los compañeros y fácilmente puede destruir la felicidad de un hombre, al ver entregado al comentario público, incluso cualquier acto cometido

en un momento de debilidad[248]; en ese sentido, la mayoría de la doctrina comparada y la legislaciones penales han optado por la protección del honor de las personas sin atenerse a su personalidad real, admitiéndose algunos supuestos de excepción, taxativamente expresados en la ley; puesto que, como bien señala NÚÑEZ, admitir la excepción de la verdad en todos los casos sería llevar las investigaciones de la justicia, para satisfacer un simple deseo o pasión individual, a extremos en que la sociedad no solo no tendría interés alguno, sino que invadiría los dominios de la moral y de la libertad de conducta del individuo en todo lo que no ofende ni pone en peligro el derecho ajeno[249].

Como se ha manifestado al analizar el delito de difamación, es irrelevante la veracidad o falsedad de las afirmaciones realizadas por el agente; sin embargo, el legislador nacional ha establecido supuestos en que el difamador puede acreditar la veracidad de sus imputaciones, atendiendo a intereses de carácter público o al legítimo interés del ofendido. De probarse la verdad de los hechos, cualidad o conducta imputada al ofendido, el sujeto activo del delito de difamación quedará exento de pena.

Se debe precisar que el campo de aplicación de la *exeptio veritatis* está limitado a la imputación de hechos, los cuales son susceptibles de comprobación.

### 5.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA "EXCEPTIO VERITATIS"

Estas exenciones de pena configuran una *excusa absolutoria,* por lo que solo excusan la pena, pero no niegan el injusto penal. En efecto, el tipo penal se ha concretado con la ofensa, pues para la configuración del tipo es indiferente que la imputación sea falsa o verdadera, siendo

[248] Citado por NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho Penal Argentino-Parte Especial.* Tomo III. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. p. 98.

[249] NÚÑEZ: *Ob. Cit.* p. 98.

suficiente que se profiera la ofensa con la intención de perjudicar el honor de la víctima. Por ello mismo, la conducta también es antijurídica, puesto que estas conductas están prohibidas por la normatividad pertinente. En tal sentido, aun cuando el agente queda exento de pena, por tratarse de un injusto penal, no queda exento de los demás tipos de responsabilidad a que hubiera lugar. En efecto, quedará sujeto a la obligación resarcitoria correspondiente, de conformidad con el artículo 1982° del Código Civil, pudiendo establecerse el monto del resarcimiento en el mismo proceso penal o en una acción civil seguida ante la jurisdicción civil[250].

## 5.3. CASOS DE APLICACIÓN DE LA "EXCEPTIO VERITATIS"

### *a) Cuando la persona ofendida es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieran atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones*

El fundamento de la aplicación de la prueba de la verdad en este supuesto, radica en el hecho de poder cuestionar la actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y de esta forma cautelar el correcto ejercicio de la función pública.

De forma textual, este supuesto exige que la imputación realizada contra el funcionario se haga respecto al ejercicio de sus funciones dentro de la Administración pública, descartándose la excepción en aquellos supuestos que atañen a la intimidad personal, familiar o vida privada del ofendido. Obviamente las imputaciones deben ser materia de prueba, descartándose aquellos supuestos que contienen insultos sin contenido demostrable, por ejemplo decir del funcionario que es un cretino o un infeliz. En este mismo sentido la ejecutoria recaída en el R. N. N° 2520-2004 – JUNIN (Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema), señala: "*Que según consta de los actuados, obra como prueba de cargo la transcripción del casete del programa radial, en la cual se difundieron las frases difamantes por el querellado, las*

[250] En el mismo sentido, LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 117.

*mismas que afectan el honor de la querellante, por lo que en este caso no es procedente la* "exceptio veritatis" *argumentada por el querellado, ya que no ha actuado en interés de una causa pública".*

***b) Cuando por los hechos imputados está aún abierto un proceso penal contra la persona ofendida***

Esta cláusula tiene su inspiración en el inc. 2° del art. 394° del Código Penal Italiano de 1889 y en los incisos 2° y 3° del Código Húngaro de 1878.

En la doctrina comparada, este supuesto ha sido severamente criticado, habiendo algunos autores llegado a sostener que es inaplicable; por ejemplo, MOLINARIO sostiene que si el proceso está en trámite no se ve qué interés puede haber en que en dos juicios ordinarios se produzca la misma prueba[251].

El supuesto de este inciso es la preexistencia de un proceso penal iniciado contra el ofendido, lo que implica que la imputación realizada en su contra es por la comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a instancia de parte.

Respecto de esta cláusula absolutoria, se ha dicho que su fundamento radica en que la ley no puede admitir, sin contradicción que por un lado el autor de un delito sea perseguido, y por otro lado, que en otro proceso incoado por este en relación al mismo hecho que motiva el proceso penal que se le ha instaurado en su contra, el querellado no pueda hacer valer la verdad del hecho imputado en su beneficio[252]. En realidad, consideramos que este supuesto resulta difícilmente aplicable, ya que la dilucidación de un hecho con relevancia penal corresponde ser realizado en el proceso penal del cual es objeto; pretender acreditar este hecho en otro proceso lindaría con el avocamiento indebido, razón por la cual abogamos por la derogación o corrección de este inciso

[251] Citado por FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 176.

[252] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 107.

En todo caso la verdad o falsedad de los hechos imputados por el difamador debe ser acreditada en el proceso penal preexistente, puesto que solo en el proceso penal iniciado contra el ofendido, se puede acreditar la responsabilidad penal de este, respecto al delito imputado. Bajo esta premisa, consideramos que la querella debe suspenderse hasta que el proceso penal abierto contra la querellante se resuelva en definitiva[253].

Finalmente, se debe precisar que si la imputación se efectúa después de que el proceso penal contra el querellante ha concluido con sentencia firme, esta excusa absolutoria no funciona. De admitir la prueba liberatoria en estos casos se dejaría para siempre sin amparo al ex condenado; las penas tendrían un carácter infamante; se contravendría el principio de resocialización y reinserción de los condenados, dado que quedarían a merced de quien podría enrostrarles a cada momento su falta pasada.

### *c) Cuando es evidente que el autor del delito ha actuado en interés de causa pública o en defensa propia*

Esta excusa contempla dos supuestos de permisión para la *exceptio veritatis.*

La primera, cuando el autor ha actuado en *interés de la comunidad.* Como se ha indicado, un asunto tiene relación con la causa pública o el interés público, cuando versan sobre todos aquellos hechos que faciliten o hagan posible la participación de la ciudadanía en la vida comunitaria; es decir, cuando afecten al conjunto de los ciudadanos. En este sentido, este concepto se encuentra delimitado por todo aquello que interesa al buen orden, gobierno, prosperidad, felicidad, subsistencia, higiene, etc., de la sociedad política (conformada por todos los habitantes de la nación, de una provincia, de un municipio o de una zona).

---

[253] PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 74.

Asimismo cabe precisar que la naturaleza estrictamente objetiva de esta excusa permite extender su aplicación a todos los partícipes[254].

Finalmente, el legislador nacional también ha amparado el caso en el cual el agente actúa en *defensa propia*, esto es, ante una agresión ilegítima en agravio del agente de la ofensa, con lo cual se descartala posibilidad de su aplicación cuando el agente actúa en defensa de terceros. Al respecto, se debe precisar que esta regulación dogmáticamente resulta coherente, si se interpreta que esta eximente resulta aplicable a los casos en los que no concurren todos los presupuestos de una legítima defensa; pues si el agente ha actuado bajo dicha causa de justificación resultaría irrelevante acreditar la veracidad de la imputación.

### *d) Cuando el querellante pide formalmente la continuación del proceso hasta esclarecer la verdad o falsedad de los hechos, de la cualidad o conducta que se le atribuye*

El art. 134° CP[255] admite también la prueba de la verdad en el caso de que el ofendido (querellante) pidiera demostrar la falsedad de los hechos, cualidad o conducta atribuida a su persona, de forma que busca que el querellado pruebe la veracidad de su imputación.

Se ha criticado a esta cláusula de convertir a la justicia penal en un tribunal de honor[256]; sin embargo, consideramos que la admisión de la prueba de la verdad en este supuesto tiene su fundamento en el derecho del afectado a una tutela jurisdiccional efectiva de su honor, ya que en muchos casos el mejor modo de reparar el daño que se ocasiona con la falsa imputación de un hecho, no es precisamente con la condena del agente del delito, sino estableciendo la falsedad de la

---

[254] VIVES ANTON: *Ob. Cit.* p. 318.

[255] Se debe precisar que este dispositivo proviene del numeral 3 del Art. 394 del Código Penal Italiano de 1889.

[256] Por todos GOMEZ, Eusebio: *Leyes Penales Anotadas.* T.II. Ediar, Buenos Aires, 1953. p. 215, citando a Rocco, señala que la prueba de la verdad por voluntad consensuada de las partes es un absurdo lógico.

imputación. En efecto, en el proceso penal no siempre se reivindica el honor del ofendido, puesto que el Juez condena en base a la prueba de la injuria aunque el hecho objeto de la ofensa sea cierta, en cambio la demostración de la falsedad de una imputación es una vía adecuada para destruir todos los efectos negativos que se hubiesen ocasionado por el acto que lesiona al honor de una persona[257]. En estos casos la norma otorga esta posibilidad al afectado, quien previa evaluación de su situación concreta, busca mantener la incolumidad real de su honor[258]; en esa línea consideramos que, a los efectos de la reparación del daño ocasionado, el querellante puede solicitar, cuando no se acredita la veracidad de la imputación, la publicación de la sentencia o de parte de ella, ya sea en el medio que se utilizó para agraviarlo o en otros que se estime pertinentes.

Es claro que la prueba que puede pedir el ofendido y que en la causa se puede producir, es el referente al hecho, cualidad o conducta que se le atribuye. No es factible la admisión de este supuesto cuando la prueba de la veracidad implique la producción de pruebas que vayan a refluir desfavorablemente sobre el honor de terceros o que impliquen la revelación o intromisión a aspectos de la vida privada de terceros[259]. En estos casos la aplicación de esta cláusula se encuentra vedada.

En este supuesto, el querellante debe solicitar de manera expresa (verbal o escrita) la prueba de la verdad, por ende no es admisible un pedido tácito o presunto. De igual modo el consentimiento del querellante respecto del ofrecimiento de prueba por parte del demandado no tiene ningún efecto, en tanto y en cuanto el querellante no

---

[257] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 467, señala que en efecto la condena del responsable no remienda ante terceros el prestigio o la reputación del injuriado; en cambio, probada la verdad de la imputación las cosas cambian y el verdadero desprestigio recae sobre el autor de la injuria.

[258] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 111.

[259] SOLER: *Ob. Cit.*, p. 232.

admita expresamente la oferta del querellado solicitando la prueba de la veracidad. Si bien la norma no establece limitación alguna, consideramos que, según el procedimiento establecido en el Código de Procedimientos Penales, el pedido puede efectuarse en el escrito de la querella o hasta antes de llevarse a cabo la audiencia de conciliación, etapa en la cual precluye toda posibilidad de ofrecer pruebas; eso sí, asegurándose el traslado oportuno al querellado, a fin de que pueda ejercer eficazmente su defensa. En el nuevo modelo procesal, atendiendo a la rigidez de las etapas que conforman el proceso de querella, el pedido deberá efectuarse en el escrito de querella ya que expedido el auto admisorio de la instancia, los extremos de la querella no pueden ser modificados.

Efectuada la solicitud la retractación u oposición ulterior del querellante no tiene ningún efecto, ya que en este caso la ley concede el derecho a probar la veracidad de la imputación de manera incondicionada[260].

Cuando son varios los querellantes, y la prueba no puede ser actuada de manera independiente en relación a cada uno, se requiere que todos soliciten la prueba de la veracidad para que esta sea admitida; caso contrario, se afectaría el derecho de los demás al no pedirla[261]. En estos casos el Juez no puede admitir la petición.

Finalmente, se debe acotar que acreditada la veracidad de la imputación el querellado estará exento de pena.

[260] NUÑEZ: *Ob. Cit.* pp. 112-113; FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 467.

[261] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 113.

## 6. INADMISIBILIDAD DE LA EXCEPTIO VERITATIS

Art. 135°: **"No se admite en ningún caso la prueba:**

1. **Sobre imputación de cualquier hecho punible que hubiese sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero.**
2. **Sobre cualquier imputación que se refiere a la intimidad personal y familiar, o a un delito de violación de la libertad sexual o proxenetismo comprendido en los capítulos IX y X, del Título IV, Libro Segundo".**

### 6.1. CASOS EN QUE NO ES ADMISIBLE LA EXCEPTIO VERITATIS

#### *a) Cuando la imputación esté referida a un hecho punible que hubiese sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero.*

En este caso se está cautelando el hecho de que no se realicen afirmaciones sobre hechos que ya han sido materia de pronunciamiento judicial, el mismo que debe haber concluido en la absolución del ofendido, ya sea en un tribunal peruano o extranjero, acogiéndose de esta forma la vigencia del Principio de Cosa Juzgada.

La resolución que absuelve al ofendido, debe tener la calidad de resolución firme; es decir, inimpugnable. Por tanto, tratándose de sentencias absolutorias que son materia de impugnación, procede la *exceptio veritatis* de conformidad con lo señalado en el inciso 2 del art. 134° CP.

Asimismo, no se encuadran dentro de este inciso, los casos de resoluciones con Reserva del Fallo condenatorio o Exención de Pena, casos en los cuales no podría operar la *exceptio veritatis.*

***b) Cuando la imputación esté referida a la a la intimidad personal y familiar, o a un delito de violación de la libertad sexual o proxenetismo comprendidos en los capítulos IX y X, del Título IV, Libro Segundo del Código Penal***

En este supuesto se está cautelando el derecho a la intimidad de las personas, entendido como derecho fundamental del ser humano.

Pues, como se sabe, todo hombre tiene un ámbito en su vida que desea reservar para sí, este ámbito lo constituye la intimidad; en esta se reúnen aspectos de su vida personal y familiar, de la cual se busca que esté libre de intromisiones por parte de terceros. Por tanto, cualquier atentado contra el honor de una persona que afecte su intimidad personal o familiar, será reprimido conforme a los artículos estudiados, siendo irrelevante que la afirmación, sobre la conducta o cualidad del ofendido, realizada por el agente sea verdadera o incluso se trate de un hecho que pueda calificarse como inmoral.

Asimismo, no se admite en ningún caso la *exceptioveritatis*cuando la imputación se refiera a un delito de violación de la libertad sexual o proxenetismo, comprendidos en los capítulos IX y X del Título IV, Libro Segundo del Código Penal; en los mismos que precisamente, se ventilan aspectos de la vida de las personas de la mayor intimidad o de necesidad de reserva frente a terceros.

## 7. DIFAMACIÓN O INJURIA ENCUBIERTA O EQUÍVOCA

**Art. 136°: "El acusado de difamación o injuria encubierta o equívoca que rehúsa dar en juicio explicaciones satisfactorias, será considerado como agente de difamación o injuria manifiesta".**

### 7.1. ANTECEDENTES Y LEGISLACIÓN COMPARADA

Son antecedentes del presente tipo penal el artículo 193° del Código Penal de 1924 y el artículo 289° del texto de 1863.

Los tipos penales antes estudiados -injuria y difamación- implican un manifiesto atentado contra el honor de la persona agraviada; *contrario sensu*, si la ofensa no es manifiesta por ser dudosa su existencia o se presta a una doble interpretación, nos encontramos en los supuestos previstos en el presente tipo penal. En este contexto, nuestra legislación distingue entre injuria o difamación manifiesta y no manifiesta o encubierta.

Respecto a las ofensas no manifiestas, se han establecido tres posiciones legislativas: 1) Mayoritariamente se opta por no legislar estos supuestos; 2) Se legisla sobre ellas para eximirlas de pena si el autor brinda explicaciones satisfactorias sobre su conducta, caso contrario se las equipara a las ofensas manifiestas; así, además de nuestro Código Penal, el Código Penal de Chile (Art. 423°: *"El acusado de calumnia o injuria encubierta o equívoca que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias acerca de ella, será castigado como reo de calumnia o injuria manifiesta*); de Guatemala (Art. 198°: *"Cesará la tramitación de proceso por calumnia, injurias o difamación (...) Si tratándose de calumnia o*

*injurias encubiertas o equívocas, el acusado diere explicaciones satisfactorias antes de contestar la querella o en el momento de hacerlo* ...); de Honduras (Art. 163° numeral 2°); de Nicaragua (Art. 184°); y finalmente, 3) Se las considera, para atenuar la de pena (Código Penal Argentino -antes de su derogación-[262] y nuestro Código Penal de 1863).

## 7.2. NATURALEZA Y FUNDAMENTO

Para SOLER esta disposición tiene una naturaleza procesal, y permite establecer el sentido y el contenido imputativo de algunas expresiones o actitudes que pueden ser fuente de deshonor efectivo para determinada persona, si son interpretadas de cierta manera a la cual la expresión o la actitud se presta. Ahora bien, si se tiene en cuenta que en todas las leyes procesales referidas al juzgamiento de los delitos contra el honor, el primer paso consiste en citar a las partes a una audiencia de conciliación, en la cual perfectamente se puede aclarar cualquier mal entendido, se puede concluir que esta regulación no resulta necesaria, por el contrario, es perjudicial ya que termina por crear un tipo privilegiado cuya conducta típica consiste en rehusarse a dar explicaciones[263]. En la misma línea, en cuanto a su fundamentación, NUÑEZ señala que, si esta figura no tuviera consagración, solo recurriendo al ordenamiento probatorio ordinario, el reo podría disipar el carácter ofensivo de su conducta[264].

En tal sentido, consideramos que no existe mayor fundamento para la regulación especial de estos supuestos, ya que manifiesta o no, el querellado puede articular su defensa precisando cuál fue el alcance

---

[262] En tal sentido el Código Penal Argentino (Art. 112°) señalaba: "*El reo de calumnia o injuria equívoca o encubierta que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre ella, sufrirá del minimum a la mitad de la pena correspondiente a la calumnia o injuria manifiesta*"; sin embargo, se debe precisar que este artículo fue derogado por el Art. 4° de la Ley N° 26.551 del 27 de Noviembre del 2009.

[263] *Ob. Cit.* pp. 256-257.

[264] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 148.

y dirección de su conducta a fin de enervar su tipicidad. En realidad, consideramos que el contenido de esta norma es bastante impreciso, por lo que abogamos por su derogatoria; tanto más si no se ajusta al estándar que la Corte Interamericana ha sentado al respecto[265].

## 7.3. ANÁLISIS

Los supuestos de ofensas no manifiestas son:

### 7.3.1. INJURIA O DIFAMACIÓN EQUÍVOCA

Es aquella en la cual, la supuesta ofensa es de contenido equívoco por ser entendible en doble sentido, uno ofensivo y otro inocente -***equivocidad por el contenido***-. Esto puede suceder sea porque se use un lenguaje -frases, palabras o gestos- irónico, alegórico o alusivo, ambiguo o de doble sentido que disimule la imputación o el agravio[266]. En tal sentido existe injuria o difamación equivoca cuando no existe certidumbre en la cualidad del hecho imputado, la misma que se presenta por ser cuestionable su alcance o su sentido. Advierte NUÑEZ que el contenido equívoco no debe identificarse con *una ofensa implícita*, pues en este caso si bien en el discurso no se advierte ninguna palabra o expresión ofensiva, sin embargo, presupone que su destinatario es capaz de una conducta deshonrosa vg., la ofensa de quien ofrece dinero a un magistrado. En este caso la ofensa, a diferencia de la difamación o injuria equívoca, no desaparece con la explicación del agresor. Tampoco debe confundirse a la ofensa equívoca con una *ofensa poco clara o sutil*, pues en este caso, si bien la ofensa no es fácilmente advertible, es insustituible por una significación inocente[267], y obviamente la

---

[265] Caso Kimel. En la Argentina se ha derogado esta disposición, además de su imprecisión, porque era utilizado por los Jueces, quienes para no hacer lugar a los planteos de atipicidad del delito de calumnia o injurias, adecuaban la conducta a este tipo penal manteniendo el proceso penal abierto.

[266] NÚÑEZ: *Op. Cit.* p. 149.

[267] *Ob. Cit.* p. 149.

explicación no le quita su lesividad contra el honor, la misma que ya se ha concretado.

Asimismo, puede ser equívoca la ofensa cuando no queda claro si se dirige contra el sujeto pasivo o contra otra persona diferente *-equivocidad por la dirección-*,es decir, existe una duda respecto al destinatario de la ofensa. La falta de mención del nombre de la persona ofendida no la convierte en equivoca, para ello es necesario que no pueda individualizarse a la victima de otra manera manifiesta[268], así por ejemplo no constituirá injuria equívoca, si es que, aunque no se haya mencionado el nombre del ofendido, éste se haya individualizado por sus cualidades o por el cargo que desempeña, entre otras características o circunstancias. Lo importante en estos casos, es que el contenido de la ofensa proporcione las bases por sí misma, por su texto o estructura, para que una persona pueda presumir que es su destinatario[269]; de este modo, no nos encontramos frente a una ofensa equívoca, si esta no proporciona esa base de duda, a pesar de que se entienda que ha sido dirigida contra alguien, vg., el solo hecho de indicar de que se ha recibido un soborno y amenazas para silenciar el crimen de una determinada persona.

### 7.3.2. INJURIA O DIFAMACIÓN ENCUBIERTA

A decir de NÚÑEZ[270], esta se diferencia de la equívoca, en el hecho de que no se refiere a una conducta que pueda entenderse en varios sentidos, sino a la conducta que oculta dolosamente la ofensa mediante una expresión que directamente en su texto no es imputativa, pero que resulta tal por las circunstancias; vg., el caso de quien en una discusión dice a otra persona "yo no soy ningún homosexual", queriendo con esta expresión imputar indirectamente dicha cualidad

[268] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p 151.

[269] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 150.

[270] NÚÑEZ: *Ob. Cit.*, p. 151.

al ofendido[271]; o que oculta la ofensa mediante una expresión en sí inocente, pero que adquiere carácter ofensivo en el contexto en el que se la profiere; vg., señalar que Roberto es un héroe en una conversación en la que se discute sobre la corrupción de los héroes.

### 7.3.3. REHUSAMIENTO A BRINDAR EXPLICACIONES SATISFACTORIAS

Para la configuración de este supuesto se requiere que el agente se *rehúse a dar en el juicio explicaciones satisfactorias*, lo cual significa que no basta con que el agente brinde cualquier tipo de explicaciones, sino que estas deben ser satisfactorias; es decir, idóneas para despejar cualquier tipo de duda respecto del significado no ofensivo de su expresión o respecto de la dirección de su ofensa; en tal sentido, la simple alegación de la ausencia de dolo no resulta suficiente.

El escenario donde deben brindarse estas explicaciones es en el juicio, lo cual supone la existencia de una querella. Ahora bien, la norma no señala expresamente en qué etapa del procedimiento se debe efectuar el requerimiento. Al respecto consideramos que el requerimiento debe efectuarse con el emplazamiento de la querella. A partir de ese momento el querellado puede brindar las explicaciones que considere satisfactorias en cualquier etapa del procedimiento, pues tiene el derecho de defenderse demostrando que el delito que se le imputa no existe[272]; así: a) en el escrito de contestación[273]; b) en la etapa conciliatoria (Art. 306° del Código de Procedimientos Penales o inciso 3 del art. 462° del Nuevo Código Procesal Penal), donde el presunto ofendido tiene todo el poder para darse por satisfecho con las

---

[271] MAGGIORE, Guiseppe: *Derecho Penal. Parte Especial.* Temis, Bogotá, 1985, p. 390, denomina a este tipo de ofensas como oblicuas porque consisten en afirmar la carencia de algún vicio, para hacer resaltar que otro la tiene vg., "yo no soy ladrón".

[272] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 153.

[273] Según el inc. 2 del art. 462° del Nuevo Código Procesal Penal.

explicaciones de su contraparte y no continuar con el procedimiento[274]; y finalmente, c) en el momento en que es examinado por el Juzgador.

Si bien es cierto, las explicaciones brindadas por el agente deben ser satisfactorias; sin embargo, si el ofendido acepta las explicaciones, aun cuando no reúnan tal condición, esta voluntad deberá ser respetada, ya que se trata de un delito de acción privada[275]. Si la conformidad del ofendido no se produce, las explicaciones dadas por el agente deben ser valoradas por el Juzgador en la sentencia, puesto que la resolución de este tipo de conflictos no puede estar supeditado a los impulsos emotivo-sentimentales del agraviado.

Si las explicaciones son consideradas satisfactorias, se descartará la comisión de los delitos de injuria o difamación. En caso de que el agente se niegue a dar las explicaciones sobre su acción considerada por el agraviado como ofensiva, será considerado como sujeto activo del delito de injuria o difamación, según sea el caso.

Finalmente se debe advertir que la posibilidad de que el agente pueda brindar explicaciones no significa que se haya introducido la figura de la retractación en estos casos[276], ya que esta consiste en reconocer el delito y la participación en el mismo, en cambio cuando la norma exige "explicaciones satisfactorias", lo hace para dar la posibilidad al imputado para que convenza, tanto al Juzgador como al ofendido, de que en realidad no hubo una ofensa, o que no se dirigió contra una persona determinada.

---

[274] PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 85, considera, sin mayor explicación, que las explicaciones deben efectuarse en la diligencia conciliatoria por ser la etapa adecuada, ya que otro momento significaría alterar el proceso.

[275] DONNA: *Ob. Cit.* p. 362, precisando que sólo cabrá realizar un juicio de legalidad; NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 154; PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 85.

[276] Un ejemplo de esta figura la brinda la legislación argentina donde se señala que: "El culpable de injuria o calumnia contra un particular o asociación, quedará exento de pena, si se retractare públicamente, antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo" (Art. 177°).

## 8. INJURIAS RECÍPROCAS

Art. 137°: **"En el caso de injurias recíprocas proferidas en el calor de un altercado, el Juez podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las partes o a una de ellas.**
**No es punible la injuria verbal provocada por ofensas personales."**

### 8.1. ANTECEDENTES Y LEGISLACIÓN COMPARADA

Este dispositivo es una reproducción textual del art. 189° del Código Penal de 1924, el cual tuvo como fuente inmediata el art. 170° del Proyecto Peruano de 1916, y como fuente mediata el art. 361° del Código Penal del Uruguay de 1889[277].

En la legislación comparada se observa que algunos Códigos (al igual que el nuestro) ubican la eficacia de esta eximente solo en las injurias. Así, el Código Penal Alemán (Art. 199°); Argentino (Art. 116°); Guatemalteco (Art. 163°); e italiano (Art. 599°). Otras legislaciones, por el contrario, extienden la eficacia de esta eximente a todo tipo de ofensas, por ejemplo el Código Penal de Bolivia (Art. 290°: *Si las ofensas o imputaciones fueran recíprocas, el Juez podrá, según las*

---

[277] ROY FREYE: *Ob. Cit.* p. 445.
En la argentina, esta disposición fue incorporada a su legislación (Art. 116) por la Ley de Reformas N° 4189, cuyo texto fue tomado del Proyecto de 1891, el que a su vez tuvo como fuente al Artículo 397° del Código Penal Italiano, aunque se prescindió de la *ofensa provocada*, la cual también estaba contenida en el mismo artículo del Código Penal Italiano.

*circunstancias eximir de pena a los dos partes o alguna de ellas*"; de Colombia (Art. 227°); de Nicaragua (Art. 192°); y de Venezuela (Art. 448°), entre otros.

Cabe destacar que nuestro Código Penal, a diferencia de las legislaciones anotadas, consagra esta eximente de una manera muy particular, ubicando la funcionalidad de esta eximente a las ofensas recíprocas que se han proferido en un determinado contexto de carácter emocional, esto es a las injurias proferidas en el calor de un altercado; lo cual a nuestro entender tiene incidencia en la operatividad de esta excusa absolutoria.

## 8.2. NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO

En la doctrina, especialmente en la italiana, se distingue los siguientes institutos: la *provocación, la retorsión* y la *compensación*, las cuales según CARRARA coinciden en el supuesto de la reciprocidad de injurias entre dos o más personas, pero difieren en el fundamento de la excusa y en sus efectos jurídicos[278]. Así, i) La *provocación* la invoca quien injurió a una persona que ya lo había ofendido, pero el fundamento de la excusa reside en el *ímpetu* (ira o dolor) que llevó al agente a realizar una conducta injuriosa, que se supone debe ser inmediata, bajo el ímpetu de la pasión. Esta figura según un amplio sector de la doctrina solo tiene efectos atenuantes; ii) La *retorsión* la invoca quien responde una injuria con otra injuria, según CARRARA el fundamento de esta excusa reside en que el agente no obró por venganza, sino en una defensa legítima del propio honor[279]; para otro sector no es más que un supuesto en el que el ofendido resuelve hacer justicia por su propia mano injuriando a su vez al agresor[280]. A diferencia de la provocación, esta excusa tiene efectos eximentes, y el

[278] CARRARA: *Ob. Cit.* pp. 213-214 (& 1838, nota 1).

[279] CARRARA: *Ob. Cit.* p. 214 (& 1838, nota 1).

[280] PACHECO: *Ob. Cit.* p. 512.

intervalo de tiempo en el que se da respuesta a la ofensa puede darse mientras dure el peligro del propio honor y la necesidad de defenderlo retorciendo la injuria[281]; y, **iii)** La *compensación* -que se deriva de la naturaleza privada de la acción penal en estos casos-, consiste en la extinción recíproca, proclamada por la ley y que opera *ipso iure*, del derecho a accionar por parte de quienes mutuamente se cambiaron injurias[282].

En la doctrina se ha discutido arduamente sobre el fundamento y naturaleza de esta excusa, distinguiéndose las siguientes posiciones:

i) Un sector de la doctrina sostiene que se trata de una *legítima defensa*. En esa línea CARRARA refiriéndose a la *retorsión*, señala que esta figura no es sino un desarrollo de la legítima defensa, donde el injuriado procede en defensa del propio honor.

Sin embargo, si se tratase de una legítima defensa, establecidos sus presupuestos en un caso concreto, la facultad que otorga la ley al Juez para eximir de pena a uno o a ambos injuriantes carecería de sentido; asimismo, la legitima defensa solo eximiría al agredido y no al agresor, lo cual no es concordante con la regulación legal ya que el Juez está facultado para eximir de pena tanto al agresor como al agredido[283].

De otro lado, con la primera injuria el bien jurídico fue lesionado, por tanto el ofendido no podría ejercitar una legítima defensa, en efecto, no podría sostenerse que quien retuerce está rechazando la ofensa recibida para que no se lastime el honor[284], ya que en la retorsión la agresión ya ha concluido, lo

---

[281] CARRARA: *Ob. Cit.* p. 214 (& 1838, nota 1).

[282] CARRARA: *Ob. Cit.* p. 215 (& 1838, nota 1).

[283] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 479.

[284] PACHECO: *Ob. Cit.* p. 511.

cual supone que el desvalor del injusto ya se ha configurado; por tanto, no hay nada que evitar[285].

ii) Otros sostienen que el fundamento de esta eximente, en aplicación de la máxima *paria delicia mutua compensatione-tolluntur* (los delitos iguales se destruyen por compensación mutua), se ubica en la *compensación de las injurias*[286]. Sin embargo, consideramos que este principio no resulta trasladable al derecho penal. En efecto, no es admisible que delitos independientes se compensen entre sí como deudas recíprocas, pues cada delito, además de implicar en sí mismo una ofensa al orden social, presenta singularidades especiales que imposibilitan una compensación en un sentido de estricta igualdad o incluso de una relativa equivalencia[287].

iii) Finalmente, están los que sostienen que el fundamento de esta eximente facultativa radica en la naturaleza privada de la acción, esto es en la facultad reconocida al injuriado para perseguir o dejar de perseguir el delito. En ese sentido, se confiere al Juez esta facultad cuando considere que es absurdo poner en la cárcel a dos hombres que si lo hubieran querido, en lugar de entrar a la cárcel, se hubieran perdonado mutuamente[288].

---

[285] BERDUGO: *Ob. Cit.* p. 38.

[286] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 190; FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 479. Por su parte DONNA: *Ob. Cit.* p. 356 señala que en estos supuestos el legislador interpretó que no era necesario imponer una pena a una persona cuando las partes ya se han ofendido y reprimido mutuamente; MAGGIORE: *Ob. Cit.* p. 449, concluye que se trata de una institución sui generis, sugerida por razones morales, y con más precisión, por una renuncia del Estado al ejercicio de su potestad punitiva, cuando -en un delito que ofende principalmente un bien privado- la partida queda saldada por medio de una agresión y retorsión respectiva.

[287] BRAMONT ARIAS-GARCIA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 153; SALINAS SICCHA: *Ob.Cit.* p. 317; PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* pp. 86-87.

[288] SOLER: *Ob. Cit.* p. 239.

> Desde esta misma perspectiva PACHECO sostiene que quien injuria sabe que, por lo menos, será injuriado como consecuencia de su hecho, por lo cual la ley supone que renunció voluntariamente a la potestad de interponer la acción penal correspondiente[289].

Sin embargo, la crítica que puede formularse a esta posición es que no se condice, conforme a la regulación legal, con el carácter facultativo de la eximente. En efecto, si se comprueba la realidad de las injurias recíprocas, el Juez únicamente debería limitarse a eximir de pena a los injuriantes, ya que se entiende que ambos, o bien se perdonarían mutuamente o bien renunciaron tácitamente al ejercicio de la acción; además esta posición no brinda una respuesta satisfactoria para los casos en los que uno de los injuriantes se niegue a compensar, inclusive sabiendo que con su negativa va a ser condenado[290].

## 8.3. TOMA DE POSICIÓN

Al respecto, debemos señalar, tal como lo hechos hecho al tratar los criterios de la parte general aplicables al análisis de cada uno de los delitos de la parte especial, en primer lugar, que se trata de una potestad otorgada al Juez para *eximir de pena* al igual que la exención prevista en el artículo 68° del CP; si bien en este último supuesto, se trata de asuntos de bagatela o de mínima participación del sujeto, y en el caso que nos ocupa de una agresión injuriosa recíproca, es de advertirse que si nos ubicamos en el contexto en que se producen las acciones y dadas las acciones recíprocas, el saldo de dañosidad de la acción más intensa, luego de compensar las ofensas, será mínimo, y

---

[289] PACHECO: *Ob. Cit.* p. 514.

[290] CARRARA: *Ob. Cit.* p. 222 (1840), nos recuerda que en un caso, en el que una mujer se oponía a la compensación de las injurias que ella y la otra mujer se habían proferido recíprocamente, señalando que no le importaba ir a la cárcel, con tal de que también fuera su adversaria, la Corte de Casación de Florencia admitió la compensación siguiendo el principio de que "*no debe ser oído el que quiere acusarse*" *(nemoauditurperirevolens).*

consecuentemente estaremos también ante un supuesto de bagatela en el que la exención de pena se convierte en una reacción adecuada frente al escaso merecimiento y necesidad de pena; más aún, si tenemos en cuenta que estamos frente a delitos de ejercicio privado de la acción penal, en los cuales el agraviado es el titular, no solo de la pretensión resarcitoria, sino también a la pretensión penal, por lo que puede disponer de ambas pretensiones, toda vez que el interés público comprometido en estas acciones es mínimo.

En cuando al fundamento de esta eximente, a diferencia de otras legislaciones, nuestro Código Penal ubica a las injurias recíprocas en el contexto de un conflicto de tipo psicológico emocional, es decir, a las "*injurias recíprocas proferidas en el calor de un altercado*". En ese sentido, el perdón judicial operaría cuando ambas partes, *razonablemente para un espectador objetivo*, han cedido ante un impulso hasta cierto punto comprensible, como consecuencia de la disminución de sus frenos inhibitorios provocada por una situación de discusión previa entre los injuriantes. En la misma sintonía, ROY FREYRE señala que esta exención tiene una indudable fundamentación psicológica; pues, la ley toma en cuenta el estado de ánimo alterado provocado por la discusión acalorada entre los injuriantes. En efecto, en estos casos el legislador es consciente de que solo a contados espíritus selectos o, excepcionalmente flemáticos, le es exigible el perdón de las ofensas, o bien la frialdad de su ánimo para soportarlas impertérritos y aguardar la oportunidad para recurrir al Juez y a su abogado[291].

En este contexto, el juez para eximir de pena a los injuriantes recíprocos deberá determinar, en el caso concreto, su estado de ánimo durante el altercado que protagonizaron, y si esto conllevó

[291] QUINTANO RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 1093, agrega contra los que sustentan el carácter vindicativo y egoísta de la institución de la retorsión, que incluso el *Iuris Canonici,* tan celoso de las esencias éticas y espirituales, en su canon 2.218 permitía esta eximente.

al relajamiento de sus frenos inhibitorios, tanto del que injurió en primer lugar como del que retorció o devolvió la ofensa, para lo cual se deberán observar *criterios de proporcionalidad y razonabilidad*, ya que si se advierte que la respuesta injuriante resulta manifiestamente desproporcionada con el hecho que la provocó, no sería justo eximir de pena a su autor.

Si bien, conforme a la previsión legal, esta eximente sólo resulta aplicable a las injurias recíprocas proferidas en el calor de un altercado, descartándose de antemano *a la calumnias y a las difamaciones recíprocas*; sin embargo, consideramos que atendiendo al fundamento que se ha esbozado no existe mayor inconveniente, para que el Juez pueda extender la eximente a estos delitos, cuando se presenten circunstancias que lo permitan; a la vez que en una futura reforma, esta eximente debe de ampliarse para comprender a estos delitos[292].

## 8.4. ANÁLISIS DE ESTA EXIMENTE

Nuestro legislador nacional, a diferencia de otras legislaciones, como ya se ha indicado, ha establecido que, para que pueda darse una exención de pena, las injurias recíprocas deben haber sido "*proferidas en el calor de un altercado*", lo cual quiere dar a entender que las partes en conflicto previamente hayan estado envueltas en una discusión fogosa y ardiente que los ha llevado rápidamente y con facilidad, por el estado de ánimo perturbado, de la mordacidad a la injuria[293]. Esta exigencia importa necesariamente la existencia de cierta temporalidad, proximidad o contemporaneidad de las injurias; en tal sentido, no podrá incluirse dentro de esta eximente la ofensa

---

[292] En la legislación comparada, entre otros, el Código Penal de Colombia comprende dentro de esta eximente a la injuria y a la calumnia (Art. 227°: *Si las imputaciones o agravios a que se refieren los artículos 221°. 21 y 226° fueren recíprocas, se podrán declarar exentos de responsabilidad a los injuriantes o calumniantes o a cualquiera de ellos*".

[293] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 449.

que se produzca después de haber transcurrido un cierto tiempo de haber cesado el altercado.

La *reciprocidad* de las injurias exige que sean dos personas las que se hayan injuriado de forma mutua[294], lo cual supone que los autores de ambas injurias sean las mismas. Este requisito exige que entre ambas injurias –injuria provocadora e injuria respuesta- exista una "*relación de causalidad subjetiva*", es decir que la primera ofensa debe ser la causa de la segunda. Para la reciprocidad no interesa que las injurias tengan la misma entidad o magnitud[295], aunque deben guardar una cierta proporcionalidad[296], y deben ser razonables con el contexto emocional en el que se profieren; de este modo, si se observa que ambos o uno de los injuriadores procedió de manera desproporcionada e irrazonable, esta eximente, dependiendo del caso, será aplicable a favor de ambos o solo de uno de los ofensores.

Esta exención no resulta aplicable cuando el ofendido responde injuriosamente, no contra el autor, sino contra un tercero[297]. Distinto es el caso de quien no ha participado en el altercado pero se considera afectado de modo directo por la primera injuria, como el caso del socio de un club que reacciona ante la discusión entre un tercero y otro de los socios ante la frase injuriante: "Usted es tan delincuente

---

[294] NÚÑEZ: *Ob. Cit.* p. 187.

[295] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 318.

[296] La justicia argentina al respecto señaló que: "*no es posible aceptar en el caso el criterio de la compensación de las injurias no porque sea necesaria una equivalencia más o menos adecuada, sino porque la evidente y pronunciada desproporción de contenido y las circunstancias (...) ponen de relieve que no sería justo eximir de pena al autor de la más grosera y manifiestamente innecesarias para la corrección de los males que se aducen*" (CNCrim. Corr, Sala I, 13/4/73, JA, 1973-277).

[297] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 189; DONNA: *Ob. Cit.* p. 356, precisa que tampoco existe reciprocidad cuando la segunda injuria alcanza además del primer injuriante, a un tercero, pues la exención no se extiende a este último, pudiendo sufrir una condena por ésta.

como cualquiera de los socios de su club"; en este casos consideramos que la eximente, atendiendo a su fundamento, no alcanza al primer socio, ya que este es ajeno o no se encuentra inmerso en el calor de la discusión que pudiese haber podido afectar sus frenos inhibitorios[298]. Salvo excepciones como el caso del hijo que reacciona inmediatamente ante las ofensas proferidas en contra de su padre; pues este, por sus vínculos de sangre con su padre y por la cercanía e identidad con este, puede sentirse directamente ofendido.

No interesa que las injurias sean de la misma especie o diferentes[299], manifiestas, equívocas o encubiertas, verbales, escritas o reales, originarias o reproducidas[300]; en cambio sí interesa que las injurias sean típicas y antijurídicas, es decir que no estén justificadas, porque de ser así se aplicará la causa de justificación que corresponda y se sancionará a la que resulte ilegítima[301]; de este modo, si por ejemplo alguien acusa a otro de un hecho grave, y el ofendido se limita a desmentirlo, pero a su vez, atribuye a su agresor la calidad de mentiroso, estaremos frente a una legítima defensa, que excluye la antijuricidad de la respuesta injuriante, por lo que el Juzgador únicamente se limitará a sancionar la injuria ilegítima.

El juzgador tiene la facultad, *aún de oficio*, para declarar exentas de pena a ambas o a una de las partes; sobre este punto ya CARRARA

---

[298] De otra posición CREUS: *Ob. Cit.* p. 161; NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 188.

[299] PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 89, precisa sobre este punto, que si bien es necesaria una cierta proporción entre ambas injurias, ello no significa que sean similares ni equivalentes, de este modo, si la primera injuria se realiza mediante gestos o en voz baja nada obsta, a los efectos de la reciprocidad, que la respuesta injuriosa se materialice mediante palabras o vías de hecho o en voz alta.

[300] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 187; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 448, precisa además que las injurias recíprocas pueden ser de una misma índole o de diferentes especies, por lo que no existe mayor inconveniente en que una injuria verbal sea contestada con otra injuria verbal o con un gesto.

[301] DONNA: *Ob. Cit.* p. 356.

atinadamente señalaba que este modo de extinción podía decretarse inclusive a despecho de la parte que se niegue a compensar, ya que este instituto opera por imperio de la ley. En este sentido no resulta necesario que el querellante reconvenga la querella para que el Juez le aplique esta exención, basta con que el querellado invoque la reciprocidad[302] o que esta se deduzca de la prueba actuada en autos; sin embargo, para condenar al que querella es necesario que a su vez el querellado deduzca también una querella en contra de su querellante, procesos que por ser conexos, de acuerdo a las normas procesales, deberán ser acumulados; de no ser así, el Juzgador únicamente se limitará a absolver al querellado siempre que se hubiere acreditado que las injurias fueron recíprocas y se dieron en el contexto de un altercado.

Finalmente, cabe señalar que si bien la norma *in comento* otorga una facultad al Juez para eximir de pena a los justiciables, esta facultad no es discrecional ni ilimitada, sino que debe estar sustentada en una evaluación objetiva y subjetiva de las circunstancias de tiempo, lugar, entidad de las respectivas injurias, la personalidad, antecedentes de cada uno de los autores, etc., que concurren en cada caso.

## 8.5. INJURIAS PROVOCADAS

El segundo párrafo del artículo a diferencia de lo que cree un cierto sector doctrinal no contempla un caso de legítima defensa[303], ya que de ser así esta norma resultaría totalmente innecesaria.

---

[302] CREUS: *Ob. Cit.* p. 161.
En contra DONNA: *Ob. Cit.* p. 356, quien considera que para aplicar esta exención se debe realizar la contraquerella, dado el carácter privado de la acción; lo cual no es correcto porque a los efectos de la reciprocidad interesan las injurias cometidas y acreditadas, y no el ejercicio respectivo de las acciones.

[303] Así ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 450; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 319; PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 92.

El supuesto de la norma gira en torno a una afectación ya producida a la víctima mediante una "ofensa personal", que debe entenderse como un acto de violencia física que se ejerce contra esta[304], que incluso podría configurar un delito de lesiones o falta. En tal sentido, la norma *in comento*se encuentra dentro de las *excusas absolutorias,* ya que exime de pena a la respuesta verbal de carácter injuriosa que ha sido provocada por una agresión personal, y aunque la norma no lo precise, estimamos que la reacción debe ser inmediata a la ofensa.

En este caso, a diferencia del supuesto anterior, en que es una facultad del Juez eximir o no eximir de la pena a uno o a ambos de los ofensores, estamos ante una excusa absolutoria, en la misma que la propia ley ya determina el perdón de la pena, y por ello al Juez no le queda más opción que aplicar la ley, una vez que se haya verificado el supuesto fáctico.

En tal sentido, los dos supuestos previstos en este artículo no tienen igual naturaleza, ya que el primero configura un supuesto de *exención de pena* y el segundo, un caso de *excusa absolutoria.*

[304] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 450.

## 9. ACCIÓN PENAL PRIVADA

Art. 138°: **"En los delitos previstos en este Título sólo se procederá por acción privada.**
**Si la injuria, difamación o calumnia ofende a la memoria de una persona fallecida, presuntamente muerta, o declarada judicialmente ausente o desaparecida, la acción penal podrá ser promovida o continuada por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos."**

Esta norma tiene como antecedente el art. 195° del Código Penal de 1924, el que sin embargo, no contemplaba los casos de la persona presuntamente fallecida y de la declarada judicialmente ausente o desaparecida[305]; por el contrario en el Código penal de 1863 (Art. 291°) se establecía que solo el ofendido podía acusar por injurias o calumnias, y en caso de muerte, la acción respectiva podía ser ejercitada por sus ascendientes, descendientes, hermanos, o cónyuge, o heredero, si la ofensa trascendía a ellos.

La querella por los delitos de injuria, calumnia o difamación solo puede ser promovida directamente por el afectado -agraviado o su representante-, debiendo interponer la respectiva denuncia directamente

---

[305] Art. 195° del CP de 1924: "En los delitos de que trate esta sección, no se procederá sino por acción privada por el ofendido. Si la parte ofendida falleciere antes de haber formulado la querella o durante el juicio, o si los mencionados delitos hubieren sido cometidos contra la memoria de un muerto, la querella podrá ser deducida o continuada por el cónyuge, por los descendientes, los ascendientes o los hermanos".

ante el Juez Penal y no ante el Ministerio Público, conforme lo prevé el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal del 2004. En este tipo de procesos el querellante puede desistirse de su pretensión y transar en cualquier estado del proceso[306].

El objetivo de esta norma es dejar en libertad a la persona damnificada para que opte entre denunciar el hecho o simplemente guardar silencio, atendiendo a que muchas veces un juicio puede implicarle y generarle una mayor afectación de la que ya fue víctima; disposición que tiene sustento en la casi nula afectación que a la sociedad se causa con este tipo de delitos.

En estos casos, en la terminología del nuevo Código Procesal Penal, estamos ante el querellante particular. Este es la persona que ha sufrido la acción delictiva y por ello, por mandato expreso de la ley resulta titular de la pretensión penal así como de la pretensión resarcitoria civil. En estos casos, la acción penal pierde su carácter público, al no existir un interés social en su averiguación y castigo[307], y por ello la pretensión penal se deja en manos del directamente afectado con el delito. El proceso iniciado por la querella de parte queda sujeto a la disponibilidad del ejercicio de la acción penal por parte del ofendido, esto es, rige en este proceso el principio dispositivo (por contraposición al de necesidad o legal) respecto al inicio y continuación del proceso sujeto al ejercicio público de la acción penal. En estos casos, el Ministerio Público, que en los demás casos ostenta el monopolio del ejercicio de la acción penal, no interviene, puesto que dicho ejercicio queda a cargo del ofendido.

---

[306] El Nuevo Código Procesal Penal, establece que el querellante en cualquier estado del proceso puede desistirse o transigir; asimismo señala que en el caso de desistimiento o abandono –por inactividad procesal durante tres meses-, la querella no podrá interponerse nuevamente. (Art. 464°).

[307] CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLAN MONTALVO, J.A.: *Derecho Procesal Penal.* 2ª Edición, Dykinson, Madrid, 2005, p. 114.

El ofendido está legitimado expresamente para actuar como querellante, aun cuando también puede interponer la querella su representante (padres, tutores, curadores, etc.). Pudiendo también actuar el ofendido a través de su apoderado, en cuyo caso sin embargo, no queda eximido de prestar su correspondiente declaración en el proceso. Asimismo, también podrá asumir la calidad de querellante cualquiera de sus herederos, si es que, una vez iniciado el proceso, el ofendido querellante muere o es declarado incapaz (Art. 460°.1).

Estos casos de ejercicio privado de la acción penal, se siguen conforme al procedimiento especial previsto en el artículo 459° y siguientes del Código Procesal Penal, el mismo que se inicia por querella de la parte, continúa con una investigación preliminar llevada a cabo por el propio Juez y concluye con la correspondiente sentencia, contra la cual, luego de resuelto por la Sala Superior, no procede recurso alguno.

Como quiera que el titular de la acción penal y la acción civil, es el ofendido, el proceso puede concluir por desistimiento de este, por transacción (en la que podrá repararse el daño ocasionada a satisfacción del querellante) y por abandono (puesto que se trata de un proceso cuya secuela procesal queda sujeta al impulso de parte). En estos casos, el Juzgador emitirá la resolución correspondiente y el proceso quedará extinguido, archivándose definitivamente los actuados y dándose por no presentada la querella. De este modo, queda extinguida la acción penal; sin embargo, la acción civil puede quedar vigente, puesto que ambas acciones son autónomas, y el hecho que ambas se ejerciten en el mismo proceso penal no modifica o varía su naturaleza jurídica, tal como sucede en los delitos de ejercicio público de la acción penal en los que el agraviado conserva la titularidad de la acción civil. Siendo así, el agraviado puede interponer la acción resarcitoria ante el Juzgado civil correspondiente, siempre que no hubiese operado el plazo de prescripción de dos años, previsto en el inciso 4) del artículo 2001° del Código Civil, salvo que para evitar que opera la pres-

cripción civil se hubiera interrumpido esta con el correspondiente requerimiento de pago, haciendo incurrir en mora al deudor de la prestación resarcitoria; esto último de conformidad con el artículo 1996 del Código Civil.

También se archivará definitivamente la querella, aun sin haberse iniciado propiamente el proceso, en los casos en que esta no resulta clara o está incompleta, y esta circunstancia no es subsanada o completada por el querellante dentro del tercer día de notificada la resolución judicial que así lo dispone (Art. 460°.1 CPP).

De otro lado, respecto a lo previsto en el segundo párrafo del art. 138° CP, la posición mayoritaria en doctrina considera que los muertos no pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor. En tal sentido, se ha dicho que el muerto ya no tiene honor (BINDING) o que ha perdido su personalidad (MANZINI), o que ya no es sujeto de derecho (LISZT-SCHMIDT)[308].

En tal sentido, en este párrafo se contempla la tutela a la memoria de la persona fallecida[309], facultando a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos a promover la querella correspondiente o continuar la promovida por la persona que ha fallecido con posterioridad[310]. Se entiende que la enumeración legal de los titulares de la

---

[308] FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 157. Algunos autores como Liszt consideran que los ultrajes a la memoria de un difunto implica un ataque contra el honor de los sobrevivientes como familia o personalidad colectiva, o el sentimiento de piedad de los parientes más próximos o de la colectividad. (citado por NÚÑEZ: *Ob. Cit.*, p. 26)

[309] PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 94; Peña Cabrera Ob. Cit. p. 378; BRAMONT ARIAS – GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 155.

[310] El Nuevo Código Procesal Penal, regula ya este supuesto de sucesión procesal, en los siguientes términos: Art. 465°: "Muerto o incapacitado el querellante antes de concluir el juicio oral, cualquiera de sus herederos podrá asumir el carácter de querellante particular, si comparece dentro de los treinta días siguientes de la muerte o incapacidad"

acción no autoriza el ejercicio indistinto por cualquiera de los parientes que sobreviven, pues la enumeración legal es excluyente[311].

En los casos de muerte presunta, de ausencia o desaparición se requiere de una resolución judicial que así lo declare, conforme lo establecen los artículos 63°, 49° y 47° del Código Civil; sin embargo, debe entenderse que en los dos últimos casos -de ausencia o desaparición-, la norma otorga una representación excepcional a los parientes del ofendido para que puedan accionar en defensa del honor del ausente o del desaparecido y no de su memoria, ya que en estos casos, a diferencia de la muerte presunta, al ofendido directo no se le tiene propiamente por fallecido.

[311] FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 527.

# Título Tercero
# DELITOS CONTRA LA FAMILIA

Familia es el vínculo o unión, viene del latín *familia* que era el nombre dado a la casa del *pater*, en la cual vivía su *gente*, de ahí el concepto de familia como unión de gentes o personas atadas por vínculos de matrimonio y parentesco, que conforman una unidad que comparte el diario vivir[312].

La Familia como un fenómeno natural, tiene su base en la unión de los sexos y como institución jurídica encuentra su base en el matrimonio, unión de un hombre y una mujer, reconocida y regulada por la norma jurídica. En tal sentido, la familia viene a ser una asociación natural y espontánea de personas que, unidas por intereses comunes, cumplen fines naturales, materiales y espirituales que impone la vida.

En cuanto al concepto de familia, la doctrina ha distinguido dos acepciones: i) En sentido amplio se le define como el conjunto de personas unidas por los vínculos de matrimonio, parentesco o afinidad hasta límites que la legislación positiva ha establecido para una serie de institutos civiles, como los impedimentos por razón del matrimonio, las obligaciones alimentarias, la sucesión intestada, etc.; ii) En sentido restringido se la conceptualiza como el conjunto de personas que se hallan unidas por el matrimonio o la filiación; o como el conjunto

---

[312] FERREIRA DELGADO, Francisco José: *Derecho Penal Especial. Tomo 1.* Editorial Temis, Bogotá, 2006. p. 361.

de personas que viven en el mismo techo, bajo la dirección y con los recursos de los jefes de familia.

La Constitución Política destaca el deber del Estado respecto de la familia; así en su art. 4°, señala que: *"La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y protegen el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley"*. En la misma línea el Artículo IV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, reconoce el derecho fundamental de la persona de constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección de ella.

Como es de verse, en el ámbito jurídico se considera a la familia y a las relaciones que en ella se originan, como bienes jurídicos que merecen y deben recibir especial protección del Estado, incluyendo la protección penal, la misma que se justifica para aquellos actos que lesionen gravemente la institución familiar, es decir frente a aquellos actos que resultan intolerables dentro de la familia por la forma como afectan su existencia y la convivencia entre sus miembros.

# Capítulo I
# MATRIMONIOS ILEGALES

Nadie duda de la importancia del matrimonio dentro de la sociedad. En efecto, el matrimonio y la familia son ciertamente *el fundamento básico de la sociedad,* su célula primordial, el núcleo fundamental de la convivencia humana, el lugar privilegiado de aprendizaje de los valores morales que identifican a una sociedad. La familia se basa en la unión conyugal y en el amor procreador y estable del matrimonio, ya que constituye la mejor estructura de acogida para los niños, pues tiene una vocación de permanencia que es la que da a los hijos esa convivencia duradera que necesitan, siendo esto lo que le confiere dimensión social y, por tanto, institucional y jurídica en la sociedad.

Sin embargo, actualmente se alzan voces que pretenden la despenalización de algunos delitos que afectan la constitución del matrimonio, como el delito de bigamia, por considerarse que la protección civil del régimen monogámico del matrimonio es suficiente; asimismo, se propugna que las conductas que se deben criminalizar deben despojarse del carácter formal que las caracteriza actualmente, lo cual las hace ver como meras infracciones administrativas.

Con esta perspectiva, en el Código Penal Colombiano, el delito de bigamia así como los matrimonios ilegales, fueron eliminados del catálogo penal, atendiendo a que socialmente estas dos conductas, más allá de su escasa aplicación, no constituían lesión ni grave peligro concreto a un específico bien jurídico de carácter familiar digno de tutela penal, por lo que se considera que las consecuencias jurídicas

de su ejecución, según ese modelo, se deben ventilar en el ámbito del derecho civil[313].

Al respecto, hacemos nuestra la línea expuesta por el Comité de Derechos Humanos sobre la eliminación de la discriminación, siguiendo el perfil trazado por la Observación General N° 19 (Comité de Derechos Humanos), que si bien reconoce que la forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado; sin embargo, agrega que la manera como puede definirse o configurarse la familia no puede vulnerar el principio de la igualdad de la mujer. En ese sentido, la *poligamia* violaría el artículo 5° a) de la Convención para la eliminación de la discriminación contra la mujer, pues "*la poligamia infringe el derecho de la mujer a la igualdad con el hombre y puede tener consecuencias emocionales y económicas, tan graves para ella, al igual que para sus familiares a cargo, que debe desalentarse y prohibirse*"[314]. Bajo este contexto, consideramos pertinente la intervención del derecho penal en el caso de la bigamia o poligamia, delito que a pesar de su poca frecuencia, puede generar graves perturbaciones a la institución del matrimonio, así como a sus integrantes. En todo caso, al igual que PEÑA CABRERA FREYRE[315], consideramos que

---

[313] Se debe señalar que al despenalizar estas conductas el legislador colombiano acogió la sugerencia de Tribunal Constitucional de ese país, en la sentencia C-659, donde se señaló que: "*bien podría el legislador no haber penalizado los enunciados comportamientos, optando por señalar a ellos sanciones puramente civiles (...) sin que por tal motivo se vulnere la Constitución*". En este mismo sentido MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan: *Delitos contra las relaciones familiares.* En Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. (Coord. José Luis Díez Ripollés). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004. pp. 1058-1059, refiere que en la sociedad actual existe un cierto cuestionamiento de la institución del matrimonio, lo cual se refleja que en la actualidad ya no se ve al matrimonio como el requisito único para iniciar la vida en común, por lo cual, indica que ante esta realidad social no resulta conveniente que el derecho penal tutele un determinado régimen del matrimonio.

[314] Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General N° 21, párrafo 13 y 14.

[315] *Ob. Cit.* pp. 402-403.

en estos casos, el Derecho Penal debe intervenir únicamente en los casos en los que el incumplimiento de las formalidades generen una situación de nulidad absoluta del matrimonio, mas no ante supuestos en los que el matrimonios puede ser convalidado por los contrayentes, atendiendo a los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio* del Derecho penal, de lo contrario, estaríamos elevando a la categoría de delitos, meras infracciones administrativas.

En relación a los delitos contra el matrimonio no existe acuerdo respecto al bien jurídico que se protege, pudiendo identificarse las siguientes líneas doctrinarias:

i) De un lado hay quienes sostiene que el objeto de tutela es el estado civil matrimonial. En esa línea BUSTOS señala que no se trata de la protección de la familia ni de la sociedad, sino del derecho de toda persona a tener un determinado estado civil. Pues, al contraer matrimonio sin tener disuelto el anterior, afecta el estado civil del nuevo contrayente[316].

   Una variante de esta posición, si bien no niega el estado civil como bien jurídico protegido por este delito, sin embargo, circunscribe estos delitos al ámbito familiar, por lo que también se considera a estos delitos como delitos contra la familia[317].

   Sin embargo, esta posición no es de recibo ya que no se trata de proteger directamente el estado civil, sino el régimen legal del matrimonio.

ii) De otro lado, en criterio que compartimos, están los que sostienen que el objeto de tutela se circunscribe al interés público en relación al orden jurídico del matrimonio, es decir, la regulación del matrimonio como institución. Según ello, se sancionan aquellas conductas que suponen un acceso al

[316] BUSTOS RAMÍREZ: *Ob. Cit.* p. 153.

[317] RODRÍGUEZ RAMOS: *Ob. Cit.* p. 275.

matrimonio al margen de las normas del Derecho; es decir, al margen de las normas civiles que regulan la institución del matrimonio, haciendo surgir relaciones matrimoniales aparentes, que no tienen base legal. No obstante, como bien señala MUÑOZ SÁNCHEZ[318], no se protege al matrimonio de forma generalizada, sino solo determinados aspectos concretos del régimen legal del matrimonio, en concreto, *el carácter monogámico del matrimonio y los presupuestos legales para su celebración válida.*

[318] MUÑOZ SANCHEZ: *Ob. Cit.* p. 1057.

## 1. DELITO DE BIGAMIA

**Art. 139°.- "El casado que contrae matrimonio será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si respecto a su estado civil, induce a error a la persona con quien contrae matrimonio la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años".**

Se denomina bigamia, matrimonio múltiple o poligamia, al matrimonio ilegal contraído subsistiendo un matrimonio anterior válido de uno de los contrayentes o de ambos. CARRARA prefería denominar a este, delito de *"poligamia"*, el cual según el citado autor, cometían quienes, estando ligados aún por un primer matrimonio válido, contraen otro matrimonio[319].

Históricamente, este delito en el Derecho romano no era incriminado de manera autónoma y, frecuentemente, era confundido con el adulterio; recién con Dioclesiano se comenzó a considerársele como un delito independiente, con la finalidad de extirpar la poligamia de ciertas regiones orientales; figura que tomó inusitado auge durante el medioevo a consecuencia de la influencia que ejercieron las doctrinas cristianas sobre el matrimonio, llegándose, inclusive, a excomulgar a los bígamos. En el fuero juzgo se castigó este delito en un sentido

---

[319] CARRARA: *Ob. Cit.* p. 395 (&1936). La Real Academia Española define bigamia como el "estado de un hombre casado con dos mujeres a un mismo tiempo, o de la mujer casada con dos hombres".

privatista similar al adulterio, ya que se dejaba a los culpables en poder del marido ofendido, quien podía incluso venderlos o hacer de ellos lo que quisiera[320].

En la actualidad, a diferencia del adulterio, este delito se mantiene casi en la totalidad de las legislaciones penales, apreciándose algunos matices. Así, en algunas legislaciones se ha venido distinguiendo entre una bigamia propia e impropia, la primera para comprender las conductas de quien estando casado contrae nuevo matrimonio; y la impropia, para el supuesto de la persona soltera o viuda que conociendo el estado de casado de su pareja, contrae matrimonio con ella. En esta línea, se puede citar, además del nuestro que recoge la bigamia impropia en el art. 140° del Código Penal, el Código Penal Alemán (& 172: "Quien se case estando casado, o quien se case con una persona ya casada..."), el Código Penal de Portugal (Art. 247° del CP.), y el Código Penal de Uruguay (Art. 263° del CP), entre otros.

Este delito tiene como antecedente el art. 214° del Código Penal de 1924, el cual sancionaba la conducta del que "*siendo casado contrajera nuevo matrimonio, será reprimido con prisión no mayor de cuatro años ni menor de un año. Si hubiere inducido a error respecto de su libertad de estado, a la persona con el que hubiere contraído matrimonio posterior la pena de prisión será no menor de dos años ni mayor de seis años.*

## 1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es la naturaleza monogámica del matrimonio.

---

[320] DIEGO DIAZ SANTOS, María del Rosario: *Delitos contra la Familia.* Maribel Artes Gráficas, Madrid, 1973. p. 239.

## 1.2. TIPO OBJETIVO

### 1.2.1. SUJETOS

Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona que se encuentre casada. Conforme señala la doctrina estamos ante un delito especial propio ya que el sujeto activo de este delito solo puede ser una persona casada.

Son sujetos pasivos el Estado, el cónyuge del primer matrimonio del bígamo, así como el cónyuge del segundo matrimonio, siempre que este desconozca del verdadero estado civil del bígamo[321].

### 1.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento consiste en contraer nuevas nupcias cuando el agente ya se encuentra casado. PACHECHO, respecto de este delito, señalaba que en estos casos el bígamo desconoce por sí y ante sí el primer matrimonio y contrae un nuevo matrimonio, aparentemente legítimo, pero sustancialmente nulo, con lo cual se distorsiona a dos familias: la formada por el matrimonio anterior, que de ordinario abandona y desampara, y la surgida del posterior, porque bajo la ficción de un vínculo legítimo da origen a una familia ilegítima[322].

La configuración de este delito requiere de los siguientes presupuestos:

---

[321] Sostiene esta posición en la doctrina italiana MANZINI: *Tratato di Diritto Penal.* Vol. VII. Torno, 1963, pp. 681-682. Asimismo debemos precisar que existe una posición distinta sostenida por DIEGO DÍAZ SANTOS, la misma que señala que el único sujeto pasivo que se ha de considerar en esa figura delictiva es el cónyuge inocente el primer matrimonio, en tanto que el cónyuge inocente del segundo matrimonio quedaría tutelado en el campo civil con la consiguientes acciones para el supuesto de resarcimiento de daños.

[322] *Ob. Cit.* p. 118.

### *a) La existencia de un matrimonio previo o anterior*

El comportamiento típico requiere que el primer matrimonio del supuesto bígamo sea válido y subsistente al posterior matrimonio[323]. Obviamente este primer matrimonio no debe haber sido disuelto por divorcio o muerte del otro cónyuge; caso contrario, no se configurará el delito de Bigamia. Asimismo, se debe tener presente que la declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido (Art. 65° C.C.), así como del declarado presuntamente muerto, por lo queno constituirá bigamia el matrimonio contraído por el cónyuge de estos.

El hecho de la existencia de una separación de cuerpos entre los cónyuges del primer matrimonio no excluye la comisión de este delito, por cuanto esta solo suspende los deberes relativos a lecho y a habitación, y pone fin a la sociedad de gananciales, pero deja subsistente el vínculo matrimonial (Art. 332° CC).

Tratándose de un supuesto de nulidad y anulabilidad[324] del primer matrimonio, este hecho puede ser alegado por el agente denunciado por bigamia, para lo cual deberá sustanciarse el proceso de nulidad en la vía civil, pudiendo interponer una cuestión prejudicial, conforme a lo previsto en el art. 4° del Código de Procedimientos Penales[325], caso en el cual el proceso penal deberá suspenderse hasta que se decida la causa en la vía civil. En ese sentido desde hace mucho tiempo nuestros operadores jurisdiccionales han señalado que: "*Es cuestión prejudicial a la acción por el delito de bigamia, la comprobación de la existencia*

---

[323] "*Para que exista delito de bigamia debe probarse la existencia de un primer matrimonio civil*" Ejecutoria del 05 de mayo de 1950 en ESPINO PÉREZ: *Ob. Cit.* p. 278.

[324] Las causales de nulidad y anulabilidad del matrimonio se haya previstas en los artículos 274° y 277° del Código Civil.

[325] De conformidad con lo previsto en el art. 4° del C. de PP. Las cuestiones prejudiciales proceden cuando deba establecerse en otra vía el carácter delictuoso del hecho imputado, y solo podrán deducirse después de prestada la instructiva y hasta que se remita la instrucción al Fiscal Provincial para dictamen final, sustanciándose conforme a lo dispuesto en el art 90°.

*o invalidez del primer matrimonio*"[326]; "*En trámite el juicio de nulidad del matrimonio contraído por el inculpado con la denunciante, no puede continuar la instrucción por delito de bigamia, mientras no se resuelva la validez o invalidez de dicho matrimonio*"[327]

***b) El agente debe contraer nuevo matrimonio***

El posterior matrimonio del agente debe haberse contraído durante la vigencia del primer matrimonio. No constituye delito de bigamia si el posterior matrimonio del agente es contraído solo por la vía religiosa, salvo que haya sido contraído antes del catorce de noviembre de 1936[328]; igualmente, si el anterior es solo un matrimonio religioso. Pues, el matrimonio al que se hace referencia en este tipo penal está referido al *matrimonio civil* y no al matrimonio religioso, el cual carece de efectos jurídicos[329]. En ese sentido se ha señalado que: "*La celebración del matrimonio religioso, subsistiendo el vínculo del matrimonio civil celebrado anteriormente, no constituye delito de bigamia, por carecer aquel de fuerza legal*"[330]; "*No procede la apertura de instrucción por delito de bigamia, si de la denuncia resulta que la imputación al denunciado consiste en que siendo casado civilmente contrajo matrimonio religioso con otra persona*"[331].

### 1.2.3. AGRAVANTE

Constituye circunstancia agravante el hecho que el bígamo induzca a error al nuevo cónyuge respecto a su verdadero estado civil. En caso

---

[326] Ejecutoria del 08 de octubre de 1945 En ESPINO PEREZ: *Ob. Cit.* p. 278.

[327] Ejecutoria del 19 de noviembre de 1946 En ESPINO PEREZ: *Ob. Cit.* p. 278.

[328] Conforme a lo previsto en el artículo 2115° del Código Civil, las partidas de los registros parroquiales referentes a los hechos realizados antes de la fecha indiada conservan la eficacia que les atribuyen las leyes anteriores.

[329] En el mismo sentido, SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 333.

[330] Ejecutoria del 13 de enero de 1944 en ESPINO PEREZ: *Ob. Cit.* p. 278.

[331] Ejecutoria del 25 de julio de 1960 en ESPINO PEREZ: *Ob. Cit.* p. 278.

que el nuevo contrayente conozca del verdadero estado civil del bígamo, su conducta se subsumirá en el delito previsto en el art. 140° del CP. Esta agravante se fundamenta en un mayor desvalor en la acción del sujeto activo, evidenciada a través del engaño, el que debe haberse expresado a través de diversas acciones u omisiones intencionales.

### 1.3. TIPO SUBJETIVO

Este delito es eminentemente doloso, admitiéndose solo el dolo directo. Esto es, el bígamo debe tener conocimiento de estar contrayendo nuevas nupcias, a pesar de que se encuentra válidamente casado con otra persona, y tiene voluntad de realizar dicha acción.

### 1.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma al contraerse el nuevo matrimonio del bígamo; se trata de un delito instantáneo. Un gran sector de la doctrina, basándose precisamente en su instantaneidad rechaza la tentativa; al considerar que fuera del acto mismo de la concreción del matrimonio que integra la consumación del delito, todos los demás actos no son ejecutivos, sino simplemente preparatorios.

Por nuestra parte, consideramos que sí es admisible la tentativa en este delito; pues, si bien la celebración del matrimonio implica la consumación y perfección de este, el matrimonio en sí es un proceso constituido por una seria de actos, que se inician con la declaración expresa de la voluntad matrimonial o con la solicitud matrimonial ante la autoridad competente; acciones que ya constituyen actos ejecutivos de la celebración del matrimonio y son gobernados por la voluntad matrimonial de ambos cónyuges. En tal sentido, mientras no se produzcan todos los actos necesarios para la concreción del matrimonio, siempre será posible la tentativa. Así por ejemplo, constituirá tentativa del delito de bigamia el caso en que durante la celebración del matrimonio por el funcionario encargado, esta es interrumpida por cualquier causa.

## 2. CONOCIMIENTO DEL IMPEDIMENTO POR EL CÓNYUGE LIBRE

**Art. 140°.- "El no casado que a sabiendas, contrae matrimonio con persona casada será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años".**

### 2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Al igual que el tipo penal antes estudiado, el bien jurídico protegido es el carácter monogámico del matrimonio.

### 2.2. TIPO OBJETIVO

#### 2.2.1. SUJETOS

Agente del delito puede ser cualquier persona soltera que contraiga matrimonio con una persona casada; debe tratarse de una persona sin impedimento para contraer un matrimonio válido[332]; de lo contrario, será agente del delito anteriormente tratado. Son sujetos pasivos el Estado y el primer cónyuge del bígamo.

---

[332] BRAMON ARIAS - GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 161. define a este delito como el comportamiento de contraer matrimonio con una persona casada estando libre de todo impedimento para ello.

### 2.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento del agente consiste en contraer nupcias con persona que se encuentre casada.

El legislador nacional ha optado por referirse en forma expresa respecto a la conducta de la persona sin impedimento matrimonial que contrae el segundo matrimonio con el bígamo, conociendo del matrimonio previo contraído por este último. En otras legislaciones no se hace distinción alguna respecto a la conducta del bígamo y la del que contrae matrimonio con este a sabiendas de su estado civil de casado, planteándose el gran problema de determinación del sujeto activo del delito de bigamia; en tal sentido MARÍA DIEGO DÍAZ SANTOS, sostiene respecto al delito de bigamia, que efectivamente se trata de un delito propio para quien tiene la cualidad de cónyuge, pues, ciertamente, solo el casado atenta de manera directa contra el vínculo precedente; sin embargo, no es menos cierto que la persona libre o soltera que a sabiendas contrae matrimonio con una persona casada, atenta igualmente contra la institución matrimonial, cooperando de una forma necesaria a la constitución de un matrimonio contraviniendo las normas establecidas por las leyes[333].

### 2.3. TIPO SUBJETIVO

Este delito es doloso; admitiéndose solo el dolo directo, puesto que la expresión "a sabiendas" el legislador cierra la posibilidad de la comisión de este delito mediante dolo eventual.

### 2.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma cuando se contrae el matrimonio. Es admisible la tentativa tal como lo hemos señalado para el caso anterior.

[333] DIEGO DÍAZ SANTOS: *Ob. Cit.*p.248.

## 3. PARTICIPACIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO

**Art. 141°.- "El funcionario público que a sabiendas, celebra un matrimonio ilegal será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años e inhabilitación de dos o tres años conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 3.**

**Si el funcionario público obra por culpa, la pena será de inhabilitación no mayor de un año conforme al artículo 36° incisos 1, 2 y 3".**

### 3.1. NOCIONES GENERALES

Es antecedente legislativo de la presente figura penal es el art. 216° del Código Penal de 1924, el mismo que a su vez tiene su fuente legislativa en el artículo 136° del Código Penal Argentino de 1922.

La anterior codificación, a diferencia de la actual, contemplaba en el artículo 216° las tres figuras comprendidas en los actuales artículos 140° y 141° CP; asimismo respecto al sujeto activo se consideraba al Oficial Público o Eclesiástico que "autorizan un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores", mientras que el legislador de 1991, optó solo por considerar como sujeto activo del delito al funcionario público que a sabiendas "celebra un matrimonio ilegal".

El hecho de utilizar el actual tipo penal el término "matrimonio ilegal" podría llevar a confusión respecto a la diferencia entre este tipo penal y el art. 142° del CP que contempla la figura delictiva de celebración de matrimonio sin observar las formalidades exigidas por ley; en

tal sentido, puede sostenerse que el anterior texto era más específico, por cuanto hacía referencia a un "matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores", es decir, en los cuales se ha cometido delito de bigamia (tanto el bígamo como la persona libre que a sabiendas contrae matrimonio con este).

Por tanto, cuando el art. 141° CP hace referencia al "matrimonio ilegal" no debemos considerar la existencia de cualquier impedimento sino solo el hecho de que el funcionario público celebra el matrimonio, a sabiendas, que existe impedimento legal referido al estado civil de casado de uno de los contrayentes o de los dos.

### 3.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es el orden jurídico del matrimonio (los presupuestos legales para la celebración válida del matrimonio).

### 3.3. TIPO OBJETIVO

#### 3.3.1. SUJETOS

Se trata de un delito especial propio, en el cual solo puede ser autor el funcionario público que celebra el matrimonio ilegal. El sujeto pasivo es Estado.

#### 3.3.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento del funcionario público consiste en celebrar un matrimonio, a sabiendas de que es ilegal, esto es, que uno de los cónyuges o ambos es casado; interpretación que se realiza al considerar que este tipo penal contiene la participación –dolosa o culposa-del funcionario público respecto al delito de bigamia.

Problema especial se presenta cuando el encargado de celebrar el matrimonio es persona distinta del que se encarga de declarar la capacidad de los contrayentes, en cuyo caso, el celebrante no se halla obligado a verificar la existencia de impedimento matrimoniales de

los contrayentes. En este caso, por criterios de imputación objetiva (principio de confianza o prohibición de regreso) se podrá negar la relevancia penal de la actuación del celebrante. Salvo que hubiese participado de un plan preestablecido en el cual se conocía de la existencia del impedimento matrimonial y se preordenó las cosas para celebrar el matrimonio ilegal. En este caso, el título de imputación del encargado de la determinación de la capacidad de los contrayentes, será el de cómplice necesario.

### 3.4. TIPO SUBJETIVO

El tipo penal presenta dos formas de comisión del delito:

**i)** Doloso, cuando el funcionario público conoce del carácter ilegal del matrimonio por tener conocimiento de la condición de casado de uno o ambos contrayentes y a pesar de ello celebra el matrimonio.

**ii)** Culposo, cuando el funcionario público actúa negligentemente, sin observar las formalidades requeridas para la celebración del matrimonio, específicamente las referidas a la acreditación del estado civil de los contrayentes. Así por ejemplo, el no solicitar copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior o la sentencia de divorcio.

### 3.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma con la celebración del matrimonio. Es admisible la tentativa.

## 4. INOBSERVANCIA DE LAS FORMALIDADES LEGALES EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

Art. 142°.- **"El funcionario público, párroco u ordinario que procede a la celebración del matrimonio sin observar las formalidades exigidas por la ley, aunque el matrimonio no sea anulado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años e inhabilitación de uno o dos años, conforme al artículo 36° inciso 1, 2 y 3".**

### 4.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es el orden jurídico del matrimonio, en concreto, los presupuestos legales para la celebración válida del matrimonio.

### 4.2. TIPO OBJETIVO

#### 4.2.1. SUJETOS

Al tratarse de un delito especial propio, únicamente pueden ser sujetos activos aquellos que tiene la condición de funcionario público, párroco u ordinario.

Conforme a lo dispuesto en los arts. 259° y 260° CC, el matrimonio se celebra ante el Alcalde, quien puede delegar por escrito la facultad de celebrar el matrimonio a otros regidores o a otros funcionarios municipales como registradores, directores o jefes de hospitales o establecimiento análogo, párroco u ordinario del lugar. Asimismo el

matrimonio puede celebrarse en las comunidades campesinas y nativas ante un comité especial constituido por la autoridad educativa, e integrado por los directivos de mayor jerarquía de la respectiva comunidad (Art. 262° CC). En las capitales de provincia donde el registro de estado civil estuviese a cargo de funcionarios especiales, el jefe de aquel ejerce las atribuciones conferidas a los alcaldes por este título.

En los casos en que el matrimonio es realizado, por ejemplo, por el director de un hospital, el mismo que ha recibido, por delegación escrita del alcalde provincial, la potestad de celebrar el matrimonio, se presentan dificultades para determinar si corresponde imputarle penalmente la conducta típica, atendiendo a que se cuestiona su calidad de funcionario público.En tal caso, debemos tener en cuenta que de tratarse de un hospital público, no habrá inconveniente para considerarlo como funcionario público e imputarle penalmente la conducta. Será más difícil si se trata de una clínica particular; sin embargo, si consideramos que se trata de un delito de infracción de deber, en este caso el director de la clínica ha asumido por delegación del alcalde el deber de llevar a cabo el matrimonio, este deberá ser celebrado con todos las formalidades de ley, y de incumplir alguna de ellas estará realizando el tipo penal bajo análisis.

Sujeto pasivo es el Estado.

### 4.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento del agente consiste en celebrar el matrimonio sin observar las formalidades (de fondo y forma) exigidas por ley, sin que dicha inobservancia implique la comisión del delito de bigamia por parte de alguno de los contrayentes, caso en el cual, la conducta del funcionario se subsumirá en el tipo penal previsto en el art. 141° del CP[334]. Así por ejemplo, constituirá esta modalidad delictiva, si

[334] Como ya se ha señalado el antecedente legislativo de este tipo penal se halla en el art. 216° del CP de 1924, el mismo que en su tercer párrafo contemplaba esta modalidad delictiva, en la cual expresamente se señalaba que

es que se celebra el matrimonio sin acompañar el documento en que conste el asentimiento de los padres o ascendientes o la licencia judicial supletoria, en caso de matrimonio de menor de edad[335].

Debe tratarse de un matrimonio que adolece de una causal de nulidad, y por ello debe declararse nulo, así como también de un matrimonio con un vicio o causal de anulabilidad, la misma no determina la nulidad del matrimonio, y este puede convalidarse.

Este delito es doloso.

### 4.3. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma con la celebración del matrimonio, siendo admisible la tentativa vg., cuando los contrayentes están por firmar el acta matrimonial; sin embargo uno de ellos se arrepiente y no se lleva a cabo el acta matrimonial[336].

---

la inobservancia de las formalidades exigidas por ley, por parte del funcionario público "oficial público", no serán las contempladas en los párrafos anteriores, es decir aquellas referidas al delito de bigamia, lo que en la legislación actual implica la comisión del delito previsto en el art 141° CP.

[335] Las formalidades y requisito requeridos para la celebración del matrimonio se hayan previstos en los arts. 248° y ss. Del Código Civil.

[336] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 351.

# Capítulo II
# DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL

En los delitos que conforman este capítulo el bien jurídico protegido es el estado civil de las personas, el cual es definido como la posición jurídica, cualidad o condición, que una persona ocupa en el ámbito social de acuerdo con sus relaciones de familia, y que determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones. El estado civil es pues un conjunto de situaciones jurídicas que relacionan a cada persona con la familia de donde proviene, o con la familia que ha formado y con ciertos hechos fundamentales de la misma personalidad. En ese sentido, afirma DONNA que el estado civil, "...es el vínculo familiar legalmente constituido, y debidamente acreditado, que origina derechos y obligaciones entre las personas a quienes liga, constituyendo estos vínculos de filiación, matrimonio y parentesco el título de su estado civil, vale decir, la causa jurídica que suscita el nacimiento de derechos y obligaciones entre ellos"[337].

Los datos constitutivos del estado civil varían de persona en persona, siendo así como se identifica e individualiza a cada una de las personas[338]. Los elementos que constituyen el Estado Civil son fundamentalmente la filiación, el sexo, el nombre, la edad, el estar

---

[337] *Ob. Cit.* p. 14. En ese mismo sentido SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 352, refiere que desde la perspectiva jurídico penal se puede afirmar que el estado civil está constituido por la pertenencia de una persona a una familia determinada.

[338] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 179; CREUS: *Ob. Cit.* p. 243; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 79.

casado o no, entre otros elementos de carácter irrenunciable, intransmisible e imprescriptible; algunos de estos datos tienen su origen en el nacimiento de la persona, que es el principio de la existencia de la persona humana, mientras que otros dependen de la voluntad del individuo (naturalización, matrimonio, reconocimiento o declaratoria de filiación, la adopción, etc.).

Por consiguiente, el estado civil se encarga de identificar, entre otras funciones, a las personas, y se erige como un derecho constitucional por medio del cual se defiende que toda persona, sin distinguir su condición, pueda ser sujeto de derechos y contraer obligaciones; en ese sentido, se encuentra muy ligada a la posición participativa de los sujetos, siendo una de las condiciones para el libre desarrollo de su personalidad y de su dignidad, por lo cual su reconocimiento y protección resulta importante. En esa línea, la afectación al estado civil puede impedir u obstaculizar el desarrollo y participación de la persona en la sociedad[339], lo cual se pretende evitar a través de la tutela penal.

En la legislación comparada se observa que en algunos códigos estos delitos son incluidos en un título especial (delitos contra el *estado civil*), como es el caso del Código Penal Argentino y del Ecuador; sin embargo, predomina en el derecho comparado su inclusión entre los delitos contra la *familia*; como puede verse, además del nuestro, en el Código Penal de Italia, Brasil, Colombia, Costa Rica y España, entre otros. En esa línea, consideramos que la opción seguida por nuestro legislador dentro de esta tendencia es la más adecuada, ya que los delitos contra el estado civil de las personas representan una modalidad de ataque a los derechos de la familia, pues estos delitos lesionan al ser humano, no solo en su condición de individuo aislado, sino considerado como individuo ligado a un determinado número de semejantes por vínculos de familia[340].

---

[339] BUSTOS: *Ob. Cit.* p. 143.

[340] En ese sentido LAJE ANAYA citado por DONNA: *Ob. Cit.* p. 5; PACHECO: *Ob. Cit.* p. 160, refiere que el desorden que los delitos contra el estado civil

Asimismo, se debe señalar que no debe confundirse el estado civil (que es el bien jurídico) con su registro público, al respecto se debe aclarar que lo protegido penalmente es la posesión del estado civil que tiene la persona desde su nacimiento, y que continua con una serie de hechos y actos jurídicos (como la asignación de nombre, reconocimiento, legitimación, matrimonio, adopción, nacionalización) que la determinan[341]; y es esa posición la que se registra públicamente. En nuestro caso, conforme al art. 44° de la Ley N° 26497 *"Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil"*, se inscriben en el Registro de Estado Civil los siguientes hechos: a) los nacimientos; b) los matrimonios; c) las defunciones; d) las resoluciones que declaran la incapacidad y las que limitan la capacidad de las personas; e) las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte presunta y el reconocimiento de existencia de las personas; f) las sentencias que impongan inhabilitación, interdicción civil o pérdida de la patria potestad; g) los actos de discernimiento de los cargos de tutores o curadores, con enumeración de los inmuebles inventariados y relación de las garantías prestadas, así como cuando la tutela o curatela acaba, o cesa en el cargo el tutor o curador; h) las resoluciones que rehabiliten a los interdictos en el ejercicio de los derechos civiles; i) las resoluciones que declaren la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación; j) el acuerdo de separación de patrimonio y su sustitución, la separación de patrimonio no convencional, las medidas de seguridad correspondiente y su cesación; k) las declaraciones de quiebra; l) las sentencias de filiación; m) Los cambios o adición de nombre; n) el reconocimiento de hijos; o) las adopciones; p) las naturalizaciones y la pérdida o recuperación de la nacionalidad; q) los actos que, en general, modifiquen el estado civil de las personas, resoluciones

introducen al régimen afectivo, legal y económico de la familia, justifica plenamente la ubicación de estos delitos dentro del capítulo de los delitos contra la familia.

[341] DONNA: *Ob. Cit.* p. 74.

judiciales o administrativas susceptibles de inscripción y los demás actos que la ley señale. Desde la perspectiva señalada, la afectación al estado civil constituye el presupuesto de los delitos que conforman este capítulo; mientras que la afectación de un determinado registro constituye un atentado al asiento registral de ese estado, y por su naturaleza implica un delito contra la Fe Pública[342].

[342] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 74.

# 1. ALTERACIÓN O SUPRESIÓN DEL ESTADO CIVIL

Art. 143.- **"El que con perjuicio ajeno, altera o suprime el estado civil de otra persona será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas".**

## 1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es el derecho que tiene toda la persona a la certeza y posesión de su estado civil[343]. Como ya se ha indicado el estado civil podemos definirlo como el conjunto de vínculos jurídicos dependientes del nacimiento, el matrimonio y la muerte, que permiten identificar la ubicación social de una persona individual, precisando la naturaleza de los derechos y obligaciones que de tales fenómenos se derivan con respecto a su familia y al Estado[344].

## 1.2. TIPO OBJETIVO

### 1.2.1. SUJETOS

Tanto el sujeto activo como pasivo del presente delito pueden ser cualquier persona.

---

[343] CREUS: *Ob. Cit.* p. 282; DONNA: *Ob. Cit.* p. 73; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 362, refiere que lo que se pretende proteger tipificando las conductas de alteración o supresión es un estado civil cierto, permanente e inalterable.

[344] En el mismo sentido, ROY FREYRE: *Ob.Cit.* p. 216.

En cuanto al sujeto pasivo se debe anotar que el delito puede dirigirse contra una persona viva, haciendo recaer la acción delictiva sobre los datos del estado civil que tuvo una persona fallecida (vg., cuando se adultera la partida de matrimonio de los padres de la persona viva cuyo estado se hace incierto o se altera)[345]. No interesa si al momento de producirse el delito el sujeto pasivo está vivo, basta que lo haya estado[346]; sin embargo, en este caso, es necesario que la adulteración del estado civil surta algún efecto jurídico perjudicial para alguna persona viva.

### 1.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

**A.** Se requiere para que la acción o conducta sea idónea para atacar el estado civil, en ese sentido, por ejemplo, no constituiría el presente delito la usurpación del estado civil mediante la mera invocación de la identidad de la víctima (es decir hacerse pasar por otro), en tanto y en cuanto dicho comportamiento no implique alterar o privarlo de dicho estado[347]. Este supuesto configurará el delito de falsedad genérica, si es que causa algún perjuicio concreto para alguien.

**B.** Según el caso, la conducta típica consiste en:

i) La alteración del estado civil

Alterar el estado civil significa modificar o sustituir el que verdaderamente posee la persona por otro distinto que no le corresponde[348], vg., haciéndolo aparecer como casado cuando

---

[345] CREUS: *Ob. Cit.* p. 261.

[346] SOLER: *Ob. Cit.* p. 361.

[347] DONNA: *Ob. Cit.* p. 73.

[348] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 279; SOLER: *Ob. Cit.* p. 360, refiere que en estos casos el sujeto es colocado en situación o de ser otro, como cuando se altera la filiación; o de encontrarse en una situación distinta a la real, como parecer soltero cuando es casado al haberse alterado la partida de matrimonio.

es soltero, ya sea eliminando o modificando un conjunto de datos (vg., cambiando una partida de nacimiento por otra) o algunos datos que sirven para determinar el estado (edad, sexo, el nombre de los padres, etc.)[349].

ii) La supresión del estado civil

Suprimir consiste en privar al sujeto por completo de su estado sin atribuirle otro, lo que importa crear en él la ignorancia de ese estado y la imposibilidad total de poder probarlo[350]. A diferencia del supuesto anterior la conducta consiste en colocar a la persona ante la imposibilidad de determinar o acreditar su estado civil vg., cuando se destruye un acta en el cual consta el nacimiento de un menor o el matrimonio contraído por dos personas.

Un sector doctrinal considera que esta modalidad puede tener lugar mediante una *omisión* cuando, para ocultar el nacimiento de un recién nacido, se omite dar cuenta al Registro[351]; sin embargo, consideramos que la supresión implica un acto positivo incompatible con la omisión[352].

**C.** La alteración o supresión debe estar referida al estado civil de otro. El delito *in comento* no abarca al supuesto en que el agente altera o suprime su propio estado civil; sin embargo, de darse este caso podría subsumirse en algunos de los delitos contra la Fe Pública[353].

---

[349] CREUS: *Ob. Cit.* p. 282.

[350] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 279.

[351] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 212.

[352] SOLER: *Ob. Cit.* p. 361 por su parte señala que en los casos de omisión es necesario que se produzca algún acto positivo tendiente a crear la situación en la cual la omisión de denunciar cobre cierto sentido positivo.

[353] SOLER: *Ob. Cit.* p. 361; BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 166; PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 393.

**D.** En cuanto a los medios, la supresión o alteración del estado civil puede ser efectuada por cualquier medio, aunque generalmente se utiliza para ello la falsificación de documentos; sin embargo, si lo que se pretende es la alteración o supresión del estado civil, la falsificación queda limitada a los documentos que están destinados a probar el estado civil de la persona[354] vg., la adulteración de una sentencia penal que prueba un matrimonio (Art. 271° del Código Civil) o la falsificación de una partida de nacimiento (en estos casos existiría un concurso ideal entre este delito y el delito de falsificación de documentos); por el contrario, la falsificación que se realiza en otros documentos que no están destinados a probar el estado civil de la persona, vg., la adulteración del documento nacional de identidad, de la boleta militar o del pasaporte que el sujeto activo realiza para aparecer como soltero cuando es casado, no es subsumible en este delito ya que en realidad no se produce una alteración o supresión del estado civil por inidoneidad del medio, dejando en pie el delito de falsificación de documentos[355].

**E.** El tipo objetivo exige también la causación de un perjuicio para tercero o para la propia víctima, el cual puede suscitarse tanto en la esfera económica como afectiva del perjudicado; si el perjuicio no se prueba o no se evidencia de los hechos, el injusto no se configura[356]. En ese sentido nuestros órganos jurisdiccionales en su jurisprudencia han señalado que: "... *el hecho que en la partida de nacimiento de*

---

[354] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 203.

[355] En esta línea SOLER: *Ob. Cit.* p. 358, señala que las adulteraciones en documentos que no tienen el carácter específico de pruebas del estado civil, no constituirán este delito, lo cual no obsta a que puedan considerarse como delitos contra la fe pública. En ese sentido, refiere el citado autor, que las falsedades que se cometan en cédulas, pasaportes, libreta de familia u otros documentos que no sean los específicamente establecidos por la ley civil para acreditar el estado civil de las personas, no constituyen delitos contra el estado civil.

[356] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 353.

*la menor haya asentado la procesada el nombre del agraviado como padre de la misma, ello no genera ningún efecto ni vínculo de filiación extramatrimonial, y no habiéndose probado en autos perjuicio contra el agraviado, como lo exige el artículo 143° del Código Penal, la conducta de la procesada no reviste relevancia penal; debiendo reconducirse la situación filial por la vía correspondiente*"[357]. Igualmente se ha establecido: "... *el hecho que en la partida de nacimiento de la hija de la procesada apareciera asentado el nombre del agraviado como padre de la misma, no genera ningún vínculo ni efecto de filiación extramatrimonial de la referida menor con aquel, no habiéndose probado en autos, además, perjuicio en contra del agraviado, toda vez que la acción por alimentos no prosperó por la causal antes señalada, evidenciándose sí por parte de la procesada la intención de que su hija, de quien es su representante, fuera reconocida o llevara el apellido del que considera su padre; no obstante que el procedimiento legal que utilizara no fuera el adecuado, situación filial que debe establecerse en la vía correspondiente, consecuentemente, no reuniéndose los elementos del tipo penal a efectos de considerar acreditado el delito materia de juzgamiento, es procedente absolverla*"[358].

### 1.3. TIPO SUBJETIVO

El delito solo es imputable a título de dolo.

### 1.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Este delito es de *resultado* ya que se requiere que el sujeto activo logre la alteración o supresión del estado civil y se genere un perjuicio para el afectado; es *instantáneo,* porque no se requiere que el efecto logrado se mantenga, basta la creación del estado mismo, no resultando relevante su permanencia en el tiempo.

---

[357] Exp. N° 604-908, Ejecutoria Suprema del 10 de Agosto de 1998.

[358] En SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 354.

El delito se consuma cuando, a consecuencia de la alteración o supresión del estado civil, se causa un perjuicio ya sea a la víctima o a un tercero, entendido como cualquier menoscabo a los intereses económicos o afectivos[359].

Es posible la tentativa al tratarse de un delito de resultado vg., cuando se comienza con la alteración de la fecha de nacimiento de una partida y es sorprendido por la autoridad administrativa.

### 1.5. PROBLEMAS CONCURSALES

Como ya se indicó este delito puede ser cometido mediante una falsedad documental, cuando se realiza en los documentos que están destinados a acreditar el estado civil de las personas, casos en los cuales debe apreciarse un concurso ideal de delitos (entre el delito contra la fe pública y el delito de alteración o supresión del estado civil); mientras que si el agente se vale de otros delitos como un atentado contra la libertad del ofendido, se deberá apreciar un concurso real de delitos, ya que en este caso el medio constituye un hecho independiente del hecho constitutivo del delito contra el estado civil[360].

---

[359] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 357; PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 395, sostiene que con la alteración o supresión se produce la consumación formal del tipo; mientras que con la concreción del perjuicio del tercero se produce el agotamiento del delito; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 81 y BRAMONT ARIAS- GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 361, sostienen que la consumación se produce con la alteración o supresión del estado civil

[360] DONNA: *Ob. Cit.* p. 81.

## 2. FINGIMIENTO DE PREÑEZ O PARTO

**Art. 144°: "La mujer que finge embarazo o parto, para dar a un supuesto hijo derechos que no le corresponde, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años. La misma pena privativa de la libertad y, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36°, inciso 4, se aplicará al médico u obstetra que cooperen en la ejecución del delito".**

Respecto a este delito, en la legislación comparada se observan las siguientes tendencias:

i) Las legislaciones que no relacionan este delito a la obtención de algún beneficio ulterior con el supuesto nacimiento o parto. Así, en el Derecho Penal Italiano este delito se vincula a la inscripción registral, aproximándola a las falsedades[361]; razón por la cual se concluye que la falsedad, que es el medio necesario para que se cometa este delito, quedará absorbido por este como elemento constitutivo[362]; en el Código Penal Alemán también se relaciona este delito con las falsedades al poner el acento en la falsificación del estado civil[363]. Siguen

---

[361] Art. 566°: "*El que haga figuraren los registros de estado civil un nacimiento inexistente será castigado con reclusión de tres a diez años*".

[362] RANIERI: *Ob. Cit.* p. 262.

[363] Art. 169°: "*El que (...) declare con falsedad o suprima el estatuto jurídico personal de otro frente a las autoridades competentes para llevar los libros de registro del estatuto jurídico personal o para la determinación de este*".

esta tendencia el Código Penal de Colombia (Art. 238°: "*El que (...) haga inscribir en el registro civil a una persona que no es su hijo o que no existe, incurrirá en prisión de uno a cinco años*); de Costa Rica (Art. 182° inc. b: "*Haga insertar, en un acta de nacimiento, hechos falsos que alteren los datos civiles o la filiación de una persona recién nacida*"); Portugal (Art. 248° " *a) Fizer figurar no registo civil nascimento inexistente*"). Entre las legislaciones que no relacionan este delito con la inscripción registral, tenemos al Código Penal Español (Art. 220°: "*La suposición de un parto será castigado con...*"); del Ecuador (Art. 541°); de Chile (Art. 353°); y el de Honduras (Art. 170°).

ii) Las que condicionan la relevancia penal de esta acción delictiva a la obtención de algún beneficio ulterior con el supuesto parto, además del nuestro, el Código Penal de la Argentina: (Art. 139°: "*A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan*"); y, el de Bolivia (Art. 244° inc. inc. 4. "*La que fingiere preñez o parto, para dar a un supuesto hijo derechos que no le corresponden*).

iii) También se observa un supuesto mixto en aquellas legislaciones que contemplan tanto un delito relacionado a la falsedad del registro civil de un nacimiento inexistente, como el delito de suposición de parto cuya relevancia penal está asociada a la obtención de algún beneficio. Así, entre otros, el Código Penal de El Salvador (Art. 195°: "*El que inscribiere o mandare inscribir en el registro correspondiente un nacimiento inexistente, será sancionado con prisión de dos a cuatro años*"; art. 197°: "*La mujer que fingiere un embarazo o un parto con el propósito de obtener para sí o para el supuesto hijo, derechos que no les corresponden, será sancionada con prisión de seis meses a dos años.*"; de Guatemala (Art. 238°: " *La mujer que fingiere parto o embarazo para obtener para sí o para el supuesto hijo, derechos que no le correspondan, será sancionada con prisión*

*de uno a tres años. En igual pena incurrirá quien inscribiere o hiciere inscribir en el Registro Civil un nacimiento inexistente. El médico, la obstetra o comadrona, que coopere a la ejecución de este delito, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales").*

Frente a este panorama legislativo, la posición que ha asumido nuestro legislador respecto a la regulación de este delito es la más apropiada, ya que, como se ha indicado, las conductas mediante las cuales se falsean los asientos del registro civil se subsumen en los delitos contra la fe pública, resultando innecesaria la tipificación especial de un nuevo delito. Por ello solo resultarán típicas del delito *in comento* aquellas conductas que, además de la simple falsedad, generen perjuicio para terceros; ello se evidencia del hecho que nuestra norma establece *"para dar al hijo derechos que no le corresponde"*; lo que a la vez equivale por contrapartida, a imponer una obligación a otro, lo que a la postre deviene en un perjuicio para este último.

## 2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Sobre el bien jurídico protegido existe discusión en la doctrina, pudiendo identificarse las siguientes posiciones:

i) Un sector doctrinal considera que el bien jurídico protegido está determinado por "las relaciones jurídicas, la veracidad de los medios de prueba en relación con la filiación"[364] o lo que es lo mismo, la fe pública; ya que se altera la identidad de las personas en lo relativo a su estado civil. Al respecto, consideramos que esta posición podría ser defendible en aquellas legislaciones que colocan el acento de estos delitos en la falsedad de la inscripción en el registro civil, lo cual no sucede en nuestra regulación.

---

[364] BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A: *Delitos contra las relaciones familiares.* En Comentario al Código Penal de 1995 (Vives Antón: Dir). Vol. 1, Valencia, 1996. p. 1053.

ii) Otro sector considera que el bien jurídico protegido está referido a los derechos subjetivos que nacen de la filiación y aquellos que son propios de la existencia del parto[365]. Esta parecería ser la posición asumida por nuestro código penal al señalar que la finalidad del delito es "*para dar a un supuesto hijo derechos que no le corresponden*". Sin embargo, como se anota más adelante, el legislador patrio mediante esta expresión solo hace alusión a un elemento de tendencia interna trascendente, lo cual implica únicamente que el sujeto activo, en el plano interno, realice la conducta ilícita con dicha finalidad, y si bien esta actitud trasciende el dolo con que actúa el agente, ya que persigue un resultado que debe considerarse para cumplir con el tipo penal; sin embargo, la concreción de este elemento subjetivo, resulta indiferente a efectos de establecer la consumación del delito.

Por consiguiente, el delito se consuma independientemente de que la adscripción a la nueva familia resulte perjudicial o beneficiosa para el menor; por lo que los derechos y deberes que se derivan de la filiación no constituyen el objeto directamente protegido en este delito.

iii) Un tercer sector de la doctrina propugna que el bien jurídico protegido es la normativa reguladora de la adopción[366], ya que toda suposición de parto implica necesariamente la elusión de la normativa que regula el proceso de adopción; sin embargo, contra esta posición se debe señalar que la conducta típica en el presente delito se dirige a presentar al niño como hijo

---

[365] PRATS CANUT: *Ob. Cit.* pp. 430-431; BAJO FERNANDEZ/DÍAZ MAROTO (citados por MUÑOZ SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 1103), en ese sentido, aludían al "conjunto de facultades, derechos y acciones procesales que se derivan de un estado civil".

[366] CARBONELL MATEU: *Ob. Cit.* p. 330; RODRIGUEZ RAMOS: *Ob. Cit.* p. 70.

biológico de la madre supuesta, esto es, a falsear la filiación por nacimiento y no la filiación por adopción.

iv) Por último, la doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico protegido es la filiación que surge como consecuencia del nacimiento. En ese sentido, DIEGO-DIAZ SANTOS señala que en estos casos el bien jurídico protegido es el estado de filiación, el cual se determina por el nacimiento, y que es importante en la vida de las personas, por lo cual su autenticidad y permanencia interesa no solo al Estado sino a la sociedad, de ahí su especial protección por el Derecho Penal[367]. Por nuestra parte, compartimos esta última posición, que considera como bien jurídico protegido por este tipo penal, al estado civil derivado de la filiación[368].

## 2.2. TIPO OBJETIVO

### 2.2.1. SUJETOS

Se trata de un delito especial propio ya que el sujeto activo solo puede ser una mujer, cualquiera sea su estado civil. Conforme a nues-

---

[367] *Ob. Cit.* p. 311. En la misma línea GONZALES RUS: *Ob. Cit.* p. 354, considera que el bien jurídico protegido son las relaciones de filiación que legalmente surgen como consecuencia del nacimiento o por los procedimiento jurídicamente establecidos; QUERALT: *Ob. Cit.* p. 267, asimismo, sostiene que el bien jurídico protegido es la filiación legítima de las personas, es decir, el poder saber si quien aparece como padre o madre o hijo o hija lo es biológicamente;

[368] CASTIÑEIRA PALOU, Ma. Teresa: *Delitos contra las relaciones familiares.* En Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Director Silva Sánchez). Atelier, Barcelona, 2006. *Ob. Cit.* p. 164. En esta línea PEÑA CABRERA-FREYRE: *Ob. Cit.* p. refiere que el bien jurídico protegido es el estado civil, propiamente el registro de la filiación paterna; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 359, señala que con la tipificación de estas conductas se pretende proteger el estado civil de las personas, entendido como la posición real que tiene un individuo dentro de la familia natural o jurídica; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 82; BRAMONT ARIAS-GARCIA CANTIADO: *Ob. Cit.* p. 167.

tra regulación, la simulación del embarazo o parto solo puede llevarla a cabo la mujer que posteriormente aparecerá como madre del niño que no tuvo[369].

Sujeto pasivo es el menor cuya filiación se ve afectada. Algunos autores exigen que el niño sea recién nacido para que ostente la condición de sujeto pasivo[370], mientras otros sostienen que no es preciso que se trate de un recién nacido sino también de un niño que no tiene conciencia de sus relaciones de familia[371], posición a la cual nos adherimos[372].

### 2.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

La norma presenta dos supuestos, el primero fingir o simular un embarazo o estado de preñez, y el segundo, la simulación de un parto o nacimiento. Sin embargo, en el primer caso nos parece un supuesto innecesario, como veremos más adelante.

En el segundo caso, es decir, el caso de fingir o simular el parto o nacimiento, normalmente partirá por simular un estado de preñez

---

[369] Esta posición respecto a la necesidad de que la conducta sea realizada por la propia mujer se hallaba recogida expresamente en las Partida Ley 3°. Titulo 7. Partida 7°: "*Gran falsedad es suponer una mujer que ha dado a luz, un hijo que en realidad no ser suyo*"; sin embargo, debe destacarse que en aquellas legislaciones, como la española, donde no existe una limitación normativa respecto al sujeto activo de este delito, la doctrina mayoritariamente considera que el sujeto activo puede ser cualquier persona, ya que lo determinante es la acción típica consistente en la suposición de que ha nacido un niño vivo, que se presenta como hijo de una madre que no es la suya, atribución que la puede realizar cualquiera. Ver por todos MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan: *Delitos contra las relaciones familiares.* En Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. (Coord. José Luis Díez Ripollés). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004. p. 1106-1107.

[370] BOIX REIG-JAREÑO LEAL: *Ob. Cit.* 1055.

[371] MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 288; CUELLO CALON: *Ob. Cit.* p. 721.

[372] MUÑOZ SANCHEZ: *Ob. Cit.* p. 1109, considera que el sujeto pasivo ha de ser un recién nacido o bien un niño de corta edad que pueda vincularse al parto que se simula.

previo o un nacimiento inexistente que presenta a un recién nacido como hijo de quien no es su madre natural o biológica. En estos casos la simulación del embarazo como la del parto no son sino los medios para simular el hecho real de la aparición del niño cuyo estado civil se altera[373], por lo que la configuración de este delito no requiere que se haya fingido expresamente la existencia de un embarazo o un parto, sino que basta con presentar a un niño como fruto de un alumbramiento inexistente[374].

En el caso que la supuesta madre fingiera la preñez con la finalidad de, posteriormente, presentar al niño como hijo propio, aun no se afecta la filiación del menor, la que se concretará con la presentación del niño, es decir, con la simulación o fingimiento del parto; por tanto, el fingimiento del parte resulta innecesario. Solo si se considerara como objeto de protección a los derechos del supuesto perjudicado con la adulteración de la filiación, como el supuesto padre a quien se le pretende imponer obligaciones alimentarias y de otra índole, se podría asumir que reviste relevancia el fingimiento de la preñez, toda vez que, en este caso, ya desde el estado de preñez se le podría exigir obligaciones de atención a la supuesta embarazada. Sin embargo, siendo el objeto de protección o bien jurídico el estado de filiación del menor, el fingimiento de la preñez como supuesto típico no tiene sentido.

Siendo así, desde nuestro punto de vista, no se requiere que el sujeto activo (la madre supuesta) haya realizado una *mise in scena* del embarazo o parto previa a la presentación del menor, lo que interesa es presentar a un niño producto de un supuesto embarazo o alumbramiento, lo cual puede suponer o no un fingimiento tácito[375].

---

[373] DONNA: *Ob. Cit.* p. 84.

[374] MUÑOZ SANCHEZ: *Ob. Cit.* pp. 1105-1106.

[375] En nuestro exigen que el sujeto activo haya realizado necesariamente conductas tendientes a lograr el engaño mediante un *mise in scena*: SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 358; PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 398.

En este punto CREUS[376] distingue los siguientes supuestos: 1) La simulación de la preñez o parto cuando no existió aquella y se presenta a un niño como su producto vg. la mujer que presenta con su nombre y en lugar suyo a una mujer embarazada atribuyéndose el hijo parido por esta; 2) La simulación del parto cuando realmente existió el embarazo que se interrumpió antes del parto, presentando a un niño como nacido en el fingido parto; 3) Puede haber existido realmente un embarazo y un parto, pero se presenta a un niño con vida cuando el nacido de aquel había nacido muerto; o 4) Presentando a un niño distinto al que verdaderamente nació en el parto.

Al respecto, consideramos que solo los primeros dos supuestos son abarcados por el tipo penal; mientras que el tercero y cuarto son reconducibles o subsumibles en el art. 145° de nuestro Código Penal, en la figura de sustitución de menor[377].

Es necesaria la existencia de un niño, el cual pierde el estado civil que tenía en la familia de su verdadera madre adquiriendo otro nuevo, por lo que no es típica la conducta si no existe un niño vivo a quien se altera su estado civil. No basta la sola ficción del embarazo y parto. Según la doctrina dominante, ha de tratarse de un niño vivo, de modo que no comete esta conducta quien finge dar a luz un niño muerto con la finalidad, por ejemplo de no tener la fama de estéril[378]. En ese sentido, no es típica la conducta consistente en fingir un embarazo o un parto y anotar un nacimiento inexistente, la cual puede ser subsumible en alguno de los delitos contra la fe pública como ya se ha indicado.

---

[376] *Ob. Cit.* p. 263.

[377] CARRARA: *Ob. Cit.* p. 432 (&1963), distinguía entre suposición de parto y sustitución de niño. Así decía que existe suposición de parto cuando una mujer simula, por diversos fines, la preñez y el parto, para presentar luego como fruto de estos hechos, que nunca han existido, una criatura que no es suya; y hay suposición de niño si la gravidez y el parto han existido realmente, pero por haber muerto el fruto de esa preñez, se ha colocado en su lugar otro niño.

[378] DIAZ MAROTO: *Ob. Cit.* p. 313.

Como hemos señalado la referencia del tipo objetivo respecto a la *"suposición de embarazo"* resulta innecesaria, por cuanto esta se halla sobrentendida en el hecho del fingimiento del parto; en tal sentido, el hecho que la mujer finja un embarazo sin la existencia de un menor a quien se le atribuya un estado civil que no le corresponde, es solo un acto preparatorio no punible, interpretación a la cual arribamos al considerar que el bien jurídico protegido es el estado civil (filiación del menor), asimismo del hecho de que se requiera de la existencia de un niño[379].

En posición contraria, ROY FREYRE señala que es manifiesta la intención de la ley al querer castigar no solo el fingimiento del parto, sino, también del embarazo, como un estado previo en el *iter criminis*, que por tener ya un carácter inequívoco al estar dirigido a otorgar a un supuesto hijo, derechos que no le corresponden, constituye en sí y por el mismo un delito. En tal sentido, podría perfectamente darse el caso de una mujer que simulando preñez, lógicamente con la mira de fingir el parto con posterioridad, sea descubierta antes que pueda poner en escena la treta del alumbramiento, caso en el cual si bien es cierto no habría lesión a un estado civil determinado, considera el citado autor que la conducta importa un peligro potencial para el estado de familia del niño, que llegado el momento, se iba a requerir su presencia para darle derechos que no le corresponden[380].

Sin embargo, en este caso, el citado autor no ha tomado en cuenta que si bien en algunos casos puede tratarse de un embarazo real respecto del cual se atribuye falsamente la paternidad a una persona,

---

[379] Por todos CUELLO CALON: *Ob. Cit.* p. 723, concluyentemente señala que el niño supuesto ha de ser un niño real y vivo, pues la suposición de un niño muerto o imaginario no causa alteración en el estado civil de nadie, por lo cual no puede integrar este delito; tampoco lo constituye el hecho de atribuir un niño a una madre imaginaria.

[380] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 221.

en general se trataría de una simulación o fingimiento del embarazo, y ello no puede significar propiamente un riesgo para el estado civil de persona alguna; pues, el concebido solo tendrá derechos (y con ello puede alterar o comprometer el estado de padre o hermanos de terceros) solo a condición de que nazca vivo, hecho que obviamente es imposible, toda vez que el embarazo es simulado.

En todo caso, esta simulación podrá configurar el delito de falsedad genérica, si es que con tal fingimiento se llega a causar perjuicio a terceros.

### 2.3. TIPO SUBJETIVO

Este delito es doloso, siendo asimismo un delito de tendencia interna trascendente[381] (delito de intención), por cuanto incorpora en su tipicidad un elemento subjetivo distinto al dolo, el mismo que está en la intención de la mujer de "dar a un supuesto hijo derechos que no le corresponden". No es posible, por tanto el dolo eventual ni el tipo culposo.

Cierto sector doctrinal entiende que la referencia al elemento subjetivo del tipo debe estar referida al otorgamiento de derechos autónomos de los inherentes al estado mismo, en ese sentido se ha señalado que: "... si la imputada fingió embarazo o parto con la intención de que el supuesto hijo lleve un determinado apellido para que el mismo no se extinga, tal accionar no encuadra en el delito de suposición de estado

[381] Los delitos de tendencia interna trascendente se caracterizan porque el elemento subjetivo indica una finalidad que trasciende la realización del tipo, ya que el autor persigue un resultado que se debe considerar para cumplir con el tipo, pero que no es necesario que se alcance para consumar el delito. Estos a su vez se clasifican en delitos mutilados de dos actos y delitos de resultado corto. En el presente caso se trata de la primera modalidad, por cuanto la acción del autor –fingimiento de embarazo o parto– es realizado para realizar luego, el mismo una actividad posterior dar a un supuesto hijo derechos que no le corresponden.

civil, en tanto no importa un otorgamiento de derechos autónomos de los inherentes al estado mismo"[382].

## 2.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito no se consuma con la simulación del embarazo o del parto, ya que estos son actos meramente preparatorios. Se consuma cuando es presentando como propio al hijo que no lo es, lo cual puede ser efectuado mediante cualquier acto material vg., con la expedición de un parte médico que acredite que ha tenido lugar el parto o con la mera inscripción en el registro civil[383].

Al ser un delito de resultado se admite la tentativa, vg., el caso de la supuesta madre que intenta inscribir en el registro civil como hija suya a una niña que no es su hija, y es descubierta en ese acto; o el cado de quien después de simular un embarazo durante meses se apodera de un bebé sin llegar a presentarlo como propio[384].

## 2.5. COOPERACIÓN DE MÉDICO U OBSTETRA

El presente tipo penal (segundo párrafo) contemplada el caso de participación del médico u obstetra en la ejecución de delito, sancionándolos con la misma pena correspondiente a la mujer autora del delito. Vinculado a estos casos, pueden darse tres posibilidades:

i) Cuando se emite certificado ajustado a la verdad el cual posteriormente es alterado por un particular. En estos casos, como es obvio, no puede atribuirse ningún tipo de responsabilidad

---

[382] CPen. De Vera del 30-08-96 en DONNA: *Ob. Cit.* p. 86.

[383] Debe entenderse que la inscripción registral no es necesaria para la consumación, aunque, como se ha indicado, puede ser el medio falsario elegido por el autor.

[384] CREUS: *Ob. Cit.* p. 265, considera que el mero fingimiento de la preñez o el parto sin la presentación de un niño vivo puede, en ciertos casos, configurar una tentativa.

al facultativo; sin embargo el particular responderá por el delito de falsedad documental, mientras que la supuesta madre, de intervenir dolosamente, responderá conforme al primer párrafo de este artículo, en concurso con el delito de uso de documento falso.

ii) Cuando se emite certificado donde se recoja la falsa filiación, en la creencia equivocada de que está haciendo constar datos auténticos o reales, vg., cuando la embarazada se inscribe en el hospital para dar a luz aportando el documento de identidad de la falsa madre. En este caso el médico u obstetra habrá actuado bajo un error de tipo invencible (si fuese vencible, igualmente, su conducta sería atípica al no estar tipificado el supuesto culposo); consecuentemente, la conducta del médico u obstetra, no tendrá relevancia penal. Al igual que en el supuesto anterior, el que induce a error respondería por el delito contra la fe pública.

iii) Finalmente (y esto es lo que importa por tener relevancia penal) está el caso del médico u obstetra que certifica un nacimiento o los datos que dan lugar a la alteración de la filiación del niño conociendo su falsedad; siendo este el supuesto que realiza la conducta típica bajo análisis.

Es de precisar que en estos casos, se trata de autoría del tipo penal por parte del médico u obstetra, y no de una simple colaboración con la madre para que esta logre realizar el tipo penal previsto en la primera parte de este artículo, en cuyo caso respondería como cómplice, primario o secundario según sea del caso, del tipo penal realizado por la supuesta madre.

Se pueden presentar otros casos de participación, como el caso de una partera, o la verdadera madre del menor a quien se altera su estado civil, al presentarlo como hijo de la agente del delito; estos casos serán resueltos por las reglas generales de la participación.

## 2.6. CONCURSOS

En relación al concurso de este delito con los delitos de falsedad no existe consenso en la doctrina, pudiendo identificarse las siguientes posiciones:

i) La doctrina mayoritaria se muestra a favor del concurso de delitos, criterio que se apoya en la distinta naturaleza de los bienes protegidos, y considera que ninguno de los tipos penales abarca por sí solo el desvalor de la conducta[385].

ii) Otro sector considera, por el contrario, que estamos ante un concurso aparente de normas; por lo que consideran aplicable únicamente el delito de suposición de parto, puesto que el acto falsario (inscripción en el registro civil), sería un acto posterior copenado o impune, y que el delito de suposición de parto abarca también el desvalor de la conducta de la falsedad pública[386].

Por nuestra parte consideramos que estamos en presencia de un *concurso medial de delitos,* en primer lugar, porque los bienes jurídicos son distintos: el estado civil derivado de la filiación en la suposición de parto y el tráfico jurídico en el delito de falsedad documental; en segundo lugar porque si se optara por la exclusiva aplicación del delito de falsedad documental o falsedad ideológica quedaría sin protección la dimensión privada de la filiación (del estado civil derivado de la filiación); y, en tercer lugar, porque la falsedad documental o la falsedad ideológica solo son los medios que permiten realizar el tipo penal de la suposición de parto.

También es posible *un concurso medial* con un posible delito de estafa cuando el móvil del parto sea de naturaleza patrimonial (económica) y la falsa filiación sea el engaño suficiente para producir un error que determina a otro a efectuar un acto de disposición patrimonial en

[385] Por todos PRATS CANUT: *Ob. Cit.* p. 432.

[386] MUÑOZ SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 1111.

perjuicio propio o de un tercero vg., el caso de la viuda que presenta a un hijo, supuestamente del marido fallecido, convertido así en su heredero frente a los hermanos del fallecido.

Finalmente, se puede observar también un *concurso medial* con el delito de sustracción de menor y asesinato, si para conseguir al niño, cuyo parto se va suponer, se le sustrae del ámbito de custodia de sus padres o cuidadores o se mata a estos.

En este caso, como quiera que el *concurso medial* no es considerado en nuestro sistema penal, resultan de aplicación los criterios aplicables al *concurso real de delitos;* tal como lo hemos expresado al tratar la parte general del Derecho penal, en este mismo trabajo.

## 3. ALTERACIÓN O SUPRESIÓN DEL ESTADO CIVIL DE UN MENOR

**Art. 145°.- "El que exponga u oculte a un menor, lo sustituya por otro, le atribuya falsa filiación y emplee cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años".**

### 3.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es el estado civil del menor derivado de la filiación.

### 3.2. TIPO OBJETIVO

#### 3.2.1. SUJETOS

El agente del delito es indiferenciado, por lo que puede ser cualquier persona.

Sujeto pasivo solo puede ser un menor.

#### 3.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Los supuestos típicos son diversos, como se verá en seguida. La referencia a la alteración o supresión de la filiación debe de tener como consecuencia perjudicar derechos subjetivos propios del menor que surgen de su condición de hijo.

Debe entenderse que la finalidad de alterar o modificar la filiación no lo es en un sentido estrictamente jurídico formal, porque la verda-

dera filiación no puede modificarse. Únicamente puede afectarse en su incidencia en las relaciones intersubjetivas del menor y sus verdaderos familiares, al privarse de la posibilidad de probar la auténtica filiación, es decir, incidiendo en los medios de prueba.

El comportamiento consiste en:

**i) *Exposición de un menor***

Como señala FONTAN BALESTRA[387], este supuesto consiste en colocar al menor fuera de su entorno, generalmente el familiar, del cual pueda deducirse su estado civil, de modo que se produzca ignorancia, confusión o duda sobre su verdadera filiación. En ese contexto, el abandono del menor vg., la entrega a una institución de caridad en condiciones tales que no quede noticias del estado civil[388], es solo uno de los medios a través del cual se puede cometer este delito[389].

Es posible el concurso de esta modalidad con el delito de Exposición o Abandono de personas incapaces, cuando además se exponga a peligro de muerte o de grave daño a la salud del menor de edad.

**ii) *Ocultación de menor***

Consistente en todo hecho que sustraiga la existencia del menor del conocimiento de aquellas personas que deben estar enteradas de su nacimiento, ya sean sus padres (padre o madre) o a sus familiares cercanos, de modo que el menor se encuentre imposibilitado de acreditar su filiación, vg., cuando la madre oculta la existencia del

---

[387] *Ob. Cit.* p. 214.

[388] RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal Español-Parte Especial.* 5ta. Ed 1973 p. 230.

[389] En ese sentido, por ejemplo, el Código Penal de Bolivia, con mayor precisión señala que incurrirá en delito: "*El que (...) mediante exposición, aunque ésta no comporte abandono, dejaré a un recién nacido sin estado civil, tornare incierto o alterare el que le corresponde*".

hijo al padre, manifestándole que ha nacido muerto y presentando la inscripción en el Registro civil.

No es necesaria la ocultación física del menor, por cuanto puede consistir en manifestaciones u otro tipo de actuaciones que hagan difícilmente localizable al sujeto pasivo del delito, así por ejemplo, registrarlo como no nacido a un menor que se encuentra con vida.

En la doctrina se discute si este delito puede cometerse por omisión a través de lo que se denomina una ocultación jurídica, consistente en no inscribir al hijo en el Registro Civil, de suerte que el tipo se entendería cometido una vez transcurrido el plazo legal establecido para su inscripción. Desde nuestro punto de vista el principio de legalidad exige que se produzca alguna conducta adicional que suponga además una ocultación material del hijo[390].

Asimismo, también se discute si una situación extremadamente paupérrima de la familia puede configurar un estado de necesidad por ausencia de medios económicos para atender al hijo. MUÑOZ SÁNCHEZ[391] rechaza este supuesto al considerar que en estos casos existen otras vías de solución y no se presenta propiamente una auténtica causal de justificación basada en una situación de necesidad, ya que el mal sería evitable siempre por medios legítimos; criterio que consideramos adecuado. Sin embargo, deberá determinarse debidamente que estamos ante una conducta dolosa.

Esta modalidad delictual es de mera actividad, por lo que en la práctica es difícil apreciar la comisión de este delito en grado de tentativa.

---

[390] En el mismo sentido, PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 403; NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 432.

[391] *Ob. Cit.* pp. 1116-1117.

**iii) *Sustitución de un menor por otro***

Sustituir comporta colocar algo *"en lugar de"*, de manera que en ese delito tiene lugar un intercambio entre dos niños, intentando modificar la filiación desde el punto de vista material de ambos[392]. En efecto, la conducta típica consiste en sustituir un niño por otro, introduciéndolos en familias que no son las suyas[393].

No es necesaria la inscripción registral para la consumación del delito, inclusola inscripción puede haberse realizado normalmente, pero el intercambio se efectúa con posterioridad a esta. Tampoco es necesario que se altere efectivamentela filiación de los menores.

El tipo no exige que el menor sea un recién nacido, basta que sean niños, es decir, personas que por su corta edad no tengan conciencia de su estado civil ni capacidad para protegerlo[394].

Se discute si los niños intercambiados deben estar ambos vivos o es posible la sustitución de un niño vivo por uno muerto. i) Para unsector doctrinal no hay sustitución de un niño por otro, sino simplemente el delito de suposición de parto cuando se sustituye a un niño muerto por uno vivo, ya que en este caso, según se afirma, no puede hablarse de sustitución de menor por otro; ii) Por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS[395] distingue según la muerte del niño incida o no en las relaciones jurídicas. Si incide hay delito de sustitución; si no, sólo existe suposición de parto; sin embargo, contra esta posición se puede esgrimir que la configuración de este delito es independiente a que, con su comisión, se produzcan efectos jurídicos; iii) Tomando posición al respecto, consideramos que no hay razón suficiente para excluir del tipo a los supuestos de sustitución de un niño muerto por

---

[392] BOIX en Vives Antón (Coord.): *Comentarios...*, p. 1057.

[393] MUÑOZ SANCHEZ: *Ob. Cit.* p. 1119.

[394] CUELLO CALON: *Ob. Cit.* p. 726.

[395] *Ob. Cit.* p. 71.

uno vivo y viceversa, pues el tipo no establece ninguna limitación; de otro lado, debe tenerse en cuenta que en este caso no hay fingimiento de parto, pues este acontece realmente, sino una suposición de niño, en cuanto que el menor se adscribe a quienes no son sus progenitores por nacimiento.

iv) ***Atribuir falsa filiación***

Esta modalidad implica atribuir a un menor una filiación que no le corresponde, así por ejemplo declararlo como propio un hijo que no lo es, y viceversa; atribuyendo al menor padres que realmente no lo son.

v) ***Utilizar cualquier otro medio para alterar o suprimir la filiación de un menor***

En este caso el tipo penal establece que el delito puede ser cometido por cualquier otro medio para alterar o suprimir la filiación, lo que lleva a realizar una interpretación analógica, que permite subsumir toda conducta que atente contra la real filiación del menor[396]. De este modo podría subsumirse típicamente la entrega de menor, consistente en poner al hijo bajo la custodia de terceros con la misma finalidad típica..

## 3.3. TIPO SUBJETIVO

Este delito es doloso. El agente debe actuar con la intención de alterar o suprimir la filiación del menor.

## 3.4. CONSUMACIÓN

Este delito se consuma con la realización de cualquiera de las conductas antes estudiadas, no siendo necesario que se produzca la efectiva alteración o supresión de la filiación del menor.

---

[396] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 365.

## 4. MOVIL DE HONOR

**Art. 146°: "Si el agente de alguno de los delitos previstos en este Capítulo comete el hecho por un móvil de honor la pena será de prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas".**

### 4.1. COMENTARIO

En este tipo penal se regula como atenuante para todos los delitos contra el Estado Civil regulados en el Capítulo II del Título III, Libro Segundo del Código Penal, el caso en que el agente actúe con un "móvil de honor", entendido como una motivación altruista, vg. el caso de una mujer casada que simula parto, para poder inscribir como su hijo a un menor, con la finalidad de evitar la deshonra de su hermana, quien es la verdadera madre del niño, y ha sido víctima de un delito de violación de la libertad sexual; o del abuelo que inscribe al hijo de su hija para evitar la deshonra de su hija soltera.

Se establece, en estos casos, la pena de prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

# Capítulo III
# ATENTADOS CONTRA LA PATRIA POTESTAD

Los padres tienen ante los hijos y ante la sociedad, no solo el deber sino el derecho de criar y procurar el desarrollo integral de sus hijos a fin de que se desempeñen en el medio social como adultos responsables, en ese sentido, una de las relaciones jurídicas más importantes que integran el Derecho de Familia, junto con el matrimonio, son las relaciones entre padres e hijos -especialmente los derechos de educación y vigilancia de los padres respectos de sus hijos menores de edad-, razón por la cual, cualquier interferencia ilegítima que provoque la distorsión o ruptura de dichas relaciones merece el reproche por parte del ordenamiento jurídico.

En el ámbito nacional, el instituto del derecho de familia que se encarga de regular aquellas relaciones entre padres e hijos es la patria potestad, la cual es definida normativamente como el derecho y el deber que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores (Art. 418° del Código Civil), derechos y deberes que son ejercidos conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio (Art. 419° del Código Civil).

En el ámbito internacional la Convención Internacional sobre Derechos del Niño de 1989, en diversos artículos garantiza a todo niño las relaciones familiares (Art. 8°) que incluye: El derecho a no ser separado de sus padres (Art. 9°); la reunificación familiar (Artículo 10°); el derecho de visita incluso cuando uno de los padres resida en otro estado distinto al de su domicilio (Art. 10°); a no ser trasladado en forma ilícita al extranjero (Art. 11°); el principio de que ambos pa-

dres tiene obligaciones comunes respecto a la crianza y desarrollo del niño (Art. 18°); así como los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle la orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza sus derechos (Art. 5°).

En ese contexto, atendiendo a la importancia que la patria potestad tiene respecto a la formación y al bienestar del menor en formación, el derecho penal protege aspectos sustanciales de dicho instituto; esto es, el derecho de los padres de dirigir, vigilar y custodiar el proceso formativo, educativo o de capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes (inc. 2 del art. 423° del Código Civil), el derecho de tener a los hijos en su compañía (inc. 5 del art. 423° del Código Civil), así como el derecho de los hijos a no ser separados injustificadamente de sus padres, ello con la finalidad de garantizarle al menor un espacio adecuado de bienestar que le permita un adecuado desarrollo personal.

## 1. SUSTRACCIÓN DE MENOR

**Art. 147°.- "El que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.**

**La misma pena se aplicará al padre o la madre u otros ascendientes, aun cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad[397]".**

El fenómeno del *"secuestro interparental", "traslado ilícito", "abducción parental", o "abducción familiar"*, que se caracteriza por ser una clase particular de secuestro donde el menor de edad es separado abruptamente de su lugar habitual de vida, ya sea por un pariente o por uno de los padres, alejándolo en forma permanente de la custodia y vigilancia de sus padres o de uno de ellos, es un problema de alta preocupación en los países civilizados, por implicar no solo la vulneración del derecho de los padres a ejercer la patria potestad sobre sus hijos, sino por las graves perturbaciones que dichos actos pueden trasuntar en el equilibrio emocional del menor de una manera permanente, ya que en estos casos el menor se ve privado del contacto, del afecto y del amor que de modo natural le brindan sus padres, y que son indispensables para su adecuada formación. Esta problemática,

---

[397] Artículo modificado por el Art. 1° de la ley N° 28760 del 14 de junio de 2006.

ha llevado a que casi la totalidad de países repriman penalmente este tipo de conductas, e incluso ha motivado que muchos de ellos, celebren convenios a fin de legislar sobre los casos de secuestro parental internacional[398].

En esa línea, consideramos que la decisión que ha tomado nuestro legislador de considerar la posibilidad de que los padres del menor, aun cuando no hayan sido excluidos de la patria potestad, puedan ser sujetos activos de este delito, resulta loable, toda vez que en la mayoría de casos de crisis matrimonial, muchas veces el padre o la madre terminan por anteponer sus propios intereses al bienestar emocional y psíquico de sus menores hijos. En ese sentido, la respuesta penal en estos supuestos se encuentra plenamente justificada, ya que se encuentra en juego, no solo el derecho del padre o la madre de cuidar y vigilar el proceso formativo de su menor hijo, sino el propio bienestar del menor, lo cual exige una respuesta severa e inmediata del Estado[399].

---

[398] Uno de los convenios más destacados es el que se firmó en la Haya el 25 de octubre de 1980, denominado "Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", donde se contemplan como actos ilícitos, los traslados o retenciones del menor: 1) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separado o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y, 2) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, el momento del traslado o retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención".

[399] En ese sentido, se puede traer a colación el caso de María Iglesias Gil contra el Estado de España, en el cual el Tribunal de Estraburgo de Derechos Humanos, en el año 2003, condenó al estado español a pagar una indemnización de 34.000 euros a la demandante, por considerar que la Justicia de ese país no había actuado con la suficiente diligencia para facilitar el retorno de su hijo, secuestrado por el padre y llevado a los Estados Unidos.

## 1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Sobre el bien jurídico protegido en este delito no existe consenso en la doctrina. Así, i) Un sector de la doctrina considera que el bien jurídico protegido es la libertad del menor[400]; sin embargo, esta tesis no es sostenible si se tiene en cuenta que la libertad como bien jurídico ya se encuentra protegida en los tipos penales que conforman el Título IV del Código Penal, bajo el *nomen iuris* de "delitos contra la libertad"[401]; asimismo, en el caso de menores que no ejercen propiamente su libertad de acción no se podría decir que se está protegiendo realmente su libertad. ii) Otro sector de la doctrina propone que el bien jurídico es la voluntad del menor; sin embargo, esta tesis tampoco es defendible si se tiene en cuenta que, para los efectos de la incriminación, el legislador no hace referencia alguna al consentimiento del menor sustraído o retenido indebidamente. iii) Finalmente, un sector doctrinal considera que el bien jurídico protegido es la seguridad, entendiéndola como exención de daños y riesgos[402]. En la misma línea DIEZ RIPOLLES estima que el objeto de tutela estaría integrado por la seguridad personal de los menores, entendiendo por esta al aseguramiento de una especial protección de determinados ciudadanos en ámbitos o circunstancias que producen una especial vulnerabilidad, la cual se ve afectada en la medida en que determinados parientes asignan al menor un lugar de residencia que contradice lo establecido por los titulares de la guarda

---

[400] En nuestro medio BRAMONT ARIAS: *Ob. Cit.* pp. 171-172, siguiendo a BUSTOS RAMÍREZ señala que lo afectado es la seguridad del menor como presupuesto de la libertad en general y como presupuesto de la libertad ambulatoria en particular.

[401] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 371. CARRARA: *Ob. Cit.* p. 448 (&1976), señalaba que en estos casos intervienen otros criterios que no tienen que ver con la violación de los derechos inherentes a la persona sustraída, sino de derechos inherentes a otras personas relacionadas con aquella, derechos que no pueden radicarse sino en las relaciones de familia.

[402] CUELLO CALÓN: *Ob. Cit.* p. 739.

material o custodia[403]; a esta posición se le critica puesto que maneja un criterio indefinido de seguridad; pues, como se sabe, con la punición de los comportamientos prohibidos por el Derecho penal, en todos los casos, se busca garantizar la seguridad de los bienes jurídicos; por lo que, en el presente caso, el término seguridad no permite identificar el específico objeto de protección que se encuentra detrás de la amenaza penal; más aún, no en todos los casos de sustracción se produce una situación de riesgo para la seguridad del menor, como el caso en que el padre sustrae al hijo que se encuentra bajo la guarda de otra persona por motivos de separación personal, en cuyo caso, no se podría sostener que el padre realiza la acción con el dolo o la finalidad de quebrantar o poner en peligro la seguridad de su propio hijo.

Por nuestra parte, consideramos que el bien jurídico protegido en este delito es tanto la relación familiar y la pertenencia del menor al ámbito de vigilancia y custodia de sus padres, (derecho de los padres de vigilar y custodiar el proceso formativo de sus menores hijos)[404], así como el interés del menor de permanecer en un entorno familiar y educativo estable y conocido que le otorgan las personas con las que convive ordinariamente[405]; con lo cual se busca garantizar o proteger el *bienestar personal del menor.*

## 1.2. TIPO OBJETIVO

### 2.1.2. SUJETOS

Agente del delito puede ser cualquier persona que tenga una relación de parentesco con el menor, el tipo penal no precisa ni el

---

[403] *Ob. Cit.* p. 1142.

[404] CARRARA: *Ob. Cit.* p. 448 (&1976), señalaba que si los padres tienen el deber de alimentar, educar e instruir a sus hijos, deben también tener el derecho de mandarlos, de tenerlos en su casa, de vigilar su conducta y de prohibirles todo lo que crean que les puede causar perjuicio moral o físico.

[405] Respecto a esto último, DONNA: *Ob. Cit.* p. 215, señala que el bien jurídico protegido en estos casos es el derecho básico del menor a tener su estado de familia, y es más, a saber quiénes son sus padres y estar junto a ellos.

grado de parentesco ni la validez el vínculo jurídico; sin embargo, si el agente no tiene ninguna relación parental con el menor, el hecho deberá ser reconducido al delito de secuestro (Art. 152° del CP)[406].

No existe ningún inconveniente para admitir a los padres como sujetos activos de este delito, lo cual tendrá lugar: i) cuando se encuentren suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, por ejemplo cuando solo el cónyuge a quien se confían los hijos -en los casos de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio-, ejerce la patria potestad (Art. 420° del Código Civil); ii) cuando el padre o madre, en el caso de los hijos extramatrimoniales, no ejerce la patria potestad por no haber reconocido al hijo (Art. 421° del Código Civil); iii) cuando el padre o la madre ha sido inhabilitado por sentencia condenatoria conforme a lo dispuesto en el inciso 5° del art. 36° del Código Penal; e, incluso, iv) conforme a la modificatoria introducida por el art. 1° de la Ley N° 28760, los padres (y ascendientes) pueden ser sujetos activos de este delito, aun cuando no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad, con lo cual se busca proteger al menor de los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus propios progenitores.

Sujeto pasivo son tanto el menor de edad como la persona que ejerce su patria potestad. En relación al menor, a diferencia de otras legislaciones, el tipo penal no señala expresamente un límite en la edad en la cual el menor pueda dejar de ser un sujeto pasivo de este delito, por lo que atendiendo a la definición que establece el Artículo I del Título Premilitar el Código de Niño y Adolescente, se debe considerar a los efectos del presente tipo penal, a cualquier persona menor de 18 años -siempre que no esté emancipado-, lo cual ha sido objeto de crítica por la doctrina ya que atendiendo al principio de intervención mínima y de necesidad de pena, no resulta razonable contemplar la

[406] En el mismo sentido, PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 411.

relevancia penal para aquellas sustracciones o retenciones de menores con edad cercana a los 18 años, ya que en estos casos no parece que el menor sea susceptible de perder su posición y su identidad por el solo hecho de no ser entregado a quien ejerce su patria potestad[407], pudiendo incluso manifestar válidamente su conformidad ante tal situación.

### 1.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento consiste en:

#### *a) Sustraer a un menor de edad*[408]

La sustracción consistir en apartar o sacar al menor de la esfera de custodia de quien ejerce la patria potestad[409]; implica siempre una acción material, una *"abductio de loco ad locun"*, consistente en trasladar al menor a un lugar distinto de donde habitualmente vive o debería permanecer[410]. Además, tal conducta debe suponer un alejamiento del menor de la esfera de protección de quien ejerce su patria potestad; por lo que estaremos ante este delito, no solo cuando el menor sea trasladado de su residencia habitual a otro lugar distinto,

---

[407] En este sentido se pronuncian CARBONELL MATEU - GONZÁLES CUSSAC, en Vives Antón (coord.): *Derecho penal. Parte especial.* Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1162; PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* pp. 411-412, en la misma línea considera que el límite cronológico que establece la norma (menor de 18 años) resulta exagerado tomando en cuenta la forma en el que se desarrollan las relaciones sociales en la actualidad.

[408] En algunas legislaciones como en el caso español, se ha optado por establecer que actos pueden ser calificados como sustracción, así en dicho ordenamiento se entiende por sustracción al traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento de su progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guardia o custodia, y la retención de un menor incumplimiento gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

[409] DONNA: *Ob. Cit.* p. 217.

[410] CUELLO CALON: *Ob. Cit.* p. 750-751.

sino también cuando la sustracción se efectúe en el colegio o incluso en plena vía pública[411].

En los casos de los padres que no han sido excluidos judicialmente del ejercicio de la patria potestad, consideramos que la sustracción implicará el traslado del menor de su lugar de residencia a otro sin contar con el consentimiento del otro progenitor con quien convive habitualmente, impidiéndosele a este último cualquier contacto con el menor. En estos supuestos de separación de hecho, lo pertinente es que el progenitor que se considera con mayor aptitud deberá peticionar la tenencia del menor, conforme a las normas del Código de Niño y Adolescente (Art. 81° y siguientes).

Los medios comisivos que pueda utilizar el agente (violencia, malos tratos o engaño) resultan irrelevantes, al igual que el consentimiento del menor; sin embargo, debe precisarse que la ilicitud desparece cuando concurre el consentimiento de quien ejerce la patria potestad del menor.

El tiempo en el que el menor debe estar apartado o alejado de la patria potestad para poder afirmar la existencia de este delito debe ser significativo, excluyéndose aquellas sustracciones meramente pasajeras o momentáneas[412], al implicar riesgos insignificantes.

---

[411] DIEGO DÍAZ SANTOS: *Ob. Cit.* p. 295. En ese mismo sentido SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 372 señala que en estos casos el sujeto pasivo es trasladado del lugar donde se halla sometido a la patria potestad, tutela, vigilancia o cuidado (casa, colegio, oficina, escuela, calle) a un lugar distinto donde se le retiene; BRAMONT ARIAS- GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 172, por su parte indica que la sustracción implica toda acción destinada a separar a un menor de quien ejerce la patria potestad, realizada mediante el traslado del menor a un lugar distinto en el que se encuentra; y, VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 90, considera que el verbo sustraer implica el acto de apartar o extraer al menor del ámbito de tutela paterno filial en el que se encontraba, trasladándolo a lugar distinto por el medio que sea.

[412] CUELLO CALÓN: *Ob. Cit.* p. 751; PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 412. En contra SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 372, quien considera que para el perfeccionamiento del ilícito penal no debe tenerse en cuenta el tiempo que dure la sustracción, puede ser este breve o extenso, no interesa,

Como es obvio, no incurre en este delito el padre o la madre a quien judicialmente se le ha entregado la patria potestad del menor y que se apodera de este cuando se encuentra ilegítimamente en poder de su consorte o ex–cónyuge, ya que en estos casos la conducta supone el ejercicio de un derecho que ya ha sido reconocido judicialmente; tampoco cuando la sustracción tiene como fin el de evitar un mal grave (estado de necesidad).

***b) Rehusar la entrega del menor***

La conducta consiste en no entregar al menor, sin justificación alguna, a la persona que ejerce la patria potestad, siendo irrelevante (al igual que en el caso anterior) el consentimiento del menor; obviamente, esta modalidad presupone que el menor se encuentra momentáneamente bajo la guardia directa del sujeto activo, y no de quien ejerce su patria potestad. Se entiende que la tenencia del menor por parte del sujeto activo es lícita, caso contrario estaremos ante un supuesto de sustracción.

Estos casos normalmente se dan cuando uno de los padres tiene consigo al menor en virtud del régimen de visitas, pero al cumplirse el plazo acordado o fijado en resolución judicial, el agente no cumple con devolver al menor con la clara intención de sustituir el domicilio de este. De igual modo, consideramos que las retenciones insignificantes no son imputables objetivamente, vg., cuando se devuelve al menor un día después sin justificación.

Finalmente, el tipo penal exige que quien ostenta la patria potestad del menor efectúe el requerimiento o reclamo previo, ya que si no se da tal circunstancia sería imposible afirmar que existe un rehusamiento a la entrega del menor[413].

---

lo importante es verificar si se apartó al sujeto pasivo de aquellas personas que ejercen la patria potestad.

[413] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 374; PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 413.

## 1.3. TIPO SUBJETIVO

Este delito es eminentemente doloso.

El agente del delito debe ser consciente de que esta sustrayendo al menor de la esfera de custodia de quien ejerce la patria potestad, no apreciándose tal circunstancia cuando el agente solo se limita a trasladar, sin autorización, del lugar donde temporalmente se encuentra el menor con consentimiento de quien ejerce la patria potestad, a otro lugar no autorizado por este último.

De igual modo, el sujeto activo en la modalidad de rehusamiento debe conocer su deber, es decir de la calidad o el título bajo el cual tiene al menor bajo su guardia y el derecho en virtud del cual el agraviado le exige la entrega del referido menor.

## 1.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

En el caso de la sustracción, el delito se consuma con el traslado del menor del lugar en donde se encontraba legítimamente hacia otro lugar decidido por el agente; no existiendo mayor inconveniente para admitir la tentativa en este supuesto.

En el supuesto del rehusamiento, el delito se consuma en el momento en que el sujeto activo se niega u omite entregar el menor a quienes ejercen legítimamente la patria potestad; no siendo admisible la tentativa al tratarse de un delito de omisión propia.

## 2. INDUCCIÓN A LA FUGA

Art. 148°.- **"El que induce a un menor de edad a que se fugue de la casa de sus padres o de la de su tutor o persona encargado de su custodia será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas".**

### 2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido está constituido por los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o guarda de hecho, así como por el bienestar personal del menor. En estos casos, aun cuando la extracción se materializa con el consentimiento del menor, este no tiene relevancia alguna. El delito vulnera los derechos y deberes que por ley o resolución judicial corresponde a quienes ejercen la patria potestad del menor así como el derecho del menor a mantenerse en la esfera de intimidad familiar segura y protectora.

### 2.2. TIPICIDAD OBJETIVA

#### 2.2.1. SUJETOS

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, incluso los padres, cuando el ejercicio de la patria potestad se encuentra suspendida, limitada o extinguida por resolución judicial y el menor se encuentra bajo la custodia o tutela de un tercero o de alguno de los

padres[414]. El sujeto realiza un ataque de doble vertiente que ordinariamente se concreta en males contra la vida, la libertad, la integridad y la sexualidad de los menores[415].

Son sujetos pasivos los padres, tutores o las personas encargadas de su custodia, así como los menores de edad; sin embargo, debe tenerse en cuenta que en estos casos el menor inducido debe contar con cierta capacidad de discernimiento, ya que de no ser así (vg. un recién nacido o un menor de 5 años), no podría hablarse del delito de inducción sino del delito de sustracción de menor[416]. A efectos de resguardar el principio de legalidad, sería preferible que en la propia norma se señalase la edad del menor inducido, como se hace en la legislación comparada[417], o como se hace en el art. 148°-A del CP que tipifica el delito de instigación al "pandillaje pernicioso", el que normativamente es definido (Art. 193° del Código del Niño y Adolescente), como el grupo de adolescentes mayores de 12 años y menores de 18 años.

### 2.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

La conducta consiste en "inducir", "incitar", "convencer" o "aconsejar" seriamente al menor para que abandone el hogar familiar o el lugar

---

[414] En el mismo sentido, PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 434; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 394.

[415] PRATS CANUT: *Ob. Cit.* p. 446, en ese sentido refiere que la configuración de este delito presupone la concurrencia de un objeto de protección doble, de una parte los derechos subjetivos del menor que se pueden ver lesionados con el abandono, pero también los derechos derivados de la patria potestad.

[416] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 394.

[417] Razón por la cual en la legislación comparada se tiende a precisar la edad en el cual el menor es susceptible de ser inducido a la fuga. Así, entre otros, el Código Penal de la Argentina: "*Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indujere a un mayor de 10 años y menor de 15, a fugar de casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona*" (Art. 148° del Código Penal).

donde se encuentra custodiado. Desde esta perspectiva, podemos definir a la "instigación" o "inducción a la fuga", como aquella conducta *activa que dolosamente hace surgir en el sujeto pasivo la decisión o la resolución de fugarse de su hogar o del lugar donde se encuentra bajo custodia o guarda de un tercero*[418]. Esto es, el agente sugiere y convence al menor respecto a la conveniencia de fugarse, actuando desde un inicio (antes que el menor haya pensado en tal posibilidad); asimismo, la conducta del agente puede concretarse cuando el menor ya tenía la idea de fugarse, pero lo tiene como simple posibilidad, y es el agente del delito quien lo convence, llegando a determinar su voluntad. En tal sentido, no resulta suficiente que el sujeto activo manifieste al menor la conveniencia de que abandone su hogar, tampoco la mera alabanza a la acción del menor que piensa realizar tal conducta; se requiere que el agente despliegue una actividad destinada a persuadir psicológicamente al menor para que asuma la decisión de fugarse o abandonar el hogar, lo cual presupone que el menor *ex ante* de la inducción no tenía dicha resolución.

La instigación a la fuga tiene lugar mediante un *influjo psíquico,* de tal modo que la mera creación de una situación favorable, que pueda originar en el sujeto pasivo dicha decisión, no constituirá propiamente una instigación.

Los *medios* de los que puede valerse el inductor son de los más variados, así podrán ser consejos cualificados, promesas, apuestas, ruegos, persuasiones, etc.; y pueden expresarse por cualquier medio (escrito, oral o simbólico –mostrar una seña que indica la conveniencia de fugarse-); eso sí, estos medios deben ser *eficaces* en la generación de la idea de fuga o en la decisión de concretar la idea ya concebida; no puede tratarse de meras sugerencias o consejos en abstracto, ni la

---

[418] Debe precisarse que la figura no es técnicamente una participación criminal. En efecto, el comportamiento del menor no es sancionado, por lo que en este caso la inducción del agente ha sido elevada a la categoría de la autoría, en ese sentido, no tiene similitud con la figura legal contenida en el art. 24° del Código Penal, que regula la instigación al delito como una forma de participación.

motivada por el mal ejemplo o por doctrinas glorificadoras de esos hechos en un plano abstracto filosófico o literario.

La inducción tiene que ser *directa*, es decir tiene que estar dirigida a un menor o menores determinados respecto al abandono del domicilio familiar; por consiguiente si el instigador se dirige a una colectividad o a un sector de la misma, de manera indiferenciada, este acto no puede calificarse de instigación –vg., incitar a la fuga colectiva mediante un medio masivo de comunicación-; sin embargo cuando se instiga a un grupo más o menos determinado, para lo cual el instigador se ampara en su credibilidad, ascendencia o influencia que tiene sobre el grupo (vg., el cabecilla o dirigente de una pandilla perniciosa), o la estima, prestigio o temor que inspire en los destinatarios –vg., miembros de una secta alienante-, el hecho entraría en la inducción a la fuga.

La inducción *no debe anular la voluntad del menor*, se ser así, ya no nos encontraríamos dentro de los alcances del delito de inducción a la fuga de menor, sino en el delito de sustracción de menores si es que existe relación parental o ante un posible delito de secuestro si se verifica el empleo de violencia o intimidación.

La inducción *por omisión es inadmisible*, ya que la omisión (sea propia o impropia) puede no impedir una resolución, pero de ninguna manera puede hacer surgir dicha resolución.

No cabe la inducción a la inducción (inducción en cadena), ni la inducción referida a formas de participación (inducir a otro a que coopere en la fuga del menor), ya que la inducción debe ir referida a que el menor se fugue de su residencia habitual; sin embargo, es factible la inducción mediata –cuando se utiliza a otro para que instigue- y la coinducción, cuando dos o más personas bajo un acuerdo previo, logran inducir al menor.

### 2.3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El inductor debe actuar dolosamente. El dolo debe estar dirigido a la producción de la resolución de fuga. Consideramos que el dolo del agente tiene que ser *directo,* no siendo suficiente el *dolo eventual.*

## 2.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Sobre la consumación de este delito no existe acuerdo. Así: i) Un sector de la doctrina considera que para que el delito se perfeccione basta la inducción, sin que sea necesario verificar la fuga del menor[419]; ii) otro sector doctrinal, considera que la consumación del delito se produce con la fuga del menor inducido.

Al respecto, coincidiendo con DONNA[420], consideramos que, en efecto, en un Estado Constitucional de Derecho se debe exigir conductas y resultados externos, por lo que el castigo de la inducción por la inducción misma carece de relevancia penal, además que verificar que la inducción ha hecho nacer en el menor la idea de fugarse y que estuviera dispuesto a fugarse trae serias complicaciones probatorias.

En esa línea, consideramos que el delito se consuma cuando el menor se fuga o intenta fugarse; en tal sentido, es factible la tentativa cuando el menor ha dado inicio a actos tendientes a concretar su fuga, pero es sorprendido en tal circunstancia sin llegar a concretar la fuga.

[419] CREUS: *Ob. Cit.* p. 346; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 396.

[420] *Ob. Cit.* pp. 231-232.

## 3. INSTIGACIÓN O PARTICIPACIÓN EN PANDILLAJE PERNICIOSO

Art. 148°-A.- **"El que participa en pandillas perniciosas, instiga o induce a menores de edad a participar en ellas, para cometer las infracciones previstas en el Capítulo IV del Título II de Libro IV del Código de los Niños y Adolescentes, así como para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes públicos o privados, obstaculizar vías de comunicación u ocasionar cualquier tipo de desmanes que alteren el orden interno, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años.**

**La pena será no menor de veinte años cuando el agente:**

1. **Actúa como cabecilla, líder, dirigente o jefe.**
2. **Es docente en un centro de educación privado o público.**
3. **Es funcionario o servidor público.**
4. **Induzca a los menores a actuar bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas.**
5. **Suministre a los menores, armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes"**[421].

El fenómeno del pandillaje pernicioso o perjudicial es un problema social que suscita una enorme preocupación a la ciudadanía, dada su extrema gravedad y potencialidad lesiva no solo para los bienes jurídicos colectivos o individuales de terceros no integrantes de dicha agrupación, sino también para los que integran dicha agru-

---

[421] Este artículo fue incorporado al Código Penal por la Primera Disposición Complementaria y Final del D. Leg. N°899, del 28 de mayo de 1998, y modificado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1204, publicado el 23 septiembre 2015.

pación, generalmente menores en proceso de formación, quienes en busca del reconocimiento del grupo, son empujados al crimen y a la violencia, colocándose en situaciones de alto riesgo. En ese sentido, la intervención del Derecho penal se encuentra plenamente justificada.

Este precepto fue incorporado en nuestra legislación por la Primera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo N° 899 -publicado el 28 de Mayo de 1998-, que fue modificada por el art. 2° del Decreto Legislativo N° 982 -publicado el 22 de agosto de 2007-, en virtud del cual, se amplió el ámbito de aplicación de estos delitos que estaba limitado solo a los supuestos previstos en el Capítulo III-A del Título III del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes; en la nueva norma ya se comprenden a conductas como agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes públicos o privados, obstaculizar vías de comunicación u ocasionar cualquier tipo de desmanes que alteren el orden interno, y establece los tipos agravados. Esto es: i) Incorporó como conducta típica la participación en una pandilla perniciosa, mientras que la actuación del agente como cabecilla, líder, dirigente o jefe pasó a ser considerada como circunstancia agravante de la pena; ii) Se amplió el radio de acción de la finalidad que motiva la integración a una pandilla perniciosa que estuvo limitada a los casos de lesión a la integridad física de las personas, de atentados contra el patrimonio, o de daños a los bienes públicos o privados, utilizando armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes; para comprender, independientemente del empleo de armas, los casos en los que se participe o induzca al menor a participar en dicha agrupación para agredir a terceros, atentar contra la vida de las personas, obstaculizar vías de comunicación u ocasionar cualquier tipo de desmanes que alteren el orden interno; y, iii) Finalmente se agravó la pena atendiendo a la ubicación del agente dentro de la pandilla perniciosa (jefe, cabecilla, líder o dirigente); a la cualidad o cargo que desempeña el agente de este delito (docente en un centro educativo privado o público, funcionario o servidor público); a la forma en que se induce a los menores a actuar dentro de los fines de la pandilla perniciosa (bajo

los efectos de bebidas alcohólicas o drogas); y en razón a los medios que se les brinda para dichos fines (armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos o agentes contundentes).

Finalmente esta norma ha sido modificada por Decreto Legislativo N° 1204, el que específicamente se comprende a la participación, instigación o inducción a los menores a participar en el pandillaje pernicioso, para atentar contra la vida, integridad física, el patrimonio o *la libertad sexual* de las personas, dañar bienes públicos o privados u ocasionar desmanes que alteren el orden público.

### 3.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En este delito se protege la tranquilidad pública, entendida como el estado de sosiego de las personas integrantes de una sociedad, nacida en la confianza de que pueden vivir en una atmósfera de paz social, en la que los individuos ajustan sus conductas a las reglas fundamentales de la convivencia[422], la cual se ve alterada con la existencia de agrupaciones con cierta estabilidad cuyo objeto mediato o inmediato es precisamente la lesión de bienes jurídicos; asimismo, se protege a la familia, específicamente al instituto de la patria potestad, en su función socializadora y de formación del menor, la cual se ve alterada o perturbada cuando se induce al menor a formar parte de una agrupación cuyos valores de reconocimiento se fundan en la lesión de las normas sociales de convivencia; y, finalmente, se protege el bienestar del menor entendida en un sentido amplio, ya que a consecuencia de su incorporación a una pandilla perniciosa, pone en riesgo no solo su vida e integridad física sino su libertad, al poder estar sujetos coactivamente a medidas de internación.

Finalmente, aun cuando no de modo directo, también se protege la vida e integridad física de las personas así como el patrimonio, público y privado. En tal sentido, se trata de un delito pluriofensivo.

---

[422] CREUS: *Ob. Cit.* p. 108.

## 3.2. TIPO OBJETIVO

### 3.2.1. SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquier persona. Obviamente se tratará siempre de un mayor de edad, no debiendo confundirse con los menores que participan en el pandillaje pernicioso, cuya conducta se subsumirá en alguna de las infracciones consideradas en el Código de los Niños y Adolescentes.

Sujeto pasivo es la sociedad, los padres y los menores de edad inducidos a participar en pandillas perniciosas.

### 3.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Las conductas típicas que prevé este delito son las siguientes:

***a) Participación en una pandilla perniciosa***

La participación, en esta modalidad, debe ser entendida de modo amplio, no solo aplicable en aquellos casos en los que el sujeto activo tiene intervenciones esporádicas, ya sea materiales o intelectuales en las acciones de la agrupación perniciosa, sino también cuando forma parte integrante de ella en los casos de agrupaciones con cierto grado de organización y permanencia, independientemente de su participación en hechos concretos. Esta participación obviamente, significa la intervención del agente en la organización, funcionamiento o realización de alguna de las acciones llevadas a cabo por la pandilla perniciosa.

***b) Instigación o inducción al pandillaje pernicioso***

En estos casos la conducta del agente consiste en *hacer surgir en el menor la decisión o la resolución de participar en la organización de la pandilla o en las acciones y objetivos propios de la misma.* En ese sentido, debe precisarse que la instigación o inducción tiene lugar mediante un *influjo psíquico,* es decir, debe influirse en la psique del menor a fin de que tome la decisión de integrarse o participar en una pandilla perniciosa. Como ya se ha anotado al momento de analizar

del delito de "inducción de fuga de menor", la conducta del agente puede concretarse cuando el menor ya tenía la idea de participar en dicha agrupación, pero lo tiene como simple posibilidad, y es el sujeto activo quien finalmente lo convence, llegando a determinar su voluntad en este sentido.

Es trasladable al análisis de esta modalidad lo ya anotado al analizar la inducción o instigación en el delito de "inducción de fuga de menor", a la cual nos remitimos.

*c) Elementos constitutivos del pandillaje pernicioso*

El pandillaje pernicioso se encuentra definido normativamente en el art. 194°del Código de Niño y Adolescente, como una agrupación, destinada a la comisión de hechos ilícitos, conformada sustancialmente por adolescentes mayores de doce años y menores de dieciocho años de edad, que se reúnen y actúan en forma conjunta.

De la descripción normativa se pueden extraer los siguientes elementos constitutivos del fenómeno pandillaje pernicioso:

i) En primer lugar obviamente, las conductas típicas de participar en la pandilla así como instigar o inducir a un menor a participar en la misma. En el primer caso el sujeto activo (mayor de edad) participa por sí mismo en la pandilla, realizando los actos propios de esta, sea como cabecilla o jefe o como simple integrante. En el segundo caso, se comprenden las conductas del agente de instigar o inducir a la simple pertenencia del menor a la pandilla, o también a la inducción a que, sin haberse incorporado a la pandilla, participe en un determinado acto promovido o realizado por esta; igualmente, se comprende a la inducción a participar en un hecho específico de la pandilla, aun cuando este ya pertenezca a ella

ii) Existencia de una agrupación o pandilla con integrantes que comparten los mismos intereses y objetivos: atentar contra la vida, integridad física, el patrimonio o la libertad sexual de las personas; igualmente, dañar bienes públicos o privados u oca-

sionar desmanes que alteren el orden público. Debe entenderse por desmanes a todo exceso, desorden, descontrol, atropello o abuso de autoridad realizado por la pandilla, como atentar contra la vida o la integridad física de las personas, atentar o dañar los bienes o locales públicos o privados, las vías de comunicación (carreteras, pistas, cables eléctricos, telefónicos, te televisión, etc.).

iii) La agrupación debe contar con cierta estabilidad en su organización y con la adhesión y pertenencia de sus miembros, lo cual la dota de cierta permanencia en el tiempo.

### 3.3. TIPO SUBJETIVO

Este delito es doloso, descartándose las formas culposas. Inclusive, no nos parece posible que sea suficiente el dolo eventual, puesto que la conducta del agente requiere de una convicción para inducir o determinar la voluntad del menor.

### 3.4. AGRAVANTES

El tipo penal *in comento* contiene las siguientes agravantes:

#### 3.4.1. CUANDO EL SUJETO ACTIVO ACTÚA COMO CABECILLA, LÍDER, DIRIGENTE O JEFE

El jefe, líder o cabecilla es aquel que tiene el mando real sobre todos o parte de los integrantes de una pandilla perniciosa, quienes le deben obediencia en lo que atañe a los objetivos de la agrupación. A los efectos de la agravante, debe tratarse de un mando realmente ejercido, no basta la invocación de una jefatura cuando falta el poder propio para hacerse obedecer o imponer sus decisiones.

#### 3.4.2. CUANDO EL SUJETO ACTIVO ES DOCENTE EN UN CENTRO DE EDUCACIÓN PRIVADO O PÚBLICO

En este caso se consideran dos supuestos, el primero, cuando el docente participa en las acciones de la pandilla perniciosa, en cuyo caso

no importa que se trate de un docente de los menores que participan en la pandilla, siendo suficiente que los menores conozcan la condición de docente del agente; pues, la participación del profesor o docente significa e implica una ascendencia especial para los menores integrantes de la pandilla. En el segundo caso, cuando el docente induce o instiga, la norma toma en cuenta el quebrantamiento del rol que corresponde al docente (profesional en educación) de una institución educativa, quien lejos de inculcar en los menores los valores de una convivencia pacífica y de respeto mutuo, propicia la transgresión y lesión de bienes jurídicos, para lo cual se vale de la ascendencia que tiene sobre sus estudiantes; en este caso, debe tratarse de un docente en actividad, que desempeña o ha desempeñado sus funciones precisamente como profesor o maestro de los menores a los cuales induce o instiga para que se incorporen o participen de las actividades ilícitas de la pandilla u organización perniciosa; de tal suerte que la ascendencia que le concede o ha concedido el ejercicio de la docencia es utilizada por el profesor para convencer o inducir al menor. De este modo, en este último caso, se descartan como sujetos activos a los decentes retirados o que no son o no han sido docentes de los menores, de modo que no tienen más ascendencia que cualquier otra persona.

### 3.4.3. CUANDO EL SUJETO ACTIVO ES FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO

La calidad de funcionario o servidor público se encuentra delimitada en el art. 425° del Código Penal. Al igual que en el caso anterior, también se consideran dos supuestos, el supuesto en que el funcionario o servidor público participa directamente en las actividades de la organización y el caso en que este instiga o induce al menor para que se incorpore o participe a las actividades de la pandilla. Sin embargo, en estos casos la agravante solo debe operar cuando el funcionario o servidor público, en atención a las funciones que desempeña, tiene una relación de superioridad o ascendencia sobre la víctima (menor); tenga el deber de controlar, desestimular o disipar la conformación de este tipo de agrupaciones; el de velar por la tranquilidad pública; o

el deber de brindar protección al menor; descartándose la agravante en los demás casos.

### 3.4.4. CUANDO SE INDUCE AL MENOR A ACTUAR BAJO LOS EFECTOS DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS Y DE DROGAS

En estos casos la agravante se justifica porque el menor bajo el influjo de las bebidas alcohólicas y/o de drogas pierde el control de sus frenos inhibitorios, elevando la peligrosidad de sus acciones. El agente, debe haberle administrado al menor el alcohol o las drogas aludidas, o de uno u otro modo debe haber propiciado que el menor haya consumido dichas sustancias; en caso contrario, solo se presentará la agravante si es que el agente dolosamente se vale de esta circunstancia para concretar las acciones típicas anotadas.

### 3.4.5. CUANDO SE SUMINISTRE A LOS MENORES, ARMAS DE FUEGO, ARMAS BLANCAS, MATERIAL INFLAMABLE, EXPLOSIVOS U OBJETOS CONTUNDENTES

Al igual que en los casos 3.4.2. y 3.4.3., también es el presente caso, se comprenden dos supuestos, el primero cuando el agente por sí mismo utiliza las armas o demás elementos inflamables, explosivos o contundentes en las actividades propias de la pandilla perniciosa; y el segundo cuando hace entrega de las armas y demás elementos a los menores para que estos, a su vez participen en las actividades de la pandilla consideradas como típicas por la norma. La agravante opera en razón de que el empleo de dichos instrumentos puede provocar con mayor facilidad la lesión de bienes jurídicos de una manera indeterminada. Las armas y demás elementos deben haber sido suministradas al menor por parte del agente de modo directo o indirecto; pero dicha entrega debe tener como fin específico la participación del menor en la organización o pandilla.

Respecto a las armas debe considerarse solo las armas de fuego y las armas blancas. Como se sabe, arma de fuego es un dispositivo destinado a propulsar uno o múltiples proyectiles mediante la presión generada por la combustión de un propelente (pólvora). Su función

original y más común es provocar la muerte o la incapacitación casi instantánea de un individuo (animal o humano) desde cierta distancia, variable según el tipo de arma y las circunstancias (viento, humedad, etc.). Algunas armas de fuego están específicamente diseñadas para ser no letales y causar una incapacitación transitoria o tener efectos disuasorios, sirviendo como armas antidisturbios; otras se destinan a usos diversos como la caza, el combate, la ejecución, etc.[423]. Arma blanca o cortopunzante o punzocortante es aquella arma o herramienta que se caracteriza por su capacidad de cortar, herir o punzar mediante bordes afilados o puntiagudos. Se caracterizan asimismo por su empuñadura y se usan en ataques o combates cuerpo a cuerpo, aunque algunas de ellas también son armas arrojadizas. Se las puede clasificar según su longitud en armas cortas, espadas, sables y de asta larga y según su mecanismo lesivo en incisas o cortantes, punzantes, incisopunzantes o incisocontusas[424].

[423] ttps://es.wikipedia.org/wiki/Arma_de_fuego

[424] https://es.wikipedia.org/wiki/Arma_blanca

# Capítulo IV
# OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

## 2. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

**Art. 149º .- "El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establezca una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.**

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

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

### 1.1. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA Y SU PROTECCIÓN PENAL

Respecto a la sanción penal del incumplimiento de la asistencia familiar pueden identificarse los siguientes sistemas[425]:

i) Sistema *Franco - Belga* o *"indirecto"*, que fue instaurado precisamente por el *Code Francés*-mediante Ley del 7 de febrero

---

[425] ERNESTO URE citado por REYNA ALFARO, Luis "El Incumplimiento de Obligaciones Alimenticias desde el Derecho Penal" en *Cuadernos Jurisprudenciales-Suplemento Mensual de Revista Dialogo con la Jurisprudencia.* Año 3, Número 24, Junio 2003, p. 23. Ver también FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* pp. 371-373.

de 1924, modificada por ley del 3 de abril de 1928[426]- y por el Código Penal Belga. Este modelo legal requiere de una decisión judicial previa que imponga al agente una obligación alimenticia, así como de un período de tiempo sin hacerla efectiva, y en cuanto a su contenido, este modelo se enfoca primordialmente en el aspecto económico. Se critica a esta posición porque supedita la actuación del derecho penal al incumplimiento del mandato judicial que impone la obligación de proveer una pensión, creándose un delito que lesiona a la administración judicial antes que a la familia.

Siguen este modelo, además del nuestro, el Código Penal Español, el Código Penal de El Salvador, el Código Penal de Guatemala, entre otros.

ii) Sistema *Italiano o "directo"*, se caracteriza por dejar a la apreciación y decisión del juez penal todo lo relacionado con el incumplimiento de la asistencia familiar, posibilitando al agraviado o a su representante recurrir a la justicia penal sin necesidad de que exista una decisión judicial previa en la vía civil.

En algunos casos la protección penal abarca tanto el aspecto económico y moral de la familia, así por ejemplo el Código Penal Italiano donde se tipifica la conducta del que "... *abandonando el domicilio doméstico, u observando una conducta contraria al orden o a la moral de la familia, se sustraiga a las obligaciones de asistencia inherentes a la patria potestad, a*

[426] Art. 227°-3 del Código Penal Francés: "*El hecho de dejar cumplir una resolución judicial o un convenio judicialmente homologado que imponga al interesado, en favor de su hijo menor, legítimo, natural o adoptivo, de un descendiente, de un ascendiente o del cónyuge, el pago de una pensión, una contribución, ayudas o prestaciones de cualquier clase en virtud de algunas de las obligaciones familiares previstas en los títulos V, VI, VII y VIII del Libro 1° del Código Civil, permaneciendo más de dos meses sin cumplir íntegramente la obligación, será castigado con ...*".

*la tutela legal, o a la cualidad de cónyuge, será castigado con reclusión por un año o con multa de cuarenta mil a cuatrocientas liras. Dichas penas se aplicarán conjuntamente a quien: 1) malverse o dilapide los bienes del hijo menor, del pupilo o del cónyuge; 2) haga que falten los medios de subsistencia a los descendientes menores de edad o inhábiles para el trabajo, o a los ascendientes o al cónyuge, que no esté separado legalmente por su culpa"* (Art. 570°). A esta posición se le critica que el incumplimiento a los deberes morales inherentes al padre, tutor o al cónyuge, supone la apreciación por parte del Juez de unos deberes que no están adecuadamente delimitados en las leyes extrapenales, lo cual es incompatible con el principio de legalidad[427]. En otros casos, la protección penal solo abarca el aspecto económico de la familia. Así, el modelo argentino. Siguen también este modelo el Código Penal Alemán, de Bolivia, de Colombia y de Costa Rica.

iii) Sistema *Polaco* o "mixto", de corte ecléctico, en tanto no demanda una sentencia civil que imponga obligación de proveer a la subsistencia del pariente más próximo para configurar el delito; sin embargo, sí la exige para castigar ese incumplimiento cuando afecta a cualquier otra persona.

---

[427] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 372.
En la doctrina italiana se entiende por *orden moral* a la marcha normal de la familia, tanto en sus relaciones internas como externas vg., el deber de llevar una vida en común, de auxiliarse, protegerse, de educar e instruir a la prole, etc.; mientras que por *moral de la familia* se entiende a la moral sexual familiar, que resulta ofendida por el comportamiento que viola el deber de observar buenas costumbres en las relaciones de familia vg., el incesto, adulterio, etc., que determinan la sustracción CASTIÑEIRA PALOU, Ma. Teresa: *Delitos contra las relaciones familiares.* En Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Director Silva Sánchez). Atelier, Barcelona, 2006. A los deberes de asistencia familiar. Ver en este sentido a RANIERI, Silvio: *Manual de Derecho Penal.* T. V, Temis, Bogotá, 1975, p. 277.

> Cierto sector minoritario de la doctrina cuestiona la intervención del Derecho penal en estos casos. Generalmente se argumenta que estos casos deben quedar sujetos a la vía civil al que siempre han pertenecido, evitándose con ello intromisiones a la paz y a la intimidad familiar, dado que ello origina más perjuicios que beneficios. Asimismo, se argumenta que el Derecho penal debe funcionar como *última ratio* para los casos más graves que atentan contra la paz social, evitándose su instrumentalización de manera indiscriminada. Así, PEÑA CABRERA señala que en estos casos el Derecho penal causa más daños que beneficios porque salta a la vista que la intervención penal, desde el primer momento del proceso, hasta el último de la ejecución de la pena no contribuye a mejorar la posición económica de la familia, ni su unidad, ni su intimidad, ni nada de lo que ella necesita, por el contrario, aumenta sus deudas, sus divergencias y sus odios; además, que con la imposición de una pena al padre o al hijo, se estaría acentuando el desamparo de la prole[428].

Al respecto, BERNAL CATILLO, por su parte, sostiene que en estos casos la finalidad preventiva general de la intervención del Derecho penales dudosa, ya que no se aprecia que con la tipificación de estas conductas haya disminuido ostensiblemente el incumplimiento de las prestaciones alimenticias; esto es, que la punibilidad se ve condicionada y pierde eficacia debido a la naturaleza y a las características propias del problema social que da origen al incumplimiento de ese tipo de obligaciones: las crisis matrimoniales. En efecto, el citado autor, señala que las concretas conductas de impago tienen su origen en relaciones sociales y personales altamente deterioradas, situaciones conflictivas de oposición personal entre los cónyuges que, en no pocas ocasiones, dan origen a una abierta ruptura familiar que, tras la intervención judicial, son la verdadera

[428] *Ob. Cit.* p. 438.

causa o motivo de que una de las partes incumpla las prestaciones a las que está obligado. En esa misma línea, el citado autor señala que el Derecho penal no tiene por función asegurar la ejecución de las sentencias dictadas en otros órdenes jurisdiccionales[429]. Desde esa misma perspectiva, VILLA STEIN considera que este delito debió continuar en el ámbito de las normas civiles, advirtiendo que el tipo penal cobija la prisión por deudas, lo cual resultaría inconstitucional[430].

Al respecto, antes de exponer nuestra posición consideramos importante dejar sentado que el fundamento de la obligación alimentaria se encuentra en el *deber de solidaridad* de determinadas personas respecto de otras. En base a este deber el Estado debe garantizar condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, facilitando el desarrollo de las capacidades de los individuos con el objeto de que puedan lograr, por sí mismos, la satisfacción de sus propias aspiraciones. Para ello, debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentran en circunstancias de inferioridad, ya sea de manera directa -adoptando medidas a favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta-, o indirecta -a través de la inversión en el gasto social-; sin embargo, este deber no solo corresponde o atañe al Estado, sino también a los particulares, a quienes les es exigible en los términos establecidos en las disposiciones legales, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento implicaría la violación o la vulneración de un derecho fundamental.

---

[429] BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. *El delito de pago de Pensiones*. Barcelona JM Bosch, Barcelona, 1997, pp. 62-65.

[430] *Ob. Cit.* p. 94. En el mismo sentido BUSTOS RAMÍREZ: *Ob. Cit.* p. 79, considera que este delito es inconstitucional, volviéndose a la prisión por deudas, convirtiendo en delito el simple no pago de una duda establecida judicialmente.

En lo que respecta a los particulares (familiares u obligados), *el deber de solidaridad* debe materializarse en forma primigenia en la familia, conforme al dicho "*la solidaridad comienza en la casa*". En efecto, nuestra sociedad sitúa inicialmente en la familia las relaciones de solidaridad, conforme se desprende de nuestro texto constitucional en el cual, como se ha indicado, se reconoce a la familia como instituto natural y fundante de la sociedad, considerándosele como un instituto jurídico constitucionalmente garantizado[431], por lo cual se justifica que se exija a la persona que acuda a sus familiares más cercanos asistencia o protección[432], antes que exigírsele al Estado, salvo que se verifique la existencia de un derecho legalmente reconocido a cargo del Estado, o que peligren, como es obvio, otros derechos fundamentales que ameriten una intervención inmediata de las autoridades.

En ese contexto, se debe concluir que la familia como grupo comunitario requiere de una cohesión de sus miembros que le proporcione la estabilidad necesaria para el cumplimiento de sus fines, por lo que la solidaridad es un elemento natural de este grupo que, en el plano jurídico, se convierte en el deber de la asistencia familiar que se concreta en proveer a la necesidad moral y material del pariente[433].

---

[431] Sentencia del TC recaído en el Exp. N° 2868-2004-AA, fj. 13.

[432] Según PERALTA ANDIA, Javier Rolando: *El Derecho de Familia en el Código Civil.* Idemsa, Lima, 2002. pp. 495-496, la exigencia respecto al cumplimiento de este deber data de tiempos muy remotos; sin embargo, nos informa que en Grecia se estableció la obligación del padre en favor de los hijos y, en el derecho de los papiros, existen muestras de la obligación alimentaria del marido respecto de la mujer. En el Derecho Romano se hacía referencia a la *cibaria, vestitus, habitatio, valetudinis, impendia* (alimentación o comida, vestido, habitación, gastos de enfermedad), concediéndose este derecho a los hijos y nietos, a los descendientes emancipados y, recíprocamente, a los ascendientes de éstos. En el Derecho Germánico la deuda alimentaria resultaba de la constitución de la familia más que de una obligación legal.

[433] DIEGO DIÁZ SANTOS: *Ob. Cit.* p. 323.

Desde esta perspectiva, consideramos que la intervención del Derecho penal en los casos de incumplimiento de prestaciones alimenticias, cumple una función socializadora y humanista, al despertar en el obligado el interés por el cuidado y protección de su prole y el de sus parientes[434]. No debe perderse de vista que nuestra regulación penal en este tema requiere de la existencia de una resolución judicial que imponga al agente la prestación alimentaria, lo cual presupone que en la vía extrapenal (es decir en el proceso civil) se han establecido todos los elementos de esta obligación. Así, se habrá determinado: *i)* Al deudor de la prestación alimenticia y su capacidad de pago, ya que conforme al art. 481° del Código Civil, los alimentos se fijan de acuerdo a las posibilidades del deudor, a sus circunstancias personales y a las obligaciones a las que se halla sujeto, posibilitándose incluso la transmisión de la prestación por causa de pobreza. *ii)* La forma de la prestación, que puede ser diferente al pago de una pensión cuando las circunstancias especiales justifiquen esta medida (Art. 484° del Código Civil). Y, *iii)* El monto de la prestación, el que será fijado por el Juez de acuerdo a lo que resulte indispensable para el sustento, habitación vestido, asistencia médica y educación, según la situación y posibilidades de la familia (Art. 472° del Código Civil) y en proporción a las necesidades de quien lo pide y a sus circunstancias personales (Art. 481° del Código Civil).

En ese contexto, el incumplimiento posterior de una obligación, que se ha fijado tomando en cuenta una serie de circunstancias, en especial la capacidad de pago del deudor, y que por lo tanto, es factible de ser cumplida por este, resulta siendo reprobable, más aún si se tiene en cuenta que el incumplimiento doloso de la prestación alimenticia afecta el bienestar del acreedor alimentista, con quien el agente mantiene lazos naturales y jurídicos que lo obligan a velar por su integridad moral y física.

---

[434] En este mismo sentido CAMPANA VALDERRAMA, Manuel M.: *El Delito de Omisión a la Asistencia Familiar.* Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2002, p. 52.

En ese sentido, consideramos que la intervención penal se encuentra justificada ya que la amenaza de sanción penal tiene un efecto preventivo gravitante en la conciencia social, por lo cual resulta evidente y claro que la tipificación de esta conducta siempre va a tener un efecto positivo en tanto que la amenaza de una pena puede servir de motivación para el cumplimiento de las pensiones alimenticias en aquellos casos en los que el deudor incumple de manera injustificada con una prestación que ha sido determinada en sede extra penal de acuerdo a sus capacidades de pago y a sus circunstancias personales, y que por tanto es factible de ser cumplida por este, pero que pese a ello la incumple, creando focos de peligro para los bienes jurídicos (vida, salud y desarrollo personal) de quienes tienen derecho a percibirla; en ese sentido, la intervención penal, como señala PEÑA CABRERA FREYRE, no puede esperar a que se produzca un daño concreto para la salud o vida del acreedor alimentista[435].

Abona a la penalización de este hecho el alto índice de paternidad irresponsable que se constata en nuestra sociedad, frente a lo cual las sanciones civiles de privación de la patria potestad o de concesión de separación matrimonial, han fracasado y se muestran insuficientes para una eficaz protección de la familia; debiendo considerarse, además, que la situación familiar en nuestros tiempos se caracteriza por la desintegración del hogar doméstico y el relajamiento de los vínculos establecidos, lo cual ha generado una situación que rebasa la frontera del derecho privado[436].

Frente a la crítica consistente en que el Derecho penal debe operar como *última ratio*, respetando el principio de intervención mínima, se debe señalar que en estos casos, de acuerdo al modelo que ha seguido nuestro legislador penal, la intervención penal opera después de haberse concluido un proceso civil, cuyas herramientas procesales no

[435] *Ob. Ci.* p. 445.

[436] DIEGO – DIAZ SANTOS, María del Rosario: *Delitos contra la Familia.* Maribel Artes Gráficas, Madrid, 1973, p. 333.

logran atender de manera satisfactoria y oportuna los requerimientos legítimos del alimentista, cuya acreencia ya se encuentra acreditada, frente a un incumplimiento doloso del obligado.

Finalmente, respecto a la objeción de que el tipo penal de incumplimiento de obligación alimentaria cobijaría un supuesto de prisión por deudas se debe señalar que, como se ha indicado, el fundamento de la obligación alimentaria es el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y su finalidad es la subsistencia de los beneficiarios, en ese sentido, el bien jurídico protegido por la norma es la familia y no el patrimonio. En efecto, a pesar de que dicha obligación se traduce en una suma de dinero, no se castiga a quien la incumple por defraudar el patrimonio del otro, sino por infringir un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, y poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario. En ese contexto, se debe señalar que la prohibición de la prisión por deudas contenida en el literal "c" del numeral 24° del art. 2° de la Constitución, está referida a obligaciones netamente patrimoniales, en las que el obligado que insatisface un crédito vulnera bienes materiales del acreedor; en cambio, en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria no se pone en riesgo el patrimonio del beneficiario sino su propia subsistencia, de ahí que el texto constitucional, en consonancia con el artículo 7°, numeral 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[437], señale que esta prohibición no rige para el incumplimiento de los deberes alimentarios establecidos mediante mandato judicial[438].

---

[437] *"Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios".*

[438] Sobre este punto el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2982-2003-HC (fj. 2) ha señalado que: *"La única excepción a la dicha regla (prescripción de prisión por deudas) se da, como la propia disposición constitucional lo señala, en el caso de incumplimiento de deberes alimentarios, toda vez que, en tales casos, están de por medio los derechos a la vida, la salud y la integridad del alimentista, en cuyo caso el Juez competente puede ordenar la restricción de la libertad individual del obligado".*

En nuestro país el delito de incumpliendo de pago de pensiones fue incorporado mediante Ley No. 13906 denominada "Ley de Abandono de Familia", la cual entró en vigencia el 24 de enero de 1962. Esta ley tipificaba la conducta del que *"teniendo la obligación de prestar alimentos a un menor de 18 años de edad, o al mayor incapaz, que está bajo su patria potestad, tutela u otra forma de dependencia, o a ascendiente inválido o necesitado, o al cónyuge indigente no separado legalmente por su culpa, se sustrajera intencionalmente de su cumplimiento"* (primer párrafo del art. 1°). Procesalmente exigía para la interposición de la denuncia: a) la resolución que ordene la asignación provisional de alimentos o la emisión de sentencia en el juicio correspondiente, y b) que el obligado no haya cumplido su obligación después de haber sido requerido bajo apercibimiento (Artículo 5°); sin embargo, estos requisitos no resultaban exigibles si el demandado simulaba otro proceso de alimentos en connivencia con tercera persona, o renunciaba o abandonaba maliciosamente el trabajo (segundo párrafo del art. 5°).

Asimismo, se debe resaltar que el citado dispositivo agravaba la pena *"si como consecuencia directa del estado de abandono familiar sobreviniere un daño grave o la muerte de la persona desamparada"* (segundo párrafo del art. 1°); presumía *"que el incumplimiento es intencional salvo prueba en contrario"* lo cual vulneraba la presunción de inocencia; consagraba al desistimiento del agraviado cuando este fuere mayor de edad como un supuesto que autorizaba el corte del proceso; y, finalmente, autorizaba la reducción de la pena a la mitad si el inculpado pagaba las pensiones adeudadas y garantizaba las futuras a satisfacción del Juez supeditando la pena condicional al cumplimiento de la obligación alimentaria (Art. 6°).

### 1.1.2. CONCEPTO Y ALCANCE DE LOS ALIMENTOS

Los *"alimentos"* es una institución importante del Derecho de familia que consiste en el deber jurídico impuesto por la ley y que está constituido por un conjunto de prestaciones indispensables para la satisfacción de necesidades de personas que no pueden proveer a su

propia subsistencia. De acuerdo a nuestro Código Civil el objeto de esta obligación está constituido por prestaciones de dar lo indispensable o necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica; así como la educación, instrucción y capacitación para el trabajo cuando el alimentista es menor de edad (Art. 472°); de acuerdo al Código de Niño y Adolescentes, el contenido de la prestación comprende el de proveer lo indispensable o necesario para la *recreación* del niño o adolescente, así como los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del post parto[439].

De acuerdo a nuestra normativa civil, los titulares de la prestación alimenticia son los cónyuges, los descendientes, ascendientes y hermanos (Art. 474° del CC). Esto es, los menores de 18 años o los mayores a esa edad (ascendiente, descendiente y hermano) que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por incapacidad física o mental o que estén siguiendo una profesión u oficio exitosamente. La regla general es que el derecho a los alimentos termina cuando se cumple 18 años de edad y solo por excepción se mantiene más allá de esa edad cuando se halle en estado de necesidad o se encuentre siguiendo exitosamente una carrera profesional; mientras que el cónyuge tiene derecho alimentario, obviamente, más allá de esa edad.

## 1.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

No es pacífica la doctrina al momento de definir el bien jurídico tutelado por el delito de incumplimiento de pago de pensiones, pudiendo identificarse las siguientes posiciones:

i) Un primer sector doctrinal sostiene que mediante la tipificación del delito de incumplimiento de obligación alimenticia

[439] "... *Se entiende por alimentos la vivienda, vestido, educación, instrucción, recreo, atención médica y los demás factores externos que requieran tanto los niños como los adolescentes para su normal desarrollo psicobiológico...*" (Exp. N° 2158-98, Ejecutoria Superior de la Sala Penal Superior para procesos sumarios con Reos Libres de la CSJL, del 06 de setiembre de 2000).

el legislador ha pretendido otorgar una especial protección al mismo bien jurídico cuya garantía da lugar a la tipificación del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, esto es, el correcto funcionamiento de la administración pública. En este sentido, se señala que lo protegido de manera inmediata con este delito es la *obediencia a un mandato judicial*, a fin de garantizar el cumplimiento de los pronunciamientos judiciales de contenido económico recaídos en los procedimientos civiles de alimentos, de separación, nulidad y divorcio[440]. De este modo, el delito de incumplimiento de obligación alimentaria no sería más que una modalidad de desobediencia grave a la autoridad. En esa línea, MUÑOZ CONDE refiere que el legislador ha penalizado la simple desobediencia, configurándose una forma específica de la misma que puede estimarse lesiva de la Administración de Justicia por la ineficacia de las resoluciones judiciales que provoca[441].

Contra esta posición se puede alegar que si bien la conducta típica en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria implica, de hecho, una oposición a una resolución judicial, es evidente que con este delito no se pretende castigar la

[440] GARCIA ARAN citada por BERNAL DEL CASTILLO, Jesús: *El delito de pago de Pensiones*. JM Bosch, Barcelona, 1997, p. 27, señala que en delito de impago se sitúa en un primer plano la desobediencia de una resolución judicial, a partir de lo cual se puede deducir que lo que directamente se lesiona es la administración de justicia por la ineficacia de las resoluciones judiciales que provoca la conducta de incumplimiento de lo ordenado en una resolución judicial.

[441] *Ob. Cit.* p. 314. En ese sentido BRAMONT ARIAS–GARCIA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 177, consideran que el delito de omisión de asistencia familiar no sería más que una modalidad del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad tipificada en el art. 368° del Código Penal, en concreto, la desobediencia de aquellas resoluciones judiciales emanadas del proceso de alimentos, por lo cual la tipificación de este delito resultaba innecesaria.

desobediencia en sí misma considerada con el fin de evitar una lesión al principio de autoridad[442].

ii) Una segunda posición considera que el bien jurídico protegido es la familia como institución, ya que la finalidad del precepto es fortalecer y proteger a la comunidad familiar. Esta parecería ser la posición de nuestro Código Penal al tipificar los delitos de omisión de asistencia familiar en el título consagrado específicamente a los delitos contra la familia[443].

Sin embargo, se critica a esta posición que el bien jurídico familia es incompatible con los supuestos de matrimonios ilegales o los divorcios, ya que en tales casos se disuelve el vínculo ya sea por sentencia judicial o por infracción a la ley civil; sin embargo, los deberes de asistencia o de alimentos subsisten, ya no en base a la institución de la familia, sino en base a la relación de parentesco[444] o de solidaridad.

iii) Una tercera posición considera que el bien jurídico protegido en este delito es el deber de solidaridad que, en el plano jurídico se convierte en el *deber de la asistencia familiar* que se concreta en proveer lo indispensable para que los sujetos pasivos (titulares de la prestación alimenticia), puedan desarrollarse plenamente en la sociedad. En ese sentido, se señala que el interés jurídico protegido es la vocación alimentaria que la ley reconoce a favor de quienes están ligados al sujeto activo por un vínculo jurídico familiar o parental. Bajo estas premisas

---

[442] BERNAL DEL CASTILLO: *Ob. Cit.* pp. 28-29.

[443] Por todos NUÑEZ: *Ob. Cit.* T. V, pp. 22-23; LAJE ANAYA: Justo: *Delitos contra la Familia.* Advocatus, Córdova, 1997, pp. 50 y ss.; BRAMONT ARIAS – GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 176.

[444] En ese sentido DONNA: *Ob. Cit.* p. 414, refiere que la exégesis de identificar a la familia con el bien jurídico tutelado resulta incongruente a partir de la incorporación del instituto del divorcio a la legislación civil o en los supuestos de matrimonios ilegales.

CAMPANA VALDERRAMA señala que la *ratio legis* de esta disposición legal es tutelar los deberes de tipo asistencial que se derivan de la patria potestad, del matrimonio o de un mandato legal[445]; en la misma línea, EDGARDO DONNA refiere que "el interés tutelado es el deber de satisfacer las necesidades de alimentación, vestimenta, vivienda y asistencia médica del sujeto pasivo mediante la correspondiente prestación económica"[446].

Desde esta misma perspectiva, un sector doctrinal precisa que el bien jurídico protegido es la seguridad proveniente de la expectativa de cumplimiento por aquellos a quienes incumben los deberes asistenciales.

iv) *Toma de Posición:* Como ya hemos señalado, si bien nuestro Código Penal, agrupa una serie de delitos bajo el *nomen juris* de delitos contra la familia, el objeto de protección es el conjunto de facultades, derechos y obligaciones que se derivan de las relaciones familiares, *en el presente caso las prestaciones económicas* que deben prestar, los padres a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; deberes que se fundamentan en el principio de solidaridad.

En efecto, la familia es un ámbito del que surgen una serie de relaciones jurídicas que deben ser objeto de protección, de las cuales el Derecho penal solo brinda protección a determinadas relaciones; en el presente caso, las prestaciones alimenticias que corresponden al

[445] *Ob. Cit.* p. 70; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 389, señala que el bien jurídico que se pretende proteger es el deber de asistencia, auxilio o socorro que tiene los componentes de una familia entre sí, el cual se entiende como obligación de cumplir con los requerimientos económicos que sirvan para satisfacer las necesidades básicas de supervivencia de determinados miembros de la familia.

[446] *Ob. Cit.* p. 416.

sujeto pasivo, a fin de alejar cualquier atisbo de peligro para la integridad corporal y mental del necesitado, asegurando de esta forma su subsistencia así como su pleno desarrollo en la sociedad.

En nuestro medio, los operadores jurisdiccionales han señalado, con acierto (criterios que suscribimos) que: "... *el bien jurídico protegido es la familia y específicamente los deberes de tipo asistencial, como la obligación de los padres con sus descendientes, de acuerdo a lo previsto en el Código de Niño y Adolescentes*" (Exp. N° 2612-2000, Ejecutoria Superior de la Sala Penal de apelaciones para Procesos con Reos Libres de la CSJL, del 27 de septiembre del 2000)[447]; "...*en los delitos de omisión de asistencia familiar el bien jurídico protegido es la familia, específicamente los deberes de tipo asistencial, prevaleciendo la seguridad de las personas afectadas por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias, cuyo normal desarrollo psíquico-físico es puesto en peligro, por lo que es un delito de omisión y naturaleza permanente, cuyos efectos duran mientras exista la situación de inasistencia, esto es, mientras el agente no cumpla con la obligación alimentaria, el delito subsiste...*" (Exp. N° 1202-98, de fecha 01 de julio de 1998)[448].

## 1.3. TIPO OBJETIVO

### 1.3.1. SUJETOS

El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, que en virtud a una resolución judicial, se encuentre obligada a prestar alimentos. Es un delito especial propio, pues la cualidad de obligado no la tiene cualquier persona, sino solo la que tiene tal obligación.

Sujeto pasivo es la persona a favor de la cual, a través de una resolución judicial, se ha determinado una pensión alimenticia por

---

[447] En ROJAS VARGAS, Fidel: *Código Penal. Catorce años de Jurisprudencia sistematizada.* Idemsa, Lima, 2005, p. 288.

[448] En CAMPANA VALDERRAMA: *Ob. Cit.* p. 72.

parte del sujeto activo; es decir, pueden ser los cónyuges, los ascendientes (padres, abuelos, etc.), descendientes (hijos, nietos, etc.), y los hermanos (Art. 474° CC).

### 1.3.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento típico consiste en incumplir con las prestaciones alimenticias fijadas en una resolución judicial, en ese sentido es un típico delito de *omisión propia*[449], resultando indiferente el hecho de que otras personas hayan proveído de los alimentos fijados judicialmente al sujeto pasivo.

La conducta típica exige la comprobación de los siguientes presupuestos:

i) ***Una situación típica***[450] que es la situación de hecho de la que surge el deber de realizar una determinada acción, en este caso,

---

[449] Por todos DÍAZ MAROTO y VILLAREJO: *Delitos contra las Relaciones Familiares.* En compendio de Derecho Penal (Dir. BAJO FERNÁNDEZ). Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 328; CARBONELL MATEU: *Ob. Cit.* p. 341; GONZALES RUS: *Ob. Cit.*p. 365; MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 316; BERNAL DEL CASTILLO: *Ob. Cit.* p. 70.
En ese sentido también se han pronunciado los operadores jurisdiccionales: "*... siendo que tratándose el presente, de un delito de omisión propia en la que el agente debe incumplir una norma de carácter imperativa, vale decir, que le exige una conducta determinada*" (Exp. N° 3438-00, Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones, de fecha 14 de noviembre de 2000); "*... que, el comportamiento del sujeto activo en este delito consiste en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida por una resolución judicial, siendo un delito de omisión propia donde la norma de mandato consiste en la obligación que pesa sobre el sujeto activo de cumplir con sus deberes legales de asistencia...*" (Exp. N° 7304-97, en SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 391).
Según DONNA: *Ob. Cit.* p. 421, se trata de una omisión impropia ya que existe un obligado especial, y el sujeto, al sustraerse, no cumple con su papel de garante, haciendo otra cosa distinta con sus bienes.

[450] BACIGALUPO, Enrique: *Principios...* Ob. Cit. p. 393; GRACIA MARTÍN: *Ob. Cit.* p. 74; CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal Español Parte General III. Teoría General del Delito/2.*Editorial Tecnos, Madrid, 2001. p. 269.

la existencia de una resolución judicial o un acta de conciliación o transacción extrajudicial (ante la DEMUNA o ante un Centro de Conciliación u otro similar) elevado a la calidad de sentencia judicial que establecen la obligación de prestar alimentos, a la cual el agente del delito no da cumplimiento.

Resulta discutible si la obligación alimenticia debe estar contenida en una resolución (o sentencia) firme o no. Al respecto, muchos autores señalan que debe tratarse de una resolución firme, sosteniendo que no se configura el tipo penal cuando se incumple una resolución que ha sido impugnada; para fundamentar este criterio, inclusive recurren a determinas decisiones jurisprudenciales como las siguientes: "*Al no subsistir, por haber sido revocado, el mandato judicial que obliga al pago de la pensión alimenticia, no se ha incurrido en la comisión del delito de omisión de asistencia familiar...*"[451].

Por nuestra parte consideramos, que en efecto, si la resolución que establece la obligación alimentaria ha sido impugnada y a consecuencia de ello ha sido revocada, quedando sin efecto la obligación alimenticia, qué duda cabe que no estamos ante el tipo penal bajo análisis, tal como lo estipula la jurisprudencia anotada. Pero ello no significa que el incumplimiento no se haya producido, y por tanto, que no se haya configurado el tipo penal, más bien se trata de un supuesto de extinción de la acción penal en virtud a la aplicación del artículo 79° del CP.

Asimismo, es de tener presente que en general, existen sentencias o resoluciones en que por mandato legal deben ejecutarse, aun cuando no hayan quedado firmes (hayan sido apeladas), dada la trascendencia de lo decidido y que de aplazarse la ejecución puede causar daños irreparables para el sujeto pasivo o el beneficiado con lo decidido; tales son los casos de ejecución anticipada de la sentencia en un proceso de alimentos prevista en el artículo

[451] Ejecutoria Suprema del 30 de enero de 1998, recaída en el Exp. N° 5458-97.

566° del Código Procesal Civil; ello es así, precisamente, porque se busca proteger a la parte débil o desamparada de la relación procesal como el alimentista. Siendo así, el alimentante (agente del presente delito) está obligado a cumplir con el pago de los alimentos, aun después de apelar; si no cumpliera con dicha obligación, no existe inconveniente alguno para calificar su conducta dentro del tipo penal bajo análisis; pues, con dicha actitud queda claramente configurada y expresada la renuencia del agente a cumplir con la obligación alimentaria impuesta, apreciándose un reproche igual al que se le levantaría si se tratase de una sentencia firme. Más aún, si lo que se pretende es emitir un mensaje de protección del bien jurídico, por qué introducir exenciones a las que la ley no hace referencia, las mismas que contradicen la razón político criminal que subyace en el tipo penal en cuestión.

Igual criterio debe aplicarse en los casos de resoluciones que imponen *pensión anticipada;* pues, si bien en estos casos no existe una sentencia definitiva que imponga la pensión alimenticia, el Juzgador, luego de evaluar el caso concreto, ha concluido que existe el derecho del alimentista, y por ello ha impuesto la obligación alimentaria (provisional y anticipada), la misma que por su propia naturaleza resulta exigible desde que es impuesta sin esperar una resolución definitiva; en tal sentido, la renuencia del obligado a cumplir con dicha obligación configura la conducta reprochable del agente prevista en el tipo penal bajo comentario. En el mismo sentido se pronuncia SALINAS SICCHA, quien señala que el término resolución comprende tanto a la sentencia como al auto de asignación provisional de alimentos que se fija en el inicio del proceso a favor del beneficiado[452].

Distinto es el caso en que el procesado interpone recurso de apelación respecto a la liquidación de devengados efectuada por

[452] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* (2005). p. 3868

el Juzgado, pero está cumpliendo con el pago de la prestación mensual establecida, en cuyo caso, no se configura el tipo penal en cuestión. Pues, en este caso, el peligro de afectación al bien jurídico del alimentista no se encuentra presente, puesto que el obligado sí está asistiendo al alimentista (necesitado). Inclusive, consideramos que, aun cuando la liquidación de devengados haya quedado firme, no configura el tipo penal en cuestión, debiendo recurrirse, en este caso, a los mecanismos de ejecución propios del proceso civil (ejecución forzada -embargo-), de lo contrario, se estaría viabilizando la jurisdicción penal para hacer efectivas deudas patrimoniales, con lo que se estaría infringiendo el artículo 2° inc. 24, literal c) de la Constitución Política del Estado, que establece que no hay prisión por deudas.

Al respecto, la jurisprudencia no es muy clara, habiendo establecido: "*...si el procesado interpuso recurso de apelación a la liquidación efectuada por el Juzgado, la misma que fue concedida y en autos no aparece la resolución superior respecto a tal apelación, resulta procedente declarar fundada la cuestión previa deducida al faltar un requisito de procedibilidad*"[453]. Pronunciamiento que no aclara el problema, porque deja abierta la posibilidad de considerar como delito a estas acciones, cuando la resolución de liquidación de devengados quede firme; decisión que no nos parece correcta, pues creemos que este hecho no es configurativo del delito bajo análisis; claro está, siempre que el alimentante esté cumpliendo con el pago de la obligación mensual, y lo único que se esté discutiendo, sea el pago de los devengados pendientes[454]; siempre y cuando estos devengados no constituyan pensiones atrasadas que evidencian que el imputado no ha cumplido con la resolución judicial que mandó pagar la pensión.

---

[453] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres del 30 de setiembre de 1997 (Exp. N° 3252-1997).

[454] En este mismo sentido se pronuncia SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 388.

De otro lado, en cuanto a la modificación introducida por el artículo 566°-A del Código Procesal Civil, referido al apercibimiento realizado al obligado con la remisión de los actuados a la Fiscalía de turno en caso de incumplir el mandato contenido en una sentencia firme, es de apreciarse que no se trata propiamente de *requisito de procedibilidad* como se podría pensar, puesto que este artículo (introducido por la Ley N° 28439, del 28 de diciembre del 2004[455]), solo se refiere a los casos en que existe sentencia firme, y como hemos vista *ut supra*, la obligación de acudir con los alimentos puede estar contenida en una sentencia impugnada (no firme) o en una resolución de asignación provisional, supuestos que no están comprendidos en este artículo, pese a que estamos frente al delito en cuestión, y por tanto, el agraviado o su representante, pueden interponer la correspondiente denuncia penal directamente ante el Ministerio Público, sin la intervención del Juez del juicio de alimentos. Más aún, también tratándose de supuestos en que, en el juicio de alimentos exista sentencia firme, el agraviado puede interponer la denuncia directamente ante al Ministerio Público, y será este quien solicite al Juez las copias correspondientes; y claro, si es que se determina que el denunciado (alimentante) no conocía de la obligación, o no estaba en la posibilidad de cumplir con la misma, se determinará la ausencia de dolo y por tanto se archivará la denuncia, sin que ello signifique que el apercibimiento constituya un requisito de procedibilidad.

En tal sentido, la disposición del artículo 566°-A del CPC, solo constituye un mecanismo que complementa la protección del alimentista perjudicado con el incumplimiento por parte del obligado, mas no un requisito de procedibilidad que necesariamente

[455] El artículo 566° del CPC, establece: "*Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de la sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el Juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones. Dicho acto sustituye al trámite de interposición de denuncia penal*".

(en todos los casos) deba cumplir el agraviado para viabilizar su denuncia penal. Por ello mismo, esta potestad-obligación del Juez de apercibir al obligado y remitir las copias correspondientes al Fiscal, configura propiamente un deber del Juez que en nada condiciona la actuación de los agraviados por el incumplimiento del alimentante; por el contrario facilita la formalización de la denuncia, sin participación y sin costo alguno para el agraviado. Debiendo precisarse que, el hecho que la norma señale que la remisión de copias sustituye el trámite de la interposición de la denuncia, debe entenderse como una acción a favor del agraviado, a quien ya no se le hará mayores exigencias formales.

No obstante, debemos tener en cuenta que existe jurisprudencia de nuestros Tribunales que consideran que este delito está sujeto al cumplimiento de un requisito de procedibilidad; aun cuando no se sustenta en el referido art. 566°-A del CPC[456]. Este criterio de la jurisprudencia, tal como lo hemos señalado *ut supra*, no nos parece adecuado, ya que el tipo penal bajo comentario no establece condicionamiento alguno, como sí lo exigía la ley N° 13906; asimismo, la modificación introducida por el artículo 566°-A del CPC, es posterior a esta sentencia y está referido solo a sentencias firmes; y como lo hemos señalando antes, existen casos en que no se requiere de sentencia firme para que se configure este delito. Consecuentemente, no podemos hacer diferenciaciones entre un supuesto típico y otro, generando desigualdades infundadas.

ii) ***La capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción ordenada.*** Esto es, se debe verificar que el procesado cuente con la suficiente capacidad

---

[456] "... *No basta la existencia de una sentencia fijando una pensión alimenticia y el presumido incumplimiento para que proceda ipso facto la denuncia por Omisión a la Asistencia Familiar, sino que, además, debe constatarse la presencia de una resolución judicial conminatoria bajo apercibimiento de acción punitiva, dicho de otra manera, que exista requerimiento expreso bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito mencionado*". Exp. N° 6473-97, Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres, de fecha 27 de enero de 1998.

económica para solventar los gastos exigidos; es decir, el sujeto activo debe estar en la capacidad real de concurrir solo, o en conjunto con los demás obligados, a solventar las prestaciones alimenticias que le ordena el mandato judicial a favor del sujeto pasivo[457].

Sobre este punto, cierto sector doctrinal estima que en estos casos opera una inversión de la carga de prueba, por lo cual el procesado debe demostrar durante la sustanciación del proceso que no tenía la suficiente capacidad de pago para cumplir con la prestación alimenticia. En ese sentido, la jurisprudencia señala que: "*...si bien el procesado ha alegado en su defensa haber estado pasando una pensión de acuerdo a sus posibilidades, no ha probado este hecho; no siendo suficiente efectuar consignaciones parciales, teniendo en cuenta que son deberes de los padres prestar alimentos a la prole*" (Exp. N° 5711-97, Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos con Reos Libres, de fecha 9 de enero de 1998).

Por nuestra parte, consideramos que la capacidad de pago es un elemento del tipo objetivo, y por ello debe ser acreditado en el proceso penal[458]; sin embargo, esto quedará suficientemente establecido con la presentación de la sentencia expedida en la vía extra penal, en la cual se debe haber fundamentado y determinado tanto la obligación del sujeto activo, como su capacidad de cumplir con la obligación alimenticia que se le impone, conforme lo prescribe el art. 481° del Código Civil. En esa línea, al haberse determinado la capacidad de pago del imputado mediante resolución judicial o sentencia con calidad de cosa juzgada, el imputado solo podría alegar y acreditar un hecho posterior al fallo expedido en la vía civil que determine que se encontraba en la imposibilidad de cumplir

[457] DONNA: *Ob. Cit.* p. 421.

[458] En esta línea PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 450, refiere que en un sistema procesal acusatorio, el persecutor público será siempre el encargado de acreditar la capacidad económica del imputado; DONNA: *Ob. Cit.* p. 422, considera que en estos casos no existe motivo para dejar de lado los principios básicos del proceso penal.

con la obligación impuesta, como por ejemplo, que se encontraba hospitalizado, lo que lo imposibilitaba para el desempeño de toda actividad laboral, que ha sido recluido en un centro penitenciario en virtud de mandato judicial, o que se ha suscitado un hecho que ha devenido en su insolvencia económica total, etc. No obstante, si en el proceso de alimentos, el denunciado no pudo ejercer su derecho de defensa o contradicción, como por ejemplo porque no fue debidamente emplazado con la demanda, consideramos que el procesado tiene la posibilidad de introducir en la investigación o proceso penal hechos que no fueron oportunamente valorados por el Juez Civil, y que *ex ante* al fallo judicial determinaba su incapacidad para cubrir la prestación alimenticia impuesta.

En relación a la capacidad de pago se ha señalado que: "... *no constituye eximente de responsabilidad penal para omitir prestar la asistencia familiar el argumento del inculpado de ser persona fármaco dependiente, en tanto el certificado médico no determina incapacidad para efectuar algún trabajo...*" (Exp. N° 98-063-020201-JP-01, sentencia del Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Ancash, del 19 de abril de 1999).

El incumplimiento parcial -bien por no pagar la cantidad en su integridad o bien por discriminar a uno de los beneficiarios-, e incluso el incumplimiento tardío, se subsumen en el presente delito; sin embargo, consideramos que los incumplimientos mínimos o leves, al constituir riesgos insignificantes, no son imputables objetivamente. En esa línea, coincidimos con la doctrina que postula la aplicación de este delito solo para supuestos de incumplimientos relevantes o importantes, tal como señala PEREZ MANZANO en cita de BERNAL DEL CASTILLO, en cuanto indica que en base al principio de intervención mínima quedan fuera del tipo los incumplimientos de pequeñas cantidades (o bagatelas)[459].

[459] PEREZ MANZANO (citado por BERNAL DEL CASTILLO: *Ob. Cit.* pp. 71-72), quien agrega que cuando la parte de la obligación incumplida es

Finalmente, se debe señalar que para la configuración objetiva de este delito carece de relevancia establecer o determinar si otro obligado, como por ejemplo el otro cónyuge tiene o no la capacidad económica suficiente para sufragar todos los gastos de alimentación del alimentista[460].

### 1.4. TIPO SUBJETIVO

Este delito es eminentemente doloso, descartándose la forma culposa. A diferencia de la regulación anterior, el dolo no es un elemento que se presuma en perjuicio del autor.

El dolo presupone el conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo. De este modo, el actor debe tener conocimiento: i) de la obligación que se le ha impuesto judicialmente o mediante acta conciliatoria a favor del sujeto pasivo (ascendiente, descendiente o hermano); ii) del monto de la prestación alimenticia que se le ha fijado; iii) de su capacidad para cumplir con dicha prestación; y obviamente, iv) que está omitiendo el pago de la obligación (realización de la conducta típica).

Se debe señalar que la capacidad de pago del sujeto activo no es solo un elemento del tipo objetivo, sino también un presupuesto imprescindible del tipo subjetivo, ya que el sujeto debe ser consciente de que tiene la suficiente capacidad para cumplir con la prestación alimenticia, y pese a ello la incumple.

Sobre este punto, nuestra Judicatura ha descartado el dolo pronunciándose en los siguientes términos: *"La omisión del cumplimiento de prestar alimentos debe ser intencional (...). No cabe sancionar penalmente al encausado, modesto jornalero, sin bienes de fortuna, lo que explica que por los mismos motivos haya sufrido 3 condenas, o sea que ha incumplido sus obligaciones alimentarias no por malicia sino por incapacidad econó-*

---

de poca monta, no se afecta la seguridad de los beneficiarios, por lo que debería excluirse la aplicación de este delito.

[460] PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 450.

*mica*" (Ejecutoria del 7 de enero de 1970)[461]; " ... *Si bien el encausado no pagó totalmente dentro del plazo determinado, sí empezó a cancelar de acuerdo a sus posibilidades en forma inmediata después de haber sido requerido debidamente por el juzgado, por lo cual se colige que no existió intención o dolo de evadir o incumplir mandato judicial*" (Exp. N° 6937-98, Ejecutoria Superior de la Sala Penal Para Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL del 14 de mayo de 1998); "*Al no existir dolo en el accionar del procesado, toda vez que constantemente ha realizado* motu propio *los pagos de pensión alimenticia, así como se le ha hecho los descuentos correspondientes, los mismos que han sido entregados directamente a la agraviada, no se ha acreditado al existencia del delito...*" (Exp. N° 2512-98, Ejecutoria Superior de la Sala Penal Para Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL del 13 de julio de 1998)[462].

El error sobre la existencia o el alcance de la obligación alimenticia excluye el dolo.

## 1.5. PARTICIPACIÓN

Al ser un delito especial propio, no es admisible la coautoría, la autoría mediata ni, en general, la complicidad, pues, el obligado es el único que omite su cumplimiento; aun cuando sí es posible la instigación o inducción, puesto que puede determinarse la voluntad de incumplimiento del obligado por parte de una persona con la suficiente ascendencia o capacidad de convencimiento. Asimismo, también pueden presentarse casos excepcionales de complicidad, en los supuestos agravados de connivencia con una tercera persona para simular obligaciones que perjudiquen el cumplimiento de la obligación alimenticia.

---

[461] En ESPINO PÉREZ: *Ob. Cit.* p. 518.

[462] Sobre este punto DONNA: *Ob. Cit.* p. 426, cita el siguiente fallo de la jurisprudencia argentina: "*las prestación alimentaria efectuada por el querellado fue realizado en forma irregular y en cantidad levemente inferior a la cuota alimentaria fijada, ello no es demostrativo de una actividad dolosa, o de una conducta enderezada deliberadamente a sustraerse al ineludible incumplimiento de la asistencia familiar*" (CNCCorr., Sala I, 27-5-80, "Gabriel, J.".

## 1.6. AGRAVANTES

El artículo 149° establece dos modalidades agravadas:

### *i) Insolvencia alimentaria fraudulenta*

Esta agravante tiene su fundamento en un mayor contenido del injusto ya que en estos casos el incumplimiento del sujeto activo, pese a tener la capacidad suficiente para cumplir con la pensión alimenticia, realiza actos positivos tendientes a frustrar el pago de la pensión alimenticia que le corresponde.

En la legislación anterior, la comprobación de los hechos que dan contenido a la agravante *in comento* solo facultaba el ejercicio directo de la acción penal sin necesidad de un requerimiento previo al agente del delito[463]; mientras que en la legislación comparada se observa una regulación amplia respecto de las circunstancias o modalidades que agravan el incumplimiento de la prestación alimenticia. Así, el art. 244° del Código Penal del Brasil: "*En las mismas penas incurre quien, siendo solvente, frustra o elude, de cualquier modo, inclusive por abandono injustificado de empleo o función, el pago de la pensión alimenticia judicialmente acordada, fijada o aumentada*"; el art. 234° del Código Penal de Colombia: "*La pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte si el obligado, con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, fraudulentamente oculta, disminuye o grava su renta o patrimonio*"; el art. 186° del Código Penal de Costa Rica: "*El máximo de la pena prescrita en el artículo anterior se elevará un tercio cuando el autor, para eludir el*

[463] Art. 5° de la ley N° 13906: "*Para la interposición de la denuncia para los casos previstos en el artículo primero se requiere de resolución que señale asignación provisional de alimentos, o sentencia en el juicio correspondiente, y que el obligado no haya cumplido su obligación, después de haber sido requerido bajo apercibimiento. No serán exigibles los requisitos a que se refiere el párrafo anterior si el procesado ha simulado otro proceso de alimentos en connivencia con tercera persona, o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo*".

*cumplimiento de la obligación alimentaria, traspasare sus bienes a terceras personas, renunciare a su trabajo o empleare cualquier otro medio fraudulento*"; el art. 2° bis de la Ley 13944 (Argentina), en la cual se señala que: "*Será reprimido con la pena de uno a seis años de prisión, el que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de este modo frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de dichas obligaciones*"; y el art. 201° (segundo párrafo) del Código Penal de El Salvador, el cual estipula que: "*Si para eludir el cumplimiento de la obligación alimenticia ocultare sus bienes, los enajenare, adquiriera créditos, simulare enajenaciones o créditos, se trasladare al extranjero o se ausentare sin dejar representante legal o bienes en cantidades suficientes para responder al pago de la obligación alimenticia o realizare cualquier otro acto en fraude al derecho de sus alimentarios, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para el ejercicio de la autoridad parental por el mismo período*".

En ese contexto, sería aconsejable que en una futura reforma se amplíe los alcances de la presente agravante para comprender a todos los actos fraudulentos que realice el sujeto pasivo para disminuir su patrimonio, vg., ocultar bienes haciendo traspasos ficticios, embargos falsos, boletas de pago donde se consigne un salario o ingreso menor al que recibe, a fin de que no se le pueda exigir el cumplimiento forzoso de la prestación alimenticia.

Los supuestos cualificantes que contempla nuestro dispositivo legal son:

a) ***La simulación de una obligación alimentaria.*** Esta es una práctica común en la que el agente incurre, en connivencia con otra persona (ascendientes, hermanos menores de edad), se hace demandar por alimentos, con la finalidad de reducir el monto disponible para cumplir con la obligación alimentaria impuesta judicialmente, procediendo a posteriori a solicitar el prorrateo

de alimentos, perjudicándose de esta forma al sujeto pasivo del delito.

En estos supuestos el tercero responderá como cómplice primario del delito; pues, su participación es indispensable en el incumplimiento total o parcial de la obligación alimentaria.

b) ***Renuncia o abandono al trabajo.*** En este caso la gravedad radica en que el sujeto activo para sustraerse de su obligación abandona o renuncia maliciosamente a su trabajo, con la finalidad de evitar cumplir con la pensión alimenticia, colocándose supuestamente en una situación de insolvencia o de evitar la afectación directa al salario con fines de cumplimiento de la obligación. Estos casos se presentan fundamentalmente cuando, siendo conocido el lugar, empresa o institución en la que labora el agente, se le está descontando o se le va a descontar de sus haberes el monto de la pensión alimenticia, por lo que para evitar tal situación el agente renuncia a su empleo o cargo.

En ambos casos la ejecución de las acciones típicas que configuran estas agravantes pueden realizarse, antes, durante o después de instaurado un proceso por alimentos, divorcio o filiación.

***ii) Si resulta lesión grave o muerte y estas pudieron ser previstas***

El fundamento de la agravación radica en el contenido mayor del injusto (mayor desvalor del resultado).

En el presente caso, nos encontramos frente a un supuesto de homicidio o lesiones preterintencionales; es decir, el autor realiza un tipo doloso (incumplimiento de la prestación alimenticia) afectando un bien jurídico; sin embargo, de ello resulta una afectación previsible para la vida humana independiente o la salud del agraviado por el delito de omisión de asistencia familiar.

Los requisitos del homicidio o lesiones preterintencionales -en el presente caso-, son los siguientes:

*a)* Una acción dolosa: incumplimiento del pago de la prestación alimenticia de asistencia familiar.

*b)* Ausencia de dolo de matar o lesionar, aun cuando era previsible la afectación a la vida o afectación grave a la salud del alimentista. En el caso de que el autor hubiera actuado con dolo de matar o lesionar, salimos del ámbito del homicidio o lesiones preterintencionales, para apreciar un concurso ideal entre un delito de homicidio, parricidio, o lesiones graves con el delito de incumplimiento de obligación alimentaria. Si el sujeto mata para ocultar el incumplimiento de la pensión alimenticia, estaremos ante un concurso real entre el delito de incumplimiento de obligación alimentaria y el delito de asesinato.

*c)* Una relación de causalidad e imputación objetiva entre el incumplimiento y el resultado muerte o lesiones graves. En este sentido debe acreditarse si ha existido la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir, si el incumplimiento de las prestaciones de "alimentos" ha sido el factor que ha creado el riesgo que finalmente se ha realizado en el resultado "muerte o lesiones graves del sujeto pasivo";

*d)* Por último, el homicidio o las lesiones graves deben ser imputables subjetivamente a título de culpa -consciente o inconsciente-. Debe verificarse en el caso concreto si era previsible la afectación a la vida e integridad del alimentista, a partir del peligro concreto creado con la omisión a la prestación de los alimentos. Si por el contrario, este resultado fuera imprevisible, tendrá que ser considerado fortuito, no pudiendo generarse la agravante en cuestión, aun cuando el agente no queda liberado de su responsabilidad penal por el tipo básico.

A efectos de la calificación de las lesiones como graves se deberá recurrir a los criterios desarrollados al tratar el art. 121° del Código Penal.

## 1.7. CONSUMACIÓN y TENTATIVA

El delito se consuma con el incumplimiento, por parte del agente, de la prestación alimenticia a favor del beneficiado, impuesta en resolución judicial o acta conciliatoria elevada a calidad de sentencia. Así también lo han entendido nuestros jueces en algunos de sus fallos: "*Que, el comportamiento instruido consiste en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida (...); es decir, basta con dejar de cumplir la obligación para realizar el tipo...*"[464];

En los casos en que se haya hecho el requerimiento al obligado otorgándole un plazo para el cumplimiento, deberá considerarse consumado el delito solo después de que este plazo se haya cumplido, tal como se reconoce en la doctrina[465].

Consideramos que el presente delito al configurarse como un delito de mera actividad, cuya consumación se configura a partir del incumplimiento del sujeto activo, en general, no admite la tentativa. Sin embargo, en los supuestos agravados podrían presentarse supuestos en que se realizan actos a través de los cuales se simula una insolvencia sobrevenida o se pretende mostrar dicha insolvencia con la finalidad de omitir el pago de los alimentos, en estos casos, si se puede probar la intencionalidad del agente del delito, se podría sustentar supuestos de tentativa.

## 1.8. NATURALEZA DEL DELITO

En la doctrina se discute arduamente sobre la naturaleza de este delito, algunos sostienen que es un delito continuado y de peligro[466];

---

[464] Exp. N° 600-98, Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres, de fecha 21 de mayo de 1998.

[465] Así BRAMONT ARIAS - GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* 178; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 96.

[466] BRAMONT ARIAS - GARCIA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 176, argumentando que la pluralidad de hechos está considerada jurídicamente como una sola acción dando lugar a un solo delito.

un sector considera que se trata de un delito de comisión instantánea y de efectos permanentes[467]; otros que se trata de un delito de peligro abstracto y permanente[468]; y finalmente, otro sector considera que se trata de un delito permanente[469].

De igual modo, un sector destacado de la doctrina considera que el presente delito,en virtud del principio de fragmentariedad, debe ser interpretado de manera restrictiva (interpretación teleológica) a fin de aplicar el tipo penal solo a los casos más graves de incumplimiento, aquellos que implican realmente una peligrosidad de la acción (posibilidad de lesión o peligro para bienes jurídicos determinados), o bien los que causaren a los beneficiados una falta de sustento o asistencia, o en aquellos casos en los que los beneficiarios se encontrasen en una situación de real necesidad. En esa línea, SOLER considera que este delito solo funciona ante circunstancias que implican una situación de necesidad real o potencial, ya que la situación de necesidad es su presupuesto, la cual no consiste en un peligro abstracto, sino concreto, aunque no extremo[470]; DONNA considera que es más lógico y coherente considerar que se trata de un peligro concreto, donde los obligados son garantes de la alimentación[471]; PEREZ MANZANO considera que si los beneficiarios no se encuentran en situación de necesitados, las prestaciones tendrán una naturaleza compensatoria de la situación anterior y, para estos casos, no se entiende adecuada al aplicación del presente tipo penal; mientras que LAURENZO COPELLO excluye el presente delito cuando el beneficiario de la prestación económica hubiese quedado, tras la resolución judicial, en mejor posición económica que antes de dicha resolución[472].

---

[467] CAMPANA VALDERRA: *Ob. Cit.* p. 132.

[468] PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 434.

[469] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 391; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 96.

[470] *Ob. Cit.* p. 369.

[471] *Ob. Cit.* p. 420.

[472] Ver citas en BERNAL DEL CASTILLO: *Ob. Cit.* p. 41.

Al respecto, debemos señalar que el tipo penal *in comento* no autoriza una interpretación restrictiva, como lo sostienen algunos. En efecto, a diferencia de otras legislaciones como la alemana[473], el tipo penal de "omisión de asistencia familiar" en nuestro Código Penal no incorpora la situación de peligro concreto del beneficiado como un elemento del tipo penal[474].

Por nuestra parte, como ya se ha indicado, consideramos que este delito es de mera actividad y de peligro, aun cuando no exige para su consumación la proximidad de una amenaza real a la seguridad de los sujetos pasivos. En efecto, el tipo penal se entiende por cumplido con independencia de la real situación de inseguridad, indefensión o necesidad extrema de los receptores de la prestación alimenticia, situación que podría ser incluso inexistente, como cuando el beneficiario de la misma dispone de medios económicos suficientes, sin que por ello deje de cumplirse el tipo penal. No obstante, el objeto de protección del tipo penal, en este caso los intereses del alimentista, sí están definidos, a la vez que el titular del objeto de protección también está determinado, por lo que no puede tratarse de un delito de peligro abstracto, como sostiene alguna doctrina[475], sino más bien de uno *peligro concreto*, como lo sostiene la doctrina más autorizada[476].

---

[473] Art. 170°: "*El que se sustraiga de una obligación legal, de modo que las necesidades del acreditado para recibir los alimentos peligren, o peligrasen sin la ayuda de otros, será castigado...*"

[474] Desde esta perspectiva, por ejemplo, en el caso español BERNAL DEL CASTILLO: *Ob. Cit.* p. 42, postula la conveniencia de que el legislador de *lege ferenda* incorpore al tipo penal la exigencia de que la conducta de impago implique un riesgo posible y concreto para la seguridad de los sujetos pasivos.

[475] PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 434.

[476] SOLER: *Ob. Cit.* p. 369; DONNA: *Ob. Cit.* p. 420. Este criterio también se sostenido por SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 386. BRAMONT ARIAS y GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 176. Y resoluciones jurisprudenciales como la expedida en el Exp. N° 5425-98 – Lambayeque. En Chocano Rodríguez y otro: 2002, p. 183.

Finalmente, se debe señalar que el delito de incumplimiento de obligación alimentaria es un *delito permanente* ya que la omisión de cumplir con el pago de alimentos configura una situación antijurídica que se extiende en el tiempo, en tanto y en cuanto el obligado no cumpla con pagar los alimentos ordenados en una resolución judicial, lo cual tiene importancia a los efectos de la prescripción del delito, ya que conforme establece el inc. 4 del art. 82° del Código Penal, el término de la prescripción comienza a computarse a partir del cese de la permanencia. En ese sentido, en la Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL, de fecha 1 de julio de 1998 (Exp. N° 1202-98), se señaló que: "*El delito de omisión de asistencia familiar es un delito permanente, por lo que el plazo de prescripción que le corresponde debe contabilizarse conforme a lo dispuesto en el inc. 4 del artículo 82° del Código Penal, es decir desde que cesó la permanencia*".

## 2. ABANDONO DE MUJER EMBARAZADA

**Art. 150°.- "El que abandona a una mujer en gestación, a la que ha embarazo y que se halla en situación crítica, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años y con sesenta a novena días-multa".**

### 2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Sobre el bien jurídico protegido no existe acuerdo en la doctrina nacional. Así, PEÑA CABRERA sostiene que el bien jurídico protegido no solo es la integridad física y moral de la gestante, sino también la esperanza de vida del embrión o feto. Por su parte, VILLA STEIN considera que el bien jurídico protegido es la indemnidad física y moral de la gestante, lo mismo que la solidaridad humana[477].

Por nuestra parte, consideramos que al igual que en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria, el bien jurídico u objeto de protección es el debido ejercicio y cumplimiento del conjunto de facultades, derechos y obligaciones que se derivan de las relaciones familiares, los que a la vez determinan un conjunto de deberes de asistencia, de carácter irrenunciable e inexcusable, que en este caso tiene el autor respecto de la mujer a la que ha embarazada; no obstante, estando a que el incumplimiento coloca en grave riesgo para su vida y salud, no solo a la mujer sino al fruto

---

[477] *Ob. Cit.* p. 446; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 99.

de la concepción, estos bienes jurídicos también configuran objetos de protección indirectos.

## 2.2. TIPO OBJETIVO

### 2.2.1. SUJETOS

Agente del delito puede ser cualquier persona de sexo masculino que ha embarazado a una mujer. Sujeto pasivo es la mujer embarazada; aun cuando el embrión o concebido también es objeto de protección, no puede ser considerado como sujeto de este delito, toda vez se le reconoce derechos a este, únicamente a condición de que nazca vivo, y por tanto, solo será sujeto de derecho si ha nacido vivo, en cuyo caso será sujeto pasivo del delito pero ya como persona, mas no como concebido. Pero claro, mientras la madre lleva al concebido en su vientre podrá reclamar lo necesario para viabilizar el nacimiento de este.

### 2.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Se trata de un delito de omisión que se configura con el incumplimiento del deber de asistencia por parte del agente a la mujer que ha embarazado. Aun cuando en ciertos casos, el agente puede realizar determinadas acciones a partir de las cuales se concreta objetivamente el abandono, como por ejemplo cuando se marcha del domicilio en el que cohabita con la agraviada; sin embargo, este hecho no es el que configura el delito, sino el incumplimiento del deber de asistencia. Pues, no se puede configurar el delito a partir de que el agente se marcha de la casa, porque ello significaría atentar contra la libertad del agente pretendiendo obligarlo a permanecer en un sitio determinado[478].

[478] En el mismo sentido, CAMPANA VALDERRAMA: *Ob. Cit.* p. 113 y BRAMONT ARIAS: *Ob. Cit.* p. 179.

El abandono consiste en privar al sujeto pasivo de todos los cuidados debidos (asistencia psicológica, apoyo moral y económico), los cuales son necesarios para su subsistencia (tanto de la mujer embarazada e indirectamente del fruto de la concepción); ello no implica necesariamente el alejamiento del lugar o del espacio físico que ocupa de la víctima, aun cuando puede coincidir en determinados casos, pero ello no configura el delito[479].

El tipo penal exige que el sujeto abandone a la mujer que ha embarazado, por lo cual debe existir certeza respecto a la paternidad del sujeto activo en relación al fruto de la concepción[480], el cual puede ser acreditado en el proceso con las pruebas científicas que estén disponibles. En esa línea, nuestra jurisprudencia ha señalado que: "... *la exigencia típica que se abandone a una mujer a la que se ha embarazado, supone una verdadera prueba de paternidad, pues no basta para la realización de la conducta descrita en el art. 150° del Código Penal que se haya tenido relaciones sexuales con la agraviada; sino, que de estas resulte el embarazo*" (Exp. N° 236-98, Ejecutoria de la Sala Superior Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, del 24 de julio de 1998). En otra jurisprudencia se afirma: "*Si bien en autos se aprecia que la agraviada se encuentra embarazada, así como que mantuvo relaciones sexuales con el encausado, sin embargo no se ha establecido que este resulte ser el autor del embarazo, a lo que se suma las contradicciones en que ha incurrido la agraviada, existiendo duda razonable al respecto*" (Exp. N° 3691-98, Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL, del 2 de octubre de 1998).

Es irrelevante el tiempo de gestación de la mujer, así como el hecho de que se encuentre o no unida por vínculo matrimonial al agente

---

[479] VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 99, señala que el comportamiento es el abandono, apartamiento o alejamiento físico y material con cese de toda asistencia psicológica, física o alimentaria por parte del sujeto pasivo.

[480] PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 438.

del delito; sin embargo, el tipo penal exige no solo que la mujer se encuentre en estado de gestación, sino que debe encontrarse en una *situación crítica*. Situación que se configura a partir de dos circunstancias: 1) Que se encuentre en una situación de extrema necesidad, esto es, que requiera de atenciones y cuidados que objetivamente resulten necesarios para su subsistencia; y que frente a dicha situación, 2) no pueda valerse por sí misma ni recibir la ayuda de otros a fin de proveerse los recursos necesarios para su subsistencia y superar la situación de necesidad. En esa perspectiva, nuestros órganos jurisdiccionales en diversos fallos han precisado que: "*... para acreditarse el ilícito instruido, la agraviada debe acreditar una situación crítica, es decir, un estado tal que peligre su vida o de la prole*" (Exp. N° 2191-97, Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL, del 15 de setiembre de 1997); "*No concurren los elementos constitutivos del delito si no se ha acreditado que la agraviada se haya encontrado en estado crítico, esto es, carente de todo recurso para atender su gestación y parto subsecuente...*" (Exp. N° 1031-98, Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL, del 3 de julio de 1998); "*Si bien se ha acreditado que la agraviada se encontraba en estado de gestación, al momento que el encausado abandonara el hogar conyugal, no se ha probado en modo alguno que al producirse este hecho se encontrara en imposibilidad de trabajar; surgiendo recién esta imposibilidad con posterioridad al fallecimiento del hijo que engendrara, por lo mismo no existió situación crítica; no pudiéndose presumir tal circunstancia, ya que constituye el núcleo típico principal del delito de omisión de asistencia familiar*". (Exp. N° 7496-97, Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL, del 14 de abril de 1998); "*Para la configuración de delito de abandono de mujer en estado de gestación, no solo se requiere que el agente abandone a una mujer en estado de gestación, sino además, que deba producirse cuando esta se halle en situación crítica, esto es, que la agraviada se encuentre en imposibilidad de valerse por sí misma; si la agraviada contó con el apoyo de sus familiares no se dan los presupuestos exigi-*

*dos por el tipo penal".* (Exp. N° 6416-96, Ejecutoria Suprema del 10 de octubre de 1997).

Bajo este contexto, consideramos que no existe situación crítica cuando la embarazada o gestante, puede acudir al auxilio de otras personas (familiares) o cuando esta recibe el apoyo inmediato de terceros[481], conforme lo ha ratificado nuestra jurisprudencia en los siguientes términos: *"Al no haberse acreditado la situación crítica, es decir, una situación de extrema necesidad, toda vez que la agraviada regresó a vivir junto a sus padres, no se dan de manera objetiva los presupuestos requeridos por el tipo penal instruido"* (Exp. N° 4773-98, Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL, del 25 de noviembre de 1998).

Se otro lado, pueden presentarse casos en que los familiares están en posibilidad de prestar asistencia o ayuda a la agraviada, sin embargo, por cualquier razón (especialmente porque no estaban de acuerdo con las relaciones que mantenía con el presunto agente) estos no prestan dicho apoyo o le deniegan expresamente la asistencia; en estos casos también se presentará el presente delito, dado de que de todas maneras la gestante se encuentra en estado crítico.

## 2.3. TIPO SUBJETIVO

Este delito es doloso, es decir el agente omite su deber de asistencia, siendo consciente que la mujer se encuentra embarazada y en situación crítica, y a pesar de ello la abandona.

## 2.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Se consuma este delito en el momento en que el agente abandona a la mujer embarazada y que se encuentra en situación crítica, la tentativa no es admisible.

---

[481] De la misma postura: SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 398.

## 2.5. NATURALEZA DEL DELITO

Consideramos que el tipo penal al hacer referencia a la situación crítica en el que se encontraría la agraviada cuando es abandonada, permite entender a este delito como un delito de peligro concreto y de carácter permanente, ya que el abandono determina una situación antijurídica hasta que el propio autor, mediante una actuación positiva, le pone fin, o hasta que desaparezca el embarazo o la situación crítica.

# Título IV
# DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

## I. NOCIONES GENERALES

El Estado Social y Democrático de Derecho ha evolucionado hasta presentar su versión más avanzada, constituida por el Estado Constitucional de Derecho; en este, los Derechos fundamentales, así como los principios y valores superiores, que permanecían en un ámbito metajurídico han sido positivizados, tanto en los Convenios Internacionales así como en las propias constituciones políticas de los respectivos Estados. Asimismo, se han creado Organismos Internacionales con competencia para avocarse directamente a resolver los conflictos sobre derechos humanos en aplicación de dichos Convenios; a la vez que en la jurisdicción interna de los Estados, se ha consolidado la llamada "Justicia Constitucional" a fin de velar por la vigencia y protección de los derechos fundamentales. Igualmente, se ha consolidado el criterio de que las decisiones de tales Organismos Internacionales, así como de los Tribunales Constitucionales (defensores de la Constitución y los Derechos Fundamentales), constituyen nuevas fuentes del Derecho vinculantes para todos los operadores jurídicos, especialmente para los jurisdiccionales; tal como hemos desarrollado con cierta amplitud en la primera parte del Tomo I del presente trabajo.

Así las cosas, derechos fundamentales como la "libertad" (materia del presente análisis), tendrá que ser evaluada y analizada dentro de este nuevo orden jurídico, generado precisamente con la finalidad de lograr una adecuada vigencia de los derechos a la vez que para auspiciar una mejor calidad de vida de los seres humanos en armonía con

la naturaleza, de tal suerte que la dignidad humana sea una realidad trascendente a las meras aspiraciones.

En este nuevo contexto, ubicándonos en el ámbito interno, tenemos que la Constitución Política del Estado, interpretada en armonía con los Convenios Internacionales relativos a los Derechos Fundamentales, es la norma suprema de nuestro sistema jurídico, y por ello, será este plexo normativo, el que nos proporcione los criterios para analizar la libertad como bien jurídico tutelado y auspiciado por el Ordenamiento Jurídico; pues, la ley y demás normas pertinentes, tendrán que ajustarse a lo dispuesto por estas normas de mayor jerarquía, ya que las normas constitucionales así como las contenidas en los Convenios Internacionales (que forman parte del derecho interno, conforme al artículo 55º de la Constitución) serán aplicadas directamente. En tal sentido, de advertirse alguna incompatibilidad entre estas normas y la ley, se optará por lo que dispongan las normas de mayor jerarquía, dejándose de lado la disposición legal. Más aún, los principios y valores, que no constituyen reglas de aplicación directa, serán tenidos en cuenta para interpretar todo el ordenamiento jurídico y servirán de fuente luminaria para determinar el contenido de las demás normas, sobre todo cuando se trate de proteger o de restringir derechos fundamentales; resultando de especial interés, los principios de proporcionalidad y ponderación, así como la proscripción de la arbitrariedad, a fin de racionalizar la elaboración, vigencia y aplicación de las leyes. En este sentido, resultan ilustrativas las palabras de Rober ALEXY, en cuanto señala que: "La Ley fundamental contiene en su capítulo sobre derechos fundamentales un *"orden objetivo de valores"* que en tanto "decisión *ius* constitucional fundamental", vale para todos los ámbitos del derecho y del cual reciben "directrices e impulsos" la legislación, la administración y la justicia"[482].

[482] ALEXY, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. p. 159.

En este contexto, surge una idea clara de los derechos fundamentales (entre ellos la libertad), a los que definimos como atributos subjetivos reconocidos a favor de una persona, mediante los cuales se confiere un *status;* es decir, se determina, asegura o limita la posición jurídica del individuo en relación al Estado u otros individuos; a la vez que constituyen valores preeminentes en torno a los cuales debe articularse el Ordenamiento Jurídico y las instituciones jurídicas. Su contenido está conformado por todas las facultades de acción que ese derecho depara a su titular. En tal sentido, los derechos fundamentales tienen un doble carácter, no son solo derechos subjetivos, sino también instituciones valorativas objetivas.

Los derechos fundamentales tienen su origen en la propia existencia humana; son la "traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad"[483]; aun cuando la dignidad humana aparezca con el valor fundamental. Sin embargo, como refiere PÉREZ LUÑO "... la dignidad humana en cuanto se concreta en el libre desarrollo de la personalidad, no puede ser ajena a la libertad, esta a su vez, no solo se halla inescindiblemente vinculada a la dignidad, sino que en sus dimensiones positivas y comunitarias implica a la igualdad, porque difícilmente se puede hablar de libertad para todos, si todos no son iguales entre sí; al propio tiempo que la igualdad persigue y se orienta hacia la dignidad y libertad, puesto que repugnaría a su propia condición de valor el que se pudiera concebir (...) como igualdad en la humillación y en la opresión"[484].

La libertad es un derecho fundamental, es un valor superior en nuestro ordenamiento jurídico; se trata de un bien inherente a la personalidad humana. CARRARA afirma que la libertad sigue en

---

[483] PIETRO SANCHIS, Luis: *Estudios sobre derechos fundamentales.* Debate, Madrid, 1992, p. 20.

[484] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Sobre los valores fundamentales de los derechos humanos.* En MUGUERZA, Javier: El fundamento de los derechos humanos. Debate, Madrid, 1989, p. 288.

importancia al derecho de conservación de la propia existencia y de la conservación de la integridad, puesto que sin esta serían inútiles la existencia y la integridad personal[485]. Se trata de un derecho constitucional que tiene su base en la dignidad de la persona humana, siendo de vital importancia para el ejercicio de otros derechos fundamentales. En este contexto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: "*A menos que los ciudadanos estén garantizados en el ejercicio de este derecho, todos los demás derechos quedan en precario*"[486]

El derecho a la libertad se encuentra reconocido en el artículo 2° de nuestra Constitución, así como en los diversos Tratados Internacionales de protección a los derechos humanos, entre ellos, los artículos I y XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos 9°, 11°, 14° y 15° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, los artículos 5°, 7°, 9° y 10° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De estos ordenamientos internacionales, los dos últimos, además de consagrar este derecho y ofrecer elementos para su definición, establecen varias garantías para su protección. Estas garantías, en su mayoría están concebidas para ser aplicadas en el ámbito penal y procesal penal, como el derecho a conocer las razones de la detención, el derecho a ser informado de los cargos imputados, etc.

No obstante, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, en el Estado Constitucional de Derecho no hay derechos absolutos, pues, con poquísimas excepciones (como el derecho a no ser torturado), todos ellos son susceptibles de ser regulados y limitados; lo cual no autoriza a que el legislador los pueda vaciar de contenido, suprimir o disminuirlos[487]. En tal sentido, ningún derecho fundamental puede

---

[485] CARRARA, Francesco: *Programa de Derecho Criminal-Parte Especial.* Temis, Bogotá, 1958, p. 323.

[486] Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Diez años de actividades.*1982, p. 321.

[487] STC 0014-2002-AI/TC, 21 de enero de 2002.

considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que a estos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales. Es así que pueden ser restringidos o limitados mediante ley[488].

El derecho a la libertad que cada ciudadano posee por su condición de persona está en directa relación con la vida en sociedad, pues vivir en libertad implica el respeto a los demás ciudadanos; es decir, en este respeto encuentra su límite el derecho a la libertad, a fin de no vulnerar el derecho de los demás; pues, en el seno de la sociedad convergen las distintas libertades personales. En este sentido, el derecho a la libertad no es absoluto, sino que tiene como límite el ejercicio de los derechos de los demás y las restricciones indispensables para el desenvolvimiento de la vida en comunidad; por ello se afirma que este es uno de los bienes jurídicos más relativos.

En el Estado Constitucional de Derecho, compete al legislador penal garantizar los derechos fundamentales, en este caso, el derecho a la libertad, frente a posibles vulneraciones; protección que resulta necesaria, pues se trata de uno de los intereses más preponderantes en nuestra sociedad. La libertad, en tanto derecho fundamental, también tiene un doble carácter, uno subjetivo y otro valorativo – objetivo; en esta última dimensión, también informa todo el ordenamiento jurídico, por lo que su tutela y protección no solo es de interés para el titular de este derecho, sino también para el propio Estado y la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional[489].

---

[488] STC 2663-2003-HC/TC, 23 de marzo de 2004.

[489] LANDA ARROYO, César: *Interpretación Constitucional y Derecho Penal.* En Constitución y Fuentes del Derecho. Palestra, Lima, 2006, p. 87.

En tal virtud, el legislador ha previsto una serie de figuras penales en orden a la protección del derecho a la libertad. Así, el Título IV del Libro Segundo del Código Penal está reservado a los delitos que atentan contra este derecho fundamental; aunque tanto en la doctrina nacional así como en la comparada[490] se ha venido criticando que bajo este título se recogen diversos tipos penales en los que no existe, de forma directa, una afectación a la libertad, así por ejemplo los delitos acogidos en los capítulos II, III, IV, V, X, XI del citado título del Libro segundo del Código Penal, se protege, entre otros, la intimidad personal y familiar, o el pudor público etc., y no la libertad directamente. Sin embargo, siguiendo a FERRAJOLI[491], las libertades pueden entenderse en dos grandes clases: las libertades-inmunidades (libertad de) y las libertades-facultades (libertad para); comprendiéndose en las primeras a todos los derechos de libertad consistentes únicamente en la inmunidad de interferencias o de violaciones por parte de terceros, como la libertad personal, la libertad sexual, inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas y el derecho a la intimidad. Es decir, se protege la libertad en su manifestación de libre actividad de decidir libremente y actuar conforme a dicha decisión y la reserva de una zona de intimidad, en virtud a la cual la persona tiene el derecho de excluir a los terceros, evitando cualquier intromisión. Entre las segundas se encuentran todos los derechos de libertad consistentes, además de la inmunidad de interferencias o impedimentos, también en facultades *agendi*, como la libertad de reunión, la libertad de expresión etc. Todas

---

[490] En la legislación comparada, antes de la Reforma Penal Española contenida en el Código de 1995, el tratamiento unificado de los delitos contra la libertad bajo un mismo título, en los que se incluía a los delitos contra la intimidad y el derecho de la inviolabilidad de domicilio, fue blanco de severas críticas doctrinales, señalándose que bajo la citada rúbrica se reunían toda una serie de figuras delictivas dispares e inconexas entre sí. Véase, CARBONELL MATEU-GONZALES CUSSAC en Vives Antón (Coord.), *Ob. Cit.*, Vol. II, p. 840.

[491] FERRAJOLI, Luigi: *Las libertades en el tiempo del neoliberalismo*. En: Palestra del Tribunal Constitucional. Palestra editores, Año III, Número 4, Lima, Abril de 2008, pp. 75 y 85.

estas libertades son materia de protección penal frente a eventuales vulneraciones; aun cuando existen figuras penales como los delitos de ofensas al pudor público, en los que no existe un ataque directo a la libertad y que constituyen un rezago de una legislación penal basada en criterios morales.

De otro lado, como resulta lógico, el catálogo penal regula otros tipos penales en los que también se afecta la libertad, pero de forma instrumental, como en el caso del delito de robo; sin embargo, en estos casos, el desvalor de la conducta del agente se subsumirá en dichos tipos penales, reprimiéndose con la pena prevista para los mismos.

Básicamente, en este título, se protege la libertad de actuación en un sentido amplio, como un atributo de la capacidad que tiene una persona para decidir lo que quiere o no quiere hacer y para trasladarse de un lugar a otro o situarse por sí mismo en el espacio, sin que su decisión se vea constreñida o mediatizada por otras personas[492].

La libertad, es un bien jurídico disponible, por lo que resulta relevante, en este caso, el consentimiento prestado por su titular; en tal sentido, de verificarse la existencia del mismo, la conducta devendrá en irrelevante penalmente.

[492] MUÑOZ CONDE, Francisco: *"Derecho Penal. Parte Especial"*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 150-151.

# Capítulo I
# VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

El derecho a la libertad personal se encuentra reconocido en el inciso 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, que establece que: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que "... sobre la base del principio general de libertad, el ser humano, en principio, es libre para realizar todo aquello que no esté prohibido en virtud de una ley, ni obligado de hacer aquello que la ley no manda"[493]. Se trata de un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no solo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente

---

[493] STC 2235-2004-AA, de fecha 18 de febrero de 2005, fundamento jurídico 8. En la misma línea, el mismo Tribunal Constitucional ha señalado: "*El derecho fundamental a la libertad personal tiene un doble carácter. Es un derecho subjetivo, pero también una institución objetiva valorativa. Como derecho fundamental (artículo 2°, inciso 24, de la Constitución), garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas. Como derecho objetivo, es uno de los valores fundamentales de nuestro Estado social y democrático de Derecho, por cuanto informa nuestro sistema democrático y el ejercicio de los demás derechos fundamentales, a la vez que justifica la propia organización constitucional*". STC 8815-2005-HC, de fecha 17 de enero de 2006, fundamento jurídico 2.

reconocido por la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales[494].

Este derecho constitucional también ha merecido protección del ordenamiento jurídico penal en el Título IV del Libro segundo del Código Penal, sancionándose toda conducta atentatoria contra la libertad de obrar y la libertad ambulatoria, a través de los tipos penales de coacción y secuestro.

Mediante el delito de coacción se protege la libertad desde dos vertientes: una positiva, como capacidad de actuación para la satisfacción de necesidades. Y otra negativa, como ausencia de interferencias o injerencias ajenas; es decir, ausencia de obstáculos en la actuación del individuo frente a la coacción y la violencia[495]. Mientras que en el delito de secuestro el objeto de protección es la libertad ambulatoria, esto es, la capacidad del sujeto para desplazarse por sí mismo o por los mecanismos que resulten necesarios.

[494] STC 019-2005-AI, de fecha 21 de julio de 2005, fundamento jurídico 11.

[495] LARRAURI, Pijoan, citado por CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta: "*El delito de coacciones en el Código Penal de 1995*". Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 17.

# 1. DELITO DE COACCIÓN

**Art. 151°. "El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años."**

## 1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Tal como reconoce la doctrina, el proceso volitivo por el cual una persona decide actuar de determinada manera pasa por distintas fases: a) capacidad de formación de la voluntad; b) libertad de decisión de la voluntad; y, c) libertad de ejecución de la voluntad. En el primer caso, se afectará la capacidad de formación de la voluntad cuando se afecte o anule la capacidad para tal cometido; en el segundo caso, cuando se introduzca motivos ajenos que desvíen la voluntad del sujeto, y en el último, cuando se obstaculiza la decisión ya tomada.

Un sector de la doctrina comparada considera que en este tipo penal se protege la libertad de decisión, bajo el argumento de que, si decidir es presupuesto del hacer, solo lo hace libremente quien previamente ha decidido libremente[496]; mientras que otro sector mayoritario propugna que en este delito se protege la libertad de actuar del sujeto pasivo, de forma que el agente, con su conducta delictiva, fuerza a este a hacer

[496] Véase, CERVELLÓ DONDERIS: *Ob. Cit.*, p. 20.

lo que no desea o deja de hacer aquello que desea y libremente ha decidido llevar a cabo; por ello, el ataque se dirige a la capacidad de actuación de realizar aquello ya decidido[497]. En nuestra legislación penal, esta diferenciación resulta innecesaria, puesto que se reprime toda conducta que implique un real impedimento de acción del sujeto pasivo, ya sea por obstaculizar la ejecución de una decisión ya adoptada o por afectar la libertad de decisión de la víctima al ejercer violencia o amenaza contra la misma.

Consecuentemente, el *bien jurídico protegido* es la libertad de acción que tienen todas las personas, siendo afectado directamente y no de manera indirecta, como en los casos de los delitos en que esta afectación tiene como finalidad conseguir otros fines, como en el caso del delito de robo con amenaza. La Libertad de actuación abarca un amplio campo, sin embargo en este tipo penal tiene un carácter residual; estos es, este delito surge solo cuando los hechos a que se refiere no estén comprendidos ya en otro tipo legal[498].

### 1.2. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Agente del delito puede ser cualquier persona, incluso un funcionario público, siempre que actúe fuera del ámbito de sus atribuciones, en caso contrario su acción constituirá delito de abuso de autoridad o cualquier otro delito contra la administración pública, como el delito de concusión.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona que tenga capacidad de obrar. Los inimputables (menores de edad, enfermos mentales) podrán serlo solo en la medida en que disfruten de tal capacidad[499],

---

[497] En este sentido, CERVELLÓ DONDERIS: *Ob. Cit.*, p. 21.
En la doctrina española se ha venido distinguiendo el objeto de protección en libertad de decisión y de ejecución, lo que resulta justificado a fin de distinguir el delito de amenazas del de coacciones.

[498] Véase, BUSTOS RAMÍREZ: *Ob. Cit.*, p. 100.

[499] GARCÍA PABLOS, citado por CERVELLÓ DONDERIS: *Ob. Cit.*, p. 46.

por ejemplo los adolescentes. De esta manera quedan fuera del ámbito de tutela quienes no tienen tal capacidad de actuación como los recién nacidos[500]. La persona jurídica, al carecer de capacidad intelectiva y volitiva, no podrá ser sujeto pasivo del delito, pero obviamente, sí lo serán sus representantes legales.

### 1.3. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento típico consiste en "*obligar*" a otro hacer lo que la ley no manda. Ello supone compeler a una persona a hacer algo que no es exigido legalmente. Resulta, preocupante el uso del término "*lo que la ley no manda*", por cuanto a *contrario sensu* implicaría sostener la atipicidad de la conducta de quien usando la violencia o amenaza obliga a una persona a cumplir una obligación legal, ya sea de carácter civil o administrativa; por ejemplo el arrendador que obliga al arrendatario a cumplir la obligación de pagar los servicios públicos suministrados en beneficio del bien (Art. 1681° CC.), o el comodante que obliga al comodatario a cumplir la obligación de permitir que aquel inspeccione el bien para establecer su estado de uso y conservación (Art. 1738° CC.); o la coacción para que el vendedor cumpla con obligación de otorgar al comprador el comprobante de pago por los bienes que este adquiere. Situación que sería por demás inapropiada y facultaría el uso de las vías de hecho para compeler al cumplimiento de las obligaciones legales, lo que resulta incompatible con el propio ordenamiento jurídico; pues, ello está reservado solo a los órganos legítimamente facultados.

En tal sentido, consideramos que debe entenderse este precepto legal simplemente como *obligar* al sujeto pasivo a hacer algo que no quiere hacer, evitando así cualquier interpretación que justifique el uso de la fuerza para obligar al cumplimiento de obligaciones legales.

---

[500] CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta: *Ob. Cit.*, p. 46.

También resulta típica la conducta del agente destinada a "*impedir*" al sujeto pasivo hacer lo que la ley no prohíbe, esto es, se configurará el tipo penal cuando el agente imposibilite a otro la ejecución de una conducta que no está prohibida jurídicamente. En este caso, solo es punible la conducta del agente destinada a impedir al sujeto pasivo la realización de una conducta lícita, siendo atípica la conducta que tiene por objeto impedir acciones que la ley prohíbe (ilícitas).

En este caso, habrá que precisar los alcances del término "ley", previsto en este tipo penal; esto es, si se comprende a todas las normas que tengan rango de ley, sean estas penales, civiles o administrativas, o si solo se considera a las conductas prohibidas por la ley penal. Si se opta por la primera postura implicaría admitir que es atípico el uso de la violencia o amenaza dirigida a impedir un ilícito civil o administrativo por estar prohibido por la ley, como la conducta de quien impide a un peatón cruzar la pista por lugar distinto al crucero peatonal, hecho que está prohibido por las normas administrativas. En cambio, de optarse por la segunda posición, solo será atípica la conducta de impedir –con violencia o amenaza- la comisión de un ilícito penal, y por ende, configurarán delito de coacción todas las conductas dirigidas a impedir –por lo medios citados– la comisión de ilícitos civiles o administrativos.

A favor de esta última postura –la cual suscribimos– se puede argumentar, siguiendo a CERVELLÓ[501], que: 1) Es una exigencia del principio de intervención mínima, ya que extender la posibilidad de hacer uso de la fuerza para impedir cualquier conducta ilícita, supone admitir una permisibilidad amplísima en la legitimación del uso de la fuerza a los particulares, nada compatible con las garantías y límites que ha de respetar tal concesión[502]; 2) Se trata de salvaguardar la proporcionalidad que quedaría en entredicho si se pudiera evitar

[501] CERVELLÓ DONDERIS: *Ob. Cit.*, pp. 26 y 27.

[502] Esta misma argumentación podríamos utilizar para referirnos a la primera modalidad delictiva, pues la posibilidad de hacer uso de la fuerza para obligar a otro a realizar una conducta exigida por ley implicará una excesiva legitimación del uso de la fuerza.

cualquier tipo de ilícito a través de medios violentos, por el desequilibrio que puede haber entre el injusto que se quiere evitar y el empleo de la violencia para tal menester.

De otro lado, surge como interrogante determinar si la conducta concreta del agente ha consistido en obligar o en impedir, pues como resulta obvio cada conducta descrita en el tipo penal está de alguna forma recogida en la otra, así quien impide a otro que se presente a la última sesión de una competencia de natación, a su vez le está obligando a retirarse de la competencia; en igual sentido, si el accionar del agente ha consistido en amenazar al agraviado con su arma para amedrentarlo y obligarlo a que desista de los trabajos que realizaba para la instalación de un medidor de luz, puede entenderse como una conducta impeditiva; sin embargo, es innegable que con dicha conducta también se está obligando positivamente a la víctima a no realizar trabajos o a permanecer sin el servicio de energía eléctrica.

Al respecto, algunos autores consideran que se trata de un concurso de leyes y por ello, hay que acudir al tipo más benigno que será el de *impedir*, dada su atipicidad en caso de dirigirse a evitar una conducta prohibida ya que prevalece ese carácter prohibido de la conducta que se evita sobre la que se pueda estar compeliendo a hacer[503].

Por nuestra parte, consideramos que dicha postura resulta discutible por cuanto de la solución adoptada no se advierte la adopción de alguno de los vínculos o relaciones de las normas entre sí, reconocidos por la legislación y la doctrina para resolver el concurso aparente de normas penales: especialidad[504],

---

[503] MIR PUIG y Jorge BARREIRO. Véase, CERVELLÓ DONDERIS: *Ob. Cit.*, p. 23.

[504] Se presenta una relación de especialidad, cuando concurre para abordar el supuesto fáctico una norma especial y una general, en este caso se resuelve el aparente concurso, optando por lo que disponga el precepto especial, en virtud al principio *"lex specialis derogat legigenerali"*. Este es el caso más importante de relación de normas penales (inclusive es considerado por Jakobs como el único principio) y ha sido suficientemente explicitado por la doctrina, y aplicado por la legislación y la jurisprudencia, tanto a nivel

consunción[505], subsidiariedad[506]. Por lo que, nos afiliamos a las posturas que consideran que es preferible valorar globalmente el hecho al margen de su benignidad y optar por la que predomine en los hechos.

---

nacional así como en el extranjero, no existiendo problema al respecto; habiendo quedado claro que en estos casos, se establece entre ambas normas (especial y general) una relación de exclusividad, por la cual la norma especial rige en exclusiva, desplazando a la general, la misma que no tendrá ninguna vigencia para el caso concreto. En este supuesto, opera la exclusión de la norma general, sin importar si la norma específica establece una pena más grave o una pena más benigna; pues lo que importa es que la norma especial realiza una descripción más intensa del hecho.

[505] Se presentan relaciones de consunción, en primer lugar en el hecho que acompaña normalmente a otro, y en segundo lugar en los actos posteriores impunes o copenados. Nos encontramos en el primer caso por ejemplo, en el delito de hurto con fractura, en el mismo que se sustrae un bien mueble y a la vez se causa daños en las puertas o ventanas del domicilio del agraviado; en este caso, el tipo del hurto consume al tipo de daños que también se cometería con la fractura; por lo que la norma aplicable será únicamente la que tipifica el delito de hurto con fractura (hurto agravado), mas no así la que prevé el tipo de daños. Y nos encontramos ante actos copenados, por ejemplo cuando se comete un acto que realiza un tipo penal posterior a otro, pero ello se hace con la finalidad de aprovechar las ventajas o beneficios del primer tipo penal, ya que si no se realizase esta segunda conducta, la primera no tendría sentido para el agente del delito. En este caso, el desvalor del segundo hecho ya está contenido y consumido por el tipo y la pena del primero; este sería el caso por ejemplo de los supuestos de agotamiento del delito, pero también podría tratarse de un supuesto anterior al delito, como el caso en que se anticipe la pena para considerar como delitos consumados a determinados actos preparatorios dentro del *iter criminis* de determinado delito, en cuyo caso, la norma que sanciona los actos preparatorios será desplazada por el norma que sanciona al hecho consumado en su integridad.

[506] Asimismo, estaremos frente a una relación de subsidiariedad, cuando "un precepto penal sólo ha de encontrar aplicación de forma auxiliar, para el caso de que no intervenga ya otro precepto penal". "El fundamento material de lo subsidiariedad lo ve Honig en el hecho de que distintas proposiciones jurídico-penales protegen el mismo bien jurídico en distintos estadios de ataque". Véase, JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal.* Bosch, Barcelona, 1981, p. 1036.

Los medios comisivos son: violencia o amenaza.

*La violencia,* implica el empleo de fuerza física contra la persona. La intensidad de la fuerza física empleada debe ser suficiente para poder doblegar la voluntad del sujeto pasivo, por lo que se suele recurrir a criterios objetivos, para determinar si la violencia ejercida es capaz de vencer la voluntad de la víctima; así, se utilizan criterios *ex ante* que permitan indicar ante los ojos de un espectador imparcial la idoneidad de la violencia, aunque en muchos casos este criterio objetivo se ve relativizado al recurrirse al análisis de las circunstancias del hecho y la situación de los sujetos; pues, no es lo mismo coaccionar a un menor de edad que a un luchador de *tae kwon do.* Si la violencia ejercida supera los límites necesarios para doblegar la voluntad de la víctima habrá concurso con el delito de lesiones, de ser el caso.

Es discutida la inclusión del empleo de fuerza sobre las cosas "*vis in rebus*", así por ejemplo, romper objetos con la finalidad de que el sujeto pasivo actúe de determinada manera. Por nuestra parte, consideramos que estas conductas constituirán delito de coacción, siendo asimilables al concepto violencia, siempre que la violencia haya sido directamente ejercida sobre las cosas, con la finalidad de torcer la libertad de actuar del sujeto pasivo y en efecto se logre el mismo resultado coercitivo al haber incidido sobre su voluntad[507]. Mucho más discutido aún, es la inclusión de aquellos supuestos que no suponen empleo de violencia sobre las cosas, sino solo un impedimento o perturbación de algunos derechos del sujeto pasivo, así por ejemplo, corte de suministro de

[507] BUSTOS RAMÍREZ: *Ob. Cit.*, p. 101, sostiene que "...el concepto de violencia debe entenderse en su sentido amplio, ya que ha de vincularse al bien jurídico capacidad de actuar, y por tanto, comprende cualquier tipo de medio, esto es, fuerza física sobre las personas, violencia psíquica sobre las mismas (mediante fuerza sobre las cosas, uso de narcóticos o de hipnosis) y comprendiendo también, como extensión de esta violencia psíquica a la intimidación. Sólo así se le puede dar su verdadero sentido y significación en el mundo de hoy a la coacción (comprendiendo con ello aun a la llamada propaganda subliminal y otros procedimientos semejantes)".

energía eléctrica o de agua, colocar un candado para impedir el acceso a determinado ambiente, cambio de cerraduras de la puerta, etc., casos en los cuales consideramos que admitirlas sería ampliar extralimitadamente el término violencia[508], atentándose contra el principio de legalidad. Asimismo, aun cuando con las citadas conductas pueda, de alguna forma, doblegarse la voluntad del sujeto pasivo, debe atenderse no solo a las consecuencias de la acción dirigida contra la víctima, sino sobre todo, al desvalor de la acción por el empleo de la violencia o amenaza. De otro lado, dichas conductas podrían configurar otros tipos penales como usurpación, en su modalidad de perturbación de la posesión (o inclusive para el despojo de la posesión material) o el delito de daños, según corresponda.

*La amenaza,* implica el anuncio de causar un mal posible y verosímil a la víctima. La amenaza debe representar un peligro inminente para la vida o integridad física de la víctima –como cuando se amenaza con matarla o lesionarla- o de un tercero vinculado a la misma, por ejemplo cuando se obliga al agraviado a firmar determinado contrato, amenazándolo con lesionar, en caso de oposición, a su hijo menor de edad[509].

---

[508] En una ejecutoria superior se ha señalado: "Los actos imputados consistentes en impedir el ingreso al agraviado a su local comercial, adoptados por acuerdo de asamblea de propietarios y como mecanismo de presión para el pago de cuotas de mantenimiento, no resulta un hecho punible, pues el inculpado sólo se limitó a cumplir con un acuerdo de asamblea suscrito entre otros por el agraviado". (Expediente Nº 6633-97). En BACA CABRERA y otros: "Jurisprudencia Penal, Procesos Sumarios", Tomo II, Gaceta Jurídica, p. 207. Discrepamos con la citada ejecutoria por cuanto, si bien coincidimos en el criterio de que los hechos imputados al procesado no constituye coacción, esto es así, no porque éste haya dado cumplimiento a un acuerdo de la asamblea, sino porque no se ha utilizado ninguno de los mecanismos previstos por el tipo penal, amenaza o violencia; no siendo asimilable a la violencia las acciones dirigidas a imposibilitar otros derechos del sujeto pasivo.

[509] Sobre las características de la amenaza, en la jurisprudencia nacional se ha señalado: "Que, el delito de violación de la libertad personal –coacción- (...), conforme a la dogmática penal nacional interpreta la referencia a "el que

La amenaza debe manifestarse a través de palabras, gestos, escritos y debe ser capaz de producir efectos intimidatorios en el sujeto pasivo, lo que permitirá al agente vulnerar su resistencia, afectando su libertad de actuación. Esta, al igual que la violencia, tiene carácter medial, pues son los medios requeridos para la comisión del delito de coacción.

### 1.4. TIPO SUBJETIVO

Consiste en la actuación dolosa que abarcará el injusto típico referido al empleo de violencia o amenaza para doblegar la voluntad de la víctima. No se requiere de ningún otro elemento subjetivo distinto al dolo o elemento de tendencia en el agente del delito. La conducta culposa no resulta admisible en virtud a lo previsto en el art. 12° C.P.

### 1.5. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Como se sabe, si se ha determinado que un hecho, acción o conducta, reúne los elementos de tipicidad exigidos por la norma, ya se tiene todos los indicios para presumir que estamos igualmente frente a una conducta antijurídica, esto es, ante un injusto penal (conducta típica y antijurídica) precisamente por el carácter indiciario del tipo penal como categoría jurídico-penal. Sin embargo, para determinar con precisión la antijuricidad, lo que tenemos que hacer es descartar la existencia concreta de alguna causa de justificación[510], cuya presencia

---

mediante amenaza o violencia" obliga a otro (...) como aquella acción que debe producir en el sujeto pasivo un temor o compulsión por lo que se ve obligado a obedecer al agente, realizando una conducta que éste le indica; pero tal temor debe ser a consecuencia de una amenaza suficientemente idónea; y el mal que el agente pretende producir sobre la víctima debe ser inminente. En cambio la violencia física debe ser lo suficientemente marcada para generar la anulación de la voluntad de la víctima quien se ve obligada a realizar una conducta no querida". Exp. 1310-98, En "Diálogo con la Jurisprudencia". Año 7, Número 38, Gaceta Jurídica, Noviembre 2001, p. 245.

[510] "Una conducta típica es antijurídica si no hay una causa de justificación que excluya la antijuricidad. En vez de causa de justificación también se puede hablar de "causas de exclusión del injusto". ROXIN, Claus: *Ob. Cit.* p. 557.

precisamente, niega la antijuricidad de la conducta típica; pues, si se presentara alguna de estas causales, significaría que la conducta está permitida por el Ordenamiento Jurídico y consecuentemente no resulta antijurídica, y por tanto, no revestirá naturaleza penal.

La existencia de una causa de justificación, excluye la ilicitud de la conducta, por ejemplo ante la presencia del estado de necesidad justificante o el cumplimiento de un deber. En este sentido, el impedir a otra persona -por medio de violencia o amenaza- que se suicide, no constituye delito de coacción, pues a pesar de ser un acto típico al no ser el suicidio un supuesto prohibido por la ley, sin embargo la conducta del sujeto se encuentra justificada por estado de necesidad, dado que este actúa para evitar una inminente muerte.

De otro lado, resulta discutible sancionar como delito de coacción el supuesto en que se obligue a determinada persona a someterse a un tratamiento médico o quirúrgico, a pesar de su oposición en virtud a sus creencias religiosas[511]. Sobre el particular, se ha venido

[511] La doctrina considera también como supuesto justificado el caso de prestar ayuda alimentaria o sanitaria a quienes se encuentran en huelga de hambre penitenciaria, precisando MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.*, p. 156 que "en principio hay que respetar la voluntad del huelguista, salvo que éste haya perdido ya de forma permanente la consciencia o su capacidad de decisión esté ya gravemente alterada. La dificultad de valorar estas circunstancias en la última fase de la huelga, en la que el huelguista se encuentra semiinconsciente y en peligro inminente de muerte, y la posibilidad de manipulación política hacen que, en esos casos de duda sobre la capacidad del huelguista para decidir de forma consciente y responsable de la continuación de la huelga, se adopte, con todas las garantías médicas y judiciales, la decisión de la alimentación intravenosa, que estaría desde ese momento justificada". Por su parte, CERVELLÓ DONDERIS: *Ob. Cit.*, p. 72, afirma que "hay que tener en cuenta que el momento adecuado para la intervención varía de un caso a otro en función de las circunstancias patológicas del recluso y por ello no es oportuno ni conveniente dictar reglas que puedan ser generalizables, de donde surge una de las mayores dificultades como es la concreción del concepto de grave peligro, ya que si se entiende como tal la inminente llegada de la muerte las peculiaridades físicas y psíquicas del sujeto serán determinantes junto a la amenaza seria de grave deterioro, perjuicio duradero o paralización de las funciones orgánicas más importantes".

discutiendo si existe el derecho a disponer de la propia vida y si existe prevalencia del derecho a la libertad sobre el derecho a la vida, de forma que ningún médico podría obligar a un paciente a someterse a un tratamiento médico o quirúrgico. Sobre el particular, *prima facie*, podría sostenerse que legalmente existe una prevalencia del derecho a la vida por encima de la voluntad de su legítimo titular, en tanto nuestro ordenamiento penal sanciona las conductas de instigación o ayuda al suicidio (Art. 113°), la eutanasia u homicidio piadoso (Art. 112°), o por la irrelevancia del consentimiento en el delito de lesiones, la sanción del delito de tráfico ilícito de drogas, o las normas reglamentarias que obligan a los conductores de automóviles a usar el cinturón de seguridad. Aún más, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que: "*... nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos*"[512]. Sin embargo, a pesar de estos fundamentos que permitirían sostener una primacía de la vida frente a la libertad individual de su titular, podría también alegarse lo contrario, tomando como base –entre otros- la impunidad de la tentativa de suicidio, así como del consumo de drogas, etc. Aún más, nuestro Tribunal Constitucional también ha señalado: "*No hay que olvidar que todos los derechos fundamentales (todos, sin excluir alguno) están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución*"[513]. Por lo que, Constitucionalmente no podría afirmarse la prevalencia de un Derecho Constitucional frente a otro.

---

[512] STC 2945-2003-AA/TC, de fecha 20 de abril de 2004.

[513] STC 6712-2005-HC/TC.

Tomando postura al respecto, consideramos que más allá de las previsiones legales, el contenido esencial del derecho a la vida lo constituye: la proscripción de cualquier forma de privación de la vida por parte de terceros y el derecho del titular a llevar una vida digna; siendo así, sobre la base de la dignidad podría sostenerse que nadie tiene un deber de seguir viviendo en contra de su propia voluntad y por ende podría disponer de su propia de vida. Esta posición permite entender a la vida como un derecho y no como un deber, pues como ha señalado el Tribunal Constitucional Español en la STC 120/90 del 27 de junio de 1990 "*...la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no es, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador que no puede reducir el contenido esencial del Derecho*". De forma tal que si bien no existe un "derecho a morir", si se reconoce al sujeto individual la capacidad de elegir entre vivir o morir[514], por lo que no se le podría coactar a una persona para que siga viviendo.

En esta línea, la Ley General de Salud, Ley N° 26842, en su artículo 4° prevé que: "*Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo (...). La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso*"; con lo que la citada norma exige para el sometimiento a

[514] En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: "*Disponibilidad de la propia vida*". En Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 2005, p. 1139, ha señalado: "Sea como fuere, un derecho a morir sólo sería posible entendido como simple libertad de hacer, pero no como un derecho subjetivo que movilice al poder público. Así entendido, como derecho subjetivo con correlativos deberes para otros, no hay un derecho a morir".

tratamiento médico o quirúrgico, el consentimiento del paciente o de sus familiares legalmente facultados a otorgar dicho consentimiento cuando el titular no puede hacerlo, por ejemplo, el caso en que el paciente se encuentra en estado de inconsciencia, en este caso se exime al médico de su deber de garante respecto a la vida o salud de su paciente.

La citada Ley General de Salud establece dos excepciones a la regla antes citada, así, en el segundo párrafo del artículo 4° sostiene que no es necesario el consentimiento previo en las intervenciones de emergencia; por lo que, en estos casos el médico podrá, sin problema alguno, someter al tratamiento correspondiente al paciente en situación de emergencia. En caso contrario, si el paciente se opone a ser sometido a dicho tratamiento, el médico que bajo violencia o amenaza lo someta al mismo incurrirá en el delito de coacción, no pudiendo alegarse la existencia de una causa de justificación en tanto –conforme se ha sostenido- no puede invocarse una prevalencia del derecho a la vida frente a la libertad individual, al no existir un deber de vivir.

De otro lado, en caso que los representantes legales de los absolutamente incapaces[515] o de los relativamente incapaces, a que se refieren los numerales 1 al 3 del artículo 44° del Código Civil[516], negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico

---

[515] Código Civil. Artículo 43°.- Incapacidad absoluta
Son absolutamente incapaces:
1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

[516] Artículo 44°.- Incapacidad relativa
Son relativamente incapaces:
1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2.- Los retardados mentales.
3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos; con lo que se traslada a la autoridad judicial la posibilidad de suplir la voluntad del familiar o representante del paciente que se opone al tratamiento médico o quirúrgico, tomando en consideración el irremediable daño a su vida o integridad física, así como -en el caso de los menores de edad- el interés superior del niño. En este supuesto, la autoridad judicial sustituye a los representantes legales de los incapaces, asumiendo la condición de garante de la vida o integridad física de los mismos. En el caso que el menor de edad, ya sea por motivos religiosos o de otra índole, se oponga al tratamiento médico o quirúrgico su oposición no podría tomarse en cuenta, pues aun cuando la propia norma civil faculta a los menores de edad a realizar actos jurídicos propios de su vida cotidiana, cesando incluso la incapacidad de los menores de catorce años, partir del nacimiento de su hijo, para realizar los siguientes actos: a) reconocer a sus hijos, b) reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto, c) demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos; esto "... *no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto -como el ahora contemplado- que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable*"[517]. Ahora bien, tratándose de un mayor de dieciséis años de edad, la situación dependerá de si ha adquirido capacidad, ya sea por haber contraído matrimonio u obtenido título oficial que lo autorice para ejercer una profesión u oficio, pues se supone que ha adquirido la madurez necesaria para autodeterminarse libre y responsablemente, supuesto en el cual se requerirá su autorización expresa para someterlo a cualquier procedimiento médico.

[517] Sentencia del Tribunal Constitucional Español. Recurso de Amparo N° 3468/1997.

De otro lado, cabe alegar la existencia de un estado de necesidad, en el supuesto en que el médico obligue a un paciente a someterse a un tratamiento médico por existir riesgo de contagio a terceros, por ejemplo en los casos de vacunaciones en zonas en las que existe riesgo de propagarse una epidemia; pues, conforme a lo previsto en el art. XII del Título Preliminar de la Ley General de Salud: "*Las razones de conciencia o de creencia no pueden ser invocadas para eximirse de las disposiciones de la Autoridad de Salud cuando de tal exención se deriven riesgos para la salud de terceros*". En este caso, el derecho a la libertad personal, la libertad de conciencia o religión del sujeto obligado al tratamiento médico cede frente al derecho a la vida y a la salud de los terceros en riesgo de verse contagiados o afectados de no someterse aquel al tratamiento médico indicado; pudiendo asumirse que realmente estamos ante un estado de necesidad exculpante, que no niega la antijuricidad sino únicamente la culpabilidad, al sostenerse que en realidad, en este caso, los bienes en conflicto son de igual valor o jerarquía.

## 1.6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Se trata de un delito de resultado, por ende este delito se consumará cuando el sujeto pasivo hace lo que la ley no manda o deja de hacer lo que ella no prohíbe, con efectos o resultados inmediatos y directos sobre la libertad del sujeto pasivo del delito. Si a pesar del empleo de la violencia o amenaza, el agente no consigue que el sujeto pasivo omita o haga algo habrá tentativa; siempre que los medios empleados por el agente se revelen como elementos idóneos para lograr su propósito; de lo contrario, no se habrá realizado el tipo penal por inidoneidad de los medios.

## 1.7. JURISPRUDENCIA RELEVANTE

En cuanto a los medios para concretar la coacción en un caso concreta el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, precisando:

"*Asimismo este Tribunal ha señalado (Exp. N 2435-2002-HC/TC) que para determinar si existe certeza de la amenaza del acto*

*vulnerador de la libertad individual, se requiere la existencia de "(...) un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones". En tanto que, para que se configure la inminencia es preciso que "(...) se trate de un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios."* (EXP. N° 05009-2008-PHC/TC; del 18 de marzo del 2009[518].

[518] Al respecto ver GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás: *Nuevo Orden Jurídico y Jurisprudencia Penal, Constitucional y Procesal Penal.* Tomo II, Ideas Solución Editorial, Lima, 2015, p. 118).

## 2. DELITO DE SECUESTRO

Art. 152°.- "Será reprimido con pena privativa de 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 agrupación 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 esta circunstancia.**
3. **Si se causa lesiones graves o muerte al agraviado durante el secuestro o como consecuencia de dicho acto.**

## 2.1. NOCIONES GENERALES

Ante la creciente ola de secuestros en el país, se ha venido acentuando en nuestra legislación nacional una desproporcional respuesta del ordenamiento penal frente a dicho delito, al punto que a la fecha es uno de los delitos con la más grave conminación penal, de 20 a 30 para el delito básico, no menor de treinta años en los supuestos agravados y con cadena perpetua en las circunstancias agravantes previstas en último párrafo del artículo 152° del Código Penal; como puede apreciarse, en todos los casos muy por encima del marco penal previsto para el delito de asesinato. Además, con el transcurso del tiempo se han ido incrementando el número de circunstancias agravantes, erigiéndose en un tipo penal casuístico. Aún más, para redondear la severidad de la respuesta penal frente a este delito, no procede el indulto, ni la conmutación de pena a los condenados por secuestro. Tampoco procede el derecho de gracia[519]; asimismo, se les restringe sensiblemente el otorgamiento de beneficios penitenciarios a los condenados por este delito[520].

---

[519] Conforme a lo previsto en el artículo 2° de la Ley N° 28760.

[520] El artículo 3° de la Ley N° 28760, modificada por Ley N° 29423 prevé que en los delitos de secuestro y/o extorsión, los condenados por dichos delitos podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y educación y la liberación condicional. En el primer caso, el interno por dicho delito redime la pena mediante el trabajo o la

No existe duda de que el delito de secuestro está concebido como uno de los más graves dentro de nuestro ordenamiento jurídico-penal. Ello, obviamente, tiene su razón en la intensa afectación del bien jurídico libertad personal en su manifestación de libertad de locomoción (ambulatoria), que como hemos resaltado, es uno de los pilares del sistema. Sin embargo, somos conscientes que la simple agravación de las penas, más que una medida eficaz y eficiente en términos de prevención de estos delitos, no es más que el reconocimiento expreso de la deficiencia de los sistemas de prevención del delito y de las demás formas de control no formal, constituyendo únicamente un recurso al Derecho penal simbólico, al que hace referencia la doctrina.

Definitivamente, determinadas conductas –por los bienes jurídicos que vulneran, o por su forma de ejecución-, merecen un acentuado reproche penal; sin embargo, la fijación del marco penal debe también responder a determinados parámetros -racionalidad legislativa-, esto es, deben respetarse los límites que la legislación sobre derechos humanos; al respecto, la doctrina y la jurisprudencia constitucional han ido estableciendo, los principios de humanidad de las penas, proporcionalidad[521], etc., como límites propios de la potestad punitiva en

---

educación, a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva, bajo la dirección y control de la Administración Penitenciaria; mientras que en el caso de la liberación condicional, podrá accederse cuando el interno haya cumplido efectivamente los tres cuartos de la pena impuesta, siempre que no tenga proceso pendiente con mandato de detención y previo pago del íntegro de la cantidad fijada por reparación civil y de la multa. En el caso del interno insolvente deberá presentar la correspondiente fianza.

[521] El principio de proporcionalidad, en su variante de la interdicción del exceso, es el criterio para controlar la constitucionalidad de la ley en el marco de estas relaciones, siempre desde el punto de vista de la afectación del derecho de defensa respectivo. En esta variante, el principio de proporcionalidad está conformado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (...) De acuerdo con el sub principio de idoneidad, toda ley penal, como intervención en la libertad general de acción y otros derechos fundamentales, debe ser idónea para

un Estado de Derecho respetuoso de la dignidad humana. En todo caso, una respuesta político criminal adecuada frente a esa conducta delictiva debe ir más allá del simple recurso al incremento de la conminación penal, requiriéndose de un lado, un adecuado estudio y conocimiento de las causas y consecuencias de estos hechos así como de los sujetos involucrados; solo a partir de esta información se podrá elaborar una respuesta integral, que incluya a la penal, pero que la complemente con otros instrumentos o mecanismos preventivos como una adecuada actuación policial, seguridad y tratamiento penitenciarios, pasando, obviamente, por una investigación y juzgamientos eficaces y eficientes.

## 2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Como ya se ha manifestado, la libertad es un valor superior en nuestro ordenamiento jurídico, siendo un presupuesto imprescindible para la convivencia social, como una norma cultural de vida que hace posible la convivencia de los hombres. A diferencia de la figura de coacción, en este delito se tutela una manifestación de la libertad: la libertad ambulatoria, esto es, la capacidad del sujeto para desplazarse por sí mismo o por los medios de locomoción que considere pertinentes[522].

---

fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. (...) De acuerdo con el sub principio de necesidad, para que una intervención penal en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. (...). De acuerdo con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, para que una intervención penal en la libertad o en los demás derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención (es decir, de protección del bien jurídico) debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental. BERNAL PULIDO, Carlos: El principio de proporcionalidad de la legislación penal. En *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina.* Año II, N° 34, Palestra editores, Lima, enero-junio, 2006, pp. 213 y 242.

[522] CARBONELL MATEU-GONZÁLES CUSSAC en Vives Antón (Coord.): *Ob. Cit.,* Vol. II, p. 845.

## 2.3. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Agente del delito puede ser cualquier persona; incluso un funcionario público, en cuyo caso se configurará la agravante prevista en el numeral 3 del art. 152° del Código Penal. Sujeto pasivo puede ser cualquier persona que tenga la capacidad, según el sentido natural, de formar una voluntad de movimiento dirigida a cambiar su posición en el espacio. Cuando se trate de menores o de personas que carezcan de capacidad de decidir su situación en el espacio físico se estará quebrantando la relación de custodia con la persona legalmente encargada de su guarda[523]. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado: "... *en el delito de secuestro agravado por la calidad del sujeto pasivo "un menor de edad", que como en el caso de autos aún no tenía la capacidad física locomotriz ni psíquica para auto-determinarse, el injusto culpable se configura porque el agente priva a su víctima del derecho de mantenerse bajo la órbita, el control y cuidado de quienes tienen el deber y poder de tenencia respecto a él como libre ejercicio de las potestades que se producen dentro de los vínculos de familia...*"[524].

Asimismo, puede ser considerado sujeto pasivo del delito, la persona a la cual se le impide la utilización de los mecanismos necesarios para su desplazamiento; por ejemplo, privar a una persona incapaz ("absoluta") de movilizarse por sus propios medios, del uso de su silla de ruedas, sin que exista posibilidad que pueda tener auxilio o ayuda de terceros; pues, con dicha actividad se vulnera la libertad ambulatoria de la víctima.

## 2.4. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento típico en este delito consiste en la privación de la posibilidad de desplazarse de un lugar a otro al sujeto pasivo;

---

[523] Véase, MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.*, p. 167.

[524] Exp. N° 5631-96, Resolución del 10 de Abril de 1997.

es decir, privarlo de la posibilidad de determinar por sí mismo su situación en el espacio físico, siendo indiferente la extensión de este último[525]; en tal sentido, constituye delito de secuestro, privar de la libertad a una persona encerrándola en una pequeña habitación o dentro de una gran mansión.

El tipo penal no establece una modalidad determinada de comisión del delito, por el contrario, el propio tipo penal estipula que es irrelevante la modalidad adoptada, siendo admisible cualquier conducta que tenga como resultado la privación al sujeto pasivo de la posibilidad de movilizarse de un lugar a otro. La forma más común de comisión de esta figura penal es el encierro, que equivale a situar a un persona en un lugar no abierto, mueble o inmueble[526]; por ejemplo, en un automóvil o una habitación, etc.; y la detención, que equivale a la aprehensión de una persona impidiéndole modificar su posición en el espacio a voluntad, por ejemplo atándola o encerrándola.

El legislador nacional, tampoco ha hecho referencia a los medios empleados por el agente; en este sentido, los medios pueden ser violencia, intimidación, amenaza, engaño, etc.; siendo lo relevante que este sea idóneo para privar al sujeto pasivo de su libertad personal.

Son irrelevantes las circunstancias o el tiempo en que el sujeto pasivo sufra la privación o restricción de su libertad; sin embargo, se requiere de un cierto periodo de tiempo significativo de privación

---

[525] En este sentido, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Exp. N° A.V. 19-2001, Sentencia de fecha 07 de abril de 2009, Caso Fujimori, con cita de ROY FREYRE, ha señalado: "Se requiere que se prive a una persona de la facultad de movilizarse de un lugar a otro –de decidir el lugar donde quiere estar o no estar-, aun cuando se le deje cierto ámbito de desplazamiento que la víctima no puede físicamente traspasar, configurándose el delito precisamente por la existencia de tales límites impeditivos".

[526] MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.*, p. 168.

de libertad, que debe ser valorado por el juzgador, a fin de no sobrecriminalizar conductas y en atención al carácter fragmentario del Derecho penal. Así, en determinados supuestos podríamos recurrir a criterios de imputación objetiva de la conducta, propiamente al riesgo insignificante, para excluir de la imputación conductas de escasa significancia social, como el caso de la persona que es obligada a permanecer en el interior de una agencia bancaria, por medidas de seguridad, al término de su actividad laboral[527].

Estando a que la libertad es un derecho disponible, el consentimiento del sujeto pasivo es relevante, pues en este caso la conducta del agente será atípica.

Este delito puede ser cometido por comisión así como también por omisión impropia, como cuando la persona con deberes o posición de garante de la libertad de la víctima, dolosamente omite liberarlo[528]. Es un delito permanente, puesto que la afectación a la libertad así como la situación de antijuricidad se mantiene durante todo el tiempo en que dura el cautiverio de la víctima; hecho que tiene incidencia en la determinación de los autores y demás partícipes en los hechos, así como en la consumación del delito; e inclusive para la prescripción de la acción penal por este delito.

---

[527] "Existen supuestos en los que ex ante no se da un riesgo suficiente o significante. Este principio implica la falta de significación social de la conducta y la no punibilidad de surge desde el bien jurídico protegido y se extiende a la estructura de los tipos penales. Siendo el bien jurídico el encargado de darle significación a la realización típica, creemos que también no son imputables las conductas que le suponen una insignificante afectación", VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho Penal. Parte General.* Grijley, Lima, 2006, pp. 326-327.

[528] En este sentido, Bustos Ramírez pone como ejemplo el caso de la persona que pide a su criado que lo encierre durante la noche, pues padece de sonambulismo, y éste a la mañana siguiente no le abre la puerta.

## 2.5. ACTUAR SIN DERECHO, MOTIVO O FACULTAD JUSTIFICADA

La especial referencia al actuar "sin derecho o facultad justificada" para privar a otra persona de su libertad ambulatoria, actualiza el debate sobre la naturaleza de dicha previsión normativa, esto es, si se trata de un elemento del tipo o de una causa de justificación. Por nuestra parte, consideramos que se trata de un elemento normativo del tipo; por lo que, para la realización del tipo objetivo se requiere que la privación de libertad sea injustificada[529]; si por alguna razón

---

[529] Como señala ROXIN, Claus: *Ob. Cit.*, p. 291. "De la comprensión del tipo como tipo (clase) de delito, como compendio de todos los presupuestos de la prohibición abstracta, se deriva que un elemento aún no pertenece al tipo por el hecho de estar contenido en el tenor de una disposición penal. Así, p. ej. Las expresiones "antijurídica(mente)" o "ilícita(mente)" (...) no son elementos típicos, sino sólo una alusión (superflua) a la antijuricidad como elemento general del delito o a lo sumo a la posibilidad de consentimiento del titular del bien jurídico, que ciertamente excluye ya la realización del tipo (...) En cambio allí donde la palabra antijurídica(mente) caracterice de modo más preciso un elemento concreto del tipo (...), los presupuestos del juicio de antijuricidad son componentes de la clase de injusto y pertenecen al tipo...".
En la jurisprudencia nacional se ha señalado: " Cuarto: Que, conforme a lo expuesto se encuentra acreditado la participación de los encausados, encontrándose en principio, la conducta desarrollada por los agentes prevista y penada en el artículo ciento cincuenta y dos del Código Penal (...) advirtiéndose del tipo penal la protección de la libertad de movimiento entendida ésta como la privación de la facultad de poder dirigirse al lugar que quiera o encaminarse a donde no se desea ir o, en su defecto, como el confinamiento en un lugar cerrado, empero el tipo penal señala que la conducta desarrollada por el agente no se encuentre justificada por un derecho que respalde la privación de libertad, podrá concluirse que no existe delito por cuanto se exige como requisito *sine qua non*, la ausencia de un derecho que lo justifique, afectándose directamente la tipicidad objetiva. Cuando se advierta la presencia de un derecho que justifique la privación de libertad, devendrá en aplicable el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal como causal eximente de responsabilidad penal, pero cabe acotar que éste obrar conforme a derecho debe ser realizado dentro de los parámetros fijados por la ley y dentro del plazo que señale la norma que justifique la medida, no debiendo demorarse más allá del tiempo razonable, *contrario sensu* todo el tiempo de privación

se presentara alguna causal justificatoria o la víctima consintiera en la realización de los hechos que finalmente significan, para ella, la imposibilidad de desplazarse de un lugar a otro a su voluntad, no se habrá configurado este elemento del tipo. Pues, como se ha indicado líneas antes, la libertad es un bien jurídico disponible.

En igual sentido, serán atípicas las conductas realizadas por los padres, amparados en el derecho de corrección de los hijos, previsto en el art. 423°.3 del Código Civil y el art. 74° inciso d) del Código de los Niños y Adolescentes, los que establecen que son derechos y deberes de los padres que ejercen la patria potestad, corregir moderadamente a sus hijos. Sobre la corrección moderada, cabe precisar que, si bien se ha entendido que esta se condiciona a las circunstancias culturales y sociales, pero con especial atención a la minoría de edad[530], no debemos olvidar que fundamentalmente debe interpretarse conforme al mandato constitucional de respeto de la dignidad humana[531], del libre desarrollo de la personalidad y obviamente, teniendo como límite la proporcionalidad, que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes[532].

---

de libertad que sobrepasa el tiempo necesario para poner a disposición de la autoridad pertinente constituirá un ilícito penal...". Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Recurso de Nulidad N° 847-2004-CUSCO. Nótese que la ejecutoria en comentario, en primer término parece reconocer que la cláusula "sin facultad justificada" es un elemento del tipo objetivo, por ende, de comprobarse la existencia de la misma, sería atípica la conducta; sin embargo, posteriormente, en el mismo fundamento se decanta por la existencia de causa de justificación.

[530] MIR PUIG, citado por VILLAVICENCIO TERREROS: *Ob. Cit.*, p. 557.

[531] "La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico a la dignidad de la persona por el solo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución" (STC 0010-2002-AI-TC, de fecha 03 de enero de 2003).

[532] Véase, CERVELLÓ DONDERIS: *Ob. Cit.*, p. 61.

También serán atípicos los supuestos en que alguno de los padres de los menores de edad sin capacidad de autodeterminación, traslada al menor de un lugar a otro, aun cuando dicho menor no consintiera o el otro de los progenitores no preste su consentimiento, puesto que en estos casos, el padre estaría actuando en ejercicio de la patria potestad compartida. En el caso de que fuera el otro padre quien ostenta la patria potestad, por disposición legal o por disposición de la autoridad competente, la situación sería más discutible, sin embargo tampoco habrá delito de secuestro, puesto que en este caso estaremos ante el tipo penal que expresamente regula estas conductas; esto es, el art. 147° CP, que reprime la conducta de quien mediando una relación parental, sustrae un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad; criterio que será aplicable al padre o la madre así como a otros ascendientes, aun cuando hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad.

Las detenciones efectuadas por los miembros de la Policía Nacional del Perú a las personas que se encuentran en flagrante delito también son atípicas, pues estos se encuentran legalmente facultados para ello; incluso el nuevo Código Procesal Penal regula, en el artículo 260°, la figura del arresto ciudadano, por la cual en casos de flagrancia delictiva, toda persona puede proceder al arresto del agente del delito, teniendo la obligación de entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito, a la dependencia policial más cercana o al policía que se halle por inmediaciones del lugar, no autorizándose a encerrar o mantener privada de su libertad a la persona en un lugar público o privado hasta su entrega a la autoridad policial.

Finalmente, es atípica la conducta del ciudadano que autoriza el internamiento de enfermos mentales en centros especializados o el internamiento de personas enfermas en hospitales o clínicas, al existir motivos justificados, relacionados con la salud mental de la persona y la prevención de situaciones que pudieran generar riesgos en la salud o integridad física del propio internado o de terceros.

## 2.6. TIPO SUBJETIVO

Es preciso el dolo, por lo que el agente debe ser consciente de la ilegalidad de la privación de libertad -esto es, que está actuando sin derecho, motivo o facultad justificada- y la voluntad de asumir la misma.

No se requiere ningún elemento subjetivo específico además del dolo, siendo irrelevante el móvil o propósito del sujeto activo del delito. Así por ejemplo, constituye delito de secuestro, el hecho de que Dayana encierre a José en el local comercial del primero y lo ate a una silla, con el propósito de obligarle a cancelar una deuda contraída con este.

## 2.7. CASO DE LAS RONDAS CAMPESINAS Y DELITO DE SECUESTRO

Un problema álgido que se ha venido presentando en nuestro medio, ha sido la posibilidad de tipificar en el delito de secuestro las acciones llevadas a cabo por los integrantes de las Rondas Campesinas; al respecto, en un primer momento se consideró que estas acciones constituían delito de secuestro en concurso con otros delitos, según el caso; luego se ha considerado como supuestos especiales sometidos a la competencia jurisdiccional de las Comunidades Campesinas apoyados por las Rondas, como se verá detalladamente a continuación.

### 2.7.1. RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Hasta antes del Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República, la respuesta de la jurisprudencia nacional ha sido muy variada y contradictoria, lo que agudizaba el conflicto, generando inseguridad jurídica. Los pronunciamientos al respecto son más o menos del modo siguiente:

En el Recurso de Nulidad N° 4382-97 se procesó –entre otros- a diversas personas dirigentes y miembros de las rondas campesinas de la localidad de Hualcuy por el delito de secuestro, dado que: *"El día veintinueve de noviembre de 1995, detuvieron en contra de su voluntad al agraviado (...) por el término de tres días, utilizando para ello el domicilio*

*de uno de los ronderos, lugar donde fue sometido a interrogatorios y maltratos físicos con el propósito de que se autoinculpara de haber sustraído un semoviente de propiedad del encausado (...), por lo que al no lograr su objetivo procedieron a liberarlo el día dos de diciembre de 1995...".* Aun cuando, la Corte Suprema se pronunció sobre la insuficiencia probatoria, también señaló *"... las versiones exculpatorias de los encausados se encuentran corroboradas con las actas de reuniones de ronderos (...), así como las declaraciones testimoniales (...), en donde se ratifica la versión de que los agraviados nunca fueron detenidos sino que se les solicitó que acompañaran a los ronderos para que sean interrogados, habiendo aceptado este pedido por ser algo cotidiano en la zona ante la comisión de abigeatos (...); además, debe tenerse en cuenta la ley número veinticuatro mil quinientos sesenta y uno, artículo seis, la misma que establece que las rondas campesinas tienen facultades de defensa y cooperación frente al delito común, concordado con el artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución Política del Estado; y no existiendo en autos prueba alguna que aquellos han sobrepasado dicha atribución conferida por ley; consecuentemente, mal puede imponerse una sentencia condenatoria...".*

En 1996, la Corte Superior de Piura absolvió a 10 ronderos acusados de secuestro y a uno acusado de extorsión, por considerar que las conductas imputadas se habían realizado en el ejercicio de funciones de seguridad comunal. Interpuesto el recurso de nulidad, el Fiscal Supremo en lo penal opinó (Dictamen N° 4416-97-MP-FN-2°FSP, en la instrucción N° 910-96) que debía *"tenerse en cuenta que la captura efectuada por los ronderos acusados se encuentra amparada en la Constitución en su artículo 149°..."*; por lo que concluyó que no había nulidad en la sentencia absolutoria. El 11 de mayo de 1998 la Corte Suprema, de conformidad con lo dictaminado por el fiscal, declaró no haber nulidad en la resolución impugnada (Exp. N° 5622-97)[533].

[533] Defensoría del Pueblo: El Reconocimiento estatal de las rondas campesinas. Compendio de Normas y Jurisprudencia", p. 15.

De otro lado, en el Dictamen Fiscal N° 1217-97-MP-2DA FSP, se ha señalado: *"Fluye de autos que la agraviada (...) abandonó su hogar, su marido y ocho hijos por maltratos que provenían de su esposo (...), dirigiéndose a Acopara-Huari en donde se une con su co agraviado (...), que el 20 de noviembre de 1993, los ronderos de la localidad detienen a los agraviados, brindándoles tratos inhumanos y humillantes, obligándoles luego a pagar la suma de 100 Nuevos Soles (...); además de esto, los encausados hacen entrega de la casa que la agraviada heredó de su padre al denunciante (...); se tiene que los encausados son miembros y directivos de la ronda campesina del poblado de Acopara -distrito de Huántar- y como tales decidieron tomar el presente caso denunciado por (...), con la finalidad de resolver esta denuncia conyugal-familiar aplicando normas del derecho consuetudinario y ancestral (...), se advierte que al momento de suceder los hechos hubieron algunos excesos contra los agraviados, pero debe también tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron los hechos; y que posteriormente los ronderos campesinos han ofrecido las disculpas del caso, devolviendo las pertenencias, dándose a entender que no han actuado con malicia sino con el ánimo y espíritu de mantener unida dicha familia (...), por lo que se podría tomar como un error cultural condicionado..."*.

En marzo del año 2002, la ronda campesina del caserío de Pueblo Libre, jurisdicción de la Provincia de Moyobamba, Departamento de San Martín, capturó a cuatro personas acusados de haber cometido los delitos de robo, violación sexual y asesinato, condenándolos a un día de calabozo y a cumplir con la pena denominada "cadena ronderil"[534]. Por estos hechos, los ronderos encausados fueron condenados, por la Sala Penal de Moyabamba, a tres años de pena privativa de la libertad efectiva y al pago de una reparación civil a

[534] La cadena ronderil consiste en hacer rondar a los condenados por los caseríos donde han cometido sus crímenes. De esta forma, los pobladores podrían reconocerlos, y además serviría para que aquellos presten trabajo gratuito a favor de las respectivas comunidades.

favor de los agraviados; posteriormente, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Recurso de Nulidad N° 975-04, del 09 de junio de 2004, absolvió a los citados ronderos señalando que el delito de secuestro se comete cuando "sin derecho" se priva de la libertad a una persona; sin embargo, en dicha causa no habría existido una privación de libertad "sin derecho", habiendo sido legítimo el accionar de los ronderos, por encontrarse amparados en el artículo 149° de la Constitución[535]. Esta ejecutoria llevó a muchos

[535] RN. N° 975-04: "PRIMERO: Que el delito de secuestro se configura cuando el agente priva a una persona, sin derecho, de la facultad de movilizarse de un lugar a otro, con independencia de que se deje cierto espacio físico para su desplazamiento y cuyos límites la víctima no puede traspasar; desde este punto de vista lo importante no es la capacidad física de moverse por parte del sujeto pasivo sino la de decidir el lugar donde quiere o no quiere estar y los más importante de esta disquisición, es que en el aludido tipo penal se usa la expresión "sin derecho priva a la víctima de su libertad", pero esta privación de la libertad tiene una consecuencia, perseguida por el agente, a un fin mediato, siendo la privación de libertad sólo un modo facilitador. (...) TERCERO: Que en tal sentido la conducta de los procesados no reviste el carácter doloso que requiere el tipo penal de secuestro, dado que su actuar se encuentra normado y regulado por el artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución Política del Perú que a la letra dice: "... las Rondas campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario..." no habiéndose advertido con ello ningún ejercicio abusivo del cargo ya que por el contrario todos los denunciados actuaron conforme a sus ancestrales costumbre. CUARTO: Que el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal, señala que está exento de responsabilidad penal, "el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo"; por lo que, si los procesados en su condición de ronderos, momentáneamente aprehendieron a los presuntos agraviados; sin embargo su accionar es legítimo por cuanto se encuentra enmarcado en el artículo ciento cuarenta y nueve de nuestra Carta Magna. QUINTO: Que al haber concurrido la causa de justificación "el actuar por disposición de la ley en el presente proceso: en consecuencia si bien la acción es típica; sin embargo no es antijurídica, por ende tampoco culpable, resultando de aplicación del artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales...". Cabe precisar que, la citada sentencia adolece de gruesos errores, puesto que en primer término, hace referencia a la inexistencia de dolo (elemento subjetivo del tipo), por ende alude a la atipicidad de la conducta; posteriormente, afirma lo

a considerar que se había abierto "el camino al reconocimiento definitivo de la justicia comunal por la institucionalidad estatal" y que la Corte Suprema había acogido una interpretación extensiva del artículo 149° de la Constitución, para incluir a las rondas campesinas en su supuesto de hecho, lo que en la práctica implica, de un lado la descriminalización de las conductas atentatorias contra la libertad y otros bienes jurídicos de los miembros de determinada comunidad, cometidos por los ronderos, cuando actúen en ejercicio de la llamada justicia comunal[536]. Sin embargo, las posteriores ejecutorias de la Corte Suprema de Justicia no parecen ser uniformes con dicho criterio, conforme se verá a continuación.

En el Recurso de Nulidad N° 3156-2005-San Martín, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró No Haber Nulidad en la sentencia que condenó a un Presidente de Rondas Campesinas como autor –entre otros- del delito de secuestro, señalando: *"Que fluye de autos que el veinticinco de noviembre de dos mil dos el acusado (...), en su condición de presidente de las Rondas*

---

contrario señalando que se trata de una conducta típica mas no antijurídica, al concurrir una causa de justificación. Asimismo, hace referencia a dos causas de justificación distintas, asumiendo una sinonimia entre éstas: cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho. Finalmente, hace una cita inexacta del art. 149° de la Constitución Política, puesto que éste artículo prescribe que son las Comunidades Campesinas y Nativas las que ejercen facultad de administrar justicia en el ámbito de su jurisdicción de conformidad con el derecho consuetudinario y no confiere textualmente a las Rondas Campesinas tal facultad; en todo caso, no justifica por qué puede interpretarse esta facultad jurisdiccional a favor de las rondas.

[536] Defensoría del Pueblo: *Ob. Cit.*, p. 15. En el mismo sentido, se ha señalado que: "Al señalar que el accionar de los ronderos "es legítimo, por cuanto se encuentra enmarcado en el artículo ciento cuarenta y nueve de nuestra Carta Magna", el máximo tribunal ha reconocido que, en realidad, las rondas campesinas son una organización que no sólo resuelve conflictos, como señalaba la Ley 27908, sino que, además está facultada para administrar justicia y sancionar a los responsables de delitos", Véase: ARDITO VEGA: Wilfredo: *"Corte Suprema: Rondas Campesinas están facultadas para efectuar detenciones"*. En http://www.justiciaviva.org.pejusticiavivamail/.

*Campesinas de la Base Pacaypite, intervino al agraviado Fredy Rojas Bocanegra a raíz de una denuncia de violación sexual que había sido formulada en su contra y dispuso su encierro en el calabozo ronderil, para después ponerlo a disposición de la comisaría de Jepelacio (...) por lo que se configuran los delitos de secuestro y usurpación de funciones...".*

Conforme a lo expuesto, en algunos casos se ha sostenido la *atipicidad de la conducta* al considerarse que las rondas campesinas actúan en ejercicio de un derecho, esto es, por tener la facultad de administrar justicia y por ende para realizar detenciones de personas, en virtud a lo previsto el art. 149° de la Constitución; en otros casos, se ha considerado que la conducta a pesar de ser típica y antijurídica no es culpable, al actuar los ronderos bajo un error de comprensión culturalmente condicionado; y, en otros caso, se ha considerado que las actuaciones ronderiles, especialmente las que afectan la libertad de los intervenidos, constituye delito. A fin de dar alguna salida a este clima de inseguridad jurídica, el legislador nacional, mediante Ley N° 27599, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15 de Diciembre de 2001, concedió amnistía general a los miembros de las rondas campesina y/o comunales reconocidas en la Ley N° 24571, que a dicha fecha se encontraban procesados por la tenencia ilegal de armas y secuestro, siempre y cuando este último hecho no esté signado de desaparición o tortura de los afectados.

A la fecha, la Corte Suprema de justicia de la República, ha reconocido facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas, y por ende la atipicidad de los delitos de secuestro y usurpación de funciones, cuando realicen las conductas en ejercicio de dicha facultad; asimismo, ha establecido algunos límites a dicha facultad jurisdiccional, considerado la posibilidad de aplicar, según sea el caso, la existencia de una causa de justificación, un error de prohibición, error de tipo o error culturalmente condicionado, cuando el agente –rondero- actúe fuera de los límites antes establecidos.

### 2.7.2. ¿SE RECONOCE FACULTADES JURISDICCIONALES A LAS RONDAS CAMPESINAS?

Las Rondas Campesinas surgieron hace aproximadamente 40 años y han venido cumpliendo labores de prevención y lucha contra la delincuencia dentro de las Comunidades, efectuando labores de control del orden dentro de las mismas[537]. En este sentido, conforme señala la Defensoría del Pueblo, han venido ejerciendo las siguientes atribuciones: *i)* ordenar la detención de una persona que presumiblemente haya cometido una conducta considerada delictiva al interior de la comunidad o centro poblado; *ii)* ejercer la fuerza coercitiva necesaria para que se encuentren presentes durante su juzgamiento, y evaluar la responsabilidad de los acusados; *iii)* determinar la consecuencia correspondiente de acuerdo a las reglas (escritas u orales) de la comunidad; y, *iv)* ejecutar la sanción[538]. El ejercicio de dichas atribuciones ha ocasionado la apertura de más de un proceso penal en contra de los miembros o dirigentes de las rondas campesinas, lo que ha originado en el interior de las mismas un cierto descrédito de la justicia estatal, que libera a quienes han ocasionado delitos dentro de las comunidades o en perjuicio de estas y sanciona a quienes intentan brindar seguridad a favor de las mismas.

---

[537] Aún más, conforme a la Defensoría del Pueblo: *Ob. Cit.* p. 9, las rondas campesinas: "Además de impartir seguridad y justicia en los caseríos y campos donde operan, en mucho de ellos las rondas campesinas constituyen un pilar de la participación ciudadana para efectos de la fiscalización de autoridades y el desarrollo local. Asimismo, en cada vez más lugares los pobladores vienen aprovechando las rondas campesinas para afrontar comunalmente aspectos de la problemática del desarrollo, como la conservación de suelos, construcción de canales de riego, solución a conflictos de riego (lo que también puede considerarse como parte de la justicia comunal), construcción de locales escolares o protección del equilibrio ecológico y la biodiversidad. De esta manera, hoy en día constituyen un puntal de la institucionalidad rural andina".

[538] Defensoría del Pueblo: *Ob. Cit.*, p. 8.

El art. 149° de la Constitución reconoce el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de las autoridades de las Comunidades Campesinas[539], quienes lo harán dentro de su ámbito territorial y conforme al derecho consuetudinario. Con esto, aun cuando todavía incipiente, se ha reconocido en el ámbito jurisdiccional, el pluralismo jurídico existente en el país, el cual aún presenta conflictos entre el Derecho Oficial y el Derecho Consuetudinario, que en mayor medida se presenta en el marco de las comunidades andinas y amazónicas, y claro también con el accionar de las rondas campesinas. El problema de la multiculturalidad conlleva a innumerables inconvenientes, entre ellos, el problema del derecho a prevalecer: el Derecho Oficial o el Derecho Consuetudinario. Es evidente que cada grupo étnico tiene una determinada identidad (local) y un sistema jurídico que no necesariamente responde al Derecho oficial. Esto, obviamente, lleva a que estos grupos puedan sentir como una forma de opresión la exigencia de cumplir un Derecho que no es conforme a su cultura y costumbres, al no participar de los valores que informan ese derecho.

La norma constitucional establece que en el ejercicio de la facultad de administrar justicia, las Comunidades Campesinas y Nativas pueden contar con la colaboración de las rondas campesiñas, posición que ha sido reiterada en la Ley N° 27908 -Ley de Rondas Campesinas-, cuyo primer artículo estipula: "Reconócese personalidad jurídica a las Rondas Campesina, como forma autónoma y democrática de organización comunal, pueden establecer interlocución con el Estado, *apoyan en el*

---

[539] "Por error de técnica, si bien el artículo 139° de la Constitución señala que: 'La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes', en puridad, como el propio texto fundamental lo reconoce, asistemática, pero expresamente, existen otras jurisdicciones especiales; a saber: la militar y la arbitral (inciso 1 del artículo 139°); la de las Comunidades Campesinas y Nativas (A/rtículo 149°); y la Constitucional (artículo 202°)".
STC 00023-2003-AI/TC, de fecha 09 de Junio de 2004, fundamento jurídico 20.

*ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas*, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial. Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca".

Siendo así, una interpretación literal de las normas bajo comentario conlleva a afirmar que las Rondas Campesinas no tendrían la facultad de administrar justicia, sino que cumplen labores de colaboración en el ejercicio de dicha facultad otorgada a las Comunidades Campesinas y Nativas; por lo que no tendrían derecho para realizar detenciones de ciudadanos y administrar justicia comunal. Esta postura parecería reafirmarse con el hecho de que normativamente nunca se ha reconocido expresamente tal facultad a los miembros de las Rondas Campesinas; aún más, mediante Ley N° 27599, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15 de Diciembre de 2001, se concedió amnistía general a los miembros de las rondas campesinas y/o comunales reconocidas en la Ley N° 24571, que a dicha fecha se encontraban procesados por la tenencia ilegal de armas de fuego y secuestro, siempre y cuando este último hecho no esté signado de desaparición o tortura de los afectados. Como se sabe, por la amnistía el Estado renuncia a su potestad punitiva olvidando todos los efectos del delito, sustrayendo al hecho del marco de aplicación de la ley penal. Aun cuando no se trata de un delito político o conexo con los políticos[540], dicha

[540] Recuérdese que la discusión se presenta respecto al tipo de delitos que pueden ser materia de amnistía. Pues, se sostiene que sólo resulta aplicable a delitos políticos o en todo caso a delitos conexos a los políticos, pero no a otro tipo de delitos; precisamente porque el fundamento de la amnistía está en la especial situación de conmoción o implicancia política y social que pudiera generar el sancionar a los agentes de los delitos materia de la amnistía, sea por el reconocimiento de la licitud de su conducta por buen número de ciudadanos o sea porque el móvil perseguido estaba subordinado evidentemente a un fin político.

norma tuvo como sustento la fuerte conmoción que había generado el procesamiento de ronderos que han venido ejerciendo la justicia comunal en defensa de sus intereses; sin embargo, esta solución no ha sido la más adecuada, por cuanto no hace más que contribuir al clima de inseguridad jurídica, puesto que con la dación de esta ley, se afirma que las rondas campesinas no tienen facultades de administración de justicia y que no puede interpretarse extensivamente el art. 149° de la Constitución.

A pesar de lo antes expresado, sostenemos que, el fundamento del art. 149° de la Constitución está en el respeto de la identidad étnica y cultural (Art. 2.19 Constitución[541]) y el derecho consuetudinario de determinados pueblos, para que en ejercicio de dichos derechos puedan resolver los conflictos que le son propios; por lo que siendo las rondas campesinas autoridades comunales que actúan en defensa de los intereses de sus respectivas comunidades, conforme a sus valores culturales, al contar con una determinada identidad étnica y cultural, resulta lógico entender que la norma constitucional también les reconoce la facultad de administrar justicia. Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, en el que se indica que desde una perspectiva objetiva, las Rondas Campesinas tienen conciencia étnica o identidad cultural; es más, afirman rasgos comunes que los diferencian de otros grupos; y comparten un sistema de valores, en especial instituciones y comportamientos colectivos, formas de control

---

"Delitos políticos puros. Son los que están dirigidos contra la organización y funcionamiento del Estado como ente público por excelencia, actuando el agente con móvil político o finalidad progresiva. Delitos comunes conexos al delito político. Se estiman como tales las conductas ordinarias que se materializan en relación de subordinación a un delito político o a una finalidad política". ROY FREYRE, Luis E.: *Causas de extinción de la acción penal y de la pena.* Grijley, Lima 1997, p. 162.

[541] Art. 2°.19 "Toda persona tiene derecho a: (...) 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación".

social y procedimientos de actuación propios, los que los distinguen de otros colectivos sociales.

Podrá objetarse que una interpretación de este tipo afectaría el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, que reserva la jurisdicción a los jueces y tribunales del Poder Judicial; sin embargo, es el propio artículo 149° el que, en concordancia práctica con el artículo 2° inciso 19) reconoce un ámbito jurisdiccional especial. La eficacia integradora de esta opción constitucional pasa por interpretar dicho artículo extendiéndolo a las rondas campesinas, en la medida en que expresen una identidad comunal y actúen conforme a un Derecho consuetudinario respetuoso de los derechos humanos[542].

No obstante, si bien es razonable la interpretación extensiva de la Constitución para reconocer facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas, es necesario que en una ley específica se desarrolle tal interpretación y expresamente se reconozca esta facultad a las rondas,

---

[542] Defensoría del Pueblo: *Ob. Cit.*, p. 13. Agregando, además: Una interpretación restrictiva del artículo en cuestión para salvaguardar el principio de exclusividad de la función jurisdiccional llevaría, como de hecho ha ocurrido, a las siguientes consecuencias respecto de la normatividad constitucional:

a) Vaciaría de contenido el derecho a la pluralidad cultural de los campesinos parceleros en cuanto a la regulación de su vida social y en especial, de la seguridad y justicia comunal (interpretación contraria al Principio de concordancia práctica de la Constitución).
b) Haría al ordenamiento constitucional ineficaz respecto de la integración a la Nación de dichos campesinos parceleros, más aún cuando las autoridades policiales, fiscales y judiciales comunes no pueden brindar seguridad ni justicia en sus comunidades, por escasez de personal y recursos logísticos; así como por la poca efectividad de las instituciones jurídicas comunes (procesales, civiles, familiares y penales principalmente) para resolver conflictos en nuestras sociedades rurales (interpretación contraria al Principio de eficacia integradora de la Constitución),
c) Finalmente, y como ya se indicó líneas arriba, la norma constitucional que reconoce la jurisdicción especial devendría en parcialmente ineficaz, al no facilitar el acceso a la justicia de los campesinos parceleros ni el desarrollo de su identidad cultural (interpretación contraria al Principio de eficacia de la Constitución).

solo así se acabará con las diversas interpretaciones del artículo 49° de la Constitución Política del Estado y con los conflictos entre las diversas autoridades de la justicia ordinaria de la justicia especial constituida por las comunidades nativas, las comunidades campesinas y las rondas campesinas.

### 2.7.3. Límites a la facultad jurisdiccional

La Corte Suprema de Justicia de la República, en un invalorable aporte, siguiendo la doctrina de la Corte Constitucional Colombiana ha fijado algunos criterios para identificar la justicia comunal ronderil[543]:

a) *Elemento humano.* Existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural. Como ha quedado expuesto en los párrafos anteriores, las rondas campesinas tienen este atributo socio cultural.

b) *Elemento orgánico.* Existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades. Las rondas campesinas, precisamente, constituyen esa organización comunal que, entre otras múltiples funciones, asume funciones jurisdiccionales para la solución de los conflictos. Ellas cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social.

c) *Elemento normativo.* Existencia de un sistema jurídico propio, de un derecho consuetudinario que comprenda normas tradicionales tanto materiales cuanto procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las rondas campesinas. Esas normas, en todo caso y como perspectiva central de su aceptabilidad jurídica, han de tener como fundamento y límite la protección de la cultura comunitaria, asegurar su mantenimiento y prevenir las amenazas a su supervivencia.

---

[543] Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116.

d) *Elemento geográfico.* Las funciones jurisdiccionales, que determinan la aplicación de la norma tradicional, se ejercen dentro del ámbito territorial de la respectiva ronda campesina. El lugar de comisión del hecho, determinante de la aplicación de la norma tradicional, es esencial para el reconocimiento constitucional de la respectiva función jurisdiccional de la ronda campesina: las conductas juzgadas han de ocurrir en el territorio de esta.

También ha establecido que en los casos concretos debe analizarse que el agente –que ejerce la justicia comunal- ha de ser un rondero y que la conducta ha de haber ocurrido en el ámbito geográfico de actuación de la respectiva ronda campesina, señalando también que:

i) Será del caso establecer, como primer paso, la existencia de una concreta norma tradicional que incluya la conducta juzgada por la ronda campesina. Esa norma tradicional, como ha quedado expuesto, solo podrá comprender la defensa y protección de los intereses comunales o de un miembro de la comunidad donde actúa la ronda campesina.

ii) Si el sujeto -u objeto- pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos guardan relación con la cosmovisión y la cultura rondera –se trata, por tanto, de conflictos puramente internos de las Rondas Campesinas-, no cabe sino afirmar la legitimidad constitucional de esa conducta –y, por ende, la exclusión del Derecho penal-, en tanto en cuanto, claro está, los actos cometidos no vulneren significativamente los derechos fundamentales.

iii) En cambio, frente a personas que no pertenecen a la cultura o espacio cultural de actuación de las Rondas Campesinas –se presenta un conflicto de naturaleza intercultural- la solución no puede ser igual. La legitimidad de la actuación comunal–rondera estará condicionada no solo a la localización geográfica de la conducta sino también al ámbito

cultural, esto es, (1) que la conducta del sujeto afecte el interés comunal o de un poblador incluido en el ámbito de intervención de la ronda campesina y esté considerada como un injusto por la norma tradicional –cuya identificación resulta esencial para el órgano jurisdiccional-; y (2) que –entre otros factores vinculados a la forma y circunstancias del hecho que generó la intervención de las rondas campesinas y al modo cómo reaccionaron las autoridades ronderas, objeto de denuncia o proceso penal- el agente de la conducta juzgada por el fuero comunal-rondero haya advertido la lesión o puesta en peligro del interés comunal o de sus miembros y/o actuado con móviles egoístas para afectar a la institución comunal u ofendido, a sabiendas, los valores y bienes jurídicos tradicionales de las Rondas Campesinas o de sus integrantes.

A estos elementos se une el denominado factor de congruencia, de forma que la aplicación del derecho consuetudinario por las rondas campesinas no puede vulnerar desproporcionada e innecesariamente los derechos fundamentales de la persona. La propia norma constitucional señala como parámetro, el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Por su parte, el Tribunal Constitucional desarrollando -parcialmente- dicho límite ha señalado: "*El reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber (...) de Comunidades Campesinas y Nativas (Artículo 149°), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución, siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva*"[544].

Asimismo, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ratificado por el Estado peruano, en su artículo 8°.2, refiriéndose a los pueblos indígenas, prevé que: "Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones

[544] STC 06167-2005-HC/TC.

propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos que puedan surgir en la aplicación de este principio". Igualmente, en su artículo 9°.1 precisa que: "En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros".

Brindando su aporte, para concretar la vigencia de los derechos fundamentales en el ejercicio de la facultad de administrar justicia ronderil, la Defensoría del Pueblo ha sostenido que en el ejercicio de la jurisdicción comunal se debe respetar[545]:

a) *La dignidad de la persona humana:* Si bien la dignidad humana es fuente del respeto de la vida, integridad y libertad, lo es también, de forma directa, del conjunto de exigencias del debido proceso, en la medida en que estas implican el reconocimiento de la calidad de sujetos y no objetos de las personas sobre las que va a recaer una decisión. Estas exigencias aumentan en complejidad a medida que los órganos de decisión y los procesos respectivos se hacen más complejos. Por el contrario, pueden sintetizarse puntualmente allí donde los procedimientos son relativamente simples (...). En estos casos el respeto al debido proceso debería incluir como mínimo:
   - *En relación con los órganos que juzgan:* El derecho a un juzgador predeterminado e imparcial. Es decir, la asamblea o ronda que juzga debe tener competencias predefinidas, aunque sea por la costumbre, y debe haber garantías de su imparcialidad.

[545] Defensoría del Pueblo: Ob. Cit., pp. 15-16.

- *En relación con el procedimiento*: El derecho de defensa (o a ser oído) y a presentar pruebas (como testimonios, por ejemplo).
- *En relación con la decisión:* El derecho a que sea adecuadamente motivada (sin importar si es verbal o escrita), y a que se ejecute conforme a sus fines, de manera que se obtenga una tutela comunal efectiva.

b) *El respeto de la vida y la integridad física:* Y por consiguiente, la obligación de no matar ni afectar la integridad corporal al punto de generar en ella afectaciones permanentes. Como referencia, puede recordarse que nuestras normas penales consideran como delitos la comisión intencionada de lesiones que exigen 10 o más días de descanso o tratamiento médico. En ese mismo sentido, se encuentra totalmente prohibida la tortura o cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante, es decir, aquel que busca generar en la persona un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillarla, degradarla y romper su resistencia física y moral, tal como lo han precisado tanto la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, como su similar europea. Un linchamiento estaría dentro de los actos prohibidos por estas razones.

Consideramos pertinente señalar que ante casos de sanciones con latigazos la Corte Constitucional de Colombia en la discutida Sentencia de tutela (equivalente a nuestro amparo) T-523/97 estimó: "*...que el sufrimiento que esa pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo*" y que "*tampoco podría considerarse como pena degradante que "humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno*". En todo caso, si bien no todo castigo físico es causa necesaria de una afectación a la vida e integridad, o de considerarse como tortura, lo recomendable es sustituirlos por otro tipo de sanción.

c) *La libertad personal:* El derecho a la libertad personal, como todo derecho, admite una amplia gama de restricciones que podrían ser aplicadas por la justicia comunal. Sin embargo, existe un núcleo esencial que no puede ser desconocido: la capacidad de tomar decisiones sobre uno mismo. Por ello, toda forma de esclavitud está absolutamente prohibida. No así las sanciones consistentes en trabajos en favor de la comunidad, en donde el sistema de ejecución penitenciaria común tiene mucho que aprender y recoger de la justicia comunal.

Siendo así, se encuentra proscrita toda conducta que infrinja los límites antes precisados y que impliquen vulneraciones significativas y desproporcionadas a los derechos fundamentales, respecto a los cuales no puede predicarse su falta de reconocimiento o que estos cedan frente al derecho consuetudinario al tratarse de derechos naturales respecto a los cuales existe suficiente consenso en la mayoría de culturas.

### 2.7.4. ¿Cómo valorar jurídicamente los supuestos de transgresión a los límites impuestos a la facultad jurisdiccional?

Cualquier conducta de privación de libertad, ejercitada por los miembros de las rondas campesinas, siempre que se realicen dentro de los límites antes citados, respetándose los derechos fundamentales, será atípica, en tanto los agentes -ronderos- hayan actuado con facultades jurisdiccionales. Como ya hemos señalado, consideramos que cuando el tipo penal de secuestro hace referencia a actuar "sin derecho o facultad justificada" para privar a otra persona de su libertad ambulatoria, se trata de un elemento normativo del tipo, que caracteriza de forma concreta el tipo penal, por lo que la presencia del referido derecho torna en atípica la conducta; en consecuencia, no cabe alegar la existencia de una causa de justificación: "ejercicio legítimo de un derecho", porque para ello es necesario en primer lugar, determinar que estamos ante un hecho típico, lo que no sucede en la actuación de las autoridades ronderas.

De otro lado, en los supuestos en que la conducta de privación de libertad se realice fuera de los límites antes previstos, cabe –según el análisis del caso concreto- apelar a la existencia de un Error de Comprensión Culturalmente Condicionado[546]. La regulación de esta forma de error ha sido producto de una tendencia propiciada por ZAFFARONI, que busca reconocer el pluralismo cultural existente en Latinoamérica, y en la búsqueda de formas menos gravosas de exclusión o atenuación de culpabilidad de los miembros de grupos étnicos, en aquellas acciones que se encuentran penadas por la legislación penal oficial.

Debemos partir de la premisa de que el *error de comprensión culturalmente condicionado* es una forma de error de prohibición directo[547], por cuanto incide sobre la comprensión de la norma,

---

[546] Esto sin contar otras propuestas efectuadas por la doctrina como las que alegan la existencia de grave alteración de la percepción cultural (art. 20° numeral 1 del Código Penal), en el que se propone una lectura normativa y no meramente biológica de elemento normativo "percepción" o la postura de quienes consideran que el art. 15° del Código Penal contiene un supuesto de inexigibilidad.

[547] Esta es la forma clásica de Error de Prohibición, la que puede versar sobre el desconocimiento de la existencia de una prohibición, un ejemplo es el clásico caso de una extranjera (p.ej. holandesa) que se practica en nuestro país un aborto, en la creencia de que éste no se encuentra prohibido. Asimismo, este error puede versar sobre la vigencia de la norma, el alcance o la interpretación de la misma. También existirá este tipo de error en los casos en que a pesar del conocimiento de la norma, éste incide sobre la comprensión de la misma (error de comprensión culturalmente condicionado). El error de prohibición indirecto, puede darse por la creencia de la existencia de una causa de justificación, sobre los límites de ésta y sobre los presupuestos objetivos de la misma. Así se distingue entre a) Error de Permisión: Es cuando que el autor, a pesar de conocer de la prohibición de la conducta que realiza cree, en el caso concreto, que concurre una causa de justificación; b) Error sobre los Límites de Permisión: Es el caso en que el sujeto considera equivocadamente que su conducta se encuentra dentro de los límites de una causa de justificación acogida por la norma y que se encuentra presente al momento del hecho. Por ejemplo: Aquella persona, que ha sido víctima de un ataque violento por parte de un tercero quien ha pretendido asaltarle, y aún después de haber reducido al delincuente continúa agrediéndole físicamente en

teniendo como factores condicionantes: la cultura y costumbres. ZAFFARONI[548] sostiene que la antijuricidad no solo puede ser conocida sino también es susceptible de comprensión (internalización), señalando que una de las ficciones en el principio de la culpabilidad está en el hecho de que cualquier hombre que conoce la antijuricidad de su conducta está en condiciones de comprenderla.

Es importante la precisión realizada por la legislación penal peruana vigente, al hacer referencia -en el artículo 15°- a la comprensión de la antijuricidad, puesto que, si bien es cierto, en doctrina se establece como elemento de la culpabilidad la conciencia de la antijuricidad, que implica que el autor conoce y comprende

---

la creencia de que dicha conducta se ampara en la legítima defensa; c) Error de Tipo Permisivo: Se trata del error de quien supone, equivocadamente, que concurren circunstancias que justifican el hecho. Se caracteriza porque las circunstancias que justificarían el hecho sólo concurren en la representación del autor. Así el caso de la legítima defensa putativa: el transeúnte que toma por atracador a quien se le aproxima, produciéndole la muerte en actitud supuestamente defensiva (caso de la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 1 de diciembre de 1987); así también, quien equivocadamente cree que concurre una situación de conflicto entre bienes jurídicos, o quien cree que concurren los presupuestos para una detención legal, como el caso de quien detiene a otro por estimar erróneamente que acaba de cometer un delito.

[548] "La 'consciencia de la antijuridicidad' no puede ser entendida como sinónimo de 'conciencia individual'. Dado el anárquico empleo de la voz 'consciencia' (y "conciencia"), preferimos hablar de 'ética individual' para designar las valoraciones, las pautas de conducta individual que responden a internalización de valoraciones o pautas sociales.
Estas valoraciones, o sea, esta ética individual, pueden diferir por completo de los valores o pautas de conducta que establece el orden jurídico. Las causas de este distanciamiento son múltiples, abarcando una gama tan enorme que va desde el condicionamiento cultural hasta las convicciones políticas, morales y religiosas (...) En síntesis, pues, le será exigible a un sujeto la comprensión de la antiuridicidad de su conducta sólo cuando tuvo la posibilidad de conocerla, cuando se comprende a sí mismo como persona porque comprende a los demás como tales y, por último, cuando le era exigible, dadas sus circunstancias culturales, que internalizase la pauta de conducta que ese desvalor señala". (ZAFFARONI, Eugenio: *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* T. IV, Ediar, Buenos Aires, 1999, pp. 86-88, 95).

el carácter disvalioso de su acción, el mismo que coincide con el significado disvalioso que le otorga el ordenamiento penal, sin embargo, muchas veces se interpreta esa conciencia de la antijuricidad como simple conocimiento del autor de que la acción realizada por este no se halla permitida, hecho que puede ser lógico en sociedades más avanzadas, en las cuales todas las personas acceden al conocimiento con mayor facilidad, en las que existe menor déficit de socialización como el analfabetismo o no existe pluralidad cultural; pero que, en sociedades como la peruana, caracterizada por su diversidad cultural (por ejemplo los miembros de grupos étnicos, que tienen una formación e identidad cultural distinta) dicha interpretación restringida resulta inadecuada[549].

Debemos resaltar como válido el criterio adoptado por MUÑOZ CONDE[550], quien sostiene que la norma penal cumple una función

---

[549] Asimismo, debemos tomar en cuenta que incluso en doctrina, a pesar de existir acuerdo respecto a los elementos de la culpabilidad, el fundamento de ésta no es siempre el mismo, puesto que mientras para algunos como MUÑOZ CONDE el fundamento de la culpabilidad es la función motivadora de la norma; para otro sector, lo es la prevención general, y el total respeto del ordenamiento jurídico; en tal sentido, teniendo en cuenta éste último criterio, sería irrelevante que el sujeto haya podido o no internalizar el mandato normativo, siendo el único criterio imperante el hecho de conocer que su conducta se haya prohibida por el ordenamiento vigente.

[550] "Dentro del control social la norma penal, el sistema jurídico penal, ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces. La norma penal no crea, en efecto, nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación del comportamiento humano en sociedad. Es inimaginable un Derecho penal completamente desconectado de las demás instancias del control social. Es más, un Derecho penal que funcionara así sería absolutamente insoportable y la más clara expresión de una sociedad de esclavos. La norma penal, el sistema jurídico penal, el Derecho penal como un todo, sólo tienen sentido si se les considera como la continuación de un conjunto de instituciones, públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, etc.), cuya tarea consiste igualmente en socializar y educar para la convivencia a los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas

motivadora, debiendo tomarse en cuenta que este como parte del control social formal, es un control secundario al control no formal, por lo que no se trata de que las normas penales impongan nuevos valores, sino que refuercen aquellos imperantes en una sociedad; hecho bastante difícil de aplicar en nuestro país, dado que, como se ha expuesto, existen muchos grupos étnicos que responden a valores culturales distintos. En tal sentido, dicha internalización de los mandatos normativos es una labor por demás complicada, incluso podría ser hasta un tanto represiva o impositiva. Esto no implica aceptar que los miembros de grupos culturales distintos puedan hacer justicia por su propia mano atentando contra los derechos humanos, puesto que en la contrariedad que pudiera existir entre derecho consuetudinario y derechos humanos como la vida, integridad física y libertad, habrá que decidirse por la vigencia de estos últimos, ya que a pesar de respetarse la multiculturalidad, el respeto de dichos bienes jurídicos no pueden dejarse al arbitrio de las conciencias individuales. Pero claro, en cuanto al derecho a la libertad, se pueden tolerar afectaciones no trascendentes, que de todos modos amparan la actuación de los ronderos en el caso que nos ocupa.

El Error de Comprensión Culturalmente Condicionado, como cualquier otro error de prohibición tiene como consecuencia jurídica la exclusión de culpabilidad o atenuación de pena, dependiendo de la vencibilidad o no del error. En tal sentido, para el análisis de los casos concretos no será suficiente constatar la sola pertenencia a una cultura distinta, sino que será necesario analizar la vencibilidad o invencibilidad del error. En tal sentido, resulta indispensable que el Juzgador verifique la existencia real de costumbres o patrones

---

de comportamiento. Las diferencias existentes entre el sistema jurídico penal y otros sistemas de control social son más bien de tipo cuantitativo: el Derecho penal constituye un 'plus' adicional en intensidad y gravedad de las sanciones y en el grado de formalización que su imposición y ejecución exige". MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal y control social.* Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 37.

culturales distintos en el autor, los que se deberán a su formación en un grupo cultural específico. Asimismo, también debe tomarse en cuenta como supuestos de vencibilidad que en el país, se han dado muchos casos de inserción y asimilación de los miembros de estos grupos a la sociedad occidentalizada, lo que se revela con los cada vez mayores casos de emigración hacia las ciudades. En estos casos habrá de evaluar el nivel de occidentalización y si aun en las ciudades siguen conservando sus costumbres ancestrales o consuetudinarias, los llegados a la urbe.

## 2.8. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma cuando se priva de libertad de desplazamiento al sujeto pasivo, aunque la acción tenga efectos permanentes, siendo admisible la tentativa. En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia nacional señalando que "... *la consumación en el delito de secuestro, se produce cuando el sujeto pasivo queda privado de su libertad para movilizarse, además, la conducta delictiva continúa mientras dura la privación de libertad puesto que se trata de un delito permanente*"[551]. El carácter de delito permanente hace que sea posible la intervención de un partícipe con posterioridad a la consumación del hecho[552]. Asimismo, que el plazo de prescripción empezará a correr desde que cesa el estado de privación de libertad del sujeto pasivo.

## 2.9. AGRAVANTES EN EL DELITO DE SECUESTRO

Para este delito se ha establecido tres grados o niveles de penalidad, para el tipo básico (que acabamos de comentar) se ha previsto una pena privativa de libertad no menor de 20 ni mayor de 30 años; asimismo,

---

[551] Exp. N° 5250-98-Lima, En Revista Peruana de Jurisprudencia, N° 1, Normas Legales.

[552] CARBONELL MATEU-GONZÁLES CUSSAC en Vives Antón (coord.): *Ob. Cit.*, Vol. II, p. 851.

se ha establecido agravantes de primer grado que establecen una pena no menor de 30 ni mayor de 35 años de pena privativa de libertad; y finalmente, agravantes de segundo grado, más agravado, que prevé la pena de cadena perpetua.

### 2.9.1. AGRAVANTES DE PRIMER GRADO O NIVEL

#### *A. Se abusa, corrompe, trata con crueldad o pone en peligro la vida o salud del agraviado*

*a) Se abusa o corrompe*

El fundamento de la agravante se encuentra en el mayor disvalor de la conducta del agente, en la que no solo se lesiona el bien jurídico libertad personal, sino que también se afecta o pone en riesgo a otros bienes jurídicos como la vida, integridad física y salud física o mental del agraviado.

Tradicionalmente, la doctrina nacional ha considerado que los términos "*abusar*" y "*corromper*" están referidos a la comisión de cualquier delito de violación de la libertad sexual, teniendo en cuenta que el antecedente de esta agravante se halla en el artículo 223°.1 del Código Penal abrogado.

A diferencia de lo previsto en el Código penal abrogado que contenía la fórmula: "*Si el delincuente ha secuestrado una persona para abusar de ella o corromperla*", la legislación vigente contiene en esta agravante un elemento objetivo del tipo penal, por lo que no solo basta que el agente prive de su libertad a la víctima con la finalidad antes citada, sino que es necesario que se haya cumplido dicha finalidad para la configuración de la agravante.

Por *abusar* se entiende al abuso sexual. En tal sentido, se configurará la agravante cuando durante la ejecución de la privación de libertad el agente agreda sexualmente a la víctima. Aun cuando el tipo penal utilice la expresión "*abusar*" esto no impide subsumir dentro del mismo cualquier modalidad de violación sexual, esto es,

el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realizar otros actos análogos, introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. Si bien de por sí, esta conducta constituye delito de violación de la libertad sexual, sin embargo, la circunstancia de mayor vulnerabilidad de la víctima, por encontrarse privada de su libertad, y las mayores posibilidades del agente para agredirla sexualmente constituyen una conducta más disvaliosa que acarrea un mayor reproche penal, por lo que esta conducta se encuentra subsumida en esta modalidad agravada. Aun cuando, necesariamente el agente debe actuar dolosamente; sin embargo, no se requiere que la privación de libertad se haya realizado con la finalidad expresa de abusar o corromper a la víctima, pues la agresión sexual puede representársela el agente y efectuarla durante los días de cautiverio de su víctima.

La expresión *corromper* ha sido entendida por la doctrina nacional como el desarrollo de actos o sugestiones inmorales que despierten o incitan en el agraviado apetitos o prácticas desviadas[553]; en este sentido, el Diccionario de la Lengua Española[554] define corromper como "pervertir o seducir a alguien", entendiéndose por pervertir como el acto de viciar las costumbres o inclinaciones sexuales, haciéndolas socialmente negativas o inmorales.

Probablemente, debería mejorarse la redacción de esta agravante a fin de evitar que su literalidad la vincule con cuestiones netamente morales; debiendo entenderse más bien como la ejecución de cualquier vejamen de contenido netamente sexual, que no implique las acciones previstas en la modalidad de abusar; por ejemplo, cuando el agente realiza acciones reiteradas en contra la víctima orientadas a pervertir su concepción sexual.

---

[553] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.*, p. 417.

[554] Vigésima segunda edición, Q. W. editores, 2005.

*b) Trato cruel*

Existe uniformidad en la doctrina y jurisprudencia nacional en definir la crueldad como: "*...una circunstancia (física/psíquica o moral) que debe ser apreciada normativamente cuya referencia es siempre el comportamiento del agente, en sus aspectos objetivos y subjetivos: adición de otros males –propiamente innecesarios– a la víctima, fuera de los propios del secuestro: la pura restricción de la libertad deambulatoria, y la asunción por el agente de la innecesariedad de su acción, el carácter deliberado del exceso, de ocasionar padecimientos innecesarios a la víctima*"[555].

En términos generales, la privación de libertad –secuestro- trae consigo que el agente ejerza determinada coacción psicológica contra la víctima, incluso, que ejercite cierta violencia; pues, en un contexto real, la víctima de secuestro ejercitará –en la mayoría de los casos-

---

[555] Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sentencia de fecha 07 de abril de 2009, Exp. N° A.V. 19-2001, Caso Fujimori. Barrios Altos, Cantuta y Secuestro, p. 601. En iguales términos, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el R.N. 19-01-2009, de fecha 30 de diciembre de 2009, ha definido el trato cruel: "...como la circunstancia física, psíquica o moral que debe ser apreciada normativamente, debiendo tomarse como referencia, entre otros, al comportamiento del agente, en sus aspectos objetivos y subjetivos: incorporando otras conductas innecesarias contra la víctima, fuera de aquellos que configuran el secuestro; es decir, además de la pura restricción de libertad ambulatoria se necesita la asunción del agente de la innecesariedad de su acción plus y el carácter deliberado del exceso de ocasionar padecimientos innecesarios a la víctima". En la misma línea, el Ministerio Público (Segunda Fiscalía Suprema Penal), Dictamen 023-2009, en el Recurso de Nulidad de la causa antes citada, p. 31, ha afirmado: " Esta definición de la crueldad –coincidente incluso con su contenido semántico-, es la misma que se propone en la doctrina nacional y comparada, en cuyo ámbito es casi unánime su concepción en términos genéricos, concepción que en sus presupuestos o elementos mínimos está presente en cualquier grado o nivel –trato degradante, trato inhumano y tortura-, como también en sus distintas formas ya como agravante de algunos delitos –trato cruel en el delito de secuestro- ya como elemento típico de otros –gran crueldad en el delito de asesinato-".

una resistencia a la privación de libertad, por lo que el agente debe servirse de algún medio idóneo para su ejecución, esto no implica desconocer que el agente puede servirse de otros medios distintos a la coacción o violencia, por ejemplo el engaño o que se sirva de la circunstancia concreta en que se encuentra la víctima para privarla de su libertad, como cuando se limita a echar llave a la habitación en la que esta se encuentra, impidiéndole salir de la misma; igualmente, la propia privación de libertad será siempre ilegal; el agente buscará siempre el momento y las condiciones propicias para su ejecución, en su mayoría será un sujeto desconocido para la víctima (no ha de esperarse que el secuestrador se identifique ante su víctima), el lugar de reclusión o privación de libertad será generalmente desconocido para la víctima; en igual forma, la víctima casi siempre desconocerá el tiempo que permanecerá en cautiverio y las motivaciones de su secuestrador; estas circunstancias necesariamente generarán aflicción y padecimiento psicológico en la víctima, sin embargo no son suficientes para consumar la agravante de *trato cruel,* pues estas se encuentran subsumidas en la modalidad básica del tipo penal de secuestro.

En tal sentido, como ha afirmado la jurisprudencia nacional, el trato cruel es una circunstancia agravante que requiere un *plus* frente a toda conducta que entrañe privación ilegal de la libertad de una persona y que puede ser definido como aquel acto que deliberadamente produce dolor y sufrimiento en la víctima. Sin embargo, estas condiciones que generan una aflicción o padecimiento del agraviado que parecieran lógicas en un acto de secuestro, pueden verse incrementadas por la forma propia de la ejecución del acto de secuestro o las condiciones del mismo; así por ejemplo, la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha considerado como trato cruel[556], circunstancias como la incomunicación

[556] Debe precisarse que la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales se pronuncia sobre la existencia de torturas, trato inhumano o degradante, supuestos en los cuales también cabe apreciar una diferencia en torno a su intensidad, así la escalada de gravedad iría en ascenso desde el trato degradante hacia la tortura. En este sentido, el Tribunal Constitucional

coactiva[557], el aislamiento prolongado, la privación de libertad en celdas reducidas, las agresiones verbales o actos que tiendan a humillar o envilecer al agraviado, las condiciones de privación de la libertad como la privación del descanso y sueño o la privación de acceso a los servicios higiénicos[558], las amenazas que generen en la víctima sentimientos de angustia o temor por su vida[559] o integridad física.

---

español, en la STC 120/1990, del 27 de junio de 1990 afirma que: "La tortura y los tratos inhumanos o degradantes son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sea cuales fueren sus fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos infligidos de modo vejatorio para quien les sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente".

[557] En el caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de fecha 29 de Julio de 1988, párrafo 156 la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: "... el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido de la dignidad del ser humano, lo que constituye por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5° de la Convención que reconoce el derecho a la integridad personal ...".

[558] En el caso Riebe Star, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 89-90 y 91, señaló "Es real y legítimo el temor sufrido por los tres sacerdotes, debido a la manera abusiva en que fueron arrestados. En efecto, se ha establecido de manera clara en el presente informe que los afectados fueron privados de su libertad de manera arbitraria e ilegal, con un despliegue innecesario de armas de fuego (...) Dicho temor fue agravado por el tratamiento humillante e inhumano al que fueron sometidos por sus captores. Especialmente grave es el hecho de que el Rev. Barón Guttlein haya sido vendado en el transcurso de un viaje de aproximadamente cuatro horas, enfatizando que no sabía quiénes lo capturaron, por cuál motivo, ni dónde lo llevaban. La CIDH considera no menos degradante el hecho de haber trasladado al Rev. Riebe Star en el mismo estado de incertidumbre y temor descrito, y luego negarle el acceso a servicios sanitarios por un espacio prolongado de tiempo. Adicionalmente, los tres sacerdotes fueron privados de descanso y sueño en todo el tiempo que estuvieron sometidos a las autoridades mexicanas".

[559] En el caso Prado Gonzales, párrafo 34, la CIDH ha establecido que tratar a una persona retenida de tal forma que constituye "un anuncio o amenaza real o inminente" de ejecución extrajudicial de por sí es un trato inhumano

Si bien, en términos generales, esta definición de crueldad permite sostener su uniformidad en los distintos tipos penales que la regulan, sin embargo los diferencia la mayor o menor intensidad de la misma; así, en el asesinato, el propio tipo penal expresamente sostiene esa mayor intensidad, al hacer referencia a *"gran crueldad"*, además de que esto resulta lógico en orden a la propia materialidad del delito de asesinato, pues en este caso, la crueldad, por sí misma implica un deliberado e inhumano acrecentamiento del sufrimiento de la víctima, que le ocasiona un dolor innecesario. Aún más, dado que el tipo penal de secuestro regula como figuras agravadas los supuestos en que se pone en peligro la vida o la salud del agraviado, así como cuando se

---

(Sentencia citada por O´Donell, Daniel: *Derechos Internacional de los Derechos Humanos*. Segunda Edición. Santiago de Chile. Naciones Unidas. 2007, p. 185).

En el caso Fujimori, respecto a los secuestros de Gorriti Ellemboguen y Dyer Ampudia, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República sostuvo: "Desde la perspectiva objetiva, que debemos destacar el comportamiento de los que ordenaron y ejecutaron el secuestro y los custodios y autoridades que lo mantuvieron (oficiales y personal militar vinculados al aparato organizado de poder dirigido por Fujimori Fujimori), lo que constituye un plus del comportamiento agresivo conocido por los agentes activos y asumido por los sujetos pasivos, puesto que la utilización de un gobierno inconstitucional de por sí genera desproporcionalidad a los actos ilícitos a ejecutar, a diferencia de una banda u organización criminal no gubernamental; estando premunidos de una vasta logística militar, también se expresó en la forma de la detención, en el caso de Gorriti Ellenboguen, con la presencia de un contingente militar, más de veinte personas, fuertemente armados y de ánimos alterados -incidente con la esposa de este agraviado-; en tanto, el caso de Dyer Ampudia con la presencia de oficiales, funcionarios del Estado que no proporcionaron las razones específicas de su detención, lo que genera inseguridad e inestabilidad por falta de explicación razonable; en las características del traslado de los agraviados (en el de Gorriti Ellenboguen con rastrillaje de armas, la no identificación de los ejecutores; esto último en el caso Dyer Ampudia, aunado al hecho de haber sido sedados) por el inicial aislamiento y los calificativos utilizados y en los anuncios de la severidad de las consecuencias (dirigirse por las buena a efectos de no emplear "otros métodos", " todo irá bien si colabora", "rezaré por usted"), y en ausencia de definición de sus situaciones jurídicas". Sentencia del 30 de Diciembre de 2009, R.N. 19-2001-09-A.V.

causa lesiones o la muerte, el trato cruel implica todo maltrato físico o psicológico para la víctima que supere los límites propios de un acto de privación de libertad, pero que no lleven consigo la causación de muerte, lesiones graves o grave peligro para la vida o salud de la víctima, con lo que también el propio legislador ha dejado constancia de la menor intensidad de la crueldad en el secuestro respecto a otras figuras delictivas.

La crueldad requiere de dos elementos, uno objetivo y el otro subjetivo. El elemento *objetivo*, requiere la innecesariedad del padecimiento físico, psicológico o moral de la víctima, de forma que este no sea inherente al propio acto de privación de libertad sino que implique una acción adicional innecesaria para llevar a cabo la privación de libertad o el mantenimiento de esta.

El análisis de este elemento objetivo conlleva necesariamente a que el juzgador deba evaluar el caso concreto a fin de verificar la innecesariedad del trato cruel. Si bien, el mayor o menor padecimiento de la víctima dependerá, entre otros, de las condiciones de la víctima, su madurez emocional, sexo, edad, etc.; sin embargo, debe atenderse también a las circunstancias objetivas del caso concreto, pues aun cuando la víctima pueda ser una persona física y mentalmente preparada para soportar graves condiciones de privación de libertad, esto no varía el que se haya empleado conductas innecesarias para ejecutar o consumar la privación de la libertad, y por ende la consumación de la agravante de trato cruel[560].

---

[560] En esta línea, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha señalado: "... Este razonamiento implica realizar un análisis ex ante al resultado de la agravante, es decir, observar si la conducta plus de por sí –para una víctima estándar- constituye trato cruel, generándose así una línea única de sanción, estandarizando las acciones y creando por tanto criterios jurisprudenciales más lineales e igualitarios. Además, trato cruel lo es no por lo que la víctima en concreto sienta –física o psicológicamente- sino por el trato en sí, por el plus, el extra comportamiento que ya ha sido catalogado como tal por referencia de un estándar establecido en la ley y en la jurisprudencia nacional e internacional,

El elemento *subjetivo* implica que el agente actuó con el propósito deliberado de hacer sufrir o padecer a la víctima; así, el agente no solo quiere privarla de su libertad, sino que además actúa consciente y voluntariamente con el ánimo de causar un dolor adicional e innecesario a su víctima.

*c) Poner en peligro la vida o salud de la víctima*

También se configurará la agravante cuando a consecuencia del propio acto de secuestro o por las condiciones en que se mantiene en cautiverio a la víctima se pone en peligro su vida o su salud. Estas condiciones deben ser de tal entidad que efectivamente pongan en riesgo la vida o salud de la víctima; por ejemplo, se realiza el secuestro generando una balacera en el lugar del secuestro poniendo en peligro la vida del secuestrado o también cuando se dispara contra la propia víctima; o cuando se secuestra a una persona y se le mantiene en cautiverio en un lugar a bajas temperaturas, que le produce afecciones pulmonares.

Respecto al elemento subjetivo del tipo, para la consumación de la agravante materia de comentario se requiere que el agente actúe siendo consciente del peligro que el acto de secuestro o las condiciones del cautiverio ocasiona respecto a la vida o salud de la misma.

***B. Se pretexta enfermedad mental inexistente en el agraviado***

En la presente agravante el comportamiento del agente implica la falsa atribución de padecimiento de una enfermedad mental por parte

---

lo que permitirá delimitar mejor el rol de persona para no cometer el tipo penal de secuestro agravado e imputarlo objetivamente; de esa manera, se evita la no punibilidad en situaciones donde tengamos a un agraviado fuerte –que por diversas experiencias suyas le parezcan normal la situación que está viviendo- así como la excesiva punibilidad cuando el agraviado sea débil, de tal forma que la conducta básica del secuestro de por sí el produzca un grave daño psicológico, catalogándola por trato cruel por dicha producción". Sentencia del 30 de Diciembre de 2009, R.N. 19-2001-09-A.V.

del sujeto pasivo, logrando por ejemplo su internamiento en un centro hospitalario o uno geriátrico; para ello se requerirá la colaboración de un psiquiatra u otro profesional de la salud, conducta que deberá ser valorada conforme a las reglas de la autoría y participación.

Normalmente el sujeto activo serán los hijos, nietos o demás descendientes de la victima cuando se trata de personas mayores o ancianos, o los ascendientes como padres, abuelos, etc., cuando se trata de menores de edad que sufran alguna enfermedad; asimismo, podrán ser los tutores o curadores. En todos estos casos generalmente los autores de este delito tratan de aprovecharse o privar de sus bienes a las víctimas.

Pueden presentarse supuestos de concurso con el delito de falsificación de documentos, cuando el agente se haya servido de un documento falso para pretextar que la víctima adolece de enfermedad mental y lograr la privación de su libertad ambulatoria. En estos casos, estaremos ante un concurso real de delitos, toda vez que las acciones configurativas de cada uno de estos delitos resulta debidamente diferenciada.

### *C. El agraviado o el agente es funcionario o servidor público*

Inicialmente el Código Penal solo contemplaba como agravante los supuestos en que el agraviado era un funcionario o servidor público, mas no contemplaba una agravación en los supuestos en que el funcionario o servidor público era agente del delito; esta agravante se encuentra prevista a partir de la dación de la Ley N° 28760, posteriormente, modificada por el Decreto Legislativo N° 982, el que no solo mantuvo la citada agravante sino que excluyó la referencia a los representantes diplomáticos.

El anterior Código Penal, en el inciso 1 de su artículo 340°, contemplaba dentro del delito de abuso de autoridad, el supuesto de detención ilegal perpetrado por funcionario público, con lo que dicho supuesto constituía una figura penal autónoma respecto del delito de secuestro. El texto original del Código Penal de 1991, si bien no

incluyó este supuesto como agravante del delito de secuestro, tampoco mantuvo un tipo penal autónomo dentro de los delitos de abuso de autoridad como lo hacía la legislación derogada, constituyendo más bien un tipo penal indeterminado en el que el secuestro podía imputarse a cualquier persona, incluso al funcionario público que excediéndose de sus atribuciones privaba de su libertad a cualquier ciudadano.

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia[561], al respecto ha sostenido: "*El tipo legal de secuestro es un delito común-su autor puede ser cualquiera-, en tanto no existe una figura penal que contemple la privación de la libertad deambulatoria (...) cometido por funcionario público, no es posible sostener -como sí cabía en el Código Penal anterior- que, sistemáticamente, solo está radicada en particulares...*". Recién a partir de la vigencia de la Ley N° 26758, modificada por el Decreto Legislativo 982, que introdujo el art. 46°-A del Código Penal se introdujo como agravante genérica cualificada en los supuestos en que el agente sea funcionario o servidor público, siempre que esta condición no esté prevista de forma autónoma en el tipo penal, hasta la dación de la Ley N° 28760, que incluyó expresamente esta agravante en el tipo penal de secuestro.

Obviamente, resulta innegable que el funcionario o servidor público que ilegalmente priva de su libertad a un ciudadano está quebrantando sus deberes y su conducta constituiría un abuso de autoridad; sin embargo, consideramos que en este caso nos encontraremos ante un concurso aparente de normas, el que debe resolverse por el principio de consunción optando por el delito de secuestro agravado. Como se sabe, se presenta la relación de *consunción,* cuando concurre una norma que contiene o incluye por sí sola el desvalor considerado en

[561] Sentencia de fecha 07 de abril de 2009, Exp. N° A.V. 19-2001, Caso Fujimori. Debe precisarse que en dicho proceso se imputó al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori el delito de secuestro agravado en agravio de Samuel Dyer Ampudia y Gustavo Gorriti Ellenboguen, en base al texto original del art. 152° C.P.

otra norma respecto a determinado hecho[562]; esto es, cuando "... uno de los tipos comporta una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura más grave realizan cumplidamente la función punitiva no solo por cuenta propia, sino por cuenta del otro tipo"[563]; es decir, el tipo más grave consume al menos grave; o como dice BACIGALUPO: "La relación de consunción se da cuando el contenido de un ilícito y la culpabilidad de un delito está incluido en otro (...). En otras palabras se dará una relación de consunción cuando la realización de un tipo (más grave) por lo menos, por regla general, incluye la realización de otro (menos grave)[564]". Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado: "... *el injusto típico del delito de abuso de autoridad se configura con el quebrantamiento del deber de apego a la legalidad al que se encuentra vinculado el funcionario público, en el ámbito concreto de su actividad, sin que su configuración exija que el acto arbitrario se proyecte en una afectación de intereses particulares, como sería el caso de la libertad deambulatoria de los ciudadanos, constituyendo tal circunstancia, en todo caso, un* plus *de lesividad no abarcado por el injusto de abuso de autoridad. Téngase en cuenta que una conducta lesiva a la libertad deambulatoria comprende toda actuación 'sin derecho' del sujeto activo, que es el núcleo del injusto del delito de secuestro...*"[565]. Siendo así,

---

[562] MIR PUIG: *Ob. Cit.*, p. 671.

[563] SOLER: *Ob. Cit.*, p. 175.

[564] BACIGALUPO: *Ob. Cit.* p. 241.

[565] Sentencia de fecha 07 de abril de 2009, Exp. N° A.V. 19-2001, Caso Fujimori. En dicha sentencia la Sala Penal Especial, comentando el tipo penal de secuestro original sostuvo que: "Si de concursos se trata, podría considerarse incluso el supuesto de concurso ideal de delitos –concurso ideal en la modalidad de concurso medial: abuso de autoridad es el medio para cometer el delito de secuestro-, en tanto el funcionario público secuestró a una persona aprovechándose de su cargo, en cuyo caso sería de aplicación el artículo 48° del Código Penal, de suerte que en ese caso el delito menos grave no subsume al más grave. Las reglas concursales en ningún caso permiten aplicar únicamente el delito de abuso de autoridad. Por otra parte

en el delito de secuestro no solo se vulnera un bien jurídico distinto, sino que cuando la conducta es cometida por un funcionario público, la infracción de deber configurativa del delito de abuso de autoridad (menos grave) se ve consumida por el tipo penal de secuestro (delito más grave).

Ahora bien, en el caso en que el funcionario público sea un juez, y la privación de la libertad lo realiza en ejercicio de sus funciones, el delito imputable será el de detención ilegal, previsto dentro de los delitos contra la administración de justicia –art. 419° C.P.- que prevé que "*...el juez que maliciosamente o sin motivo legal, ordena la detención de una persona o no otorga la libertad de un detenido o de un preso, que debió decretar*".

De *lege ferenda* debemos sostener que habiéndose establecido normativamente una agravante para el supuesto en que el agente es un funcionario o servidor público, que incluye, por ejemplo, al funcionario policial que mantiene detenida a una persona sin mediar mandato judicial o flagrante delito, no resulta lógico que se privilegie a determinados funcionarios, como los jueces, con un menor marco penal, a pesar de que su conducta es, igualmente, altamente reprochable, dada su especial calidad, la grave infracción de sus deberes funcionales de actuar con legalidad y la lesión de la libertad ambulatoria de los particulares.

También constituye una conducta agravada, los casos en que la víctima es un funcionario o servidor público. La razón de esta agravante se encuentra en la especial calidad del sujeto pasivo del delito, el que debe ejercer una función pública (tanto en el país o en el extranjero, como en el supuesto de los representantes diplomáticos nacionales, los que podrán ser incluidos dentro de la expresión funcionarios públicos, sin necesidad de su mención expresa, como lo hacía el texto original

también podría considerarse de un supuesto de concurso aparente de leyes resuelto por el principio de consunción a favor del delito de secuestro".

del presente artículo). En suma el agraviado es una persona que se encuentra al servicio de los intereses públicos del Estado. Resulta lógico exigir que la privación de la libertad esté vinculada al ejercicio de las funciones públicas del agraviado, a fin de que pueda configurarse la agravante, por ende en este supuesto el agente del delito debe conocer la especial calidad de su víctima, no bastando con que el agraviado ostente dicha calidad.

### *D. El agraviado es representante diplomático de otro país*

Mediante Decreto Legislativo N° 982, entre otros, se modificó el anterior numeral 152° del CP, que consideraba como agravante al supuesto en que el agraviado o el agente era funcionario, servidor público o "representante diplomático", separándose en dos supuestos y previéndose expresamente en el segundo caso, la agravación cuando el agraviado era representante diplomático de un país "extranjero" (embajador, cónsul, etc.). Como ya se ha señalado, tratándose de representantes diplomáticos nacionales, la conducta se subsumirá en la agravante antes estudiada, al estar comprendidos en la expresión funcionario público.

El fundamento de la agravante se encuentra en la especial calidad del agraviado, lo que debe ser de conocimiento del agente delictivo, a efectos de su consumación. Es decir, si el agente al momento del secuestro desconoce de la calidad de representante diplomático de otro país que ostentaba el agraviado, existirá un error de tipo respecto a esta agravante, por lo que responderá únicamente por el tipo base.

### *E. El agraviado es secuestrado por sus actividades en el sector privado*

Se critica a esta modalidad la indeterminación del sujeto pasivo y por ende de su configuración; pues, no cabe duda que, resulta, por demás conflictivo determinar qué tipo de personas pueden ser consideradas dentro de los alcances de la agravante, ya que toda actividad que no se desarrolle dentro del ámbito público será siempre privada.

La regulación de esta figura agravada tiene como sustento la ola de secuestros a personas con cierta capacidad económica (no solo empresarios de grandes empresas sino también microempresarios con cierto poder económico), situación que motiva al agente del delito a ocasionar la privación de libertad y que en los últimos tiempos han constituido el mayor número de casos; en tal sentido, se ha regulado como una agravante para desincentivar el secuestro de personas con cierto éxito económico, constituyendo esta circunstancia el fundamento político criminal de su inclusión; en tal sentido, el agente debe conocer expresamente de las actividades económicas del agraviado.

### *F. 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*

Esta agravante se configura cuando el sujeto pasivo es pariente dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad con un funcionario o servidor público, representante diplomático de otro país o persona que desarrolla actividades en el sector privado. El tipo penal no hace distinción respecto a si el grado de consanguinidad o afinidad debe ser en línea recta o colateral, por lo que debe entenderse en ambos supuestos. Así por ejemplo, constituirá esta modalidad agravada, el secuestro del hermano de un Congresista de la República, o al suegro del embajador de un país extranjero.

En esta modalidad existe una lamentable omisión, pues no se ha considerado expresamente al cónyuge de cualquiera de las personas referidas, así como tampoco a los parientes por adopción; sin embargo, estando a una interpretación teleológica de esta modalidad agravada habrá que considerarlos, puesto que si expresamente se ha considerado a sus parientes por afinidad hasta el segundo grado de afinidad, resulta obvio que no se ha pretendido la exclusión del cónyuge, que en buena cuenta resulta ser un pariente por afinidad más cercano que los propios parientes en primer grado de afinidad como los suegros. No obstante, estando a que la norma se refiere expresamente a parientes por consanguinidad, por respeto al principio de legalidad no podrá

incluirse en la agravante a los parientes por adopción. Obviamente, desde una perspectiva de *lege ferenda,* debe comprenderse en la agravante también a los parientes por adopción dentro del grado referido a los consanguíneos; puesto que estos también entran a formar parte de la familia y del núcleo íntimo de toda persona.

Para la configuración de la agravante el agente necesariamente debe conocer la relación de parentesco existente entre la víctima del secuestro y el funcionario o servidor público, el representante diplomático de otro país, o el sujeto que ejerce actividades en el sector privado; asimismo, el secuestro debe estar necesariamente vinculado a las actividades que estos desarrollan.

### *G. Tiene por objeto obligar a un funcionario o servidor público a poner en libertad a un detenido o a una autoridad a conceder exigencias ilegales*

Siendo la finalidad del autor obligar a un funcionario o servidor público a poner en libertad a un detenido o concederle exigencias ilegales, el secuestro será un medio para lograr el fin buscado por el agente.

Basta con comprobar la ejecución del secuestro como la intención del autor de servirse de este para la obtención de la finalidad perseguida para que se consume esta modalidad agravada, por lo que no es necesario, para la consumación de la misma, que se haya producido la liberación del detenido o se haya obtenido la concesión de las exigencias ilegales. Normalmente estas conductas serán ejecutadas por miembros de organizaciones criminales o terroristas que cuentan con los elementos materiales y los agentes necesarios para perpetrar el secuestro, y obviamente, tienen la necesidad imperiosa de liberar a sus miembros o cabecillas criminales.

Esta modalidad agravada contiene un elemento subjetivo que trasciende al dolo, consistente en la finalidad perseguida por el agente, la misma que debe estar presente en la mente del autor durante la ejecución del secuestro.

### *H. Se comete para obligar al agraviado a incorporarse a una organización criminal*

Mediante el Decreto Legislativo N° 982 se modificó esta conducta agravada, excluyéndose el secuestro extorsivo; esto es, el supuesto en que la conducta delictiva se realiza con la finalidad de obligar al agraviado o a una tercera persona a entregar al agente del delito una prestación o ayuda económica; esta modificatoria resulta destacable en tanto se evita las dificultades interpretativas de esta modalidad delictiva respecto al delito de extorsión, como sucedía con la anterior redacción.

En esta modalidad agravada de secuestro (numeral 8) recientemente se ha modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20 de agosto del 2013, a través de la cual se sustituye el término *"agrupación criminal"* por el de *"organización criminal"*. Esta modificación resulta pertinente, puesto que el concepto de organización no es el más adecuado para referirse a las organizaciones criminales y aun cuando el criterio mayoritario era considera a ambos términos como sinónimos, técnicamente era cuestionado por la doctrina y jurisprudencia, toda vez que el término agrupación era considerado más restrictivo y con un menor contenido técnico-jurídico.

En esta agravante, el secuestro constituirá el medio para que el agente logre el fin que se había propuesto: obligar al agraviado a incorporarse a una organización destinada a cometer delitos de diversa índole, no limitándose a los delitos contra la libertad. Este es, el caso típico de las organizaciones terroristas que habitualmente secuestran a menores y personas mayores y luego las obligan a incorporarse a sus filas.

Para la consumación de esta agravante no se requiere que el sujeto pasivo se integre a la organización criminal, puesto que si bien es cierto el autor deberá actuar con esta finalidad, no es necesario que logre dicho fin para la consumación del delito.

### *I. Se comete para obtener tejidos somáticos del agraviado*

Esta modalidad agravada fue incorporada inicialmente mediante la Tercera Disposición Transitoria y Final de la Ley 28189, Ley General de donación y trasplante de órganos. Está relacionada con los supuestos de tráfico de órganos, reprimiéndose los supuestos en que el secuestro se realiza con la finalidad de obtener tejidos humanos, por ejemplo óvulos, espermatozoides, sangre, córneas, etc., o inclusive órganos, como riñones, hígado, etc.

Esta figura agravada contiene un elemento subjetivo adicional al dolo, representado por la finalidad con la que actúa el agente, no requiriéndose su cumplimiento para la consumación de la misma. Por lo que, al igual que en la precedente circunstancia agravante no es necesario para la consumación de la misma que el agente logre obtener tejidos somáticos de la víctima, basta con que el agente realice la conducta de privación de libertad de la víctima, actuando con la especial intención de obtener dichos tejidos.

Puede criticarse a esta modalidad agravada, al igual que las anteriores, el incongruente marco penal conminado, si se lo compara con las modalidades delictivas como la trata de personas desarrollado en un contexto especial de captación y traslado a la víctima con fines de extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos, las que se encuentran conminadas con pena menor; debiendo precisarse que no se necesita, para la consumación de la agravante, la extracción de los tejidos somáticos de la víctima, o que tal acción se inicie a través de sus primeros actos ejecutivos; siendo suficiente que al momento de la comisión del delito, tal propósito esté presente.

### *J. Se causa lesiones leves al agraviado*

Esta agravante se ha introducido mediante Decreto Legislativo N° 982; se configura cuando se causa a la víctima las lesiones previstas en el artículo 122° del Código Penal, sea que estas se produzcan al momento de la comisión del hecho, durante el período de privación de la libertad, o en general, como consecuencia de la privación de esta. La norma no diferencia si se trata de lesiones dolosas o culposas; sin

embargo, hace referencia a una relación causal que consideramos es compatible únicamente con las lesiones dolosas, es decir, que tengan su origen o su causa en una actuación dolosa del agente o agentes, la misma que deberá estar vinculada a los actos propios del secuestro, sea al momento de su ejecución o durante el cautiverio. Asimismo, como quiera que se trata de una norma que establece una limitación de derechos extremadamente grave, creemos que se le debe aplicar una interpretación restrictiva, puesto que la aplicación de la agravación implicaría la imposición de una pena que superaría largamente la sumatoria de penas si considerásemos el concurso real de delitos entre el secuestro básico (de 20 a 30 años) y el delito de lesiones culposas leves (no mayor de un año de pena privativa de libertad); lo cual no resultaría compatible con las razones político-criminales que justifican esta agravante y el criterio de proporcionalidad de las penas.

En tal sentido, cuando estemos ante lesiones culposas leves ocasionadas al momento del secuestro o con posterioridad a este, serán de aplicación los criterios relativos al concurso real de delitos (sumatoria de penas). Asimismo, sin nos encontramos ante faltas contra la persona, sean estas dolosas, preterintencionales o culposas, la agravante no se configura, pues, estas no revisten una dañosidad social que amerite una penalidad superior a la prevista para el tipo básico.

También puede tratarse de lesiones causadas a menores de edad o personas mayores de 70 años; sin embargo, en este caso, se configurará la agravante específica que sanciona con cadena perpetua, encontrándonos en tal caso ante un supuesto de concurso ideal de normas penales a resolverse aplicando el principio de consunción.

### *K. Es cometido por dos o más personas o se utiliza para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable*

En este tipo penal confluyen dos modalidades agravadas:

La primera que tiene como fundamento la pluralidad de agentes, lo que implica una situación de ventaja que facilita la comisión del

delito. En esta modalidad, no resulta necesario que los partícipes del hecho integren una organización delictiva, a efectos de la consumación de la agravante, sino que basta con que actúen con una vinculación objetiva y subjetiva.

De otro lado, la segunda modalidad agravada está referida al empleo o instrumentalización de menores de edad u otras personas inimputables para la comisión del delito, esto es, a quienes adolecen de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o grave alteración de la percepción. El fundamento de esta modalidad agravada radica en el mayor reproche penal que implica servirse de inimputables para la comisión delictiva.

### *L. El agraviado adolece de enfermedad grave*

También mediante el Decreto Legislativo Nº 982 se ha incluido esta agravante, cuyo fundamento se encuentra en la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo del delito; a la vez que el especial riesgo o peligro que se crea para la vida o salud de la víctima.

Debe entenderse como enfermedad grave, los supuestos en que la enfermedad que padece la víctima requiere de un cuidado especial para no deteriorar su salud, o aquella que, de no recibir el tratamiento pertinente, puede comprometer la vida del secuestrado. Obviamente, el incremento del riesgo para la afectación de la salud y vida de la víctima debe ser evidente o susceptible de ser percibido por los agentes del delito.

Para la consumación de esta agravante se requiere que el agente tenga conocimiento que la víctima del delito padece de enfermedad grave, sea desde el momento que se realiza el secuestro, o que se entere durante la privación de la libertad; en este último caso, si es que luego de enterarse de la enfermedad grave de la víctima, se le da libertad, precisamente para no poner en riesgo la vida o salud del secuestrado, esta causal no se presentará; en este supuesto responderá únicamente por el tipo básico.

Asimismo, si el agente conocía de la enfermedad grave, pero para evitar toda afectación a la salud o a la vida de la víctima, le presta todos los cuidados necesarios, de tal suerte que ni su salud ni su vida se ven afectadas, no estaremos frente a esta circunstancia agravante, puesto que no se encuentra presente el fundamento de la agravación (especial riesgo o peligro que se crea para la vida o salud de la víctima) salvo que se hubiese aprovechado de esta especial condición de la víctima, para facilitar el secuestro, en cuyo caso de todos modos estará presente esta agravante.

Un problema de difícil solución es el caso en que se desconocía de la enfermedad grave del secuestrado, y sin embargo, a consecuencia de ello se produce una grave afectación a la salud de la víctima; en estos casos, estará ausente la agravante, pero podrá agravarse la pena en virtud a la mayor magnitud del daño causado.

***M. La víctima se encuentra en estado de gestación***

Esta agravante encuentra fundamento en el especial estado de la persona víctima del delito, pues, el estado de gravidez requiere de atenciones adecuadas y la evitación de situaciones riesgosas o estados de ansiedad, a efectos de garantizar la salud de la gestante y del concebido. Para la confirmación de esta agravante se requiere que el agente tenga conocimiento del estado de gravidez de la víctima, no requiriéndose que se acredite expresamente que con la privación de libertad se ha afectado la salud de la gestante o del concebido; tampoco resulta relevante el tiempo de embarazo de la víctima o su estado de salud durante la gestación.

Si se trata de una gestante con pocos días de embarazo, cuyo estado no es notorio, al igual que en la agravante anterior se requerirá que el agente conozca de este estado, porque le hizo saber la víctima o porque los síntomas que esta presentaba llevaban a dicha conclusión. Si el agente hubiese desconocido el estado de gestación, no estaremos frente a esta agravante.

### *N. Supuestos de participación delictiva*

Se ha previsto expresamente que se aplicará igual pena 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; por ejemplo, el vigilante de una calle o de una empresa que proporciona información sobre los movimientos de la víctima; o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito, por ejemplo, quien cede la casa en que se mantiene en cautiverio a la víctima o el vehículo utilizado para el traslado de la persona privada de libertad, etc. Obviamente, si hubiese participado del plan de secuestro desde un inicio y se le hubiera encomendado la misión de proporcionar la casa o buscar la casa para el cautiverio de la víctima, ya no estaremos ante un supuesto de participación, sino ante un caso de *coautoría.*

Las conductas previstas en esta modalidad son supuestos de participación delictiva, debiendo entenderse que resultará aplicable la misma pena del delito agravado solo en los supuestos en que el partícipe haya contribuido, en la forma prescrita por el tipo penal, a la comisión del delito conociendo o participando de la agravante en concreto; en caso contrario, si el partícipe desconoce de la existencia de las circunstancias que agravan su conducta –por ejemplo, que la víctima es funcionario o servidor público, o que se encuentra en estado de gravidez, etc.- se aplicará una pena distinta, en función al tipo básico. Una interpretación en contrario implicaría sancionar al partícipe del delito con una pena mayor que el agente del delito de secuestro que no ha incurrido en ninguna causal agravada, lo que implicaría una vulneración del principio de proporcionalidad.

La complicidad es la cooperación dolosa con otro en la realización de su hecho antijurídico dolosamente cometido. Los medios de la complicidad son ilimitados, de modo que todo favorecimiento doloso de un hecho doloso ajeno constituye complicidad. Incluso en el caso de que alguien realice de propia mano un elemento del tipo del hecho principal, puede excepcionalmente concurrir solo complicidad, en la

medida que no se tenga participación alguna en el común acuerdo constitutivo de la coautoría[566].

No obstante lo dicho, consideramos que se trata de una regulación innecesaria, por cuanto, esta situación ya está prevista en artículo 25° del Código Penal, que establece que al cómplice le corresponde la misma pena que al autor. Esta regulación repetitiva constituiría, inclusive, una situación contraproducente, toda vez que podría llevar a concluir que solo se aplicará la pena del partícipe primario a los que realizan las conductas indicadas en este punto (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), dejando de lado otros supuestos importantes de complicidad necesaria.

### 2.9.2. SUPUESTOS AGRAVADOS DE SEGUNDO GRADO (Pena de cadena perpetua)

La norma en comentario, ha establecido tres circunstancias súper agravadas, para las cuales se ha previsto la pena de cadena perpetua, esto es, una pena indeterminada. Estas circunstancias son las siguientes:

#### *A. El agraviado es menor de edad o mayor de setenta años*

El fundamento de la agravante se encuentra en la mayor vulnerabilidad de las víctimas del secuestro, circunstancia que es aprovechada por el agente para perpetrar el delito, a la vez que estas víctimas (menores de edad y los mayores de setenta años) resultan más propensas a sufrir una mayor afectación con la privación de su libertad, incrementándose el riesgo de vulneración de otros bienes jurídicos como la vida, salud o integridad física.

Actualmente, se ha elevado el margen de edad de la víctima a efectos de la consumación de la agravante; en este sentido, se configurará

[566] JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general.* Segundo Volumen, Bosch, Barcelona, 1978, p. 962.

esta modalidad agravada cuando la víctima del secuestro sea mayor de setenta años, a diferencia de la anterior redacción que fijaba dicho límite en sesenta y cinco años de edad.

Para la consumación de la agravante el agente debe conocer la especial condición de su víctima, esto es, que se trata de un menor de edad o de una persona mayor de setenta años; aun cuando no es necesario que conozca detalladamente o que tenga información indubitable al respecto, siendo suficiente que haya tenido una información razonable a través de la cual podía presumir fundadamente respecto a la edad de la víctima.

### B. *El agraviado sufre discapacidad y el agente se aprovecha de esta circunstancia*

En esta agravante se contempla una modalidad de prevalimiento, en la que el agente se aprovecha de la especial condición de la víctima, quien sufre de discapacidad, situación que le facilita la privación de libertad de la víctima, por ejemplo, si se trata de una persona en muletas o silla de ruedas, o de una persona con retraso mental.

El art. 1° de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, prevé que: *"Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"*. Mientras que el art. 14° estipula: *"Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás (...) b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad..."*. Por su parte, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, ratificada por el Perú, define la discapacidad como: *"... una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza*

*permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social".*

En tal sentido, la discapacidad constituye un elemento normativo que ha sido determinado o desarrollado por las normas internacionales antedichas y que conforme al artículo 55° de la Constitución Política del Estado, estas forman parte del Derecho interno y por tanto se aplican directamente como cualquier ley vigente.

Para la consumación de la agravante se requiere que el agente conozca de la incapacidad que adolece su víctima, no bastará con que la víctima sufra de discapacidad; aunque en la mayoría de casos, está resultará evidente a los ojos del secuestrador.

### *C. Si se causa lesiones graves o muerte al agraviado durante el secuestro o a consecuencia de dicho acto*

*a) Lesiones graves*

Respecto a las lesiones graves la norma no diferencia entre lesiones dolosas, culposas o preterintencionales, sin embargo, al igual que cuando tratamos de la agravante por lesiones leves, la norma establece "si se causa" lesiones graves, estructura típica que consideramos es compatible únicamente con los supuestos dolosos[567]. En tal sentido, esta

[567] En todo caso, en esta estructura típica también se puede considerar supuestos preterintencionales que tengan como causa a una acción dolosa previa de los agentes y que tengan su origen u explicación únicamente en los propios actos del secuestro; no obstante, estando a la gravedad de la pena conminada y a que no se puede sancionar con la misma pena a supuestos dolosos y culposos o preterintencionales, también se descartan como supuestos configurativos de esta agravante. Como puede verse, ésta es una estructura típica distinta a la contenida en el último párrafo del artículo 189° del CP, que establece "...como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima...", la que podría dar entrada a supuestos culposos o preterintencionales; lo que sin embargo, por las razones antes indicadas también se descartan en dicho tipo penal, tal como lo hemos señalado al tratar el delito de robo agravado.

agravante únicamente se configurará cuando estemos ante las lesiones graves previstas en los artículos 121° (y dentro de estas a las lesiones previstas en el art. 121°-B del CP, referido a las lesiones causadas a la mujer por su condición de tal o a las lesiones causadas al entorno familiar –ascendiente, descendiente natural o adoptivo, cónyuge o conviviente, o a persona subordinada-), vinculadas directamente a actuaciones dolosas propias de los actos del secuestro o de la prolongación del cautiverio. Estas lesiones pueden haberse causado por comisión o por comisión por omisión, como por ejemplo, el hecho de no proporcionarle a la víctima una medicina que necesitaba para preservar su salud, pese a conocer de la urgente necesidad y estando en la posibilidad de poder hacerlo.

En el caso de tratarse de lesiones culposas o las llamadas preterintencionales graves consideramos que no se presenta esta agravante, resultando de aplicación únicamente el concurso real de delitos y la correspondiente sumatoria de las penas previstas para el tipo de secuestro básico (máximo de 30 años) y de lesiones culposas graves (máximo de 2 años de pena privativa de libertad), con lo que la pena a imponerse en este concurso real sería no menor de 32 años ni mayor de 35, pero no califica para la agravante (que considera lesiones dolosas graves) y la pena de cadena perpetua a imponerse (en caso de lesiones graves dolosas). Con este criterio evitamos la incongruencia de dar el mismo tratamiento a los supuestos dolosos y culposos, a la vez que salvamos el principio de proporcionalidad de las penas. En este caso, al no presentarse la agravante, tampoco estaremos ante las restricciones de beneficios penitenciarios previstas para los supuestos agravados.

Asimismo, también estaremos ante esta agravante, cuando se trate de las lesiones previstas en el artículo 121°-A del CP, referido a lesiones causadas a menores de edad, puesto que se trata de lesiones graves. Y si bien, en estos casos también estamos ante la agravante de segundo grado prevista en el numeral anterior, referido a la víctima menor de edad, ello no descarta la aplicación del supuesto previsto en el numeral materia de comentario (numeral 3), puesto que cada uno de estos numerales tiene su propia razón para la agravación, en

el numeral 1) la minoría de edad, y en el 3) la causación de lesiones graves. En este caso estaremos ante un concurso de circunstancias agravantes, que si bien no va a tener incidencia en la magnitud de la pena, puesto que ambos casos, por sí solos determinan la imposición de la pena de cadena perpetua, servirá para reforzar la convicción de la aplicación de dicha pena.

Las lesiones graves referidas pueden haberse causado en el momento de la comisión del secuestro –esto es, durante la privación de libertad-, durante el cautiverio o con posterioridad al mismo, siempre que tenga como causa el secuestro.

Finalmente, resulta necesario precisar que a diferencia de otras modalidades como la violación sexual con subsecuente muerte o el robo agravado con subsecuente muerte, esta agravante no hace ninguna referencia la previsibilidad del agente, por ello, a fin de guardar coherencia en el sistema de penas, entendemos que en este caso, la conducta del agente debe ser necesariamente dolosa. Es decir, las lesiones graves a la víctima deben haberse producido necesariamente por una actuación dolosa –dolo directo o eventual- del agente. En esta línea DONNA[568] ha señalado: "...desde un punto de vista subjetivo la imputación solo tiene que ser a título doloso, incluyéndose el dolo eventual, pero de ninguna manera se debe aceptar la culpa".

De otro lado, la norma ha equiparado el *quantum* de pena conminado para ambos resultados, muerte y lesiones graves, lo cual no nos parece correcto, toda vez que se ha puesto en un mismo nivel de injusto y de reproche penal dos conductas que tienen diverso resultado y reproche penal, uno evidentemente más grave que el otro, atentándose contra el principio de proporcionalidad de las penas; en tal sentido, compete al juzgador al momento de individualizar la pena imponer una pena menor en los supuestos de lesiones graves.

---

[568] DONNA, Edgardo Alberto: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo II A, Rubinzal–Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 151.

*b) Muerte subsecuente*

En estos casos, tal como lo señalamos para el delito de robo con muerte subsecuente, no existe uniformidad de criterios en la doctrina y jurisprudencia nacionales, sosteniéndose que la muerte debe obedecer a una conducta preterintencional, esto es que debe tratarse de un resultado culposo, descartándose de la configuración de la agravante todos los casos en que la muerte se produce por una acción dolosa (dolo directo o eventual), en cuyo caso normalmente se asume que estamos ante un caso de homicidio calificado (para facilitar u ocultar otro delito) o en todo caso, como un concurso real entre el tipo básico (salvo que se presente alguna otra agravante) y homicidio simple.

No obstante, si consideramos la presencia de la agravante únicamente cuando se trata de un resultado "muerte preterintencional" y descartamos los supuestos de dolo directo y dolo eventual, caeríamos en el absurdo de sancionar más drásticamente un delito preterintencional que uno doloso; en efecto, el supuesto preterintencional se sancionaría con cadena perpetua puesto que se configuraría el delito de secuestro agravado, y el supuesto doloso, secuestro básico en concurso real con homicidio simple, únicamente con una pena mínima de 26 años de pena privativa de libertad (20 el mínimo del secuestro y 6 el mínimo del homicidio simple). Lo que obviamente no constituye una solución adecuada al principio de proporcionalidad de las penas ni se cumpliría la exigencia político criminal que orientó la promulgación de la norma que contiene la presente agravante.

En tal sentido, a efectos de salvar esta incongruencia penológica y respetar la finalidad político criminal de la norma y estando a la gravedad de la conminación penal prevista por esta agravante, concluimos que debe considerarse que estamos ante esta agravante únicamente cuando la muerte se produce dolosamente, sea por comisión o por comisión por omisión (omisión impropia), toda vez que al haber generado el agente un peligro para la vida de la víctima con los actos propios del secuestro o con alguna otra acción riesgosa,

asume la posición de garante de la víctima. Sin embargo, en los casos de resultado mortal preterintencional debe aplicarse el concurso real de delitos, y por tanto no se sancionará el hecho con la pena de cadena perpetua, sino con una pena menor; pues no podemos dar el mismo tratamiento a un supuesto doloso que a uno culposo; solo de este modo se puede racionalizar las penas aplicables a este caso.

La muerte debe ocasionarse en el momento de la comisión del secuestro, durante el cautiverio o con posterioridad al mismo, siempre que tenga como causa el secuestro. Sin embargo, si la muerte se realiza antes de la privación de la libertad a la víctima, por ejemplo, por la violencia ejercida contra esta a fin de lograr vencer su resistencia para privarla de su libertad, en este caso estaremos propiamente ante un secuestro en grado de tentativa, en concurso con el delito de homicidio simple, asesinato, parricidio, feminicidio o sicariato, según sea el caso. Debiendo precisarse que no se trata únicamente de un solo delito, homicidio calificado (para facilitar u ocultar otro delito o por móvil de lucro), puesto que no se puede sostener que se causó la muerte para facilitar el secuestro, pues ello no tendría sentido, ya que no se puede secuestrar a un muerto; tampoco para ocultar otro delito, puesto que el secuestro aún no se había consumado, y si todavía se podía consumar, obviamente, sería porque la muerte aún no se ha producido. Asimismo, no se puede considerar el móvil de lucro, porque la razón del secuestro puede ser cualquiera sin que ello tenga relevancia para la determinación de la pena.

## 2.10. DIFERENCIAS CON EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA

El delito de Desaparición Forzada se encuentra regulado en el artículo 320° del Código Penal. A través de este se reprime la conducta del funcionario o servidor público que priva a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición debidamente comprobada. La redacción del tipo penal podría sugerir una similitud con el delito de secuestro cometido por funcionario público previsto en el numeral 3 del artículo 152° del

Código Penal; sin embargo se tratan de conductas diferentes, por las siguientes razones:

1. Se tutelan distintos bienes jurídicos; en el *secuestro* el objeto de protección es la libertad personal; mientras que el delito de *desaparición forzada* "es un delito pluriofensivo, por cuanto afecta la libertad física, el debido proceso, el derecho a la integridad personal, el reconocimiento de la personalidad jurídica y, como ya se ha señalado, el derecho a la tutela judicial efectiva. La vigencia de estos derechos es absoluta, por lo que su protección se encuentra regulada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario"[569].

---

[569] STC 4677-2005-HC, de fecha 12 de agosto de 2005, fundamento jurídico 26. Cabe precisar que, nuestro país ha asumido obligaciones internacionales en el marco de los Derechos Humanos, puesto que conforme al art. 55° de la Carta Magna Vigente, los Tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho Nacional. De otro lado, conforme al ordenamiento constitucional el Estado tiene el deber de garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos –Art. 44°-. Este deber de garantía se haya consagrado en el primer párrafo del art. 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el primer párrafo del Art. 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos.
El mismo Tribunal Constitucional, en la Sentencia de fecha 18 de marzo de 2004, Fundamento Jurídico 3, Exp. N° 2488-2002-AA, ha señalado: "La práctica de la desaparición forzada atenta contra diversos derechos fundamentales. Además de violar la libertad locomotora, impide interponer los recursos legales que permitan proteger los derechos conculcados, lesionando, así, el derecho de acudir a un tribunal a fin de que se decida, a la brevedad, sobre la legalidad de la detención (...). Asimismo, implica, generalmente, actos de tortura y tratos inhumanos y degradantes, por lo que también afecta el derecho a la integridad personal. De igual manera, esta práctica criminosa supone, con frecuencia, la ejecución extrajudicial de los detenidos, y el posterior ocultamiento de sus cadáveres. Lo primero lesiona el derecho a la vida, mientras que lo segundo la impunidad del hecho".
La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-317/02, de fecha 02 de mayo de 2002 ha señalado: "...En efecto mientras la tipificación de la desaparición forzada busca la protección de una multiplicidad de bienes jurídicos –tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de

2. Por las especiales características del delito de *desaparición forzada*; la conducta del agente va más allá de la simple privación de la libertad, requiere que esta se realice con la intervención del Estado o con la aquiescencia de este[570]; asimismo, de la negativa a informar sobre la suerte o el paradero de la persona privada de libertad, esto es, se realizan conductas tendientes a perturbar la actividad de investigación o los recursos para acceder al paradero de la persona desaparecida. En este sentido, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada, en su artículo II tipifica este delito como "*...la privación de la libertad a una o más personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes*". Conforme al Estatuto de Roma, por "*Desaparición forzada de personas*" *se entenderá "la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el*

---

su persona, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, el derecho a un juicio imparcial y un debido proceso, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención, entre otros-; el secuestro solamente protege el bien jurídico de la libertad y autonomía personal".

[570] En este sentido, la Corte Constitucional Colombiana, en la Sentencia C-317/02, ha sostenido: "...la comisión de la desaparición forzada se consuma en dos actos: la privación de la libertad de una persona –que puede ser, incluso *ab initio* legal y legítima-, seguida de su ocultamiento, y además la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo legal...". En la misma línea, las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trujillo Oroza, del 26 de enero de 2000, y Helidoro Portugal del 12 de agosto de 2008.

*paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado"* (Art. 7°.2 i). Si bien, nuestro Código Penal, en su art. 320°, no sigue lo previsto en la normativa internacional, sin embargo la jurisprudencia nacional ha venido exigiendo la realización de las conductas antes descritas[571]. Así, en la Ejecutoria Suprema de fecha 24 de setiembre de 2007, Recurso de Nulidad N° 1598-2007, se ha señalado, refiriéndose al delito de desaparición forzada: "... *es un tipo penal de varios actos o de pluralidad de actos. Son dos las acciones que lo configuran: la privación de la libertad de una persona, y la ulterior desaparición de aquella, que se expresa de diversas formas bajo el común denominador de no dar razón del detenido ilegalmente, ocultar su estado o, en todo caso, no acreditar haberlo dejado en libertad, sustrayéndolo del amparo legal del sistema. Debe entenderse, de otro lado, que por tratarse de un delito de varios actos, subjetivamente, el primer acto debe estar conectado a los posteriores, formando parte de un plan".* Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Acuerdo Plenario 9-2009-CJ/116 ha sostenido: *"El elemento esencial del delito de desaparición forzada es la no información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se ha privado, legal o ilegalmente, de su libertad. El artículo 320° del Código Penal se limita a señalar la 'desaparición debidamente comprobada' de toda persona a quien se privó de su libertad. Siendo así, será del caso entender las acciones de*

[571] La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Gómez Palomino vs. Perú, Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2005, analizando el art. 320° de nuestro Código Penal, ha señalado: "...la desaparición forzada se caracteriza por la negativa de reconocer la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de las persona y por no dejar huellas o evidencias (...) ello permite distinguirlo de otros con los que usualmente se la relaciona, como el plagio o secuestro y homicidio, con el propósito de que puedan ser aplicados los criterios probatorios adecuados e impuestas las penas que consideren la extrema gravedad de este delito a todos aquellos implicados en el mismo...".

*desaparición debidamente comprobada ejecutadas por agentes estatales como la no información de aquellos sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se ha privado de su libertad".*

3. El delito de *desaparición forzada,* es un delito especial propio, cuyo sujeto activo (agente cualificado) será el funcionario público competente para informar sobre el paradero de la persona privada de su libertad; pues, como se ha señalado, el deber de informar es el elemento fundamental del delito, incluso no se requiere que el autor de la privación de libertad sea al mismo tiempo el de la negativa a brindar información[572]; mientras que en el delito de *secuestro,* en la modalidad agravada mencionada, contiene un delito especial impropio, en el que el agente estatal debe ser quien necesariamente realice la conducta de privación de libertad, no exigiéndose que este infrinja su deber de proporcionar información sobre la situación jurídica o el paradero de la persona privada de su libertad.

4. Por su carácter pluriofensivo y los bienes jurídicos afectados, el delito de desaparición forzada es un delito de mayor entidad que el de secuestro; en este sentido, en la jurisprudencia comparada se ha señalado: *"...es improbable encontrar una conducta que afecte con mayor grado de lesividad derechos fundamentales y valores constitucionales como la desaparición forzada de personas pues ella compromete bienes jurídicos no solo de la víctima sino también de su familia, entre ellos, la dignidad humana, la autonomía individual, la integridad física y el libre desarrollo de la personalidad"*[573]. A pesar de ello, la pena conminada para el delito de secuestro agravado es la más grave de nuestro ordenamiento penal.

---

[572] KAI AMBOS/MARÍA LAURA BÖHM, citado en el Acuerdo Plenario N° 9-2009 de la Corte Suprema de Justicia de la República.

[573] Sentencia de la Corte Constitucional Colombia N° C-400/03, de fecha veinte de mayo de 2003.

## 3. TRATA DE PERSONAS

Art. 153°. "1. 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[574].

---

[574] Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30251, publicada el 21 octubre 2014.

### 3.1. NOCIONES GENERALES

Este artículo ha sido modificado por el artículo único de la Ley N° 30251, publicada el 21 octubre 2014; con dicha modificación se hace precisiones, que si bien, en la gran mayoría de elementos, medios y circunstancias ya estaba contenido en el texto anterior de la norma, con la modificación se da mayor claridad al contenido del delito de trata de personas. Con el actual texto se busca compatibilizar la normativa nacional con los convenios internacionales suscritos por el Perú respecto a la prevención, represión y sanción de la trata de personas, especialmente de mujeres y niños.

Como se sabe, el tráfico de personas o trata de personas constituye la segunda actividad ilegal más rentable o lucrativa, después del tráfico ilícito de drogas[575]. "A estas alturas, que exista este tipo de crimen es completamente vergonzoso para el mundo civilizado, y más teniendo en cuenta, según el informe de la ONU, que el tráfico de personas podría estar presente en más de 137 países, donde las víctimas viven bajo constantes amenazas. Más vergonzoso aún es saber que una quinta parte de las víctimas son niños. Lamentablemente, el tráfico humano no es una prioridad en la lucha de los gobiernos, a pesar de que tenemos víctimas de estos delincuentes viviendo probablemente a 500 metros de nosotros"[576].

Este delito degrada al ser humano al nivel de mercancía de consumo, lo convierte en un mero objeto al servicio de traficantes que buscan lucrar con la explotación de seres humanos. Supone un grave atentado a los derechos humanos, constituye una vulneración a la dignidad humana y la libertad personal. Hablar de trata de personas en nuestros tiempos no se limita solo a la esclavitud relacionada a la prostitución o cualquiera de las formas análogas de explotación sexual (pornografía), sino también a una esclavitud o explotación laboral, al tráfico de órganos y a la mendicidad.

---

[575] http://www.negocios1000.com/2013/08/8-negocios-ilicitos-lucrativos.html

[576] *Ibídem*

Son antecedentes legales de esta figura penal, los siguientes instrumentos internacionales:

a) Respecto a la proscripción de la esclavitud: La Convención relativa a la Esclavitud de 1926; Convención Suplementaria Relativa a la Esclavitud 1926; Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Art. 8°).

b) Respecto a la proscripción de la explotación sexual: Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas; Convención Internacional para la supresión del Tráfico de Mujeres y Niños de 1921; Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Personas y Explotación de la Prostitución Ajena de 1949; Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1996.

c) Respecto al Trabajo Forzado: Convenio No. 29 de la OIT sobre Trabajo Forzado; Convenio No. 105 de la OIT relativo a la Abolición del Trabajo Forzado de 1957; Convenio 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de 1999.

d) Respecto a la Discriminación de la Mujer: Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer de 1979; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1996.

e) Respecto a la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes: Convención Interamericana sobre el tráfico internacional de menores de 1994; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y Utilización de Niños en Pornografía de 2000.

f) Específicamente a su proscripción penal, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, principalmente el "Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños", aprobado por Decreto Supremo N° 088-2001-RE y Resolución Legislativa N° 27257.

La trata de personas fue considerada una violación a los Derechos Humanos en 1993 en la Conferencia de Viena. Posteriormente, en la Cuarta Conferencia Internacional de Mujeres (Pekín, China, 1995), se ratificó este concepto y se instó a los Estados a proteger especialmente a las mujeres y niñas. Es con el "Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de Mujeres y Niños" que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrita en Palermo (Diciembre de 2000), ratificado por el Estado Peruano, que se define la trata de personas y se estandariza la terminología relativa a esta; asimismo, se insta a los Estados para su criminalización y permite regular casos de trata interna, al no exigirse como elemento del tipo el cruce de fronteras. Así también se insta a los Estados a brindar protección y asistencia de la víctima de trata, en los países de origen, tránsito y destino.

Dicho Protocolo define la trata como: "*La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al 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 otra con fines de explotación. Esa explotación puede incluir, como mínimo la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*"[577].

[577] En esta misma línea, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, prevé: "La expresión «trata de seres humanos» designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante rapto, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios

En nuestro país no existen cifras oficiales sobre los casos de trata, evidentemente por la existencia de muchísimos casos no denunciados y la aún escasa toma de consciencia y conocimiento de esta figura delictiva; sin embargo, en los últimos años los casos denunciados e investigados como trata de persona se han ido incrementado[578], habiéndose registrado en su mayoría casos de trata interna[579]. Los casos conocidos revelan que en un mayor porcentaje las víctimas de trata son mujeres, niños y adolescentes[580], sometidos a explotación sexual y laboral, en lugares alejados, entre ellos, zonas mineras o auríferas; el mayor número de casos de varones víctimas de trata están vinculados a la explotación laboral.

Muchos estudios revelan algunos patrones comunes en las víctimas de trata internacional, así, de manera enunciativa y sin pretender cubrir todas las posibilidades existentes, podemos señalar:

a) Se reclutan mujeres que nunca han ejercido la prostitución en sus países de origen, lo que les asegura su posterior silencio, producto de la vergüenza y el miedo al rechazo familiar y social al que pueden verse expuestas una vez devueltas a su lugar de origen. De otro lado, en la mayoría de países como el nuestro, si bien la prostitución no está prohibida tampoco

---

forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos".

[578] Véase, http://www.chs-peru.com/trata/pagi_documento.php.

[579] "Algunas de las rutas para la trata han sido analizadas en años anteriores por instituciones, aunque este trabajo no ha sido sostenido. Se ha podido observar también fuerte vinculación con el turismo sexual, especialmente hacia zonas como la selva de Iquitos (Loreto) y Pucallpa (Ucayali). La mayor parte de la trata, ocho de cada diez casos, tiene lugar dentro del país". Informe Anual 2008 "El difícil camino hacia la ciudadanía" de la Coordinadora de Derechos Humanos, con cita de Dolores Cortés, p. 85.

[580] Conforme al Informe Anual 2008: *El difícil camino hacia la ciudadanía* de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos: "La trata se vincula con la discriminación, la exclusión y la pobreza. Las víctimas pertenecen a sectores más vulnerables, como son mujeres de zonas rurales y amazónicas y menores de edad".

se encuentra regulada, lo que propicia abusos y excesos contra las personas que ejercen la prostitución.

b) Son mujeres que presentan grandes carencias económicas y desprotección social que ven una oportunidad de salir adelante en países más desarrollados.

c) En la mayoría de los casos se les ofrecen trabajos engañosos. Una vez en el país de destino, se les informa que el trabajo no resultó y que deben prostituirse para pagar la deuda contraída con quienes les financiaron el viaje, deuda que muchas veces se vuelve impagable, en tanto se incrementa día a día con otros conceptos, como hospedaje, alimentación, vestimenta, atención médica, etc.

d) La mayoría de las veces, las mujeres son llevadas a países cuyo idioma les es desconocido, lo que les provoca un mayor grado de vulnerabilidad y hace casi imposible el acceso a centros de ayuda.

e) Otras veces se arrebatan sus pasaportes con lo que dificultan su salida del país, así como la posibilidad de recurrir a las autoridades.

Este fenómeno criminal lesivo de intereses fundamentales de la persona humana tuvo respuesta en nuestro ordenamiento jurídico nacional; así, primigeniamente se tipificó el delito de trata de personas en el artículo 182° del Código Penal, Capítulo IX "Proxenetismo", del Título IV "Delitos contra la Libertad", del Libro Segundo "Parte Especial", circunstancia inicial que evidenciaba limitaciones y dudas de su autonomía típica respecto a las diferentes modalidades de proxenetismo, demostrando con ello dificultades en su aplicación, pues se reprimía únicamente la trata de personas con fines de explotación sexual[581]. Estas

[581] Esta orientación también se encontraba contenida en la Convención para la supresión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1949), la que se centraba expresamente en la prostitución.

y otras razones[582] motivaron a nuestro legislador para que mediante Ley N° 28251 se amplíe el tipo penal para comprender otros supuestos, pero manteniendo la misma ubicación en el Código Penal. Luego, con la dación de la Ley N° 28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico de migrantes, se mejora sustancialmente la regulación reubicando el tipo penal de trata de personas en los artículos 153° y 153°-A del Capítulo I: "Violación de la Libertad Personal", del Título IV del Código Penal[583], esto permitió una adecuada interpretación sistemática que posibilita superar, de una parte, la confusión típica del hecho imputado como favorecimiento a la prostitución o proxenetismo (Artículos 179° y 181° Código Penal), en casos donde técnicamente se configura un supuesto evidente de trata de personas o viceversa, o su calificación paralela en ambas figuras delictivas; circunstancias que, desde luego, tienen posteriores consecuencias en la determinación judicial de la pena concreta, afectando incluso la adecuada evaluación del injusto penal conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad que demanda la ley.

Siendo así, en el orden interno, con la dación de la Ley N° 28950, se han uniformizado los supuestos de trata y se ha dado mayor amplitud a los supuestos de explotación, conforme a la normativa internacional. Pues, la estructura del anterior tipo penal daba a entender que principalmente se perseguía las conductas de promoción, favorecimiento, financiación o facilitación de trata de personas, y circunstancial o

---

[582] Como es la ratificación y aprobación por el Estado peruano de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de sus dos Protocolos Adicionales, entre ellos el "Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños" (Decreto Supremo N° 088-2001-RE y Resolución Legislativa N° 27257), motivó la ampliación del tipo penal del artículo 182° CP a través de la Ley N° 28251, publicada el 8 de junio de 2004.

[583] De otro lado, en los artículos 153° y 153°-A se regulaba la conducta de retención o traslado de menores o incapaces, que en realidad contenían supuestos de trata de personas, teniendo como fines de explotación: la explotación social o económica.

accesoriamente las conductas de los sujetos que intervienen directamente en la materialización del delito, lo cual evidenciaba cierta confusión respecto al delito de proxenetismo; por esto, recientemente, mediante Ley N° 30251 se estableció una nueva tipificación del delito de trata de personas, permitiendo con ello una adecuada sistemática que posibilita distinguir nítidamente las conductas de los autores directos, de aquellos que no intervenían directamente en la materialización del delito, pero sí financiaban, promovían o facilitaban la comisión de la trata de personas. Además, se precisa detalladamente cada uno de los medios utilizados por el agente delictivo para coartar la libertad de su víctima, así como los fines típicos de explotación.

### 3.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Como se ha destacado en los párrafos anteriores, este ilícito penal entraña una particular lesividad en el sujeto pasivo, pues, se lo despersonaliza, convirtiéndolo en mero objeto de satisfacción de los intereses viles de sus victimarios. Por ello, si bien nuestro legislador penal lo clasifica como un delito que esencialmente atenta contra la libertad[584], puesto que el agente valiéndose de cualquiera de los medios previstos en el tipo penal priva a la víctima de este derecho con la finalidad de someterla a cualquier forma de explotación sexual, laboral, etc.; sin embargo, en la ejecución y prolongación de la conducta ilícita también se vulneren otros bienes de relevancia jurídico-penal como la dignidad humana[585] y el libre desarrollo de la personalidad

---

[584] No obstante, un sector de la doctrina nacional precisa que este tipo penal únicamente protege la libertad personal. En este sentido, RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho penal. Parte especial.* Volumen I, Editorial Grijley, Lima, 2010, p. 498, quien precisa que este delito la libertad personal "...entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado".

[585] Sobre la defensa de la dignidad humana, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado: "La dignidad humana (...) es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales. La persona humana no

e incluso se afectan otros bienes jurídicos como la indemnidad sexual, la integridad física, etc.

### 3.3. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

El sujeto activo es indiferenciado, por lo que puede ser cualquier persona, salvo en las modalidades agravadas previstas en los incisos 1, 2 y 5 del art. 153°-A, cuya conducta consistirá un supuesto agravado. Debe precisarse que, en la mayoría de casos los agentes delictivos actúan en el marco de acción de organizaciones delictivas, las que pueden tener alcance transnacional.

### 3.4. COMPORTAMIENTO TÍPICO

La trata de personas es un delito 'proceso' que empieza con la captación o reclutamiento de las víctimas y concluye con su sometimiento a diversas formas de explotación en un contexto de violencia, amenazas, coacción, engaño, etc.; es por ello que el legislador ha sancionado a todos los sujetos que participan en todas las posibles etapas del delito. En tal sentido, el legislador ha adelantado las barreras de punición, sancionando no solo a quien realiza la captación, transporte, traslado, etc., de las víctimas con fines de explotación, sino incluso a quienes de alguna manera coadyuvan a esa actividad, promoviendo, favoreciendo, facilitando o financiando la trata de personas.

---

puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo, de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general..." (STC 1417-2005-AA/TC, del 08 de Julio de 2005). En esta línea, ALONSO ALAMO, Mercedes: "¿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 *Derecho Penal Contemporáneo.* Número 17, Legis, Bogotá, Octubre-Diciembre 2006, p. 206, sostiene como bien jurídico protegido la dignidad humana entendida como "el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como una cosa, a no ser humillada, degradada, envilecida, cosificada, no es una manifestación encubierta de la moral sexual dominante ni cabe ver en su invocación un retorno encubierto a la honestidad".

La nueva regulación del delito de trata de personas (Ley N° 30251), corrigiendo la anterior modificación introducida mediante Ley N° 28950, distingue nítidamente los comportamientos de los autores directos que materializan la acción lesiva de aquellos que con su comportamiento contribuyen o facilitan el perfeccionamiento del delito; así en el inciso 1 del art. 153° precisando los medios, criminaliza los siguientes comportamientos:

En primer término, la *captación,* que constituye el proceso de reclutamiento de víctimas, la que puede realizarse directamente, o a través de personas naturales –a quienes se les paga o concede cualquier beneficio para ello- o personas jurídicas como agencias matrimoniales, agencias de empleo, etc., las que ordinariamente se sirven de medios fraudulentos como avisos a través de periódicos, radioemisoras, internet, etc.

En segundo lugar, el *transporte* y *traslado* implica la actividad de desplazamiento del sujeto pasivo del delito, para lo cual puede emplearse cualquiera de los medios de transporte existentes, sean lícitos o ilícitos, casi siempre empleando documentación falsa.

La *acogida* y *recepción* consiste en toda actividad destinada al recibimiento u hospedaje de las víctimas de trata en los lugares de tránsito o destino.

Con la expresión "*retención*" se hace referencia expresa a la vulneración de la libertad de desplazamiento del sujeto pasivo del delito. Esto es, la retención implica impedir a la víctima retirarse del lugar en que se encuentra, que puede ser el lugar de captación, los puntos de tránsito o el lugar destino; asimismo, la retención implica negar a la víctima toda posibilidad de pedir ayuda o de contactarse con las autoridades o personas que pueden rescatarla del lugar donde se encuentra.

La trata de personas puede ser interna o externa. En el primer caso, las víctimas serán llevadas a distintas ciudades, pero siempre dentro del territorio de la República, por ejemplo de las zonas alto

andinas trasladadas hacia las zonas de selva o de la selva a la costa. En la trata internacional, las víctimas son llevadas de un país a otro, en el que serán sometidas a cualquiera de las formas de explotación previstas en el tipo penal, o también puede tratarse de extranjeros que son traídos al país para ser explotados.

Se puede distinguir entre *lugares de captación*, que son los lugares donde se reclutan a las víctimas; *puntos de tránsito*, en los que las víctimas son acogidas temporalmente para ser inmediatamente trasladadas a los *lugares de destino* en los que serán sometidas a explotación. El legislador nacional no ha limitado las conductas expuestas a su realización dentro del territorio de la República sino que las ha vinculado con las de entrada y salida del país. Así, la conducta del agente delictivo puede constituir en captar a la víctima dentro del territorio nacional, o dar hospedaje a la víctima procedente de una ciudad o país distinto al de destino, previo a su traslado hacia el lugar donde será finalmente sometida a explotación, ya sea en el territorio nacional o el extranjero; o, puede encargarse de retenerla hasta su salida del país.

El legislador nacional ha sido consciente que esta actividad, en la mayoría de casos, implica la participación de una pluralidad de agentes (nacionales o extranjeros) entre los que existirá una división de roles y funciones; así un agente puede encargarse de la captación de personas, otro de proporcionar el financiamiento requerido, otro que proporcione los medios de transporte, quienes faciliten la documentación necesaria para el ingreso o salida del país a las víctimas del delito y habrá quienes tendrán los nexos con las personas encargadas de la actividad de explotación laboral, sexual, etc., de la víctimas; en tal sentido, en este tipo penal se ha previsto cada una de las posibles conductas a realizarse para la trata de personas, no siendo necesario para la consumación del delito, que el agente realice cada una de ellas, bastando solo la realización de alguna modalidad típica para ser considerado autor del delito.

## 3.5. EL CONSENTIMIENTO Y EDAD DE LA VÍCTIMA

Como se sabe, el consentimiento para producir efectos jurídicos, es decir para que resulte vinculante en sus consecuencias respecto a quien lo presta, debe ser hecho por una persona capaz y significar la expresión de la libre voluntad de quien consciente; ello significa que quien consciente debe ser una persona mayor de edad que exprese su voluntad de modo indubitable; en tal sentido, la voluntad debe ser libremente formada y expresada sin que concurra vicio alguno que la invalide. Si bien en ciertos casos pueden expresar su voluntad y consentir personas menores de edad que poseen discernimiento (capacidad para diferenciar lo bueno y lo malo o lo favorable y desfavorable), esto resulta aplicable solo cuando se trata de atender a una necesidad ordinaria de la vida diaria (Art. 1358° del código Civil), pero no cuando se trate de comprometer sus derechos, y especialmente cuando se trate de una decisión que compromete su libertad.

En el caso del consentimiento para la realización de los actos que comprometen la libertad, como los configurativos del delito de trata de personas, especialmente se exige que la voluntad de consentir sea formada y expresada sin ningún vicio que lo invalide. Por ello si la víctima del delito toma la decisión de consentir sobre cualquier forma de explotación configurativa del delito materia de análisis, encontrándose en circunstancias en que el agente ejerce violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o también la entrega de pagos o de cualquier beneficio (a una persona que tiene autoridad sobre la víctima) se asume este consentimiento es inválido. Por ello el numeral 4 del artículo bajo comento, establece que 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 de coacción antes enunciados.

En el mismo sentido si se trata de menores, la edad se considera indicativo de mayor vulnerabilidad de la víctima, por no poseer capacidad de ejercicio; esto es, por no poseer la madurez y capacidad

necesaria para formar y manifestar su voluntad de manera libre y espontánea para prestar su consentimiento válido sobre la realización de cualquier conducta configurativa del delito de trata de personas; pues, aún se encuentra restringida por razones estrictamente psicológicas su capacidades de autodeterminación. Por tanto, el consentimiento que pudiera prestar el menor de 18 años de edad no produce ningún efecto. Por ello mismo, la norma el numeral 3 del artículo bajo análisis, precisa que 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 primero. Esto es, el delito se configura aunque el menor preste su consentimiento para realizar las conductas en cuestión. Asimismo, estos hechos, de todos modos, configuran el delito, aunque las circunstancias o medios condicionantes de la voluntad no estuvieran presentes.

### 3.6. PROMOCIÓN, FAVORECIMIENTO, FINANCIAMIENTO Y FACILITACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Como ya se ha indicado, las conductas típicas del delito de trata de personas son *captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener a otro* en el territorio de la República o para su entrado o salida del país con fines de explotación; sin embargo, también se consideran típicos los actos de *promover, favorecer, financiar o facilitar* la realización de los hechos típicos antes mencionados, tal como lo estipula el numeral 5 del artículo 153° del Código Penal. Si bien estos últimos, en principio, serían simples actos de favorecimiento o contribución, la norma establece que se les impone la misma pena prevista para los autores. Esto es, esto es, nuestro legislador penal ha equiparado conductas que fenomenológicamente significan aporte o participación delictiva, con las de los autores que tienen el dominio del hecho, para esto adelanta la barrera de punibilidad equiparándolas a las conductas principales que tienen el dominio del hecho.

Sobre todo, si consideramos que estas acciones son las que inicialmente fueron consideradas como las conductas típicas del delito

de trata de personas por la normatividad anterior; por lo que se puede concluir que también los agentes de estas acciones son considerados autores del delito. Tanto más si tenemos en cuenta que estos delitos son cometidos generalmente por organizaciones delictivas cuyos miembros se distribuyen los roles y funciones.

Por lo que a algunos les toca, se les asigna o asumen la función de financiamiento o favorecimiento y otros la realización de los actos de captación, transporte, traslado, etc.; por lo que nos encontramos frente a típicos supuestos de coautoría.

De otro lado, debemos entender por *promover* consiste en la actividad de incentivar, inducir, animar para la realización de la trata de personas o ejercer influencia sobre otro para que realice determinada acción, en este caso cualquiera de las configurativas del delito de trata de personas. *Favorecer* es sinónimo de cooperar, coadyuvar o colaborar a fin de que el desarrollo de una actividad ya establecida se siga ejerciendo[586], en el presente caso, implica generar condiciones favorables para concretar la trata de personas; y por *facilitar* debe entenderse a la acción de proporcionar, suministrar, proveer o prestar los medios adecuados para la trata de personas; esto es, el agente pone a disposición la oportunidad o los medios necesarios para la comisión del delito; por ejemplo, proporciona el medio de transporte o el lugar (inmueble) donde será captada o retenida la víctima del delito. La actividad de *financiar*, podría incluirse dentro del anterior verbo rector, sin embargo con este término se está haciendo expresa referencia a la facilitación de recursos netamente económicos para los fines descritos.

En suma, la conducta materia de represión consiste en toda actividad destinada a promover o facilitar de cualquier forma la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio o para su salida o entrada del país, sin ser necesario que el agente participe en estas actividades.

---

[586] Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116. Fj. 9.

Para la consumación del delito no se requiere la comprobación de que la víctima de trata haya sido necesariamente sometida a cualquiera de las formas de explotación, basta con acreditar que el agente actuó con dicha intencionalidad; así, hay delito consumado cuando el agente es intervenido mientras traslada a la víctima al lugar de destino.

## 3.7. LOS MEDIOS

El agente delictivo puede valerse del empleo de violencia, amenaza u otras formas de coacción, de privación de libertad, fraude, engaño, abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para ejecutar la conducta descrita en el tipo penal.

La *violencia* implica el empleo de fuerza física contra la persona. La intensidad de la fuerza física empleada debe ser suficiente para doblegar la voluntad del sujeto pasivo, por lo que se suele recurrir a criterios objetivos, para determinar si la violencia ejercida es capaz de vencer la voluntad de la víctima; así, se utilizan criterios *ex ante* que permitan indicar ante los ojos de un espectador imparcial la idoneidad de la violencia; aunque en muchos casos, este criterio objetivo se ve relativizado al recurrirse al análisis de las circunstancias del hecho y la situación y condición de los sujetos. Particular forme del ejercicio de la violencia es el caso en que el agente por medio de la fuerza *secuestra* a la víctima, impidiéndole desplazarse o ejercer su derecho de libertad ambulatoria, sea para oponerse a las acciones y propósitos del agente o para retirarse del lugar donde se encuentra cautiva.

La *amenaza* implica el anuncio de causar un mal posible, verosímil e inminente a la víctima. La amenaza debe representar un peligro inminente para la vida o integridad física de la víctima, como cuando se amenaza con matar o lesionar a la víctima, o a un tercero vinculado a la misma; así, puede tratarse de amenazas no solo personales sino también las que involucran a sus familiares o demás seres queridos. Dentro de las formas de amenaza también pueden considerarse el chantaje, la intimidación o cualquier forma de coacción, por ejemplo

reteniendo los documentos de sus víctimas, para evitar que puedan salir de la situación de explotación en la que se encuentran. En el caso de víctimas extranjeras, las amenazan con deportarlas o con denunciarlas penalmente y con la correspondiente privación de libertad, por ejemplo en el caso en que su ingreso al país haya sido irregular.

El agente puede aprovecharse o abusar del consentimiento inicial de su víctima para luego someterla a cualquier forma de explotación, como en el caso de la mujer que inicialmente aceptó prostituirse, pero posteriormente no le es permitido retirarse de dicha actividad, utilizando para ello cualquier tipo de amenaza. También puede tratarse de casos de extranjeras que ingresan legalmente a un país para laborar, sin embargo, al ser contratadas se les arrebata sus documentos y finalmente son coaccionadas a ejercer la prostitución o someterse a cualquier otra forma de explotación.

También puede valerse de medios fraudulentos como el *engaño*. La acción engañosa consiste en crear la apariencia de que lo que sucede objetivamente es coincidente con las representaciones de la víctima, cuando realmente se trata de lo contrario. En este sentido, el agente puede valerse de agencias de viaje, matrimoniales, o de empleo, todas de fachada, y ofrecer visas, pasajes aéreos, tours en países extranjeros o en otras ciudades del país, así como también propiciar supuestos matrimonios con ciudadanos extranjeros, becas de estudios en el extranjero o empleos en diversas entidades, accediendo la víctima a viajar, contraer matrimonio, o realizar una supuesta actividad laboral o educativa, sin conocer la real finalidad del agente: someterlas a explotación, pudiendo ser obligadas a prostituirse, mendigar o realizar trabajos forzados, etc. El engaño ordinariamente consiste en ocultar a la víctima la actividad o empleo que desarrollará en el lugar de destino o las condiciones laborales bajo las cuales se realizará dicho trabajo; por ejemplo, la víctima es llevada a laborar en un determinado lugar, sin embargo, llegado al mismo y realizada la actividad no reciben sueldos y de recibirlos, reciben montos exiguos, al hacerle descuentos injustos, por ejemplo por ir al médico, el hospedaje u otros.

También se contempla como medio comisivo el prevalimiento del agente del delito, mediante el *abuso de poder*, lo que hace referencia a los casos de situaciones de dependencia, en las que el agente tiene poder sobre la víctima; en tal sentido, el agente aprovecha la situación de superioridad en que se encuentra frente a la víctima para conseguir más fácilmente la comisión del delito[587], por ejemplo, el padre respecto a los hijos; los tutores, curadores, respectos a menores o inimputables, en cuyo caso estaremos ante la modalidad agravada prevista en el art. 15º3-A C.P.; los empleadores frente a sus dependientes, etc.

La norma también hace referencia como medio para constreñir la voluntad de la víctima o para realizar la conducta típica en general, el valerse del *fraude*. Obviamente el fraude es considerado por muchos como una forma de engaño, sin embargo, este término puede ser más amplio que el simple engaño, puesto que comprende, sin problema alguno, a los casos en que el agente del fraude no realiza conducta alguna con el fin de engañar, sino por el contrario, omite poner en conocimiento de la víctima una información indispensable que poseía y tenía el deber de dar a conocer a la víctima. En tal sentido, en el caso que nos ocupa, el agente del delito puede utilizar cualquier forma fraudulenta para convencer a la víctima para que esta preste su consentimiento o para que permita la actuación del tratante y este logre su finalidad.

---

[587] DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* Tomo II. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 362, haciendo referencia a la modalidad de prevalimiento de una relación de superioridad en los delitos agresión sexual señala: "Esa desigualdad entre autor y víctima no hace referencia a una desproporción de fuerzas propias, o incluso ajenas, ni a unas carencias personales del sujeto pasivo que pudieran favorecer los designios del autor del delito, sino a la existencia de ciertas relaciones de dependencia o de ascendencia en detrimento de la víctima que reducen notablemente sus patrones psicológicos de respuesta frente a la conducta del autor, asegurándose de este modo la ejecución del delito".

El agente puede valerse también de la *situación de vulnerabilidad* de la víctima, como la situación de indefensión, ya sea por su inmadurez, falta de fortaleza física o moral derivadas de su edad o salud física o mental, o cuando se encuentra en situación de peligro, o en las situaciones que la persona involucrada no tiene más alternativa que someterse al abuso del agente por la situación en que se encuentra, por ejemplo, tratándose de personas que se encuentran en situaciones de endeudamiento –deudas creadas por los propios tratantes, p. ej., los costos del traslado de la víctima de un lugar a otro, de alimentación, etc.-, y que se ven coaccionados por el agente del delito, llegando en muchos casos a exigirles el pago con la prestación de servicios sexuales en el mercado del sexo (prostitución), explotación laboral y en algunos casos las víctimas se ven obligadas a pagar con la venta de sus órganos. También serán subsumibles los casos en los que la víctima es un adicto a las drogas y el tratante se encarga de proporcionarle las sustancias tóxicas que consume a cambio de que se prostituya. La situación socioeconómica también constituye un caldo de cultivo para la trata de personas, esta obliga a muchos niños a dejar los estudios y los juegos infantiles para dedicarse a trabajar en las calles.

En los supuestos antes mencionados, el agente se aprovecha o prevale de la situación de dependencia o vulnerabilidad de la víctima, situaciones que facilitan la comisión del delito, puesto que el agraviado se encuentra en una situación de marcada desfavorabilidad para oponerse a la conducta del agente.

De otro lado, por un defecto legislativo se previó como medio comisivo, sin mayor especificación, el supuesto de "*concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio*", hecho que dificulta el entendimiento de esta modalidad, en tanto la concesión de pagos o beneficios a la víctima para viciar su voluntad y posteriormente trasladarla a algún lugar con fines de explotación, podría incluirse en el supuesto de engaño. No obstante, debe entenderse que este supuesto resulta congruente con lo previsto por la legislación internacional que hace referencia

a: "*...la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación*"; esto es, el pago deberá realizarse, no a la víctima, sino a una persona que tenga autoridad sobre aquella a fin de que la convenza para que preste su consentimiento o que la decisión de la persona con autoridad sea suficiente para realizar los actos típicos de trata. En estos casos, ambos sujetos (el que entrega el pago o beneficio y el que lo recibe –persona con autoridad-) serán coautores del delito de trata. El beneficio no necesariamente debe ser económico, pues, puede tratarse de cualquier ventaja que no implique dinero en efectivo o de una ventaja de carácter no patrimonial; aun cuando este delito generalmente se encuentra vinculado a móviles económicos, sin embargo el legislador ha querido prever como típico cualquier medio capaz de motivar las conductas de trata; en tal sentido, se considerarán como beneficios, los viajes, acceso a servicios gratuitos, premios, ascensos laborales, promociones o el otorgamiento de algún reconocimiento o nombramiento aparentemente honorífico.

Quien recibe el beneficio se prevale de la situación de superioridad en que se encuentra respecto a la víctima para viciar su voluntad y finalmente hacerla víctima de explotación, en este supuesto pueden encontrarse los padres, los empleadores, las personas que tienen a su cargo a personas abandonadas u otros sujetos que tengan alguna autoridad respecto a la víctima; como el caso de familiares de jóvenes de las zonas alto andinas que las entregan a personas para la prestación de servicio doméstico a cambio de una suma de dinero, no obstante, estas personas las convierten en víctimas de explotación sexual o laboral.

La verificación de la validez del consentimiento solo resulta relevante en el caso de personas mayores de edad, puesto que tratándose de menores o adolescentes, la captación, transporte, traslado, acogida, recepción, retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación es considerado delito de trata de personas, aun cuando no concurra ninguno de los medios antes citados para constreñir la voluntad del menor, tal como lo estipula la norma penal nacional concordante con la

normativa internacional, en el entendimiento de que el consentimiento que pudiera prestar la víctima no resulta válido.

## 3.8. TIPO SUBJETIVO

La conducta del agente será necesariamente dolosa, estando a la configuración legal del tipo se requerirá dolo, que debe incluir el conocimiento y voluntad no solo de la conducta desplegada sino también la finalidad de explotación a la que será sometida la víctima del delito.

Esto nos permite sostener que este tipo penal requiere la presencia de un elemento subjetivo trascendente, como son los "fines de explotación", sin el cual, no se configura el comportamiento ilícito de trata de personas[588]. La misma norma, recurriendo a una sistemática de enumeración abierta (*númerus apertus*), establece cada supuesto en que configura los "fines de explotación".

### 3.8.1. LA FINALIDAD

Podría decirse que la finalidad es uno de los elementos más importantes en el delito de trata, puesto que el agente actúa teniendo conocimiento de los fines de explotación a los que será sometida la víctima; es más, actúa para lograr tal finalidad. Estos fines pueden ser[589]:

a) *Venta de niños, niñas o adolescentes*, esto es someterlos al tráfico comercial como si fueran objetos, para someterlos a cualquiera de las formas de explotación que se describen *a posteriori* o para ser entregados en adopción ilegal; en estos

---

[588] En este sentido FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.*, p. 254; refiere que: "Ese propósito es el que le da el carácter antijurídico a la acción; no tendría sentido que se castigara el hecho de promover la entrada y salida del país...".

[589] Otras legislaciones prevén como fines de trata de personas el matrimonio servil, además de los contenidos en el art. 153° CP., esto es, los casos en que la víctima es obligada a contraer matrimonio con determinada persona en contra de su voluntad.

casos, habrá participación delictiva de más de un sujeto, generalmente existen mafias o redes criminales que operan en países subdesarrollados, en los que por cualquiera de los medios antes descritos, logran traficar con menores, sirviéndose para ello de documentos falsos: certificados, partidas de nacimiento, documentos de identidad, etc.

b) *Explotación sexual, prostitución, sometimiento a esclavitud sexual u otras formas análogas.* Esto es, el sometimiento de una persona al comercio sexual, servidumbre sexual o a la producción de materiales pornográficos. DE LA CUESTA ARZAMENDI señala que la explotación sexual suele definirse como "... *la utilización de una persona con fines sexuales y con ánimo de lucro, atentando directa o indirectamente a su dignidad y libertad sexual y afectando potencialmente a su equilibrio psicosocial*"[590]. Puede ser que la víctima de trata sea obligada a prostituirse a cambio de una contraprestación o sin ella, en cuyo caso será víctima de una forma de esclavitud sexual.

A diferencia de los casos en que la persona, por su libre voluntad ejerce la prostitución y tiene la posibilidad de poder cambiar de actividad en el momento que lo desee, en la trata esto no es posible, pues existe ausencia de consentimiento de la víctima, y de existir, este se encuentra viciado; o, en todo caso, luego de que la víctima presta su consentimiento para el inicio de la actividad ilegal, no le es permitido retirarse de la misma.

c) *Esclavitud.* El Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de Julio de 1998, señala que se entenderá por esclavitud el "... *ejercicio de los atributos del derecho de*

[590] DE LA CUESTA ARZAMENDI: Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos. En *Estudios de derecho judicial*, Número 21, 1999, p. 325, nota 1.

*propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños*"; asimismo, contempla como crímenes de lesa humanidad –entre otros- la esclavitud, la esclavitud sexual y prostitución forzada (Art. 7º).

d) *Explotación laboral* que consiste en obligar a la víctima a realizar trabajos o servicios forzados. Este es un concepto amplió no definido por la norma penal, por eso debe ser concretado o delimitado por la jurisprudencia a fin de no vulnerar el principio de legalidad penal.

Al respecto, el Convenio sobre Trabajo Forzoso de 1930 (a la cual se adhirió nuestro país el 01 de febrero de 1960), define el trabajo forzoso como «*todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*». Esta definición nos da cuatro componentes principales que son: a) «todo trabajo o servicio» que comprende a cualquier tipo de trabajo, empleo u ocupación, incluso aquellas no contempladas en el derecho laboral; b) «individuo» se comprende a los mayores y menores de edad, nacionales o extranjeros y a los trabajadores migrantes en situación regular o irregular, y; c) «amenaza de pena», que implica cualquier forma de «coerción, amenazas, violencia, retención de documentos de identidad, reclusión e impago de salarios».

La explotación laboral no implica la simple prestación de servicios en malas condiciones con un salario irrisorio, sino principalmente la ausencia de consentimiento, puesto que aun en las circunstancias descritas, si el sujeto pasivo es libre de aceptar o no las condiciones, no nos encontraremos dentro del ámbito de la trata de personas. Asimismo, se considera el supuesto en que la víctima inicialmente presta su consentimiento para tal actividad, sin embargo, luego se le impide retirarse de la misma. En nuestro país, los casos

de trata registrados permiten verificar que en este supuesto mayormente las víctimas son obligadas a prestar servicio doméstico, a trabajar en la tala de madera o en la minería.

En cuanto a la trata de personas con fines de explotación laboral en el ámbito internacional, esta se ve favorecida por la migración de personas con la finalidad de alcanzar mejores condiciones de vida. En cuanto a los factores que la posibilitan[591], habitualmente lo es la necesidad de trabajo, ante lo cual el agente ofrece tal posibilidad en países desarrollados con una situación política estable y democracias consolidadas donde existe una gran demanda de trabajo no cubierta por nacionales. Dichas condiciones favorecen la contratación de inmigrantes recién llegados, en condiciones irregulares y económicamente más favorables para los empresarios. También encontramos factores de atracción que ejercen presión por parte de los países de destino sobre la población de los países de origen dispuesta a adoptar conductas de riesgo a fin de mejorar sus condiciones económicas en otros países. A esta población se les ofrece oportunidades de trabajo reales, sobrevaloradas o irreales como gancho para hacerles tomar la decisión de embarcarse en la aventura de la emigración.

e) *Mendicidad.* En este caso, mayoritariamente serán víctimas del delito los menores de edad, quienes son utilizados para mendigar en las calles, puesto que inspiran mayor compasión en las personas a las que solicitan limosna o ayuda económica. Los tratantes los venden o alquilan a personas que los explotan haciéndolos abordar vehículos de transporte público o salir a las calles para solicitar dinero, poniendo en riesgo su salud e integridad física, volviéndose más vulnerables por la condicio-

[591] Véase, GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea y otros: La dimensión laboral de la trata en España. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (http://criminet.ugr.es/recpc).

nes en que se efectúa esta actividad (en la vía pública con el riesgo de sufrir algún accidente de tránsito, a altas horas de la noche, sin alimentación adecuada, con escaso abrigo, etc.).

f) *Extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos.* Implica que la víctima será mutilada o afectada en su integridad corporal con la finalidad de extraerle sus órganos o tejidos; por ejemplo, la extracción de córneas, riñones u otro órgano o tejidos somáticos de la víctima, como óvulos, espermatozoides, sangre, células madres, etc.

Como ya se ha señalado, para la consumación del delito no se requiere que se cumpla la finalidad de explotación, bastará con que el agente actúe con dicha finalidad. El tratante pone a las víctimas a disposición del explotador, a quien habrá que imputarle el delito de violación de la libertad sexual, proxenetismo, rufianismo, pornografía infantil, lesiones (extracción de órganos), exposición de menores a peligro, entre otros, según sea el caso, presentándose supuestos de concurso entre la trata de personas y los delitos derivados de la explotación.

## 3.9. JURISPRUDENCIA RELEVANTE

***§ Relaciones sistemáticas, teleológicas y punitivas entre los tipos penales***

*"12°. La trata de personas, en los términos como aparece regulada en el Código Penal vigente, constituye un delito que atenta contra la libertad personal [Cfr. RAMIRO SALINAS SICCHA: Derecho Penal. Parte Especial–Volumen I, Editorial Grijley, Lima, 2010, p. 498], entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado. En cambio, la violación sexual vulnera la libertad sexual, que comprende también la capacidad de autodeterminación de la persona pero referida al ámbito específico de las relaciones sexuales. En tanto que, en los delitos de favorecimiento a la prostitución o proxenetismo, se vulnera la moral sexual de la sociedad*

*y la dignidad sexual de aquella persona que es prostituida o explotada sexualmente, y a la que se predetermina y somete a sostener prácticas sexuales con terceros a cambio de dinero. 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. No obstante, en la violación sexual se está ante un delito de propia mano, en el que se sanciona al que tiene de modo directo y personal el acceso carnal o acto análogo con la víctima. En tanto que, en la trata de personas, se reprime a quien coloca a la víctima, a través de actos traslativos (posee un tipo penal alternativo y complejo en base a las conductas que promueven, favorecen, financian o facilitan la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la víctima), en una situación de vulnerabilidad para ser explotada sexualmente por otro (se trata de un delito proceso, que implica diversas etapas desde la captación de la víctima hastà su recepción o alojamiento en el lugar de destino y en las cuales se involucran frecuentemente varias personas). Por su parte, en el favorecimiento a la prostitución o proxenetismo se sanciona al que favorece la prostitución de otro, o al que de manera fraudulenta o violenta entrega físicamente a la víctima a otro para el acceso carnal".*

### *§ 4. Problemas concursales*

*"14°. Los verbos típicos utilizados para describir los delitos analizados, así como los medios comisivos previstos para su perpetración tienden a conectarse o confundirse por su similitud. Por tanto, se requiere esclarecer cuando se configura uno u otro tipo penal, y así deslindar la presencia o no de un concurso de delitos (ideal o real) o de un concurso aparente de leyes entre ellos. En los delitos de violación sexual se está ante tipos legales claramente diferenciables en los que la conducta típica*

*queda plenamente definida por el acceso carnal (vaginal, anal o bucal) o análogo (introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal), que practica el propio sujeto activo con la víctima. Sin embargo, los delitos de trata de personas y de favorecimiento a la prostitución, como de proxenetismo, generan conflictos de interpretación por su posible convergencia normativa. Por consiguiente, a continuación se harán las precisiones teóricas y prácticas que posibiliten reconocer y facilitar la operatividad de la adecuada calificación judicial de unos y otros.*

*15º. En primer lugar, es de señalar que no se trata de un supuesto de identidad típica. No se ha tipificado en los artículos 153º, 179º y 181º CP el mismo delito. Se está ante conductas delictivas diferentes.*

*En efecto, el delito de trata de personas agota su realización en actos de promoción, favorecimiento, financiación o facilitación del acopio, custodia, traslado, entrega o recepción de personas dentro del país o para su ingreso o salida de él, con la finalidad de que ejerzan la prostitución o sean sometidas a esclavitud o explotación sexuales. 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 el dolo con que éste 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.*

*16º. En cambio, en los actos de favorecimiento de la prostitución el sujeto activo actúa indirectamente, promoviendo (inicia, impulsa o influencia positivamente) o favoreciendo (creando las condiciones necesarias para sus actividades sexuales o proveyéndole clientes) la prostitución de la víctima (relaciones sexuales con terceros a cambio de dinero). Es un típico delito de corrupción sexual cuyo móvil suele ser lucrativo.*

*17º. Finalmente, en el delito de proxenetismo el agente directamente interviene en el comercio sexual de la víctima a la cual, previamente,*

*convence o compromete para que se entregue sexualmente por una contraprestación económica a terceros. El agente en este delito oferta y administra la prostitución de la víctima. Desarrolla pues un negocio ilegal en torno a la venta sexual de aquélla.*

*18°. 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 práctica 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 o en ejercicio.*

*19°. En consecuencia, el Juzgador debe analizar con precisión la conducta objetiva y subjetiva del agente, incidiendo predominantemente en la finalidad perseguida, así como en el* modus operandi *y los antecedentes del imputado, para, en base a tales circunstancias o indicadores, calificar adecuadamente la relevancia penal de los imputados en el caso* sub judice".

### *§ 4. Concurrencia de circunstancias agravantes específicas*

*"20°. Identificada la autonomía típica, teleológica y dogmática de los delitos de trata de personas, favorecimiento de la prostitución y proxenetismo, así como sus posibilidades concursales, resta señalar que la presencia de circunstancias agravantes específicas similares para cada delito no afecta tal independencia formal y material, ni limita o compromete de alguna manera la determinación judicial de la pena en caso de concurso real. En efecto, como estipula el artículo 50° CP corresponde al Juez determinar penas concretas parciales por separado y para cada delito integrante del concurso real [Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116. Asunto: Determinación de la Pena y Concurso Real]. Será en ese único espacio donde el Juzgador deberá identificar las*

*agravantes específicas concurrentes. Las cuales, por lo demás, pueden ser las mismas en cada delito (minoría de edad de la víctima) o sólo alcanzar a los delitos de favorecimiento de la prostitución o proxenetismo, mas no de trata de personas (empleo de medios violentos o abuso de autoridad)". (Acuerdo Plenario N° 03-2011/CJ-116, seis de diciembre de dos mil once)".*

## 4. FORMAS AGRAVADAS DE TRATA DE PERSONAS

Art. 153°-A. "La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1,2,3,4 y 5 del Código Penal, cuando:

1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública.
2. El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, que aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito.
3. Exista pluralidad de víctimas.
4. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad o es incapaz.
5. El agente es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar.
6. El hecho es cometido por dos o más personas.

La pena será privativa de libertad no menor de 25 años cuando:

1. Se produzca la muerte, lesión grave o se ponga en inminente peligro la vida y la seguridad de la víctima.
2. La víctima es menor de catorce años de edad o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental.
3. El agente es parte de una organización criminal".[592] [593]

---

[592] Artículo adicionado por el Artículo 2 de la Ley N° 26309, publicada el 20-05-94.

[593] Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28950, publicada el 16 enero 2007.

## 4.1. MODALIDADES AGRAVADAS

### 4.1.1. AGRAVANTES DE PRIMER NIVEL (Pena no menor de 12 ni mayor de 20 años)

#### *A. Por la calidad del agente*

*a) El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública*

El fundamento de la agravante se encuentra en la calidad del agente, quien debe ser un funcionario público. No se considera a los simples servidores públicos, precisamente porque estos no desempeñan propiamente función pública, únicamente con sus labores coadyuvan a que los funcionarios desempeñen dicha función[594].

Al decir de VIVES ANTÓN, "... *la función pública puede sintetizarse así: a efectos penales el carácter de la función pública viene atribuido por la concurrencia de tres elementos: subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público); objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al derecho público); y teleológico (función pública es aquella en la que se persigue fines públicos)*"[595].

La función pública la concebimos siempre en el contexto de la Administración Pública, y esta a la vez, desde una perspectiva subjetiva, está constituida por el conjunto de poderes órganos o entidades dotadas de una esfera de atribuciones o competencias; estos entes u organismos, en ejercicio de sus atribuciones o potestades conferidas, realizan una serie de actividades o acciones orientadas a cumplir sus fines y objetivos que justifiquen su existencia dentro del quehacer público o estatal, fines y objetivos que en concreto buscan la presta-

---

[594] Ver, GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Delito de Enriquecimiento Ilícito.* Idemsa, Lima, 2001.

[595] VIVES ANTÓN, Tomás: *Comentarios al Código Penal de 1995.* Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 274.

ción de un servicio público eficaz y eficiente y que en abstracto o en general buscan el bien común de los miembros de la sociedad; estas actividades o acciones de las entidades u organismos estatales, a la vez, constituyen la *perspectiva objetiva* de la Administración Pública, la que al realizarse conforme a los fines concretos y abstractos de la Administración expresan la *función pública,* la misma que necesariamente debe estar orientada hacia el bien común, estar al servicio de las personas y propender a la generación de mejores condiciones para el desarrollo y perfeccionamiento de la vida humana.

La función pública puede ser estudiada desde una perspectiva amplia, conceptualizándola genéricamente como la esfera de asuntos del Estado que deben ser gestionados bajo un debido marco legal y reglamentario por personas especialmente ligadas a esta y que le sirven. Puede ser igualmente analizada en función a las específicas competencias de los oficios o cargos asumidos por los funcionarios públicos (perspectiva concreta), independientemente de cuál sea el órgano o nivel de la estructura del Estado donde aquél ejerce funciones. Asimismo, al decir del tratadista Español Tomás VIVEZ ANTÓN, la función pública, a efectos penales, puede considerarse bajo la concurrencia de tres elementos: subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público); objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al derecho público); y teleológico (función pública es aquella en la que se persigue fines públicos). A partir de estas definiciones se podrá determinar las dimensiones y contenido de las atribuciones y deberes de los distintos funcionarios y servidores públicos y será a partir de la infracción de estos deberes que se podrá responsabilizar penalmente a dichas personas.

Será a partir de esta concepción que se debe determinar las atribuciones y deberes que le conciernen al funcionario o servidor público, y también, si las infracciones a tales deberes pueden serle imputados penalmente a dichos agentes públicos. En el presente caso, precisamente, el funcionario público en lugar de cumplir con su delicado deber que

ha asumido al incorporarse a la administración pública, utiliza las facultades que se la ha conferido para cometer el delito.

Por ello, la agravante se fundamenta en el hecho de que por el ejercicio de la función, el agente cuenta con las facilidades para cometer el ilícito, o en todo caso, cuenta con los medios para encubrirlos, logrando la impunidad del mismo. Para la configuración de esta agravante es necesario que el funcionario ejerza la función, no siendo suficiente con que se trate de un funcionario; es más, se requiere que los hechos delictivos los concrete a través del ejercicio abusivo de la función. Esto es, que haga un uso ilícito de su calidad de funcionario; en este caso, el agente no solo vulnera la libertad de la víctima sino también infringe su deber de legalidad, imparcialidad y demás deberes que le son exigibles como agente estatal. Así por ejemplo, incurren en esta agravante el funcionario de RENIEC que facilita la trata de personas inscribiendo a las víctimas del delito con una identidad falsa, o el funcionario de migraciones que facilita la salida de las víctimas.

*b) El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, que aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito*

Para la comisión del delito de trata, el agente puede valerse de organizaciones sociales, tutelares o empresariales, encontrándose el disvalor de su conducta en el aprovechamiento de su condición de promotor, integrante o representante de dichas organizaciones o de las actividades que estas realizan, transgrediendo gravemente la función encomendada a las mismas, o la función que estas encomiendan al agente.

El fundamento de la agravante radica en que en estas entidades y sus miembros o integrantes, la sociedad y las personas en general, han depositado su confianza en ellas y esperan que actúen en favor de las personas y sus derechos, conforme a los propios fines de su organización; sin embargo, estas personas (integrante o representante de estas entidades) en lugar de responder a la confianza depositada, se

valen de las circunstancias favorables que les proporciona el ámbito de funciones de estas entidades para facilitar la comisión del delito de trata de personas o para encubrir estas conductas. Por ello, la conducta de estas personas al cometer o participar en estos delitos resulta a todas luces más reprochable. Así, se configurará la agravante en el caso del agente miembro de una ONG que utiliza a la misma para la captación de mujeres para ser sometidas al comercio sexual.

c) *El agente es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar*

En esta modalidad se contemplan modalidades de prevalimiento, en las que el agente tiene estrecha relación con la víctima, lo que permite la existencia de una relación de dependencia de esta respecto del agente, o en todo caso existirá una estrecha relación de confianza entre ambos, como en el caso en que agente y víctima habiten en el mismo hogar, o el agente tiene bajo su cuidado a la víctima. Será precisamente esta relación de parentesco, de dependencia o de confianza el mecanismo utilizado por el agente para facilitar la comisión del ilícito penal, y de allí su mayor reproche penal, puesto que de estas personas se espera, precisamente, que protejan a las víctimas, y defraudando esta expectativa social, por el contrario se valen de estas circunstancias para cometer o facilitar la comisión del delito.

### *B. Por las características o calidad de la víctima*

a) *La víctima es menor entre 14 y 18 años de edad, es incapaz o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental*

El fundamento de esta agravante se encuentra en el mayor grado de vulnerabilidad de la víctima (menores de edad o incapaces), siendo, precisamente, esta condición la que es aprovechada por el agente para cometer el delito; lo que hace más reprochable su conducta.

La regulación de esta agravante resulta altamente confusa y contradictoria; en efecto, en el inciso 4 del primer párrafo del art. 153°-A hace referencia a los casos en que la víctima es un incapaz, mientras que el inciso 2 del segundo párrafo del citado artículo, sancionando con mayor severidad, hace referencia a los casos en que la víctima adolezca, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental. No habiendo tomado en cuenta que algunos casos de discapacidad mental o física –temporal o permanente- pueden constituir incapacidad absoluta o relativa, así la condición de ciegosordo, ciego mudo o sordo mudo es una discapacidad física permanente, pero también una causal de incapacidad absoluta, así también el retardo mental es una incapacidad relativa y puede considerarse una discapacidad mental; por lo que existen serias dificultades para determinar si un supuesto de este tipo se subsume en una u otra agravante; hecho que resulta de gran relevancia, estando a la diferente gravedad de la pena en uno u otro caso.

Al respecto, para salvar la coherencia y proporcionalidad de la respuesta penal, deberá considerarse en el primer caso (numeral 4 de la primera parte), solo a los casos de incapacidad relativa, conforme a lo previsto en el artículo 44° del Código Civil, dejando los supuestos de incapacidad absoluta, para el numeral 2 de la segunda parte de este artículo (153°-A del CP).

### *C. Por la pluralidad de sujetos*

*a) Pluralidad de víctimas*

Comprender a varias víctimas implica que el agente ha dispuesto de los medios adecuados para realizar este tipo de conductas, lo que a la vez evidencia que se trata de un tratante habitual o de una persona que está proyectando una actividad permanente en el futuro; lo que además equivale a contactarse con mayor cantidad de receptores o de personas dedicadas a esta ilícita actividad. Esto obviamente, revela una mayor peligrosidad del agente y su escaso respeto y consideración por la persona humana. Además de que se afectará la dignidad de mayor número de personas.

*b) Pluralidad de agentes*

Esta agravante encuentra su fundamento en el hecho de que la participación de una pluralidad de personas (dos o más), implica una situación de ventaja que facilita la comisión del delito. Para la configuración de esta agravante no se requiere que los agentes integren una organización criminal, basta con la existencia de un acuerdo coyuntural para la comisión delictiva.

### 4.1.2. AGRAVANTES DE SEGUNDO NIVEL (Pena no menor de 25 años)

#### *A. Se produzca la muerte, lesión grave o se ponga en inminente peligro la vida y la seguridad de la víctima*

Cierto sector de la doctrina considera que esta modalidad agravada contempla un típico caso de preterintencionalidad; en el que el resultado muerte no puede ser imputado a título doloso, pues esta rebasa el dolo del agente, siendo su actuación de carácter imprudente. Esto es, la acción no debe estar preordenada a atentar contra la integridad de la víctima. A diferencia de otras modalidades como la violación sexual con subsecuente muerte o el robo agravado con subsecuente muerte, esta agravante no hace ninguna referencia a previsibilidad del agente, con lo que se evita cualquier discusión referida a los alcances de dicha expresión. Por ende, a fin de guardar la coherencia en el sistema, entendemos que en este caso, la conducta del agente debe ser necesariamente dolosa; esto es, las lesiones graves o la muerte de la víctima deben producirse por una actuación dolosa –dolo directo o eventual- del agente. No obstante, de presentarse la muerte o lesiones graves de la víctima, a consecuencia de una conducta culposa del agente, siempre será posible la aplicación del concurso real de delitos, con el consecuente incremento de la pena correspondiente.

Debe tenerse en cuenta sin embargo, que no resulta coherente con la proporcionalidad de la pena, que se haya equiparado en términos punitivos, los supuestos de muerte con los de lesiones graves, por lo

que corresponderá al juzgador al momento de determinar la pena concreta, imponer una pena mayor en los supuestos de muerte.

Para la determinación de las lesiones graves deberán aplicarse los criterios desarrollados al tratar el artículo 121° del Código Penal.

Es también materia de crítica que se haya incluido como conducta agravada el supuesto en que se ponga en inminente peligro la seguridad de la víctima, pues pareciera lógico que necesariamente una víctima de trata, que resulta captada, desarraigada de su lugar de origen, privada de su libertad y llevada a un lugar de destino para ser víctima de explotación sexual, laboral, etc., necesariamente su seguridad no solo resultará en peligro sino que necesariamente se verá vulnerada, por tanto este supuesto se encuentra necesariamente consumido por el supuesto básico de este delito. No obstante, en supuestos especiales podría considerarse esta agravante, si es que se generaron especiales circunstancias que ponen en riesgo la vida o salud de la víctima, más allá de lo necesario para lograr el propósito buscado por el agente.

### *B. La víctima es menor de 14 años de edad o padece temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental*

El fundamento de esta agravante se encuentra en el mayor grado de vulnerabilidad de la víctima que es prácticamente un niño o un púber, que en muchos casos ni siquiera será un adolescente, pues debe tener menos de 14 años; siendo, precisamente, la situación de especial vulnerabilidad e indefensión de estos menores la que es aprovechada por al agente para realizar las conductas de trata; de allí la especial reprochabilidad de la conducta de estos sujetos.

Como ya se hizo referencia al tratar la agravante de primer nivel, cuando el menor tiene entre 14 y 18 años, la regulación de esta agravante resulta confusa y contradictoria; pues, de un lado, en el inciso 4 del primer párrafo del art. 153°-A se hace referencia a los casos en que la *víctima es un incapaz*, y nuevamente en el inciso 2 del segundo párrafo (agravante de segundo nivel) materia de este comentario (san-

cionando con mayor severidad, no menos de 25 años de pena privativa de libertad), nuevamente se consideran los casos en que la víctima adolezca, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental; y como se sabe, la discapacidad mental o física –temporal o permanente- también son supuestos de incapacidad, si bien puede tratarse de incapacidad absoluta o relativa. En tal sentido existen dificultades para determinar si un supuesto de este tipo se subsume en una u otra agravante. Al respecto, tal como lo indicamos al analizar el supuesto anterior, a fin de preservar la coherencia y proporcionalidad de la respuesta penal, deberá considerarse en el primer caso (numeral 4 de la primera parte), solo a los casos de incapacidad relativa, conforme a lo previsto en el artículo 44° del Código Civil, dejando los supuestos de incapacidad absoluta, para el numeral 2 materia del presente comentario.

### *C. El agente es parte de una organización criminal*

En primer lugar, es necesario precisar que puede interpretarse el término organización criminal, al menos en un sentido genérico, en términos similares al de asociación ilícita. La idea central de organización se deriva de la existencia de un ente con carácter de institución y que posee las notas de *permanencia y regularidad* en el tiempo. La organización no depende de la conservación y regularidad de sus miembros, los cuales pueden cambiar constantemente sin que ello implique su alteración o desaparición. La organización está lejos de ser un conglomerado humano o una simple forma numérica en la que solo basta un concierto más o menos ordenado de voluntades superpuestas entre sí sin ningún criterio rector o sin un sentido último; en realidad, ella supone, en su acepción jurídica, una determinación clara y definida de los objetivos a alcanzar –trata de personas en este caso- y una adecuada selección de los medios y procedimientos, disponiendo de una elemental distribución de funciones -ya que no todos los miembros van a realizar la misma tarea- y un necesario principio jerárquico tanto en el mando, como en la toma de decisiones y en la ejecución de las mismas; aun cuando actualmente, no se descarta

la existencia de organizaciones horizontales, en donde las jerarquías han desaparecido o no son relevantes; tales parecen ser los casos en que personas provenientes de diversas organizaciones se asocian para optimizar su actividad criminal.

La organización se distingue de la simple autoría y participación y de la conspiración para delinquir, en que en esta no basta la intervención de un número plural de personas en la fase preparatoria del delito, sino que la idea de organización queda satisfecha cuando se logra establecer una formal o material *distribución de funciones* entre los miembros, determinando los deberes y derechos de cada uno de ellos, como la actividad que ha de cumplir y, además, que exista por lo menos una elemental *estructura jerárquica* entre los "asociados"[596], señalando un determinado mando y rango, ya sea personal o colegiado, y una determinada línea de acción vertical, basada en el compromiso, elemental lealtad y obediencia respecto a los acuerdos comunes.

Dicha organización no debe ser necesariamente formal, en el sentido de verse reflejada en un estatuto o un reglamento en el que se señala los cargos, competencias y funciones, ya que de ser así solo las asociaciones que documentasen su finalidad ilícita y la actividad que desarrollan serían alcanzadas por el Derecho penal, quedando fuera las organizaciones irregulares que no cumplen con este requisito. Se debe evitar extrapolar las categorías propias del Derecho privado (Civil y Comercial) al seno del Derecho penal en la construcción del concepto de organización, pues estas organizaciones de Derecho privado, son protegidas por el Derecho, precisamente porque se forman y estructuran de acuerdo al Derecho y cumplen una finalidad lícita y en beneficio de la sociedad o de los individuos; en cambio, las organizaciones criminales se forman para contravenir al Derecho.

---

[596] No considera la organización jerárquica MAGGIORE, Giuseppe; Derecho Penal. Vol III; p. 450, pues "le basta un concierto, de carácter permanente, de intenciones y de acciones".

Otro de los requisitos que se encuentra detrás de la noción de organización es el sometimiento y la aceptación del "asociado", "miembro" o "integrante" a la voluntad general o a los acuerdos colectivos. Se habla aquí de una disciplina corporativa. La oposición o silencio de un integrante frente a los acuerdos colectivos, que no suponga la colocación de una barrera de contención seria para evitar el desarrollo ulterior del propósito criminal de la asociación o de alguno de sus miembros, no lo exime de pena, cuando se mantenga dentro de la organización. En el mejor de los casos implicará una atenuación de su responsabilidad.

El formar parte de la organización o, mejor dicho, la relación de pertenencia del afiliado a la organización criminal, no debe entenderse en términos formales, como si se exigiera un vínculo jurídico válido o un acto solemne que declare la vinculación de una persona con la asociación; pues, de ser así dicha relación daría lugar a serias y graves lagunas de punibilidad, en la medida que los vínculos que no cumplan con dicho requisito quedarían excluidos del ámbito de la tipicidad (agravada en el presente caso). En este sentido, la afiliación debe comprenderse en un sentido material, requiriendo únicamente la vinculación fáctica y real entre el integrante y la organización, no importando la naturaleza o modo del ligamen del "socio" con la organización criminal. Puede tratarse de una organización criminal que desarrolla sus operaciones a nivel nacional o internacional.

La organización requiere un acuerdo o pacto común entre los "asociados", el que puede producirse en el instante de su creación, o en su caso, la adhesión de uno o más asociados al pacto y al acuerdo inicial; igualmente, requiere una aceptación de los fines a los que la organización propende[597]; en el presente caso no interesa qué tipo de delitos tenga por fin cometer la organización, pues la norma considera a las organizaciones criminales en general, por lo que puede tratarse

[597] Cfr. CREUS, Carlos: *Derecho penal. Parte especial:* t. II, p. 107.

de una organización dedicada a la trata de personas o a cometer otro tipo de delitos, y entre ellos comete el delito de trata de personas. El acuerdo puede ser expreso o tácito. No es necesario que conste en algún documento o en un soporte material[598]. Es más, la doctrina está de acuerdo en señalar que la afiliación se puede dar a través de hechos concluyentes[599] o actos materiales de los miembros.

Normativamente, la Ley N.° 30077, en su artículo 2° ha establecido que: "... *se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más persona que se reparten diversas tareas o funciones cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable y 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* ..."; en el mismo sentido, también la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, define en su artículo 2° qué debemos entender por organización criminal.

Si se entiende que la relación de pertenencia o de afiliación es el núcleo de la imputación, tal característica permite delimitar y excluir del ámbito de la tipicidad una serie de comportamientos que caen fuera del círculo de la autoría, como es el caso del tercero ajeno a la asociación que sin ser afiliado o integrante de la misma desarrolla actos de colaboración o de favorecimiento. En ese sentido, queda claro que se puede actuar en la organización, colaborar con ella, pero no pertenecer a la misma[600]. Dichos actos de favorecimiento pueden dar lugar, en todo caso, a formas de participación en el delito, sobre todo de complicidad. Sin embargo, ello no es óbice para que quien

---

[598] Cfr. CORNEJO, Abel: *Asociación Ilícita,* p. 42.

[599] Cfr. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Asociaciones ilícitas en el Código Penal.* p. 251.

[600] Cfr. CREUS, Carlos: *Ob. cit.* t. II, p. 109; LAJE ANAYA, Justo: *Comentarios al Código Penal.* Vol. IV, p. 22; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Ob. cit.* p. 251.

tiene la calidad de cooperador pueda luego pasar a formar parte de la organización al haber sido aceptado[601].

Esta agravante no diferencia la posición que ocupa el agente en la organización criminal, puede tratarse del jefe o agente con funciones de dirección o de un agente que ocupa un menor escalafón dentro de la organización; pues, no se ha tenido en cuenta como una circunstancia de especial gravedad el hecho de que el sujeto activo del delito tenga la calidad de jefe, dirigente o cabecilla de la organización criminal, tal como se hace en algunos otros sistemas jurídicos[602]. Sin embargo, en aplicación del artículo 22° a) de la Ley N.° 30077 (Ley contra el Crimen Organizado), tratándose de organizaciones criminales, el Juez aumenta la pena hasta en un tercera parte por encima del extremo máximo de la pena prevista para el delito (esto es, por encima de los 20 años de pena privativa de libertad, e inclusive por encima del extremo máximo de la pena de multa), cuando se trata de un agente que es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección o supervisión de la organización criminal. Y nótese que la norma no señala que el Juez puede aumentar, sino que el Juez aumenta, por lo que no queda a la potestad del Juez sino que es una obligación; lo que sí queda a la potestad del Juez es únicamente la determinación de la fracción a aumentarse.

Si bien, la existencia de la organización se manifiesta y prueba muchas veces a través de las reuniones periódicas o circunstanciales que realizan sus miembros, al mediar una presencia física, no hay mayor problema para admitir su existencia, cuando los acuerdos, directivas, incorporaciones o aportaciones se llevan a cabo sin necesidad que los miembros se reúnan alguna vez o habiten en el mismo lugar[603],

---

[601] Cfr. LAJE ANAYA, Justo: *Ob. cit.* p. 22.

[602] PRADO SALDARRIGA, Víctor: *Todo sobre el Código Penal.* T. I, Idemsa, Lima, 1996, p. 170.

[603] Cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, T. VI, p. 405.

dado que dicha asociación puede entablar lazos de permanencia y comunicación a través del empleo de procedimientos técnicos como la utilización de la Internet, de la telefonía celular, del fax u otros medios técnicos semejantes. Puede emplear también emisarios o correspondencia[604].

Lo dicho pretende remarcar que para la existencia de la organización no es necesario comprobar que sus miembros se hayan reunido alguna vez, que se hayan conocido o posean algún tipo de distintivo o identificación. Por tanto, no toda reunión en donde se planifica la comisión de un delito significa la presencia de la agravante en cuestión, o que a falta de una reunión física entre los integrantes del cuerpo criminal estemos ante la ausencia de la organización criminal. Lo único que se debe acreditar de manera fehaciente es que la organización tenga una vocación de permanencia y de duración en el tiempo[605]. De manera autónoma e independiente así haya existido o no reuniones o si los miembros se han conocido o no.

Para la configuración de la presente agravante, la organización delictiva asegura la consumación e impunidad de sus acciones configurativas del delito de trata de personas, lo que obviamente dota de especial peligrosidad al agente del delito; siendo esta la razón de la agravación de la conducta. Pues, el agente actúa valiéndose de la logística y facilidades que proporciona la organización criminal a la que pertenece. No se requiere que se realice la conducta contando con la presencia de una pluralidad de autores o que se haya puesto en ejecución toda la maquinaria de la organización delictiva, sino que bastará con acreditar que quien se encargó de la captación de la víctima pertenece a una organización criminal y actúa en cumplimiento de los designios y operatividad de la organización criminal.

---

[604] Cfr. CORNEJO, Abel: *Ob. cit.* p. 43; LAJE ANAYA, Justo: *Ob.Cit.* p. 24.

[605] Cfr. MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho Penal* Vol. III, p. 450 nota 11.

Finalmente, es necesario precisar que se puede discutir si se presenta o no un concurso real de delitos entre el delito de trata de personas y el de asociación ilícita para delinquir (previsto en el artículo 317° del Código Penal). Al respecto, es de verse que la culpabilidad y reproche considerado para el tipo penal del artículo 317° es consumido y agotado por el delito de trata de personas, en el cual se ha considerado a la asociación delictiva como un elemento (circunstancia agravante) de su configuración; en tal sentido, en este caso nos encontramos ante un concurso aparente de normas que se resuelve aplicando el principio de consunción; y por tanto, se descarta el concurso de delitos y se aplica solamente la norma correspondiente al delito de trata de personas.

# Capítulo II
# VIOLACIÓN DE LA INTIMIDAD

## 1. VIOLACIÓN DE LA INTIMIDAD

**Art. 154°.** *"El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.*

*La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días multa, cuando el agente revele la intimidad conocida de la manera antes prevista.*

*Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa".*

### 1.1. LA INTIMIDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

MORALES GODO distingue entre la vida íntima y la vida privada[606]. La vida privada es el género, abarca además de la vida íntima,

---

[606] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Pretty c. Reino Unido, Sentencia de 29 de abril de 2002: *"La noción de «vida privada» es una noción amplia, sin una definición exhaustiva. Abarca la integridad física y moral de la persona (Sentencia X. e Y. contra Países Bajos de 26 marzo 1985 [TEDH 1985, 4], serie A núm. 91, pg. 11, ap. 22). Puede a veces englobar aspectos de la identidad física y social de un individuo (Mikulic contra Croacia, núm. 53176/1999 [secc. 1], 7 febrero 2002 [JUR 2002, 78019], ap. 53). Algunos elementos, por ejemplo, como la identificación sexual, el*

aquel sector de la coexistencia del hombre, de sus relaciones con los demás, que sin ser secretas o íntimas deben ser también protegidas de injerencias de terceros o del público por ser presupuestos de la tranquilidad de la persona[607]. En la misma línea el Tribunal Constitucional ha señalado: *"La vida privada es un derecho fundamental en primordial relación con la intimidad. El último de ellos tiene una protección superlativa dado que configura un elemento infranqueable de la existencia de una persona; la vida privada por su parte, la engloba y también incluye un ámbito que sí admite algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas, vinculándose inclusive con otros derechos como la inviolabilidad de domicilio, prevista en el artículo 2°, inciso 9 de la Norma Fundamental"*[608].

En palabras de ROMEO CASABONA, debe entenderse por intimidad, aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar

---

*nombre, la orientación sexual y la vida sexual dependen de la esfera personal protegida por el artículo 8 (Sentencias B. contra Francia de 25 marzo 1992 [TEDH 1992, 43], serie A núm. 232-Convenio, ap. 63; Burghartz contra Suiza de 22 febrero 1994 [TEDH 1994, 9], serie A núm. 280-B, ap. 24; Didgeon contra Reino Unido de 22 octubre 1981 [TEDH 1981, 4], serie A núm. 45, ap. 41 y Laskey, Jaggard y Brown contra Reino Unido de 19 febrero 1997, Repertorio 1997-I, ap. 36). Esta disposición protege asimismo el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior (ver, por ejemplo, Burghartz contra Suiza, informe de la Comisión, op. cit., ap. 47 y Friedl contra Austria [TEDH 1995, 4], serie A núm. 305-B, informe de la Comisión, ap. 45).*

[607] MORALES GODO, Juan: *Derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información.* Grijley, Lima, 1995, p. 108. Así, también ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Derecho de las Personas.* 4° ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 328.

[608] STC 6712-2005-HC/TC, sentencia del 17 de octubre de 2005. El Tribunal Constitucional también ha señalado que la vida privada implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad, de conformidad con el artículo 2° inciso 1 de la Constitución. STC 0072-2004-AA/TC.

cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular o sobre las que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros[609]. Con cita de CARRANZA el Tribunal Constitucional, ha afirmado respecto a la intimidad que "... *en ella la persona puede realizar los actos que crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en que tiene uno derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, a la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social*"[610]. La intimidad es el ámbito de la vida privada que el hombre reserva para sí; el ámbito de la creatividad, de la reflexión, de la formación de las ideas y, por ello, constituye una necesidad existencial[611].

En suma, la intimidad es ese ámbito de la personalidad, que todo titular busca mantener libre de intromisiones de terceros, puesto que contiene los aspectos más íntimos de la vida personal, familiar y social. Como ha señalado el Tribunal Constitucional español en la STC 231/1988, de 22.12.1988 (Caso Paquirri) "*...el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no solo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; (...). Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión...*".

Como parte del conocimiento y vivencias individuales, el derecho a la intimidad tiene ámbitos de aplicación como la vida interna de

---

[609] Citado por CARBONELL MATEU-GONZÁLES CUSSAC en Vives Antón (coord.): *Ob. Cit.*, Vol II, p. 995.

[610] STC 6712-2005-HC/TC, fundamento jurídico 39.

[611] MORALES GODO, Juan: *Derecho a la Intimidad y los Personajes Públicos.* En Diálogo con la Jurisprudencia, Año 8, Número 42, Gaceta Jurídica, Lima, Marzo 2002, p. 19.

la persona (pensamientos, creencias e ideas), la relación de esta con su entorno social (su familia, compañías y círculos frecuentados), la comunicación que considere secreta (su correspondencia y memorias) y la representación de sus cualidades (imagen y voz). Existen a su vez tipos de intimidad como: la territorial (inviolabilidad del domicilio), la psicológica o espiritual (percepciones y emociones internas) y la corporal (relacionada con el soma)[612].

Nuestra Constitución consagra el derecho a la intimidad en el inciso 7 de su artículo 2° de la Constitución, el que prevé que: *"Toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar"*; asimismo otras normas de la misma Carta Fundamental regulan expresamente otros ámbitos de la intimidad, como el impedimento de que los servicios informáticos suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (inciso 6, art. 2°), la inviolabilidad del domicilio (inciso 9, art. 2°), el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (inciso 10, art. 2°).

El catálogo penal también de forma dispersa protege el bien jurídico intimidad y privacidad, así en capítulos distintos regula la violación de la intimidad, la violación de domicilio, la violación de la correspondencia y la violación del secreto profesional. En la mayoría de estos casos, aun cuando, el *nomen iuris* del capítulo que los contempla haga referencia a la acción punible, indudablemente se protege la intimidad. De otro lado, estos tipos penales se encuentran regulados dentro del título rubricado "Delitos contra la Libertad", en la que no solo deben compartir la ubicación con tipos penales que inciden directamente en la protección de la libertad en sus diversas manifestaciones: libertad personal, libertad de reunión, libertad de expresión, libertad de trabajo, libertad sexual; sino también con otros que tutelan bienes jurídicos distintos a la libertad e intimidad o la

[612] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: *El Derecho a la Intimidad Genética* En Diálogo con la Jurisprudencia, Año 8, N° 42, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2002,p. 65.

privacidad, como el delito de proxenetismo, las ofensas al pudor, etc.; situación que afecta el entendimiento y delimitación del bien objeto de tutela penal en cada uno de estos.

En la legislación internacional el derecho a la intimidad se encuentra regulado, de manera unitaria, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aludiendo a la noción más amplia de vida privada, cuyo art. 12° prevé que: "*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*". En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 17° establece: "*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*". Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevé en su art. 11°: "*Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación...*".

Debe precisarse sin embargo, que la intimidad es un concepto en constante evolución, cuyo contenido y protección se irá redefiniendo a la luz de las nuevas circunstancias culturales, sociales, científicas y tecnológicas. Así, en nuestros días, los avances de la ciencia y tecnología permiten un mayor conocimiento y difusión de información personal o familiar a través de las redes informáticas (a través de las redes sociales, como *facebook, twitter, hi5, etc.)* las personas difunden constantemente información calificado como íntima; de otro lado, la *web* viene siendo utilizada para facilitar los intercambios de información, así como para el almacenamiento de la misma. Aún más, ahora se habla de la posibilidad de conocer los datos genéticos de la persona (genoma humano); es por ello que, en la actualidad se discute la necesidad de proteger esa información.

Esto ha llevado a redefinir el concepto de intimidad, ampliando su ámbito a otros conceptos como la intimidad genética, la que como derecho puede ser entendida como "...la facultad con la que cuenta el sujeto de derecho a fin de mantener su bioautonomía interna libre de intromisiones, restringiendo el acceso a la información que se desprenda de ella. Es un derecho básico que protege y respeta la intangibilidad de su patrimonio genético, ya que el genoma de cada individuo se diferencia de cualquier otro por su carácter *estrictamente personal.* A través de este derecho la persona se puede identificar y se individualiza como sujeto biológico y unidad genética dentro del orden jurídico"[613]. Es por esta razón, que los tipos penales que contemplan las afectaciones al derecho a la intimidad requieren una adecuación a las nuevas exigencias que imponen los avances científicos y tecnológicos, a fin de evitar lagunas de punición.

En conclusión, el bien jurídico protegido por la norma penal, es la intimidad personal y familiar, es decir aquellos ámbitos de la intimidad que quedan reservados a la esfera del propio interesado o de su familia, los que deben mantenerse libres de la intromisión de terceros; obviamente, es el titular quien puede establecer los límites de este ámbito protegido; pues, puede consentir ciertas intromisiones en sus aspectos íntimos, es decir, puede elegir con quien compartir aspectos de su vida íntima, en cuyo caso la conducta se torna atípica.

Hay que precisar que la intimidad es el ámbito inimpugnable de la persona y su familia referido fundamentalmente a situaciones, hechos, información o datos relativos a la salud, las preferencias sexuales, o los afectos y emociones de la persona y sus seres queridos más cercanos (derecho a la intimidad); este posee un control jurídico (incluido el jurídico-penal) más riguroso, solo disponible por su titular; por contraposición a la esfera o ámbito privado de la persona y su familia que está referido a otros aspectos privados como el patrimonio, las

[613] VARSI ROSPIGLIOSI: *Ob. Cit.*, p. 67.

finanza, el trabajo, sus relaciones con las demás persona, etc. (derecho a la privacidad) que si bien corresponden a la esfera privada de la persona y su familia con tienen la connotación plenamente íntima o secreta; y por tanto el nivel de su protección jurídica no es de la misma intensidad que la intimidad.

En el tipo penal bajo análisis se considera como bien jurídico u objeto de protección del delito, a la intimidad o derecho a la intimidad con todos sus componentes, a diferencia del tipo penal subsiguiente (Art. 124°-A) que tiene como bien jurídico protegido al derecho a la privacidad, además de la intimidad, como veremos a continuación.

### 1.1.1. LÍMITES AL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA VIDA PRIVADA. CASO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Un punto relevante para determinar las conductas violatorias del derecho a la intimidad personal o familiar a través de las conductas descritas en el tipo penal (observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios) y especialmente cuando el agente revela la información, sobre todo, a través de un medio de comunicación social, es el relativo a los límites del derecho a la intimidad, especialmente cuando se trata de ciertos sujetos como los funcionarios públicos que atendiendo a la función que desempeñan y a que voluntariamente deciden incorporarse a la administración pública, quedan sujetos al escrutinio público cuando ciertos aspectos de su vida privada o incluso de su intimidad puedan guardar vinculación con el ejercicio de la función pública; en cuyo caso, puede ser de interés público que la ciudadanía conozca dichos aspectos si es que estos pueden evidenciar la falta de aptitud moral del funcionario o del candidato a serlo para generar o mantener la confianza que la ciudadanía espera de quienes ejercen la función pública. Pues, es la confianza que los funcionarios y las instituciones proyectan sobre la ciudadanía la que legitima su actuación y reconocimiento. Ya que los funcionarios no solo deben cumplir las reglas jurídicas que rigen la norma de ejercicio de la función o la consecución de las

metas institucionales planteadas, sino que deben mostrar un nivel de compromiso y adecuación con las reglas que rigen o regirán su actuación en la vida pública. Es por ello que, algunos datos relativos a la vida privada de los funcionarios públicos o de aspirantes a serlo resultan relevantes en el ámbito público, y respecto de ellos puede quedar autorizado su conocimiento y difusión.

Siendo así, en estos casos, el derecho a la intimidad o a la privacidad de estas personas (funcionarios públicos) quedan relativamente limitadas. Pero claro, debe quedar evidenciado que el conocer la información de la vida privada cumple una finalidad pública, a la vez, que toda actuación o conocimiento de los aspectos de la vida privada que signifiquen una injerencia en la intimidad del funcionario no debe ser arbitraria; por el contrario, debo observarse rigurosamente el test de proporcionalidad, en sus facetas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en magistral sentencia ha desarrollado los criterios que deben tenerse en cuenta para que el límite al derecho a la intimidad sea constitucionalmente válido, y claro, con ello se reduce el campo de acción de los sujetos activos del delito bajo análisis. El Tribunal Constitucional refiere:

> *"24. El derecho a la intimidad y el derecho a la vida privada tienen, también, ineludiblemente, sus límites. Nuestra jurisprudencia ha sido consistente en sostener la imposibilidad que los derechos fundamentales sean ejercidos sin la imposición de ciertos límites. Uno de los ámbitos donde estos límites se presentan con más notoriedad es el ámbito relacionado con la vida privada e íntima de las personas con proyección pública, personajes públicos, altos cargos públicos o simplemente funcionarios públicos. Este umbral más reducido de protección encuentra sustento en que, como el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de afirmar, estas personas, desde el momento en que han decidido asumir cargos públicos, se exponen, de manera voluntaria, a un mayor escrutinio público acerca del modo en que ejercen*

*la función (STC 02976-2012-PA/TC, fundamento 16). Ello en modo alguno puede suponer un absoluto desconocimiento de la existencia de ámbitos de privacidad en la vida del funcionario: tan solo es un elemento a tomar en consideración al momento de decidir una controversia que pueda relacionarse al ejercicio del referido derecho. En todo caso, también es preciso advertir que, en ciertos casos, incluso determinados ámbitos de la vida privada de los funcionarios públicos pueden ser expuestos, siempre y cuando los mismos se encuentren directamente relacionados a cuestiones de interés público. No en vano hemos sido enfáticos en afirmar que no debe confundirse el concepto de interés público con cuestiones de mera curiosidad (06712-2005-PHC/TC, fundamento 58). De ahí que las cuestiones de interés público no se forman a partir del número de personas que deseen conocer algo, sino que encuentra justificación en la protección y promoción de valores propios del sistema democrático, reconocidos en nuestra Constitución".*

25. *Para nosotros, es precisamente la idea de interés público la que resulta relevante para examinar conductas que puedan incidir en el derecho a la vida privada o a la intimidad. Y ello porque el solo hecho de ingresar al ámbito público o a la arena política no significa, en modo alguno, una renuncia del funcionario público a su intimidad o su vida privada, ni una sobreexposición de la misma. Un funcionario o político diligente puede perfectamente mantener su vida privada al margen de los asuntos públicos. Dicha pertenencia, pues, no nos dice nada en relación con el ámbito de la vida privada del funcionario que puede quedar intocada y el ámbito en el cual pueden caber intervenciones legítimas en aras de la protección de otros bienes constitucionales. El criterio que más bien parece ser orientador es el de la relación de determinados aspectos de la vida privada del funcionario público con el interés público.*

26. *A este respecto, existen una serie de supuestos en los cuales la información relativa a la vida privada de un funcionario público*

*puede alcanzar relevancia pública: i) cuando, de alguna manera, a pesar de tener un componente de vida privada, tiene que ver con las funciones que esa persona ejecuta; ii) cuando se refiere al cumplimiento de un deber legal como ciudadano: iii) cuando resulta un dato relevante sobre confianza depositada en él; y iv) cuando se refiere a la competencia y a las capacidades para el ejercicio de sus funciones. Estos criterios han sido sostenidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fontevecchia y D' Amico vs Argentina (Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fontevecchia y D' Amico vs Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, párrafo 17), y son ilustrativos para este Tribunal, pues resultan pertinentes para la decisión que se adopte en el presente caso.*

27. *Estos supuestos (a excepción del primero, donde lo relevante es la inconducta funcional que se conoce a partir de la revelación de algún dato de la vida privada) asumen como transcendente para el conocimiento y escrutinio público no solo el desempeño público de la persona con proyección pública (un candidato a un cargo político por ejemplo), o la forma de ejercicio de las funciones (en el caso de una autoridad), sino otros aspectos que puedan hablar respecto de la idoneidad o capacidad moral para el desempeño de la función pública a la cual se aspira o que ya se ejerce. Y es que se entiende que, un componente importante de la vida pública en un Estado Democrático de Derecho, además del ejercicio regular (normativa y técnicamente hablando) de la función pública, es la confianza que los funcionarios y las instituciones proyectan sobre los destinatarios del poder público. Dicha confianza -se afirma- no solo es consecuencia del cumplimiento de las reglas jurídicas que rigen la norma de ejercicio de la función o de la consecución de las metas institucionales planteadas, sino de la comisión u omisión de ciertos actos que den cuenta del grado de compromiso o vinculación del personaje o funcionario público con las reglas que rigen o regirán su actuación en la vida pública. Es por ello que, algunos*

*datos relativos a la vida privada de los funcionarios públicos o de aspirantes a serlo resultan relevantes en el ámbito público, y respecto de ellos puede quedar autorizado su conocimiento y difusión. La relación que aquí se establece entre la vida privada del funcionario o aspirante a serlo y el interés público viene dado por la capacidad que tienen ciertos aspectos de la vida privada de brindar datos sobre la idoneidad o capacidad moral de la persona para el desempeño de la función pública y, por ende, sobre su aptitud para generar o mantener la confianza necesaria que la ciudadanía debe tener en el funcionario público.*

28. *Lo anterior suele trasladarse, quizás con mayores motivos, a la función de administrar justicia. Como sostiene Jorge Salem Seña, un juez que despliegue conductas contrarias al orden jurídico que busca imponer no puede ser un buen juez. Sin embargo, en el marco de un Estado Constitucional, nos recuerda también este autor, que el orden jurídico a ser impuesto por y para el juez no puede ser cualquiera, sino solo uno que no esté en contradicción con los valores que emanan de la Norma Fundamental, por lo que, para cumplir el objetivo de hacer vigente el orden jurídico constitucional, las conductas privadas de los jueces en el ámbito público serán solo aquellas que se encuentren en contradicción con dicho marco de valores, y no cualquier tipo de conductas impuestas por la moral social vigente (Malem Seña, Jorge: "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?" en Doxa, N° 24, Universidad de Alicante, 1989. Pp. 35 y ss.).*

29. *En síntesis, las conductas privadas de los funcionarios públicos o de los que aspiran a serlo, pueden ser escrutadas o enjuiciadas en el ámbito público, cuando indiquen la falta de aptitud moral del funcionario o del candidato a sedo para generar o mantener la confianza que la ciudadanía debe tener en la función pública. El desapego o el incumplimiento, como particular, de las reglas que él mismo debe cumplir o hacer cumplir como funcionario público es el caso típico de conducta privada del funcionario que puede hacer perder la confianza en el ejercicio adecuado*

*de la función pública. A ello se refiere la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando afirma que uno de los casos donde la vida privada del funcionario público adquiere relevancia pública es el caso del "incumplimiento de un deber legal como ciudadano", esto es, un deber (como particular) referido al bien público que el funcionario debe proteger. No es este, sin embargo, el único caso donde la conducta privada del funcionario puede hacer perder la confianza en el ejercicio adecuado de la función pública, Y es que una conducta privada que no suponga la desafección con la cosa pública también puede generar la pérdida de la autoridad moral necesaria para el ejercicio del cargo público cuando, por ejemplo, dicha conducta privada revele la ausencia de las cualidades morales mínimas que debe poseer toda persona que ejerza un cargo público en un Estado Constitucional o cuando dichas conductas demuestren el apartamiento manifiesto del cuadro material de valores que contiene la Constitución, como por ejemplo, las conductas vigentes y las conductas odiosamente discriminatorias o vejatorias de la dignidad de la persona. Conductas que originan la intervención en el derecho a la intimidad y a la vida privada de los funcionarios públicos.*

30. *Determinada entonces la legitimidad de la intervención en el derecho a la intimidad o a la vida privada de los funcionarios públicos o de otras personas con proyección pública, corresponde analizar si la sola acreditación de la relevancia pública de la información relativa a su intimidad o a su vida privada basta para producir una intervención constitucionalmente válida en los referidos derechos fundamentales. Para nosotros queda claro que la respuesta debe ser negativa. En primer lugar, porque la intervención en el conocimiento de datos relativos a la intimidad o vida privada de los funcionario solo puede darse por medio lícitos. Es decir, por medios que no supongan una violación de otros derechos fundamentales como la inviolabilidad de domicilio, el secreto de las comunicaciones privadas, el secreto*

*profesional, el secreto bancario, entre otros. La información obtenida a través de una intervención no autorizada y desproporcionada en estos derechos fundamentales no puede producir efectos jurídicos, tal como lo estable el artículo 2, inciso 10, de la Constitución.*

31. *En segundo lugar, el conocimiento y difusión de la información relativa a la vida privada de los funcionarios públicos debe superar el test de proporcionalidad. Es decir, no solo ser idónea en relación al interés público que se pretende tutelar, sino necesaria en el sentido de que no exista otro medio que permita satisfacer el interés público relevante y ser menos lesivo del derecho a la intimidad o vida privada del funcionario público. Este paso del test de proporcionalidad nos permite, en gran cantidad de casos, impedir el conocimiento y difusión de datos de la vida privada de los funcionarios públicos que, aunque guarden relación con el hecho en cuestión, no son necesarios para satisfacer el interés público relevante. Por último, la medida de intervención debe ser proporcional en sentido estricto, en el sentido de guardar una relación de equilibrio entre importancia del interés público relevante y la gravedad de la afectación al derecho a la intimidad o vida privada. Este último paso del test impedirá el conocimiento y la difusión de hechos que tengan poco impacto en la vida pública, suponiendo más bien el conocimiento de datos especialmente sensibles de la persona.*

32. *En tercer lugar, y para lo que importa al presente caso, en el supuesto de que el conocimiento de la vida privada de un funcionario público se dé con ocasión no de la difusión de dicha información a través de un medio de comunicación, sino con el objeto de instaurar contra él un procedimiento disciplinario, dado que el acto llevado a cabo por el funcionario en su vida privada supone una infracción administrativa, el primer límite que se impone a dicha potestad disciplinaria es que la conducta privada del funcionario a ser enjuiciada se encuentre claramente establecida, de modo previo, en la norma correspondiente,*

*como una inconducta funcional. Esta exigencia relacionada con el principio de tipicidad de las sanciones administrativas (principio contenido en el artículo 230°.4 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General) resulta especialmente relevante en el caso de la sanción de conductas de un funcionario público desplegadas en su vida privada, dado que la existencia de cláusulas genéricas como "conducta deshonrosa", "comportamiento impropios", "conducta indecente" o "conducta inmoral", podría permitir la inclusión de un número indeterminado de conductas que pueden ser relacionadas con el supuesto de la norma según la perspectiva moral del funcionario encargado de determinar la comisión de un falta disciplinaria"*[614].

## 1.2. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

### 1.2.1. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Se trata de un delito común, por lo que agente del delito puede ser cualquier persona. Sujeto pasivo puede ser cualquier persona titular de los aspectos íntimos contenidos en los hechos, palabras, imágenes o escritos objeto de protección. En suma, serán sujetos pasivos, aquellas personas cuyos acontecimientos, intervenciones orales, imágenes, o escritos hayan sido escuchados, observados o registrados indebidamente.

En cuanto a las personas jurídicas, si bien también estas son sujetos de los derechos a la intimidad y especialmente a la privacidad, por la forma de redacción de la norma, que se refiere específicamente a la vida "personal" y "familiar", se puede concluir que no se ha considerado a las personas jurídica como sujetos pasivos. Más aún si se tiene en cuenta que en el artículo 154° del Código que se refiere en forma específica a aspectos de la privacidad de la persona vinculados a las esferas patrimonial, financiera, laboral y otras análogas, se ha conside-

[614] STC N° 03485-2012-PA/TC PUDO KEITH CARLOS ENRIQUE MAMANI TICONA Y LID BEATRIZ GONZALES GUERRA, 10 de marzo de 2016.

rado como sujeto pasivo únicamente a la apersona natural, descartando a la persona jurídica; por lo que con mayor razón se descartará a la persona jurídica el presente artículo que se refiere a la intimidad de la persona, esto es, a aspectos reservado a lo más íntimo de la persona y su familia, como los datos más sensibles relativos a la salud, las preferencias sexuales, o los afectos y emociones de los seres más cercanos.

Aun cuando el tipo penal haga referencia a la intimidad familiar, esta no otorga titularidad a la familia como sujeto pasivo del delito, sino que solo hace referencia al contenido de los datos o hechos objeto de protección[615].

### 1.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento consiste en la realización de tres conductas específicas a través de las cuales se viola la intimidad personal o familiar; estas conductas consisten en: *observar, escuchar y registrar* hechos, palabras, escritos o imágenes referidas a la intimidad personal y familiar del agraviado.

Entendemos por *observar,* a la acción de mirar o examinar atentamente algo; esta acción se concreta a través del sentido de la vista del agente. Asimismo, por *escuchar,* entendemos a la acción de oír palabras o sonidos referidos a la intimidad personal o familiar del afectado. En estos dos casos (observar y escuchar), consideramos que para la configuración de la conducta típica, no es suficiente que se mire o escuche los hechos, escritos, palabras o imágenes objetos de protección en cualquier circunstancia, sino que es necesario que el agente ingrese en la esfera de intimidad personal o familiar del agraviado a examinar la información concerniente a esta; puesto que si se considera todos los supuestos realizados en toda circunstancia, no habría posibilidad de determinar las conductas y los agentes de-

[615] En este sentido, ROMEO CASABONA, Carlos María En AAVV, *Comentarios al Código Penal. Parte especial.* Tomo II. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 704.

lictivos, y la norma resultaría poco o nada funcional; por ejemplo, cuando a través de una grabación, se difunde en un lugar público, determinada información respecto a la intimidad del agraviado, no se podría sostener que cada persona que vio la imagen o escuchó las palabras incurren en la realización de la conducta típica. Asimismo, no se requiriere que lo observado o escuchado se difunda o se haga público, bastando para la configuración de la conducta típica que el agente haya ingresado a la esfera de intimidad y visto o escuchado los hechos, escritos, palabras o imágenes.

Por *registrar* debe entenderse a la anotación o perennización que hace el agente (observador u oyente) de las imágenes, palabras o hechos concernidos a la intimidad del agraviado; dicho en otras palabras, este término está referido a la captación o grabación de imágenes o sonidos, o a fotocopiar o escanear documentos del agraviado. En este caso, a diferencia de las dos anteriores, consideramos que, para la configuración del tipo penal, es suficiente con que se realice la grabación o registro en cualquier circunstancia, no requiriéndose que el agente haya ingresado a la esfera de intimidad del afectado para acceder a la información, puesto que el hecho de grabar las imágenes o palabras revela una intencionalidad adicional referida al uso, examen o difusión de estas, lo que acentuaría el grado de afectación a la intimidad, o por lo menos el temor fundado del agraviado de que ello suceda, con el consecuente incremento de la afectación al bien jurídico protegido.

Finalmente, debe precisarse que para la configuración de todas estas conductas típicas, es necesario que los hechos imputados deban estar expresamente dirigidos a tomar conocimiento de aspectos de la vida personal y familiar del sujeto pasivo; en tal sentido, como se ha indicado, la observación y escucha realizados espontánea y circunstancialmente no serán subsumidos dentro del presente tipo penal.

### 1.2.3. OBJETOS DE PROTECCIÓN

El objeto material del delito lo constituyen los "*hechos*", es decir cualquier acontecimiento que involucre aspectos de la vida personal y

familiar del sujeto pasivo del delito que acontecen en el espacio personal de la víctima así como también los que se realizan en lugares ubicados fuera del alcance de la visualización natural de los demás. Este espacio personal podrá ser el interior del propio domicilio del agraviado o una habitación de hotel, o cualquier otro lugar en el que el afectado pueda realizar sus actividades confiando en la privacidad del mismo. Lo importante es que se trate de un lugar reservado a su intimidad. En este ámbito de protección, resulta irrelevante la valoración moral que pueda efectuarse respecto de los hechos realizados por la víctima dentro de su espacio de intimidad, como por ejemplo sostener relaciones sexuales extramatrimoniales, etc.

La expresión "*palabras*", hace referencia a las intervenciones orales de la víctima como las conversaciones, quedando fuera del ámbito de protección de este tipo penal aquellas que se realizan a través de medios de telecomunicación como teléfonos fijos o móviles, por estar comprendidas en el tipo penal de intervención telefónica previsto en el artículo 162° del Código Penal. La expresión "*escritos*" alude a cualquier texto impreso en soporte papel, aunque no llegue alcanzar la naturaleza jurídica de documento, en el que se encuentren contenido datos o información que pertenece a la vida íntima personal o familiar del sujeto pasivo. También son objeto material del delito las "*imágenes*" fotográficas o audiovisuales que revelen aspectos íntimos de la víctima; e, incluso, es objeto de protección la propia imagen de la víctima.

### 1.2.4. MEDIOS CON LOS QUE PUEDE COMETERSE

Los medios con los cuales puede ejecutarse el delito son instrumentos, procesos técnicos u otros medios; entendiéndose por estos el empleo de medios o procesos tecnológicos para la captación, registro, observación o escucha de los aspectos íntimos del agraviado. Estos instrumentos pueden ser desde los más simples o rudimentarios hasta los más avanzados o sofisticados; inclusive, en los casos de *mirar* y *escuchar,* en los que no se requiere de la perennización de las imágenes, hechos o palabras, no es necesario, para la configura-

ción de la conducta típica, el uso de medios técnicos o sofisticados, pues, es suficiente que se haya tenido acceso a la intimidad a través del sentido de la vista o del oído; en tal sentido, dará igual que al agente esté husmeando, fisgoneando o escuchando sin instrumento alguno, aspectos íntimos del afectado, o que lo esté haciendo dotado de un aparato de alta tecnología para hacer posible acceder a la información; pues en ambos casos, lo que se protege es la privacidad de la simple injerencia de terceros, sin necesidad de que estos perennicen lo observado o escuchado; aun cuando pueden anotar con un bolígrafo lo que vieron o escucharon y sin embargo, ello no implica un registro propiamente de los hechos o palabras, sino la propia versión (escrita u oral) del agente; lo que finalmente podrá darse crédito o no por parte de terceros; incluso, en estos casos, el propio agente no podrá acceder, con posterioridad, a la observación de los hechos o imágenes, o escuchar las palabras del afectado, sino que accederá únicamente a su propia voz o escritura. Consecuentemente, en estos supuestos no estamos ante el registro, sino ante la observación o escucha. Una interpretación contraria, limitándolo al empleo de medios técnicos (largavistas, micrófonos, etc.), dejando de lado los supuestos de husmear sin el uso de instrumento alguno, dejaría vacío de contenido el tipo penal y desprotegido al bien jurídico "intimidad".

En cambio, es distinto el supuesto de *"registrar"* en el cual se graba las imágenes visuales o audiovisuales quedando estas perennizadas, pudiéndose reproducir los mismos en cualquier momento, lo que obviamente reviste un mayor temor respecto a la posible mayor afectación de la intimidad. Esta perennización, obviamente requerirá del uso de medios técnicos o sofisticados, existiendo una cláusula abierta (u otros medios) con lo que da cobertura a las constantes innovaciones tecnológicas no contenidas expresamente en el tipo penal. Así por ejemplo, constituirá delito contra la intimidad, el hecho de registrar un hecho de la vida personal de otra persona, empleando una cámara filmadora o una filmadora de un teléfono celular; el empleo de micrófonos para registrar una conversación, equipos de grabación o reproducción del sonido o la imagen, con el que se registren hechos

de la vida personal o familiar del agraviado; el fotocopiado o escaneo de un escrito, etc.

Estos medios de comisión delictiva pueden encontrarse instalados en el mismo lugar donde acontecen los hechos (donde se encuentra la persona cuya imagen, hechos o palabras son captadas) o también pueden encontrarse a cierta distancia.

### 1.2.5. LUGARES OBJETO DE PROTECCIÓN

La conducta típica puede desplegarse en lugares privados o públicos; estos últimos, pueden ser públicos propiamente o abiertos al público; en esta línea, el Tribunal Constitucional ha sostenido: *"Los actos que se realicen en lugares públicos o abiertos al público están garantizados por el derecho a la intimidad. Este último derecho, según tiene declarado este Tribunal en su jurisprudencia, protege los actos que se realizan en zonas ajenas a los demás, espacios en los que uno tiene derecho a impedir intrusiones y, por ello, vedados a toda invasión"*[616]. En suma, determinados espacios físicos de un lugar público o de acceso público, en determinadas circunstancias, constituyen espacios reservados, merecedores de protección de ese ámbito de intimidad, piénsese en los servicios higiénicos de un centro comercial, gimnasio u otro local público; los vestidores de una tienda de ropa, el sauna de un spa, el confesionario de una iglesia, etc.; en tal sentido, cometerá el delito en estudio quien introduce un medio técnico para vulnerar la intimidad del sujeto pasivo en dichos espacios.

Ahora bien, si el sujeto realiza la conducta en los espacios públicos de los locales abiertos al públicos, ejemplo cuando registra un hecho en un parque o en una calle de la ciudad, esta será atípica, en tanto al exponer la víctima su intimidad al acceso de terceros, tácitamente está brindando su consentimiento para su aprehensión por los mismos; como ha señalado el Tribunal Constitucional: *"No siempre un lugar público o abierto al público constituye un espacio ajeno a la injerencia por terceros*

[616] STC 003-2005-AI/TC, de fecha 09 de agosto de 2006, fundamento jurídico 356.

*por cuanto, en principio, no pueden considerarse como íntimos o como parte de un ámbito propio y reservado, los actos y comportamientos que se realizan en público y que son de acceso general*"[617].

Si el sujeto pasivo brinda su consentimiento para que se registre, escuche u observe hechos, palabras, escritos o imágenes de su vida personal o familiar, no se configurará el tipo penal, al ser atípica la conducta por no existir ningún menoscabo al objeto de tutela penal.[618]

### 1.3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

Este delito requiere del dolo en cualquiera de sus variantes (dolo directo de primer o segundo grado o dolo eventual). El dolo debe abarcar el conocimiento y voluntad de la realización de todos los elementos del tipo. La imprudencia en esta figura penal no se encuentra sancionada penalmente, pues conforme a lo señalado en el art. 12° CP, la infracción culposa será expresamente prevista por ley, y en este caso, no lo está.

En los casos de error de tipo, aun cuando se trate de un error vencible o invencible, la conducta no será sancionada penalmente, pues la conducta imprudente no es típica, así por ejemplo cuando el agente registra el contenido de un documento (escrito) creyendo de forma equívoca que no tiene ninguna importancia o relevancia para la intimidad personal o familiar de la víctima.

---

[617] STC003-2005-AI/TC, de fecha 09 de agosto de 2006, fundamento jurídico 356.

[618] En este sentido, ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.*, p. 740, refiriéndose al art. 197° del Código Penal Español de 1995, que contiene el tipo penal de "descubrimiento y revelación de secretos", cuyo objeto de tutela es la intimidad, señala: "*El consentimiento del interesado excluye, desde luego, la tipicidad del hecho. En este delito el consentimiento opera como causa de exclusión del tipo y no de la antijuricidad, porque cuando se produce su mediación (previa o simultáneamente al hecho) no se sustancia ningún menoscabo fáctico al bien jurídico. Esto es así porque este delito pertenece al grupo en los que junto al bien jurídico en cuanto tal se protege la libre disposición del mismo por parte de su titular*".

## 1.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma cuando el agente observa, escucha o registra un hecho, palabra, escrito o imagen de la vida personal o familiar de la víctima. No es necesario, para la consumación del delito, la divulgación de lo registrado, observado o escuchado. Se admite la tentativa, por ejemplo cuando el agente instala en una habitación de hotel una cámara de video oculta, con la finalidad de registrar las relaciones sexuales de su víctima, pero dicha cámara es detectada antes de producidos los hechos que se querían registrar.

## 1.5. AGRAVANTES

### 1.5.1. CUANDO EL AGENTE REVELA LA INTIMIDAD

Esta es una agravante de primer grado, sancionada con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de tres, en relación a la penal del tipo básico que es no mayor de dos años de pena privativa de libertad.

El fundamento de esta agravación ha de encontrarse en que la revelación de los aspectos de intimidad comporta un incremento de lesión del bien jurídico en relación al tipo básico, pues de este modo los datos o hechos salen de la esfera del sujeto activo hacia terceras personas; y claro, en este caso, los efectos difusorios pueden multiplicarse a un número indeterminado e ilimitado de personas, además de que es posible que la información pueda ser empleada por ese tercero o terceros, incrementándose su riesgo de difusión y el alcance del mismo[619]. Esto es, existe un mayor menoscabo a la intimidad por la revelación o difusión de aquellos aspectos íntimos de la vida personal o familiar del agraviado.

Se reprime la revelación de la intimidad personal o familiar del agraviado que ha sido conocida por el agente, por cualquiera de los medios descritos en la figura básica. "*Revelar*" implica difundir, poner

[619] En esta línea, ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.*, p. 783.

en conocimiento de terceros los hechos, palabras, escritos o imágenes de la vida íntima del sujeto pasivo. Así por ejemplo, se configurará la agravante cuando el agente difunde los secretos de una persona que ha conocido al haber instalado una cámara de video en la habitación de esta. La difusión de los datos, hechos o imágenes descubiertas puede hacerse a título oneroso o gratuito, así el agente puede ceder esa información o comercializarla, aun cuando este último caso debería ameritar –de *lege ferenda*- la configuración de una circunstancias agravante, dada la existencia de una avidez crematística que incentiva el tráfico comercial de datos personales.

En esta figura agravada es indiferente el número de personas a quien se haya revelado los aspectos íntimos de la víctima, pues basta con que los mismos se hayan puesto fuera de la esfera íntima, agravándose la conducta con el hecho de que terceros no autorizados conozcan aspectos reservados a la intimidad del agraviado.

Como quiera que se trata de una agravante del tipo básico, esta solo se aplicará al agente que realiza el referido tipo; esto es, se requiere que el agente previamente debe haber vulnerado la intimidad personal o familiar de la víctima, en la forma prevista en este tipo penal, pues en el supuesto en que el agente se limite a hacer público un aspecto íntimo de la víctima sin haber captado o registrado dichos aspectos íntimos, sino –por ejemplo- difundiendo la información proporcionada por tercero, con quien sostiene o ha sostenido una relación laboral y siempre que dicho tercero haya accedido a dicha información por el propio titular de la misma, su conducta se encontrará sancionada en el artículo 156° del Código Penal, cuya pena -por cierto- es mucho menor que la conminada en el art. 154° del CP.

De otro lado, cuando el agente, sin haber tomado parte en el descubrimiento o vulneración de la intimidad del agraviado, pero con conocimiento de su ilícito origen, emplea, proporciona a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes registradas que contienen aspectos íntimos de la víctima, habrá que imputarle el delito previsto en el art. 157° del CP.

Debe criticarse, que a pesar que en este supuesto agravado –segundo párrafo del art. 154° C.P.- se exige que el agente realice dos comportamientos sucesivos, esto es, la violación de la intimidad, conforme a las exigencias del tipo base y posteriormente, su difusión, sin embargo, la pena prevista para esta modalidad agravada es menor que los supuestos en que el agente solo se limita a difundir, revelar o proporcionar información privada de la víctima, cuyo acceso ha sido legítimo o por haberlo obtenido de terceros[620].

### 1.5.2. CUANDO SE UTILIZA ALGÚN MEDIO DE COMUNICACIÓN SOCIAL

El fundamento de esta agravación se encuentra en la mayor dañosidad en la intimidad del sujeto pasivo por la difusión pública de aspectos íntimos de su vida personal o familiar, empleándose medios de comunicación masiva (televisión, radio o prensa escrita). El agente también puede valerse de redes telemáticas como el Internet, a través de la cual es posible difundir o transmitir a un número indeterminado e ilimitado de personas información sobre la intimidad personal o familiar del agraviado.

La redacción de esta agravante resulta poco eficiente, pues, tal como está redactada, para la consumación de la misma, el agente del delito deberá realizar dos comportamientos sucesivos, de un lado la violación de la intimidad, conforme al tipo básico, y posteriormente la difusión de los aspectos íntimos de la víctima, empleándose para ello algún medio de comunicación social; esto se infiere de la lectura sistemática de las dos agravantes previstas en el tipo penal. Siendo así, en el supuesto en que el agente delictivo se limite a ceder o vender tal información relevante para la intimidad personal y familiar del

[620] La modalidad agravada de revelar la intimidad, prevista en el segundo párrafo del art. 154° C.P. está sancionada con una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años; mientras que el delito de organización y uso indebido de archivos, previsto en el art. 157°, está conminado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, en su tipo base.

agraviado a un medio de comunicación social o a un tercero, quien se encarga de su difusión, será sancionado con la pena presita para la primera agravante del tipo básico (no menor de uno ni mayor de 3 años de pena privativa de libertad), puesto que ha revelado a terceros la información lesiva de la intimidad del afectado[621]; mientras que la conducta del tercero podría quedar impune de no poder subsumirse en otra modalidad delictiva.

En igual sentido, en el caso en el que el agente que obtuvo la imagen, escrito, etc., con el consentimiento de la víctima, pero posteriormente y sin mediar consentimiento lo difunde en un medio de comunicación social, su conducta tampoco podría subsumirse en la modalidad agravada bajo estudio; en todo caso, estos dos supuestos podría subsumirse en el art. 157° del CP., bajo la modalidad de emplear o proporcionar archivos que contengan información íntima de la víctima. Sin embargo, resultaría más adecuado que el presente tipo penal sea modificado a fin de cubrir los vacíos descritos y evitar contradicciones o lagunas de punibilidad.

### 1.6. DERECHO A LA INTIMIDAD VS. DERECHO A LA INFORMACIÓN

La protección del derecho a la intimidad encuentra su punto más problemático cuando colisiona con el derecho a la información que ejercen los medios de comunicación social, pues, se asume que en ciertos casos, se debe preferir el interés público a la información y el derecho a la libertad de expresión respecto del derecho a la intimidad.

El reconocimiento efectivo del derecho a la intimidad se ha visto, desde siempre, en conflicto con la libertad de información, habiéndose

[621] En la legislación comparada, propiamente, el Código Penal Español de 1995, en su artículo 197°.3, se sanciona a quien difunde, revela o cede a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas en violación de la intimidad. Asimismo, se sanciona a quien con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta antes descrita.

generado en el país varios casos de afectación de la intimidad, bajo la premisa de actuar en ejercicio del derecho a la información, sobre todo, cuando se trata de "personajes públicos", al presumirse –incorrectamente- que el derecho a la libertad de expresión se superpone al derecho a la intimidad. Como se sabe, los personajes públicos también tienen derecho a la protección de su vida privada, sin embargo, su protección puede ser disímil, de acuerdo a su grado de influencia en la sociedad, así el Tribunal Constitucional ha propuesto tres grupos, de acuerdo con el propósito de su actuación[622]:

---

[622] STC 6712-2005-HC/TC. En esta misma sentencia, el Tribunal ha considerado que "cualquier persona, aun si es conocida por el público, debe poder gozar de una legítima expectativa de protección y respeto de su vida privada. En la misma línea, MORALES GODO: *Derecho a la Intimidad y los Personajes Públicos.* pp. 21-22, ha establecido una clasificación de los personajes públicos, para indagar si la intimidad se expresa en los mismos términos en todos, o si existe diferencia en función a dicha clasificación. En este sentido, considera que: "*a) Un primer grupo lo conforman aquellas personas cuya presencia en la sociedad es gravitante. Son personas que marcan los rumbos, los destinos de las sociedades. Son personas de enorme influencia en los distintos campos de la vida social, pero convergen en el plano político. Dentro de éste grupo ubicamos a los políticos, pensadores, en general personas que participan en la vida política, económica y social del país. Muchos de estos personajes buscan afanosamente la publicidad, otros, no la requieren, pero la trascendencia de sus actividades hace que el informador vaya detrás de ellos; b) Un segundo grupo lo constituyen personas de gran popularidad, cuyas actividades implica presencia de multitudes. Podemos decir que viven de la publicidad, sin embargo, no tienen la trascendencia en la marcha de la sociedad de los que conforman el primer grupo. Son personas que están en contacto permanente con los medios de comunicación masiva tratando de difundir su imagen, a través de sus actividades. En este grupo podemos ubicar a los artistas y deportistas; c) Un tercer grupo estaría integrado por personas que, sin tener las dimensiones públicas de las anteriores, sin buscar la publicidad, desempeñan funciones o actividades que repercuten en la sociedad. Este sería el caso, de funcionarios públicos, el profesional en el ejercicio de su profesión, determinados artistas, empresarios exitosos, etc. Este grupo de personas no sólo no buscan publicidad, sino huyen de ella, optando por una vida recatada, sencilla. (...) Que en el caso de las personas comprendidas en el primer grupo, por la trascendencia de sus actividades, por la repercusión en la vida política y social, los márgenes del derecho de intimidad disminuyen notablemente, aun cuando no desaparecen".*

a) Personas cuya presencia social es gravitante: Determinan la trayectoria de una sociedad, participando en la vida política, económica y social del país. Ellas son las que tienen mayor exposición al escrutinio público, por cuanto solicitan el voto popular.

b) Personas que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad: Su actividad implica la presencia de multitudes y su vida es constantemente motivo de curiosidad por parte de los particulares, aunque tampoco se puede negar que ellos mismos buscan publicitar sus labores, porque viven de la fama.

c) Personas que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad: Sus actividades repercuten en la sociedad, pero no la promueven, como puede ser el caso de los funcionarios públicos.

De estos grupos, en el orden indicado, los primeros están más expuestos al escrutinio público y por ello el ámbito de su privacidad se reduce, puesto que conocer su vida y actividades reviste interés público. En el segundo caso, aun cuando en menor medida también es de interés público conocer sus actividades y modo de vida; a la vez que en el tercer supuesto, también es de público interés su vida y actividades pero en menor medida que los anteriores. No obstante, aun en estos casos, todos estos personajes o funcionarios tienen derecho a la protección de su vida íntima, frente a la posible injerencia de terceros, obviamente esta protección disminuye en la medida en que sus actividades y funciones repercutan en la vida social.

Las libertades de expresión e información son de las más importantes garantías dentro de un Estado Democrático de Derecho, sin embargo su ejercicio no puede ser irrestricto, sino que deberá efectuarse en armonía con los derechos fundamentales, en este caso, con el derecho a la intimidad. Esto es, la intimidad al igual que el honor son límites inmanentes de la libertad de información y expresión, como ha señalado el Tribunal Constitucional: "... *el ejercicio del derecho a la información no es libre ni irrestricto; por el contrario, está*

*sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado democrático y social de Derecho (...). De otro lado, sobre la base del principio interpretativo de la unidad de la Constitución, la vida privada de las personas aparecerá como límite al derecho a la información, en el sentido que el ejercicio de uno no podrá realizarse vulnerando el espacio del otro"*[623].

La doctrina y jurisprudencia constitucional han desarrollado hasta tres técnicas para la solución de supuestos en que existen conflictos entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad:

De un lado, se encuentra la ***preferred position o "posición preferente"***, que es una construcción de la jurisprudencia norteamericana, por la que se realiza una jerarquización de los derechos fundamentales acogidos en su legislación, por la cual la libertad de prensa –entre otros- se consideran sustento del sistema jurídico y presupuesto para el ejercicio de los demás derechos, por ende prevalecen frente a otro derecho[624]. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Peruano ha estimado que esta postura no resulta aplicable en nuestro ordenamiento constitucional pues "los derechos fundamentales (todos sin excepción) están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución"[625].

---

[623] STC 6712-2005-HC/TC, del 17 de octubre de 2005, fundamento jurídico 36.

[624] Véase, ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy: *Libertades informativas versus intimidad, honor, buena reputación o buena imagen.* En Diálogo con la Jurisprudencia, Año 8, Número 42, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2002, p. 85.

[625] STC 6712-2005-HC/TC. En la misma línea, ESPINOZA SALDAÑA: *Art. Cit.*, pp. 85-86, señala: "...que la conformación del sistema de derechos acogido por nuestro ordenamiento jurídico no parece admitir la existencia de derechos fundamentales que en abstracto tengan mayor relevancia que otros. Nuestros preceptos constitucionales reconocen que toda persona tiene derechos, mas no indican que tenga más derechos que los otros. Tampoco se establece un elenco más tuitivo para algunos derechos constitucionalmente acogidos, situación que en determinados países .en nuestra modesta opinión erróneamente-en la práctica lleva a establecer una jerarquización formalmente no reconocida entre los diferentes derechos fundamentales. Es por ello por lo que consideramos inaplicable esta construcción en nuestro país en

***La teoría de los límites internos y contenido propio de los derechos fundamentales,*** parte del supuesto por el cual, en realidad, no existen conflictos entre dos derechos fundamentales cuyo ejercicio está aparentemente enfrentado, sino solamente situaciones en las cuales, por un lado, se encuentra una persona (natural o jurídica) o grupo de personas que intenta indebidamente percibir algún beneficio que no le corresponde haciendo para ello la invocación abusiva o injustificada de un derecho cuya titularidad en rigor no le compete; y de otro, alguna(s) persona(s) –sean esta(s) natural(es) o jurídica(s)- quien(es) sí está(n) en el ejercicio regular de un derecho cuya titularidad le(s) corresponde plenamente[626]. Al respecto MUÑOZ LORENTE señala: " Los límites internos de un derecho fundamental son aquellos que derivan de la propia naturaleza, sentido, contenido y finalidad del derecho fundamental, es decir, son aquellos dados por una interpretación lógica y teleológica del mismo (...) aquellos que delimitan cuál es el

general, y a este caso en concreto en particular, salvo mejor parecer". De otro lado, a favor de una cierta jerarquización entre derechos EGUIGUREN PRAELI: "*Libertad de Expresión y el Derecho a la Intimidad Personal. A propósito de la sentencia en el caso de Mónica Adaro contra Magaly Medina*" En Diálogo con la Jurisprudencia, Tomo 81, Gaceta Jurídica, Lima, Junio, 2005,quienhabla de "prevalencia" del derecho a la libertad de información frente al derecho a la intimidad, en determinados supuestos, así señala: "La **prevalencia** del derecho a la información y difusión del hecho, en desmedro de su carácter normalmente íntimo o privado, sólo resultará justificado cuando tenga directa vinculación o incidencia en las funciones y actividades que desempeña la persona afectada en la sociedad, así como en el interés general o público del conocimiento de tales hechos o datos por parte de la comunidad. Fuera de este supuesto, la vulneración de esferas reservadas propias de la intimidad o del derecho a la vida privada conllevará responsabilidad de reparación e indemnización por parte de quien difunda informaciones que afectan dichos ámbitos, incluso tratándose de personajes públicos o que gozan de notoriedad social o popularidad, sin importar que tal información sea verdadera" (el resaltado es nuestro). Al respecto, véase también EGUIGUREN PRAELI, Francisco: ¿Tienen todos los derechos fundamentales igual jerarquía? En *Ius Et Veritas*, Año III, N° 4. Lima, mayo de 1992, p. 6.

[626] ESPINOZA-SALDAÑA: *Art. Cit.*, p. 87.

ámbito o contenido de ejercicio legítimo de un determinado derecho o libertad"[627]

Finalmente, la ***teoría del balancing o ponderación***, que es una pauta interpretativa por la cual se efectúa un contrapeso entre los diferentes derechos fundamentales (*balancing* en sentido amplio), o entre dichos derechos fundamentales y diversos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos e incluso los intereses involucrados en cada caso concreto (*balancing en sentido estricto)*[628]. Este método ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional en muchos casos, incluso en una de las sentencias más relevantes en que se analizó la libertad de expresión e información en relación con el derecho a la intimidad, como en el caso Magaly Medina vs. Mónica Adaro[629]; este método

---

[627] MUÑOZ LORENTE, José: "Libertad de Información y Derecho al Honor en el Código Penal de 1995". Edición de Universidad Carlos III y Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 132.

[628] ESPINOZA-SALDAÑA: *Art. Cit.*, pp. 86-87.

[629] En la citada sentencia –Exp. N° 6712-2005-HC-, el Tribunal Constitucional ha efectuado un análisis utilizando el método de ponderación con utilización mixta de los criterios de razonabilidad y de desarrollo colectivo, en tal sentido ha señalado: *"La razonabilidad es un estándar de control de una acción que, como en el caso concreto, está referido a la emisión de imágenes respecto a los actos sexuales cometidos por la querellante con otro sujeto.* Incluye, dentro de sí, tres juicios claramente establecidos: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad, en cada uno de los cuales se debe dejar sentado si los argumentos de los recurrentes tienen, o no, sentido.
***El juicio de adecuación:*** *A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible) y contar con un fin legítimo. Este juicio aplicado a la relación entre información y vida privada permite determinar que sólo existirá una solución adecuada, si es que la noticia sobre la cual versa la información no desconoce el objetivo previsto en la Constitución en su artículo 1° (la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado) y que se materializa en la vigencia del respeto de los ámbitos de la vida privada de una persona, por más pública que ésta sea. (...)*
***El juicio de necesidad:*** *El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca*

pareciera ser el más adecuado, aun cuando no se encuentra exento de críticas como las referidas a las posibilidades de subjetivización en la ponderación a efectuarse[630]. Para ello se ha recurrido al análisis del principio de proporcionalidad y los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; tomando en cuenta también el juicio de proyección pública del agraviado, en cuyo caso, tratándose de un personaje público los límites de protección a su derecho a la intimidad son menores en relación a cualquier sujeto parti-

---

*realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista. (...). Es relevante, por tanto, para evitar afectar la vida privada de una persona, que el ejercicio del derecho fundamental a la información se realice sin excesos. Y de otro lado, en pos de la optimización de cada derecho en juego, buscar que la medida utilizada permita el mejor desarrollo posible del derecho a la vida privada, tal como ha debido suceder en el presente caso. (...)*
***El juicio de proporcionalidad:** A través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada.*
***El desarrollo colectivo de la medida** (...)*
*Este desarrollo colectivo se materializa en dos ámbitos: uno subjetivo (proyección pública) y otro objetivo (interés del público) (...)*
***El juicio de proyección pública** (...) Se asume que el grado de conocimiento de la población respecto a ciertos personajes conocidos hace que la protección de su vida privada puede verse reducida.*
***El juicio de interés del público:** En él se demuestra cómo una persona puede terminar informando un asunto que imperiosamente merece ser conocido por los demás, y que ello justifica alguna intromisión de la vida privada de alguien. Ello tampoco ha de impedir la protección de los derechos de los afectados, sino simplemente la disminución de los límites externos de uno de ellos".*

[630] ESPINOZA-SALDAÑA: *Art. Cit.*, pp. 86-87, quien refiere que las principales críticas que se hacen a la objetividad e idoneidad de esta técnica Interpretativa son las siguientes: en primer lugar, que al establecer un equilibrio entre conceptos muy diferentes entre sí, muchas veces resulta imposible encontrar estándares judiciales o criterios de interpretación comunes en base a los cuales pueda luego efectuarse el contrapeso deseado. En segundo término, que son muy infrecuentes los casos en los cuales los juzgadores imponen como supuesta consecuencia de su labor de ponderación a algo que no es más que la plasmación de criterios meramente subjetivos, criterios frecuentemente elaborados sin ninguna base objetiva o crítica.

cular, lo que no implica su desprotección; obviamente, como ya se ha señalado, también dentro de este sector de personajes públicos puede establecerse alguna graduación, como cuando se trata de personas con una importante presencia en la sociedad, al tener cierta trascendencia en la marcha y destinos de la misma, como los políticos, los personajes populares cuyas actividades y su propia vida aparece como de interés público, y que incluso ellos mismos buscan estar siempre presentes en el ojo público, y aquellos cuyas actividades y funciones repercuten en la sociedad, como los funcionarios públicos. Asimismo, habrá que atender al interés público de la información, pues, aun cuando se trate de un personaje público, si la información no reviste interés para la sociedad o está reservada a los aspectos más íntimos de su titular, no podrá alegarse el ejercicio legítimo del derecho a la información[631].

---

[631] En la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, TEDH 2004/45 de fecha 24 de junio de 2004, Asunto Von Hannover contra Alemania, Caso de la demanda presentada por la Princesa Carolina de Mónaco contra la República Federal de Alemania presentada ante el Tribunal el 06-06-2000 por vulneración de su derecho al respeto de su vida privada y familiar por la falta de protección de los tribunales alemanes tras la publicación de unas fotografías que mostraban detalles de su vida cotidiana, se ha sostenido: "...*En este contexto, el Tribunal recuerda que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales en una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso y el desarrollo de cada uno. Sin perjuicio del apartado 2, es válida no solamente para las «informaciones» o «ideas» acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que se chocan, ofenden o inquietan. Así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los que no existe «sociedad democrática». (Sentencia Handyside contra Reino Unido de 7 diciembre 1976 [TEDH 1976\6], serie A núm. 24, p. 23, ap. 49).*

*58. (...) A este respecto, la prensa juega un papel esencial en una sociedad democrática: aunque no debe traspasar ciertos límites, referentes concretamente a la protección de la reputación y a los derechos de los demás, sí le corresponde, sin embargo, comunicar dentro del respeto de sus deberes y responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general (ver, entre numerosos precedentes, Sentencia Observer y Guardian contra Reino Unido de 26 noviembre 1991 [ TEDH 1991\ 51] , serie A núm. 216, pp. 29-30, ap. 59 y BladetTromso y Stensaas contra Noruega [GS] núm. 21980/1993, ap. 59, TEDH 1999-III), serie A*

*núm. 239, p. 28, ap. 63; BladetTromso y Stensaas contra Noruega [GS], núm. 21980/1993 [ TEDH 1999\ 22] , ap. 62, TEDH 1999-III) ...*

59. *Si la libertad de expresión se extiende también a la publicación de fotografías, éste es un ámbito no obstante en el que la protección de la reputación y de los derechos ajenos reviste una importancia particular. En este caso, se trata de la difusión no de «ideas», sino de imágenes que contienen «informaciones» muy personales, incluso íntimas, sobre un individuo. Además, las fotografías publicadas en la prensa sensacionalista son tomadas a menudo en un clima de acoso continuo, que implica para la persona en cuestión un fuerte sentimiento de intrusión en su vida privada e incluso de persecución.*

60. *En los asuntos relativos al equilibrio entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión que ha conocido el Tribunal, siempre ha puesto el acento en la contribución de la publicación de fotografías o artículos en la prensa al debate de interés general (ver, recientemente, Tammer anteriormente citada, ap. 59 y siguientes, News Verlags GMBH &CoKG contra Austria, núm. 31457/1996 [ TEDH 2000\ 2] , ap. 52 y siguientes, TEDH 2000-I, y Krone Verlags GMBH &CoKG contra Austria, núm. 34315/1996 [ PROV 2002\ 75689] , ap. 33 y siguientes, 26.02.2002)...*

62. *El Tribunal señala seguidamente que la demandante, como miembro de la familia principesca de Mónaco, desempeña un papel de representación en ciertas manifestaciones culturales o benéficas. Sin embargo, no ejerce ninguna función en el seno o por cuenta del Estado monegasco o de una de sus instituciones (apartado 8 supra).*

63. *Ahora bien, el Tribunal considera que conviene efectuar una distinción fundamental entre un reportaje que relata unos hechos -incluso controvertidos- que pueden contribuir a un debate en una sociedad democrática, referentes a personalidades políticas, en el ejercicio de sus funciones oficiales por ejemplo, y un reportaje sobre los detalles de la vida privada de una persona que, además, como en este caso, no desempeña dichas funciones. Si en el primer caso la prensa juega su rol esencial de «perro guardián» en una democracia contribuyendo a «comunicar ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público» (Observer y Guardian [TEDH 1991\51] anteriormente citada, «ibidem»), no sucede lo mismo en el segundo.*

64. *Asimismo, aunque existe un derecho del público a ser informado, derecho esencial en una sociedad democrática que, en circunstancias concretas, puede incluso referirse a aspectos de la vida privada de personas públicas, concretamente cuando se trata de personalidades de la política (Plon [Société] [TEDH 2004\36] anteriormente citada, ibidem), este no es el caso que nos ocupa: en efecto, se situaría fuera de la esfera de cualquier debate político o público, ya que las fotos publicadas y los comentarios*

*que las acompañaban hacían referencia exclusivamente a detalles de la vida privada de la demandante.*

65. *Como en otros asuntos similares que ha debido conocer, el Tribunal considera, por tanto, que en este caso la publicación de las fotografías y de los artículos en litigio, cuyo único fin era el de satisfacer la curiosidad de cierto público sobre los detalles de la vida privada de la demandante, no puede considerarse que contribuya a ningún debate de interés general para la sociedad, pese a la notoriedad de la demandante [ver, «mutatis mutandis», Jaime Campmany y Díez de Revenga y Juan Luis López-Galiacho Perona contra España (dec), núm. 54224/2000, 12.12.2000, Julio Bou Gibert y El Hogar y La Moda JA contra España (dec), núm. 14929/2002, 13.05.2003, y Prisma Press. anteriormente citadas]...*

69. *Ahora bien, el Tribunal recuerda la importancia fundamental de la protección de la vida privada para el desarrollo de la personalidad de cada uno, protección que -como ha declarado anteriormente- va más allá del círculo familiar íntimo y comporta igualmente una dimensión social. Considera que toda persona, incluso conocida del gran público, debe poder gozar de una «esperanza legítima» de protección y de respeto de su vida privada (artículo 51° supra, y «mutatis mutandis», Halford [TEDH 1997\ 37] anteriormente citada, ap. 45).*

70. *Además, se impone una mayor vigilancia en cuanto a la protección de la vida privada frente a los progresos técnicos de grabación y reproducción de datos personales de un individuo (ver el punto 5 de la Resolución de la Asamblea parlamentaria sobre la protección del derecho a la vida privada -apartado 42 supra- y «mutatis mutandis» Amann contra Suiza [GS], núm. 27798/1995 [ TEDH 2000\ 87] , aps. 65-67, TEDH 2000-II, Rotaru contra Rumanía [GS] núm. 28341/1995 [ TEDH 2000\ 130] , aps. 43-44, TEDH 2000-V, PG y JH previamente citada, aps. 57-60, y Peck anteriormente citada, aps. 59-63, y ap. 78). Ello es válido igualmente para la realización sistemática de fotografías determinadas y su difusión a un público amplio.*

76. *Como ya ha dicho anteriormente, el Tribunal considera que el elemento determinante, a la hora de establecer un equilibrio entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión, debe residir en la contribución que las fotografías y los artículos publicados hacen al debate de interés general. Ahora bien, procede constatar que en este caso no existe tal contribución, ya que la demandante no desempeña funciones oficiales y las fotos y artículos en litigio hacían referencia exclusivamente a detalles de su vida privada.*

77. *Además, el Tribunal considera que el público carece de interés legítimo en saber dónde se encuentra la demandante y cómo se comporta generalmente en su vida privada, incluso si aparece en lugares que no siempre pueden calificarse de aislados, y ello pese a su notoriedad.*

La ponderación también ha sido empleada por la Corte Suprema de Justicia de la República en el Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116, publicado con fecha 29 de diciembre de 2006, en los supuestos de colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, señalando: "*...la solución del conflicto pasa por la formulación de un juicio ponderativo que tenga en cuenta las circunstancias en cada caso en particular y permita determinar que la conducta está justificada por ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión o de información*", finalmente, establece algunos criterios de ponderación: a) relevancia pública de la información; b) veracidad de la información y, c) ausencia de excesos[632].

---

*Y aunque existiese un interés del público, al igual que un interés comercial de las revistas que publican fotos y artículos, dichos intereses deben desaparecer, en opinión del Tribunal, ante el derecho de la demandante a la protección efectiva de su vida privada.*

*78. Por último, y en opinión del Tribunal, los criterios definidos por los tribunales internos no eran suficientes para asegurar una protección efectiva de la vida privada de la demandante, y esta última debió gozar en las circunstancias del caso de una «esperanza legítima» de protección de su vida privada".*

[632] En la Jurisprudencia Constitucional comparada también se ha recurrido a la ponderación o balancing para resolver conflictos entre el derecho a la imagen y libertad de expresión; en este sentido en la sentencia del Tribunal Constitucional Español, STC N° 72/2007 del 16 de abril de 2007 se ha señalado: "*El derecho a la propia imagen no es absoluto o incondicionado, de suerte que existen circunstancias que pueden determinar que la regla general conforme a la cual es al titular de este derecho a quien, en principio, corresponde decidir si permite o no la captación y difusión de su imagen por un tercero, ceda a favor de otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos, lo que ocurrirá en los casos en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de su imagen. Por ello, cuando el derecho a la propia imagen entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, particularmente las libertades de expresión e información, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento, o el interés público en la captación o difusión de su imagen*".

## 1.7. VULNERACIÓN DE LA INTIMIDAD PERSONAL PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS

De otro lado, también se discute en la doctrina y jurisprudencia los supuestos en que el particular afecta la intimidad personal del agraviado con el fin de obtener pruebas para ser aportadas en el proceso judicial, por ejemplo el caso de la esposa que introduce una filmadora en una habitación para captar las relaciones sexuales extramatrimoniales que sostiene su consorte, a fin de aportarlas en el proceso de divorcio por causal que va a instaurar. Al respecto, la jurisprudencia española ha estimado que estos hechos son típicos y que no gozan de reconocimiento justificante alguno por parte del ordenamiento jurídico[633]. Por nuestra parte, consideramos que en estos casos existe una evidente vulneración del derecho fundamental a la intimidad y por ende se trata de supuestos típicos, aun cuando, la validez o ilicitud de la prueba aportada es materia de otro análisis, por cuanto si bien ciertas posturas aluden a que la aportación de pruebas debe tener como límite los derechos fundamentales, por ende, todo medio probatorio obtenido vulnerando dichos derechos resulta ilícita, de otro lado, algunas posturas consideran necesario realizar un análisis de proporcionalidad, a fin de no descartar la validez de la prueba[634].

---

[633] En este sentido, ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.*, p. 771.

[634] Así, en el Pleno Jurisdiccional Penal. Tema: La prueba Ilícita y la prueba prohibida, se admitió "... la doctrina de la ponderación de intereses, entendiendo que un interés mayor prevalece sobre un interés menor. Y si bien, toda violación a derechos fundamentales, por sí ya es grave y acarrea ilicitud de la prueba, el asunto cambia si lo sometemos a la ponderación de intereses de mayor intensidad, como los que se valoran cuando de por medio están los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en delitos de estructura compleja". Un estudio minucioso sobre esta materia, véase en CASTRO TRIGOSO, Hamilton: *La prueba ilícita en el proceso penal peruano.* Jurista editores, Lima, 2009.

## 1.8. CONSENTIMIENTO DE UNO DE LOS TITULARES DE LA INTIMIDAD FAMILIAR

En este caso, nos encontramos en el supuesto en que uno de los miembros de la familia autoriza a un tercero a aprehender aspectos de la intimidad familiar; en este caso se discute si dicho consentimiento elimina la ilicitud de la intromisión en la vida íntima y familiar de quien no prestó su consentimiento. Y claro, en este caso, de darse validez a dicho consentimiento, se estaría asumiendo que no existe intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad familiar o personal.

Por nuestra parte, consideramos que en el supuesto en que quien consiente es un integrante de la familia, por ejemplo, el padre de familia que permite a un camarógrafo de televisión acceder a la intimidad de su hogar, sin haber solicitado la autorización de su cónyuge, habrá que dar validez a dicho consentimiento y negar la comisión del delito de violación a la intimidad, en tanto quien autoriza es integrante de la familia y, por ende, también titular del derecho a la intimidad familiar. No obstante, si autorizara la injerencia en aspectos privados específicos de alguno de los miembros de la familia con capacidad de ejercicio plena, la autorización del padre o cónyuge no tendrá validez, puesto que se requiere de la autorización del propio titular del bien (de la intimidad).

Ahora bien, un caso que más conflictos presenta es aquel en que en una conversación telefónico o similar, una de las partes autoriza para que una tercera persona grave la conversación y con posterioridad presenta esta grabación como un elemento de prueba o de convicción, o la hace pública a través de las redes sociales o de otro medio de comunicación. Al respecto, es de tener en cuenta que la persona que se comunica con otra y hace de su conocimiento determinados aspectos de su intimidad, está exponiendo su propia intimidad o poniendo en conocimiento de terceros ciertas esferas de esta; en tal sentido, voluntariamente corre el riesgo de que esta información se transmita a terceros, consecuentemente no podrá imponer a dicho tercero la reserva absoluta sobre dicha información. En buena cuenta se trata

de una actuación a propio riesgo y por ello no podrá imputarse objetivamente responsabilidad penal alguna al agente de la grabación y difusión o transmisión de la información.

## 1.9. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

Existen supuestos justificados de afectación a la intimidad personal y familiar en cumplimiento de un deber, por ejemplo el caso de las intervenciones corporales o video vigilancia llevadas a cabo por el personal policial, por disposición fiscal o judicial, conforme a lo previsto en el Código Procesal Penal, quienes deben brindar una autorización que legitime la invasión a los aspectos íntimos de la víctima, en el marco de una investigación penal.

Obviamente, la disposición fiscal o judicial requiere necesariamente ser proporcional, a fin de que resulte justificada la afectación del derecho fundamental de la persona; en tal sentido, deberá sustentarse motivadamente en la idoneidad de la medida; esto es, la intervención en la intimidad de la persona debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, en este caso, la acreditación del delito y la responsabilidad penal del agente, para su represión y la prevención de futuras actividades delictivas. Asimismo la medida debe ser necesaria; el juicio de necesidad implica que para que dicha medida se justifique no deben existir otros mecanismos que con la misma idoneidad permitan lograr el objetivo propuesto y que resulten más benignos, por ejemplo si es posible acreditar la actividad delictiva con el secuestro de documentación. Igualmente, la medida debe ser propiamente proporcional; el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, implica que para que una intervención en el derecho fundamental a la intimidad sea legítima, el grado de satisfacción o realización del objetivo de la intervención debe ser mayor, o por lo menos, equivalente al grado de afectación al derecho fundamental.

## 2. TRÁFICO ILEGAL DE DATOS PERSONALES

Art. 154°-A. **"El que ilegítimamente comercializa o vende información no pública relativa a cualquier ámbito de la esfera personal, familiar, patrimonial, laboral, financiera u otro de naturaleza análoga sobre una persona natural, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.**

**Si el agente comete el delito como integrante de una organización criminal, la pena se incrementa hasta en un tercio por encima del máximo legal previsto en el párrafo anterior".**[635]

### 2.1. DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO A LA PRIVACIDAD

Tal como refiere MORALES GODO, la vida privada es el género y la vida íntima la especie; pues, la primera, además de la vida íntima, abarca la coexistencia del hombre y sus relaciones con los demás en todos los ámbitos interrelacionales. Estas últimas relaciones si bien también son protegidas de las injerencias de terceros no son secretas como la vida íntima de la persona[636].

---

[635] Artículo incorporado por el Artículo 5 de la Ley N° 30171, publicada el 10 marzo 2014.

[636] MORALES GODO, Juan: *Derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información.* Grijley, Lima, 1995, p. 108. Así, también ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Derecho de las Personas.* 4° ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 328.

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional también considera a la privacidad (vida privada) como una categoría mayor que engloba a la intimidad, la cual está dotada de una protección más rigurosa[637]. Así, refiere que el derecho a la intimidad se encuentra materialmente reservado para lo más íntimo de la persona y de la familia, para los datos más sensibles, como aquellos relativos a la salud, las preferencias sexuales, o los afectos y emociones de los seres más cercanos; en cambio el derecho a la vida privada protege un círculo más amplio de actividades y relaciones que no pueden calificarse como íntimas, pero que también merecen protección frente a intromisiones externas[638]. En efecto señala el TC: "*...el derecho a la intimidad, en este contexto, tiene una protección reforzada en relación con el derecho a la vida privada (STC6712-2005-HC-TC, fundamento 38). Estos dos derechos, a su vez, fundamentan otra serie de derechos que buscan justamente proteger ciertos espacios donde la persona pueda actuar con esa ex-*

---

[637] *La intimidad* es la parte de la vida de una persona que no ha de ser observada desde el exterior, y afecta a la propia persona. Se incluye dentro del "ámbito privado" de un individuo cualquier información que se refiera a sus datos personales, relaciones, salud, correo, comunicaciones electrónicas privadas, etc. http://www.monografias.com/trabajos32/derecho-intimidad/derecho-intimidad.shtml
Es el derecho que poseen las personas de poder excluir a las demás personas del conocimiento de su vida personal, es decir, de sus sentimientos y comportamientos. Una persona tiene el derecho a controlar cuando y quien accede a diferentes aspectos de su vida personal. http://www.monografias.com/trabajos32/derecho-intimidad/derecho-intimidad.shtml
*La Privacidad* es la parte más profunda de la vida de una persona, que comprende sus sentimientos, vida familiar o relaciones de amistad. Según dicta el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques". http://www.monografias.com/trabajos32/derecho-intimidad/derecho-intimidad.shtml

[638] STC. N° 03485-2012-PA/TC PUDO KEITH CARLOS ENRIQUE MAMANI TICONA Y LID BEATRIZ GONZALES GUERRA; 10 de marzo de 2016; Fj. 20 y 21.

*pectativa legítima de privacidad que es inherente al espacio donde su actividad se desarrolla. Así, diversos derechos reconocidos en el texto constitucional, como lo son: el derecho a la inviolabilidad del domicilio (Artículo 2° inciso 9), el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (Artículo 2° inciso 10), el derecho al secreto profesional (Artículo 2° inciso 18), el derecho al secreto bancario o el derecho a la reserva tributaria (Artículo 2° inciso 5), permiten construir ese espacio donde la persona debe ser, en principio, invulnerable. Y aunque estos derechos tienen una naturaleza formal, en el sentido de que protegen todo lo que se desarrolla bajo esos espacios, al margen de que contengan datos sobre lo íntimo o lo privado, su reconocimiento constitucional justamente permite el desarrollo de la vida privada o la intimidad que el individuo requiere. Es decir, aunque son derechos autónomos, son derechos instrumentales al derecho a la intimidad y a la vida privada*[639].

Asimismo, define al derecho a la intimidad dentro del derecho a la vida privada "*...como el poder jurídico de rechazar intromisiones en la vida íntima o familiar de las personas. La vida íntima o familiar, a su vez, ha sido definida, como aquel ámbito de la vida privada, donde la persona puede realizar los actos que crea conveniente para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona alejada a los demás en que tiene uno derecho a impedir intromisiones y queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para*

---

[639] STC. N° 03485-2012-PA/TC PUDO KEITH CARLOS ENRIQUE MAMANI TICONA Y LID BEATRIZ GONZALES GUERRA; 10 de marzo de 2016; Fj. 20 y 21.
En la misma línea el Tribunal Constitucional ya con anterioridad en la STC 6712-2005-HC/TC, del 17 de octubre de 2005, había señalado: *"La vida privada es un derecho fundamental en primordial relación con la intimidad. El último de ellos tiene una protección superlativa dado que configura un elemento infranqueable de la existencia de una persona; la vida privada por su parte, la engloba y también incluye un ámbito que sí admite algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas"* Criterio que a la vez ya lo expresó en la STC 0072-2004-AA/TC y muchas otras.

*permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social*[640].

Sin embargo, tanto la privacidad así como la intimidad son derechos disponibles, es decir, su titular puede disponer o autorizar el conocimiento o publicidad de algunos de sus componentes, especialmente de sus aspectos instrumentales; en estos casos el consentimiento del titular del derecho negará toda reserva o secreto al componente respecto del cual se autoriza su información o comunicación pública.

Por otro lado, los derechos a la intimidad y el derecho a la vida privada, actualmente no solo pueden ser vistos desde una óptica material en el sentido de que queden protegidos aquellos datos, actividades o conductas que materialmente son calificadas de íntimas o privadas, sino también desde una óptica subjetiva, en la que lo reservado será aquello que el propio sujeto decida; asimismo, estos derechos comprenden la tutela no solo como faz negativa del derecho (en el sentido del derecho a no ser invadido en ciertos ámbitos), sino a una faz más activa o positiva (en el sentido del derecho a controlar el flujo de información que circule respecto al titular del derecho) que obliga al propio Estado a dictar e implementar medidas indispensables para la protección de este derecho, y a su titular concede la potestad de poder resguardar la información frente a terceros, incluso del propio Estado[641]. Bajo esta

---

[640] STC N° 03485-2012-PA/TC PUDO KEITH CARLOS ENRIQUE MAMANI TICONA Y LID BEATRIZ GONZALES GUERRA; 10 de marzo de 2016; Fj. 17. Este criterio ya había sido expresado con anterioridad en sentencias como la STC 6712-2005-HC/TC, Fj. 39.

[641] "*...la evolución de las sociedades contemporáneas, en las que es habitual la manipulación y traslado de toda clase de información a través de distintas plataformas, ha generado que esta dimensión negativa del ejercicio del derecho a la intimidad sea insuficiente. Consecuentemente, en la actualidad se reconoce, además, una dimensión de carácter positivo, a través de la cual se exige que el Estado adopte las medidas que sean indispensables para su adecuada tutela, lo cual abarca la posibilidad del titular de la información de poder resguardarla frente al accionar de terceros, incluso del propio Estado*". STC. N.° 00009-2014-PETC LIMA CIUDADANOS; 4 de marzo de 2016; Fj. 8.

perspectiva, el derecho a la intimidad o el derecho a la vida privada, han permitido el reconocimiento, de modo autónomo también, del derecho a la autodeterminación informativa, que ha sido recogido en el artículo 2°, inciso 6, de la Constitución y en el artículo 61° inciso 2 del Código Procesal Constitucional, o del derecho a la protección de los datos personales, tal como lo denomina la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales[642].

En otras palabras, el derecho a la intimidad, tradicionalmente definido como un derecho esencialmente negativo, adquiere en la actualidad perfiles nuevos y distintos: ya no se trata de un derecho delimitador de un ámbito de no interferencia, sino que se define con un contenido abiertamente positivo, en que su titular, la sociedad y el Estado deben auspiciarlo y protegerlo.

Más aún, en la actualidad, en que asistimos a la llamada era de la tecnología o de la información, en la que se ha potenciado el derecho a la información, caracterizado por su doble vertiente de derecho a informar y a ser informado y la facilidad de transmitir la información a través de los medios informáticos, el individuo de la sociedad tecnológica necesita reafirmar su derecho a controlar el flujo de informaciones que sobre su vida privada puede existir, sobre todo, en los bancos de datos de las diversas instituciones y entidades públicas y privadas.

En este contexto, constituye una exigencia para el Estado y la sociedad en su conjunto, proteger los derechos a la privacidad y a la intimidad, así como todos sus componentes, a través de los medios más rigurosos como el control penal. En tal sentido, estos derechos se han convertido en verdaderos bienes jurídicos penalmente tutelados.

---

[642] STC. N° 03485-2012-PA/TC PUDO KEITH CARLOS ENRIQUE MAMANI TICONA Y LID BEATRIZ GONZALES GUERRA; 10 de marzo de 2016; Fj. 22.

## 2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Tal como ya se ha hecho referencia el bien jurídico protegido por este tipo penal está constituido por los derechos a la privacidad y a la intimidad así como los demás derechos instrumentales de los primeros, como el derecho a la inviolabilidad del domicilio (Artículo 2° inciso 9), el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (Artículo 2° inciso 10), el derecho al secreto profesional (Artículo 2° inciso 18), el derecho al secreto bancario o el derecho a la reserva tributaria (Artículo 2° inciso 5), la reserva bursátil y demás derechos análogos.

## 2.3. TIPICIDAD OBJETIVA

### 2.3.1. ACCIÓN TÍPICA

La acción típica o núcleo del presente tipo penal está determinada por los dos verbos rectores *comercializar y vender* la información *no pública* relativa a cualquier ámbito de la esfera personal, familiar, patrimonial, laboral, financiera u otro de naturaleza análoga sobre una persona natural; esto es, información sobre el ámbito de lo privado (no público) por contraposición a lo público, comprendiendo tanto a los aspectos de la intimidad así como a los de la privacidad.

Aun cuando se podría pensar que los verbos *comercializar y vender* son sinónimos, consideramos que, en una correcta interpretación de la ley, se pueden diferenciar. En efecto, *comercializar* es un término más genérico y más amplio que vender, en este se comprende cualquier forma de ofrecer y transferir la información, tanto a cambio de una contraprestación de cualquier tipo, o a cambio de cualquier beneficio (caso de la permuta u otros actos similares), inclusive puede considerare las transferencias realizada de modo gratuito. En cambio, *vender* implica únicamente entregar la información a cambio de un precio en dinero, tal como lo estipula el artículo 1529° del Código Civil. El precio en dinero puede entregarse en efectivo, en un título valor o a través de tarjeta de crédito, así como al contado o a plazo; inclusive puede tratarse de un acto sujeto a condición o cargo.

### *A. Información no pública*

La información constituye un conjunto de datos sobre situaciones, hechos, estados, realidades, circunstancias, posiciones y demás aspectos, en este caso, de la vida íntima y privada de la persona (en sus múltiples esferas). Obviamente, la información, al referirse a hechos o circunstancias que los demás desconocen, puede generar ventajas para los que la revelan o disponen de ella; esto resulta relevante especialmente en el ámbito de la vida privada referida a la intimidad financiera, bursátil, industrial, patrimonial, etc. Así por ejemplo, acceder al secreto bancario o a la reserva bursátil (en el mercado de valores) o a cualquier tipo de información privilegiada sobre una persona podría generar grandes provechos para la persona que revela la información y para la que recibe la misma.

La información sobre aspectos financieros, patrimoniales, laborales, etc., y otros datos personales de cada persona y su comportamiento en el pago de sus deudas que se registra en bancos de datos, puede ser mal utilizada por los agentes, quienes pueden incurrir en las conductas penales previstas en este tipo penal. En este sentido, conviene precisar qué tipo de información puede publicitarse o revelar y cuál no, por configurar el ámbito íntimo o privado de la persona. Al respecto se habla de información pública, información privilegiada e información privada; cada una de estas tiene un tratamiento distinto y diverso nivel de protección por parte el ordenamiento jurídico.

*Información pública* es la información que toda persona conoce o puede conocer, o tiene derecho a manifestar por medio de la libertad de expresión y difusión del pensamiento oral o escrito, por cualquier medio de comunicación, sin previa autorización, sin censura o impedimento, siguiendo la ley y sus reglamentos. También es la información que todos tienen derecho a solicitar y a recibir de parte de cualquier entidad pública, aun cuando puede estar sujeta a un costo o a un plazo para ser entregada[643].

[643] En sentido similar ver: http://www.tiposde.com/escritos/informacion

*Información privilegiada* es aquella de carácter concreto o específico que se refiere a uno o varios aspectos de la vida profesional, laboral, industrial, comercial, empresarial, financiera o bursátil de la persona. Está vinculada a los llamados secretos profesionales en dichos ámbitos, en los que el agente tiene acceso a la información (por razón de sus funciones o de su desempeño laboral o de cualquier otra forma) y está impedido de revelarla; pues, de hacerlo causaría grandes perjuicios al titular de la información o a las instituciones o entidades vinculadas.

La información privilegiada representa una clase de conocimientos diferentes a los que normalmente se comparten en el ámbito de una entidad o una empresa; quien accede a los datos o documentos se encuentra en una posición o ventaja significativa respecto a los demás, por lo que puede utilizar la información para causar perjuicio, para enriquecerse o simplemente revelarla a otros a través de una contraprestación.

*Información privada* es un tipo de información referida a la intimidad o privacidad de la persona y está protegida por el ordenamiento jurídico, no está permitida su divulgación sin el consentimiento de la persona concernida. En general (aun cuando no resulta relevante para el análisis del tipo penal bajo comentario), también es considerada como privada la información respecto a la seguridad nacional o de las instituciones o entidades.

Por ejemplo la información de carácter personal que existe en registros o bancos de datos de organismos públicos o privados, son datos personales que solo pueden ser divulgados con consentimiento del titular[644], cuando el interés público así lo requiera o cuando lo disponga la autoridad competente.

El tipo penal en comento considera como conductas típicas a la comercialización o venta de *información no publica* referida a la vida

[644] http://www.tiposde.com/escritos/informacion

íntima y privada de una persona natural, por lo que se comprende a la información privilegiada así como a la propiamente privada, siempre que estén referidas a los ámbitos de la esfera privada de una persona natural.

### *B. Ilegitimidad de la comercialización o venta*

La norma concretamente señala que la comercialización o venta de la información deberá ser ilegítima, esto es, contraria a la ley o fraudulenta. Pues, de contar con autorización de la persona concernida, su representante, tutor o curador, la autoridad competente o de cualquier otra forma estuviera autorizado por ley, la transferencia de la información será lícita.

La ilicitud o ilegitimidad podrá ser de origen, esto es, el agente ha entrado en posición de la información o ha tomado conocimiento de la misma de modo ilícito o de manera fraudulenta o espuria; o también puede tratarse de un caso en que el agente ha entrado lícitamente en posición de la información, sin embargo, no tiene autorización para revelarla y menos de transferirla a cambio de una contraprestación o un precio.

### *C. Ámbito o èsferas de la vida privada*

A diferencia del derecho a la intimidad que está referido fundamentalmente a datos relativos a la salud, las preferencias sexuales, o los afectos y emociones de los seres más cercanos (intimidad personal o familiar); el derecho a la privacidad o vida privada se refiere, además de las situaciones y aspectos de la intimidad, a un círculo más amplio de actividades y relaciones vinculadas a la vida patrimonial, profesional, laboral, industrial, comercial, tributaria, empresarial, financiera o bursátil de la persona[645]. En efecto, se

[645] Asimismo, también comprende otros aspectos instrumentales de la intimidad y privacidad como los contenidos en los derechos a la inviolabilidad del domicilio (Artículo 2° inciso 9), al secreto e inviolabilidad de las

sostiene que: "Es un hecho fácilmente constatable que los derechos a la intimidad y a la propia imagen han adquirido en la actualidad una vertiente patrimonial susceptible de disposición y comercialización al margen de su vertiente estrictamente personal y consagrada al más alto nivel en el artículo 18°.2 de la CE".[646] Ello hace que la privacidad y la propia intimidad se relacionen con aspectos patrimoniales o financieros cuya revelación a terceros pueden devenir en conductas ilícitas o delictivas.

Pues, estos aspectos económico, financiero y otros semejantes, pueden ser de interés para terceros; por ello quien accede a los datos puede vender la información para su uso indebido. No obstante, también puede tratarse de información relativa a la intimidad de la persona que no esté vinculada al aspecto patrimonial, pero terceros tienen interés en utilizarla con fines publicitarios, como por ejemplo información sobre la preferencias sexuales de una reconocida estrella de cine o televisión.

Entonces, considerando que la vida íntima de la persona forma parte de la privacidad de la persona, las esferas de la vida íntima o privada que comprende el tipo penal son en primer lugar las referidas

---

comunicaciones privadas (Artículo 2° inciso 10), al secreto profesional (Artículo 2° inciso 18), al secreto bancario o el derecho a la reserva tributaria (Artículo 2° inciso 5), etc., todos ellos permiten construir un espacio donde la persona debe ser, en principio, invulnerable STC. N° 03485-2012-PA/TC PUDO KEITH CARLOS ENRIQUE MAMANI TICONA Y LID BEATRIZ GONZALES GUERRA; 10 de marzo de 2016; Fj. 20 y 21.

[646] GARCÍA GARNICA, María del Carmen: *Consideraciones generales acerca de la distinción de las vertientes moral y patrimonial de los derechos a la intimidad y a la propia imagen y su trascendencia jurídica.* Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García. Universidad de Murcia, 2004, p. 1867. "En Suiza, el secreto Bancario siempre ha sido considerado como un componente importante del derecho personal a la privacidad y a la libertad, y ha sido constantemente protegido por los Tribunales Federales Suizos desde que fueron establecidos, en 1874". PACHLATKO, Andreas: El secreto bancario suizo, sus alcances y limitaciones. p. 34.

a la intimidad personal y familiar, así como las referidas a la vertiente patrimonial, financiera, laboral u otras de naturaleza análoga. La naturaleza análoga debe determinarse en base a la naturaleza privada de la información y a su vinculación con aspectos patrimoniales, financieros, tributarios o bursátiles de la misma. En tal sentido en este término, *"otro (ámbito) de naturaleza análoga"* debe comprenderse a los aspectos profesional, industrial, comercial, tributario, empresarial, bursátil, etc., a los cuales está vinculada la información.

Particular importancia reviste la información relativa al secreto bancario, reserva tributaria y reserva bursátil, respecto a las cuales se ha establecido legalmente la confidencialidad y reserva de todas las personas que acceden a ella, y claro, cualquier uso indebido o venta de información configura el delito bajo comento[647].

### *D. Perjuicio o daño con la transferencia de la información*

La transferencia fraudulenta o ilegítima de la información es suficiente para la configuración del tipo penal, no siendo necesario que se acredite un daño patrimonial, financiero o empresarial, puesto que se trata de un delito de mera actividad. Si bien en la mayoría de los casos va a producirse un daño subjetivo, moral o extrapatrimonial, por tratarse de la afectación a la intimidad o a la privacidad, no se requiere que se verifique un daño material o patrimonial. Esto, sin embargo, es distinto cuando se trata de personas jurídicas; en efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado: "*Con respecto al bien jurídico vida privada tutelado en la Constitución en relación a las personas jurídicas, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento de la persona jurídica misma y de un grupo reducido, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño. Y este concepto de daño es determinante, pues no se trata*

[647] Al respecto ver mayor información en; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *El delito de lavado de activos.* Instituto Pacífico, Lima, 2016.

*de verificar únicamente el acceso de un tercero a dichos datos, sino se deberá corroborar si ello trae consigo un daño"*[648].

### *E. Intimidad o privacidad de las personas naturales y de las personas jurídicas*

Tal como hemos referido al tratar el honor de las personas jurídicas, una de las posiciones iusfundamentales que se desprenden del derecho al honor está constituida por la reputación de la persona jurídica cuya finalidad es garantizar su imagen, y esta se vincula directamente a la privacidad de la persona jurídica; más aún, si en un modelo social y democrático, el derecho a la reputación excede o supera el ámbito individual, para incidir también sobre grupos sociales de naturaleza heterogénea que son sensibles a la consideración que el entorno social tiene de este, fundamentalmente en cuanto a la actividad que realizan.

En este sentido, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia STC 139/1995, dejó sentado que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales en general y particularmente del derecho a la privacidad, y precisó al respecto que: "*...si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto estos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, solo en defensa de un interés legítimo (...), sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos, más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social*".

[648] STC 009-2007 y 010-2007-AI/TC, de fecha 29 de Agosto de 2007, fundamentos jurídicos 41-45.

Nuestro Tribunal Constitucional en esta misma línea ha señalado que: "*...aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, este no es un derecho que con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se dejen en una situación de indefensión constitucional ataques contra la "imagen" que tiene frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos*"[649].

En forma específica, refiriéndose al derecho al secreto bancario, la reserva tributaria el Tribunal Constitucional en la STC N.° 00009-2014-PETC-LIMA-CIUDADANOS, ha establecido que estos constituyen manifestaciones del derecho a la intimidad. Pues, considera que al igual que las personas naturales, las personas jurídicas disponen de cierta información que, en principio, no tiene por qué ser conocida por terceros. De este modo, la intimidad despliega sus efectos en doble vertiente, desde una perspectiva negativa y una positiva. Desde el punto de vista negativo, las personas jurídicas tienen el derecho de no ser perturbadas a través de la exigencia de información que corresponden a su secreto bancario y/o reserva tributaria. En su dimensión positiva, las personas jurídicas tienen el derecho de controlar el flujo de la información o de los datos que les conciernen. Finalmente, ha señalado que el hecho que el secreto bancario y la reserva tributaria constituyan la concreción, en el plano económico, de una manifestación del derecho a la intimidad, no quiere decir que sean absolutos, pues como especifica el inciso 5 del artículo 2° de la propia Norma Fundamental, concordante con su artículo 97°, es posible que estos derechos sean objeto de inter-

---

[649] Exp. N° 905-2001-AA-TC (FJ 7).
Siguiendo esta línea nuestra Corte Suprema en una de sus últimos fallos ha señalado: "... *que el tipo penal de difamación requiere necesariamente que las frases reputadas como ofensivas se dirijan a una persona en particular que puede ser natural o jurídica, pues estas últimas también tienen derecho al honor en su aspecto objetivo, es decir, gozan de reputación, tal como ha dejado sentado el Tribunal Constitucional...*" (R.N.N° 3517-2008-ANCASH, de fecha 25 de enero del 2010).

venciones en supuestos excepcionales, a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado[650].

Entonces, queda claro que las personas jurídicas también son titulares del derecho a la intimidad y la privacidad, especialmente en sus esferas patrimonial, económica, financiera, empresarial, laboral, industrial, etc. Sin embargo, en el presente caso, la norma penal excluye de la protección penal a estas entidades (personas jurídicas), pues, considera solo a las personas naturales; lo cual implica que si se comercializa o vende información sobre personas jurídicas, esta conducta podrá significar algún otro tipo penal, pero no el que estamos comentando.

### 2.4. TIPICIDAD SUBJETIVA

Se trata de un tipo eminentemente doloso, no requiriéndose de algún elemento subjetivo adicional al conocimiento de que la transferencia de la información realizada o por realizarse es fraudulenta o ilegítima. Obviamente, se consideran los casos de dolo eventual, e inclusive pueden considerarse los supuestos de ignorancia deliberada, la misma que como lo hemos desarrollado en la parte general del presente trabajo (Tomo I), se asimila fácilmente a una forma de dolo eventual.

### 2.5. SUPUESTO AGRAVADO

La norma ha previsto un supuesto agravado, en que la pena se incrementa hasta un tercio por encima del máximo legal, cuando el hecho es cometido por un agente que actúa como integrante de una organización criminal. El respecto, ya hemos definido a la organización criminal en diversos puntos de este trabajo, especialmente al tratar el numeral 4.1.2. de las formas agravadas de segundo nivel del delito de trata de personas (literal C).

---

[650] STC. N.° 00009-2014-PETC LIMA CIUDADANOS; 4 de marzo de 2016.

## 3. VIOLACIÓN DE LA INTIMIDAD AGRAVADA POR RAZÓN DE LA FUNCIÓN

Art. 155°. **"Si el agente es funcionario o servidor público y, en ejercicio del cargo, comete el hecho previsto en los artículos 154° y 154°-A, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1, 2 y 4.**

**Si el agente es funcionario o servidor público y, en ejercicio del cargo, comete el hecho previsto en los artículos 154° y 154°-A y la información tenga su origen a partir de la aplicación de la medida de la localización o geolocalización, la pena será no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1, 2 y 4".**[651]

### 3.1. EL AGENTE DEL DELITO: FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO

La norma estipula que debe ser agente del delito un funcionario o servidor público en ejercicio del cargo, lo que nos lleva a considerar que los conceptos *"funcionario público" y "servidor público"*, en la estructura o niveles de análisis del delito, se ubican a nivel del *tipo,* como un elemento objetivo y específicamente como un *elemento normativo.* En consecuencia, para el conocimiento y comprensión de su alcance y significado, debemos recurrir a una norma jurídica vigente en nuestro Ordenamiento Jurídico, ya sea una norma extrapenal o

---

[651] Artículo modificado por el Artículo Único del Decreto Legislativo N° 1237, publicado el 26 septiembre 2015.

también la propia norma penal (una norma distinta, o un artículo diferente de la misma ley o Código); debiendo tenerse presente que podemos determinar la norma de remisión a través de un estudio y análisis sistemático de todo el ordenamiento, no únicamente dentro del ámbito del Derecho penal.

En general, los conceptos de funcionario y servidor públicos están vinculados esencialmente al Derecho administrativo, pues son un elemento de la Administración Pública. Tal como ya lo hemos adelantado, la Administración Pública realiza o ejerce la función pública, la que a su vez tiene como fin último la prestación de un servicio público[652]; pero este servicio lo realiza a través de determinados sujetos con atribuciones o facultades para tal fin, en concurso con otras personas que colaboran con la realización de este objetivo; los primeros son los funcionarios públicos y los segundos los servidores públicos[653].

Los funcionarios públicos son los agentes más importantes dentro de la administración pública[654], pues precisamente son estos los

---

[652] Debe entenderse el concepto de servicio público en su sentido amplio, en el mismo que pueda tener cabida inclusive la Administración de Justicia y todo tipo de función pública, no únicamente el concepto de servicio entendido como una prestación o contraprestación que presta determinada entidad o el Estado en general.

[653] Aun cuando la Constitución Política del Estado y la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y las demás leyes orgánicas no hacen mayor referencia a la diferenciación entre funcionarios y servidores públicos, para el presente trabajo y para el Derecho Penal en general, es necesario hacer debidamente esta diferenciación, pues, los diferentes tipos penales –incluyendo el que es materia de análisis- se han redactado deslindando claramente entre funcionarios y servidores públicos; por lo que a través de esta diferenciación estaremos en condiciones de determinar el nivel y el ámbito de sus atribuciones.

[654] "El Funcionario público es el agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país. De acuerdo a las diversas legislaciones de los países asume distintos nombres o se halla confundido en una denominación común. Funcionario público es aquella persona física que prestando sus servicios al Estado se halla especialmente ligada a éste (por nombramiento, delegación o

titulares del ejercicio de la función pública, la misma que concede al funcionario una serie de facultades, potestades o prerrogativas, las que pueden facilitar el acceso a información reservada o de la esfera de intimidad; pero también le impone deberes y obligaciones, entre los que destacan el deber de reserva o de especial respecto de los derechos de los demás. No obstante, estos funcionarios defraudando la expectativa de la sociedad, se valen de estas facultades y prerrogativas para cometer el delito, de allí la mayor reprochabilidad de su conducta.

En tal sentido, el fundamento de esta modalidad agravada se encuentra en la mayor peligrosidad de la acción, la que "...radica sobre todo en que en no pocas ocasiones esta posición de privilegio y su aprovechamiento abusivo pueden utilizarse incluso como medio de control de los ciudadanos por parte de los poderes públicos, en particular de las Administraciones Públicas, bien presuponiendo la asunción de un estado de sospecha permanente de todo ciudadano, bien como instrumento de espionaje y dominio de los competidores políticos"[655].

Si bien, son los funcionarios los que ejercen la función pública y los servidores públicos solo colaboran con los primeros para dicho ejercicio, para efectos de la presente agravante la diferenciación entre unos y otros no reviste mayor importancia, puesto que la consecuencia prevista para ambos (funcionario y servidor) es la misma: la conducta

---

elección popular) y que premunido de poder de decisión determina en forma expresa o ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa que tienden a fines de interés social o estatal. O como señala Bielsa, "funcionario público" es todo aquél que, en virtud de designación especial y legal, y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando éste se dirige a la realización de un fin público". ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos contra la Administración Pública*. Segunda Edición. p. 33.

[655] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.*, p. 803.

de ambos configura la agravante en cuestión[656]; y claro, también la conducta de los servidores públicos reviste mayor reproche penal que cualquier persona, puesto que su vinculación al ejercicio de la función pública, les da acceso a la información sobre la intimidad o privacidad de las personas, y estos en lugar de observar la reserva y prudencia del caso, aprovechan para cometer el delito. La diferenciación entre funcionario y servidor público, debe apreciarse al momento de la graduación pena, pues, el funcionario requerirá de mayor pena, puesto que el nivel de deberes infringidos será mayor.

### 3.2. ACCIÓN TÍPICA, FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO Y EJERCICIO DEL CARGO

Se trata de un supuesto (delito) especial impropio[657]. La agravante se configura cuando la violación a la intimidad personal o familiar, ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, se realiza por un funcionario o servidor público. O también cuando el funcionario o servidor público comercializa o vende fraudulenta o ilegítimamente la información sobre la vida íntima y privada de una persona natural. Pues, la norma considera como conductas típicas las previstas en el artículo 154° así como el 154°-A del Código Penal, por

---

[656] Respecto a la diferenciación entre funcionario y servidor público ver: GALVÉZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Autonomía del delito de lavado de activos. Cosa juzgada y cosa decidida.* Ideas solución Editorial, Lima, 2016, pp. 128 y ss.

[657] Los delitos pueden ser clasificados en comunes y especiales. Los *delitos comunes* pueden ser cometidos por cualquier persona; y en la mayoría de casos comienzan, aunque no necesariamente con el término "quien o el que". En los *delitos especiales* solo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad. Se distingue además entre delitos especiales propios e impropios. En los delitos especiales propios el elemento especial de la autoría opera fundamentando la pena. Por el contrario en los delitos especiales impropios el elemento del autor sólo opera agravando la pena. Véase, ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito.* Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 337-338.

lo que para los detalles del presente tipo penal nos remitimos a los criterios desarrollados previamente en los artículos referidos.

Para el caso del artículo 154° del Código Penal, el agente deberá realizar las conductas allí referidas: *observar, escuchar o registrar* la información, así como *revelar* dicha información; también cuando la *revelación se realiza a través de un medio de comunicación.*

En este supuesto, las primeras acciones típicas (observar, escuchar y registrar) resultan un tanto complejas por lo que requiere de un análisis específico. Pues, en general, las acciones delictivas no son compatibles con el ejercicio del cargo o función, y menos que las propias acciones propias del desempeño del cargo, sean a la vez típicas de otros delitos, por más que se hubiese incurrido en alguna irregularidad sujeta a la correspondiente responsabilidad administrativa (en todo caso, se podrá incurrir en algún tipo penal contra la administración pública, pero no en otro tipo de delito). Así por ejemplo, si un funcionario encargado de resolver un caso incurre en *delito de corrupción*, la acción delictiva no está constituida por las acciones propias de la resolución del caso, como por ejemplo realizar las diligencias, actuar pruebas o dictar la resolución, sino por "aceptar" o "solicitar" una prebenda, conductas que son distintas de las propias del ejercicio del cargo. Igualmente, si un funcionario que participa en una licitación incurre en *colusión ilegal*, la acción típica es la colusión (acuerdo fraudulento) mas no los actos propios de la licitación.

En tal sentido, referirnos al ejercicio del cargo significa que estamos en el marco de lo lícito, aun cuando pueden presentarse excesos sujetos a responsabilidad administrativa. Consecuentemente, si el sujeto del delito contra la intimidad (funcionario o servidor público en este caso) se encontrase en ejercicio del cargo, se entiende que está actuando dentro del marco de una investigación de un delito grave, y en este contexto recaba la información (observa, escucha y registra), para lo cual debe contar con la autorización del Juez o de otra autoridad competente y cumplir los demás requisitos y presupuestos propios de este tipo de diligencias, si se tratase de un exceso en el ejercicio del cargo, estaremos ante una infracción administrativa o un delito contra la

administración pública, pero no ante otro tipo de delitos, en este caso "delito contra la intimidad". Por tanto, interpretando debidamente esta parte del presente artículo solo resultarán típicas las acciones realizadas por el funcionario que propiamente no se encuentra en ejercicio del cargo, sino que utiliza al mismo fraudulentamente para concretar su propósito delictivo. Esto es, el caso en que las acciones realizadas por el funcionario que utiliza el cargo solo como pretexto para concretar las acciones de *observación, escucha o registro* de la información referida a la vida íntima o privada de la persona, mas no en otros casos.

Ahora bien en el caso de la revelación de la información, sea esta de cualquier modo o a través de un medio de comunicación social, no hay mayores inconvenientes, puesto que no importa quién haya accedido a la información, lo único que importa es que se trate de una observación, escucha o registro realizada a través de instrumentos o procesos técnicos u otros medios; asimismo, que se haya utilizado el medio de comunicación social para el supuesto agravado. En tal sentido, puede tratarse de información recabada por el propio funcionario o servidor público, en una actuación funcional, o también a través de la comisión de un delito previo; asimismo, puede tratarse de información que se le ha hecho llegar y el funcionario, igualmente, utilizando como pretexto el marco del ejercicio del cargo pone en circulación los datos de la vida íntima o privada de la víctima, la difunde, revela o publicita.

En estos supuestos previstos en el artículo 154° del Código Penal, en que existe agravantes de diversos niveles las mismas deberán ser tomadas en consideración en la determinación de la pena concreta aplicable al caso.

En el caso del artículo 154°-A, la comercialización o venta de la información comercializada o vendida por el funcionario o servidor público, debe ser ilegítima, esto es, no debe contarse con la autorización del titular; y los datos deben estar referidos a cualquier ámbito de la esfera personal, familiar, patrimonial, laboral, financiera u otro de naturaleza análoga sobre una persona natural. Igualmente, en este caso no importa si la información ha sido recabada por el propio funcionario agente del presente delito o si a este le ha sido entregada por un tercero.

Finalmente, también debe resaltarse el hecho en que el funcionario o servidor público actúa como integrante de una organización criminal, en cuyo caso, obviamente la pena concreta deberá ser mayor, normalmente en el tercio superior de la pena conminado o abstracta.

### 3.3. LA INFORMACIÓN TIENE SU ORIGEN EN LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE LOCALIZACIÓN O GEOLOCALIZACIÓN

La norma también prevé un supuesto agravado sancionado con no menos de seis ni más de ocho años de pena privativa de libertad y la correspondiente inhabilitación; este es el caso en que el delito es cometido por un funcionario o servidor público en ejercicio del cargo y además, la información objeto del delito tiene su origen a partir de la aplicación de la medida de *localización o geolocalización.*

Al respecto, aun cuando la norma no lo dice expresamente, consideramos que el acceso a la información debe haberse producido en el marco de la investigación de un delito; pues, no existe otra forma, fuera de la investigación del delito, en que un funcionario o servidor público, en ejercicio del cargo, acceda a información sobre la vida íntima o privada de un persona.

Ello quiere decir que la información, en principio, llega a conocimiento del funcionario o servidor público de manera lícita o por lo menos sin que su ilicitud sea evidente; por ejemplo, el caso en que el funcionario o servidor haya accedido a la información excediéndose en sus facultades, pero aún dentro del ámbito de sus competencias. En cambio, si hubiera actuado utilizando el ejercicio del cargo solo como pretexto, pero en realidad tenía como propósito la comisión del delito contra la intimidad, ya no estaremos propiamente en el marco del ejercicio del cargo.

En el presente caso, el acceso a la información sobre la intimidad o privacidad de la persona (natural) debe provenir de la diligencia de *localización o geolocalización,* especialmente de teléfonos móviles. En realidad, lo correcho hubiera tomar en cuenta la intervención telefó-

nica en general y no únicamente la geolocalización, que informa solo sobre una parte mínima de la información sujeta al secreto de las comunicaciones. En efecto, el numeral 4 del artículo 230° del Código Procesal penal, modificado por la Ley N° 30077, faculta a los funcionarios fiscales y policiales realizar la diligencia de *geolocalización* de teléfonos móviles en el curso de la investigación de ciertos delitos, a la vez que establece la obligación de las empresas telefónicas o cualquier otro concesionario para responder de inmediato y bajo responsabilidad a las solicitudes del Fiscal.

Como se sabe, la información lograda a través de la *geolocalización de teléfonos móviles* no podrá ser revelada o comercializada por el funcionario público, en muchos casos ni siquiera puede ser utilizada en otras investigaciones que no sea del delito que dio origen a la intervención, y claro, de hacerlo, incurrirá en la comisión del delito bajo comentario.

La norma penal hace referencia a *localización* o *geolocalización,* por lo que podría entenderse que se refiere a dos supuestos típicos. Sin embargo, consideramos que se trata de una reiteración del mismo concepto y que la "o" es inclusiva, por lo que se trata de un solo supuesto típico, por lo que utilizaremos el término *geolocalización* como una forma más exhaustiva y técnica del término *localización.*

La *geolocalización* también denominada georreferenciación, implica la determinación del posicionamiento que define la localización de un objeto o dispositivo en un sistema de coordenadas determinado. Este proceso es generalmente empleado por los sistemas de información geográfica (conjunto organizado de hardware y software, más datos geográficos) que se encuentra diseñado especialmente para capturar, almacenar, manipular y analizar en todas sus posibles formas la información geográfica referenciada, con el fin de resolver un problema específico (gestión, planificación, investigación, etc.).

La geolocalización, resulta de especial utilidad para la ubicación de dispositivos móviles (GPS) cuya portabilidad permite fácilmente

conocer su ubicación y actualizarla a medida que va movilizándose, con lo que cambiará de ubicación geográfica[658]. El uso de la geolocalización en el ámbito jurídico-penal, es especialmente importante en la localización de los teléfonos móviles de alta gama, que son aquellos que cuentan con funciones especializadas, en este particular caso traen integrados receptores de GPS, los cuales, gracias a la red de satélites que rodea al planeta, pueden ser ubicados en cualquier parte del globo terráqueo en el cual nos encontremos[659] [660].

---

[658] En términos similares: http://www.definicionabc.com/geografia/geolocalizacion.php (Consulta: 21 de diciembre 2016).

[659] "En la red de *satélites GPS*, este proceso se lleva a cabo con cuatro satélites que midiendo a que distancia se encuentra el dispositivo de ellos pueden calcular a través de *trilateración* el lugar exacto del dispositivo.
Además de la red GPS perteneciente al departamento de defensa de EEUU existe GLONASS, su hermano por parte de la Federación Rusia y ahora la Unión Europea está trabajando en *Galileo* para 2020 que a diferencia de las otras dos redes de satélites, esta será de uso civil y no militar".
http://www.elandroidelibre.com/2016/03/aplicaciones-de-geolocalizacion.html (Consulta, 21 de diciembre del 2016).

[660] "Otra de las maneras de geolocalizarse es a través de las redes móviles y el *Wifi*. La forma de la que te localizan estos sistemas es parecido los satélites. Cuando te conectas a una red móvil, cuando tienes cobertura, te estás conectado a varias antenas de telecomunicaciones y triangulando entre ellas se puede aproximar donde se encuentra el usuario. Por otra parte la localización por *Wifi* se realiza a través de las direcciones MAC, de estas, las que pueden ser captadas a una dirección de 500 metros. Gracias a las direcciones MAC que tu dispositivo capta y una base de datos con las localizaciones de los *routes* con dichas direcciones puede realizarse de nuevo una triangulación". ¿Alguien no conoce *Google Maps?* Tanto *Maps* como *Earth* son grandes servicios basados en tu localización, que llevan mucho tiempo ayudándonos a localizarnos pues sin un mapa base, de poco servirán datos de posicionamiento. Además *Maps* ha avanzado mucho en los últimos años ofreciendo ahora detalles del tráfico, mejores rutas no solo en coche sino en transporte urbano e incluso rutas en bicicleta". http://www.elandroidelibre.com/2016/03/aplicaciones-de-geolocalizacion.html (Consulta del 21 de diciembre del 2016).

Tal como ya indicamos líneas antes, el numeral 4 del artículo 230° del Código Procesal penal, modificado por la Ley N° 30077 establece que los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deben facilitar, en forma inmediata ***la geolocalización*** de teléfonos móviles; lo que significa que las empresas telefónicas o cualquier otro concesionario, ante el pedido del Fiscal, están obligados a proporcionar el lugar de donde se está realizando o se ha realizado la llamada telefónica, información a la cual tienen acceso en virtud a la ubicación de las antenas transmisoras o retransmisoras por las cuales se transmite la llamada telefónica, determinando de qué ciudad o sector de la ciudad se realizó la llamada; lo cual resulta de vital importancia para determinar donde se encontraba el agente al realizar la llamada, así como también sirve para realizar la detención o intervención del afectado con la medida. Obviamente a través de la *geolocalización* se puede tener acceso a ciertos datos o información de la vida íntima o privada de las personas, pero no con la exhaustividad que se tiene cuando se accede al contenido de una llamada telefónica o cualquier otra forma de comunicación por medio de la red informática.

Pero claro, la información sobre la intimidad o privacidad a la que se ha accedido con la *geolocalización*, puede ser materia de abuso o uso delictivo, por lo que queda sujeta a protección por parte del ordenamiento jurídico y especialmente el orden jurídico-penal. En efecto, la Constitución Política del Estado protege el derecho a la vida íntima y la vida privada. La protección del individuo se produce respecto de todo tipo de intrusiones, sea cual fuere el ámbito en el que se produzcan, ya pertenezcan al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado[661].

Sin embargo, como quiera que la propia Constitución impone al Estado el deber primordial de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (-artículo 44°- y con ello le impone la obligación

[661] CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho Procesal Penal.* 2a Edición, Dikinson, Madrid, 2005, pp. 267 y 268.

de prevenir, investigar y reprimir el delito) el derecho a la inviolabilidad de la vida íntima y privada puede verse afectado con fines de prevención e investigación del delito. En tal sentido, se podrá intervenir todo tipo de comunicaciones[662], sean estas *epistolares* (postales y afines)[663], *telegráficas* (telegramas y afines), *telefónicas* (telefax), *radiales, televisivas,* y demás *formas electrónicas* de transmitir un mensaje o comunicación (correo electrónico, internet, etc.). Las afectaciones consistirán en *secuestros* (incautaciones), *aperturas, lecturas, interferencias o interceptaciones* dispuestas por el Juez y ejecutadas por el Fiscal o la Policía en el marco de la investigación del delito.

La afectación a la inviolabilidad de las comunicaciones será excepcional y procede solo cuando existan suficientes elementos de convicción de que el afectado está involucrado en la comisión de un delito grave y la realización de la geolocalización resulta indispensable o absolutamente necesaria para la investigación de estos delitos graves

---

[662] En cuanto al término 'comunicación', para efectos de este trabajo, tomaremos en cuenta la definición proporcionada por la Ley N° 27697 del 10 de abril del 2002, modificada por la Ley N° 28950 del 16 de enero del 2007, la que en su artículo 2° entiende por comunicación "*a cualquier forma de transmisión del contenido del pensamiento, o de una forma objetiva de este, por cualquier medio. (...), no interesa que el proceso de transmisión de la comunicación se haya o no iniciado*". Asimismo, otorga el mismo tratamiento al medio por el cual se transmite la comunicación; entendiendo por 'medio' "al *soporte material o energético en el cual se porta o se transmite la comunicación*". Concepto que podemos complementarlo con definiciones doctrinarias como la que proporcionan MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ (*Ob. Cit.* p. 246), quienes refieren que una comunicación es la "... transmisión que un sujeto hace a otro de alguna noticia, por lo que no tienen cabida en el concepto los envíos de objetos que por sí mismos no sirven a aquellos fines (envío de mercancías por ejemplo)".

[663] En la comunicación postal se incluye todo tipo de envíos como sobres, paquetes etc., sin embargo, no se incluye equipaje de viajero, el que en todo caso queda sujeto a las normas de seguridad del transporte y prevención del delito así como a las normas de migraciones, en tal caso lo que corresponde es realizar la diligencia de registro tal como ya se ha tratado en páginas anteriores. Este tipo de afectación se trató en el acápite anterior.

de gran incidencia en la creación de inseguridad personal y colectiva[664], especialmente cuando se trata de la investigación del delito de lavado de activos realizado por organizaciones criminales, es decir, es una diligencia de carácter residual o subsidiario.

El funcionario competente para ordenar o autorizar esta injerencia, tal como lo establece la norma constitucional y lo desarrolla el Código Procesal Penal y la Ley N° 30077, es el Juez, debiendo ejecutarla el Fiscal con el apoyo de personal de su Despacho y de personal policial, así como del personal técnico correspondiente; debiendo cumplirse las formalidades establecidas en la ley o en la resolución judicial autoritativa[665]. Sin embargo, tal como lo estipula el numeral 5 del artículo

---

[664] La Ley N° 28950, en actual vigencia en nuestro medio, considera que solo es posible afectar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, mediante interceptaciones y controles por parte de la autoridad competente, en casos de investigaciones de delitos graves, tales como: secuestro agravado, trata de personas, pornografía infantil, robo agravado, extorsión agravada, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de migrantes, asociación ilícita para delinquir, delitos contra la humanidad, atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria, peculado, corrupción de funcionarios, terrorismo y delitos tributarios y aduaneros. Por lo que aun cuando el Código no establece nada al respecto en cuanto se refiere a la interceptación, incautación y apertura de correspondencia postal y telegráfica (Art. 226°), y habla de delitos sancionados con pena privativa de libertad mayor de 4 años, cuando se refiere a intervención o grabación de comunicaciones telefónicas radiales u otras análogas (Art. 230°), creemos que el criterio que se ha tenido para considerar la gravedad de los delitos considerados en la referida Ley, deberán ser tenidos en cuenta al momento en que el Juez autorice la afectación de las comunicaciones y documentos privados. Pero claro, ahora la Ley N° 30077, establece este tipo de afectaciones en los casos de delitos realizados a través de las organizaciones criminales, entre las cuales queda con toda claridad el delito de lavado de activos.

[665] En España, tal como refiere MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal Penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 246; el Juez a solicitud del Fiscal puede disponer que el control de la comunicación sea realizada por el Administrador de la Oficina de Correos o Telégrafos o Jefe de la oficina correspondiente, o también por los funcionarios de la empresa telefónica correspondiente. En el mismo sentido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Aranzadi, Navarra,

230° del CPP, modificado por la Ley N° 30077: *"Si durante la ejecución del mandato judicial de intervención y control de las comunicaciones en tiempo real, a través de nuevos números telefónicos o de identificación de comunicaciones, se tomara conocimiento de la comisión de delitos que atenten contra la vida e integridad de las personas, y cuando se trate de los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y secuestro, a cometerse en las próximas horas, el Fiscal, excepcionalmente y dando cuenta en forma inmediata al Juez competente para su convalidación, podrá disponer la incorporación de dicho número al procedimiento de intervención de las comunicaciones ya existente, siempre y cuando el Juez en el mandato judicial prevenga esta eventualidad"*. Lo cual significa que en estos casos el Fiscal puede decidir la intervención de la comunicación telefónica u otro tipo de comunicación realizada de líneas telefónicas o medios que no estaban siendo materia de intervención, dando cuenta de inmediato al Juez para el control correspondiente, pero siempre que en la resolución autoritativa se haya previsto esta posibilidad. En este caso, "de inmediato" significa que se pondrá en conocimiento del Juez en cuanto el Fiscal esté en condiciones de realizar tal cometido, sin dejar pasar tiempo alguno[666].

Como ya lo hemos adelantado, una de las principales injerencias en la vida privada o íntima de la persona, además de las intervenciones y controles de las comunicaciones es la geolocalización de teléfonos móviles, establecida por el numeral 4 del artículo 230° del Código Procesal Penal, modificado por la Ley N° 30077 que establece: *"Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deben facilitar, en forma inmediata, la geolocalización de teléfonos móviles y la diligencia de intervención, grabación o registro de las comunicaciones*

---

2004; p. 1197. En este caso, ante un resultado positivo dicho funcionario debe informar de inmediato al Fiscal, quien asumirá la dirección y ejecución de la diligencia a partir de ese momento.

[666] Mayores detalles al respecto en GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Autonomía del delito de lavado de activos. Cosa juzgada y cosa decidida.* Ideas solución Editorial, Lima, 2016, pp. 128 y ss.

*que haya sido dispuesta mediante resolución judicial, en tiempo real y en forma ininterrumpida, las 24 horas de los 365 días del año, bajo apercibimiento de ser pasibles de las responsabilidades de ley en caso de incumplimiento. Los servidores de las indicadas empresas deberán guardar secreto acerca de las mismas, salvo que se les citare como testigo al procedimiento. Dichos concesionarios otorgarán el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional del Perú. Asimismo, cuando por razones de innovación tecnológica los concesionarios renueven sus equipos y software, se encontrarán obligados a mantener la compatibilidad con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional".*

La intervención puede comprender a las comunicaciones del investigado o de personas respecto a las cuales existen motivos fundados (determinados por datos objetivos), que reciben o realizan por cuenta del investigado, determinadas comunicaciones o que el investigado utiliza la comunicación de estos terceros para transmitir mensajes de interés para la investigación.

En **conclusión,** la información recabada a través de la diligencia de *localización o geolocalización,* en este caso de teléfonos celulares (móviles) referida a la intimidad o la vida privada de una persona, no puede revelarse, comercializarse o venderse por parte del funcionario o servidor público que tiene acceso a ella, sea porque participó en la diligencia de geolocalización por la cual se tuvo acceso a la información o porque de cualquier forma llegó a su poder, luego de que alguien en ejercicio de sus funciones y a través de la geolocalización recabo dicha información; de hacerlo incurrirá en el tipo penal bajo comento, siempre que dicho funcionario o servidor público actúe en ejercicio del cargo.

## 4. REVELACIÓN DE LA INTIMIDAD CONOCIDA POR MOTIVOS DE TRABAJO

Art. 156°.- **"El que revela aspectos de la intimidad personal o familiar que conociera con motivo del trabajo que prestó al agraviado o a la persona a quien este se lo confió, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año".**

### 4.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Al igual que en los tipos penales antes comentados, el objeto de tutela penal lo constituye la intimidad personal y familiar del agraviado, para cuya determinación nos remitimos a lo señalado en los tipos penales antes comentados.

### 4.2. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

#### 4.2.1. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Se trata de un delito especial impropio, puesto que solo pueden cometerlo determinadas personas (que prestan o han prestado servicios para el agraviado), pero si lo cometen otras personas que no tengan la calidad anotada, aun cuando su conducta no encuadra en este tipo penal, puede encuadrar en otro, por lo que de todas maneras su conducta será típica penalmente.

Agente del delito puede ser cualquier persona que haya tomado conocimiento de aspectos de la vida personal o familiar del sujeto

pasivo por haber trabajado para la víctima o para la persona a quien esta se lo confió la información revelada. El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, titular de los aspectos íntimos de la vida personal y familiar que son revelados.

A diferencia de otras legislaciones comparadas[667], nuestro Código Penal no considera a las personas jurídicas como sujeto pasivo de este delito, pues se reconoce solo a las personas naturales el derecho a la intimidad personal y familiar, tal como lo hemos señalado al analizar los tipos penales anteriores.

No obstante, como hemos señalado líneas antes, se reconoce a las personas jurídicas de derecho privado[668] derechos fundamentales como el derecho a la igualdad ante la ley, las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral, escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social[669], derecho al honor[670]

---

[667] Así, el Código Penal español, en su art. 200°, prevé: "*Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriese, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código*".

[668] A las personas jurídicas de derecho público, como regla general, no se les reconoce derechos fundamentales en tanto los derechos fundamentales se concibieron y reconocieron como límites al ejercicio del poder público, en tal sentido, el Estado no titulariza derechos fundamentales. Sin embargo, la jurisprudencia y doctrina comparadas ha venido argumentado algunos supuestos excepcionales de reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas públicas. Sobre el particular, véase: CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *La persona Jurídica como titular de Derechos Fundamentales*. En Derechos Fundamentales y procesos constitucionales, Grijley, Lima, 2008, pp. 21 y ss.

[669] STC 0905-2001-AA/TC, fundamentos jurídicos 9 y 10.

[670] "*¿Es posible afirmar la titularidad del derecho fundamental al honor por parte de las personas jurídicas? Ciertamente, si consideramos a aquel desde una perspectiva subjetiva es difícil, por no decir imposible, predicar el mismo de un ente moral. Ahora bien, entendido el honor en sentido objetivo, esto es, considerado el honor en sentido de buena reputación, buena fama, ¿es posible extenderlo también a las personas jurídicas? En el ámbito de sociedades*

y la buena reputación[671], a la propiedad[672], a la libertad de contratar[673], el derecho a la inviolabilidad de domicilio[674], a la libertad de trabajo[675], etc. Asimismo, también se protege el derecho de las personas jurídicas a la confidencialidad o reserva de manera autónoma al de sus miembros[676].

---

*tan complejas como las actuales, en las que los individuos, conscientes de sus limitaciones y en ejercicio del libre desarrollo de sus personalidad, pone en común sus intereses con otros individuos con vistas a la consecución de determinados fines, no parece posible defender que el derecho al honor en tanto que consideración social sea un interés exclusivamente individual*". VIDAL MARÍN, Tomás: "*Derecho al Honor, personas jurídicas y tribunal constitucional*". Indret. Revista para el análisis del Derecho. http://www.indret.com/pdf/397_es.pdf.

[671] STC 0905-2001-AA/TC, de fecha 14 de agosto de 2002, fundamento jurídico 8.

[672] STC 0665-2007-AA/TC, de fecha 11 de marzo de 2007, fundamento jurídico 5.

[673] Reconocido implícitamente por el Tribunal Constitucional en la STC 3045-2004-AA/TC, fundamento jurídico 6.

[674] STC 6165-2005-HC/TC, de fecha 06 de diciembre de 2005, fundamento jurídico 7.

[675] STC 8915-2006-AA/TC, fundamento jurídico 4.

[676] Como ha señalado el Tribunal Constitucional: "... *las personas jurídicas, en principio no son titulares del derecho a la intimidad, en la medida que no pretenden el desarrollo de una personalidad, sino el cumplimiento de sus fines. Son estos los que no podrían verse afectados por la actuación estatal (...). En torno a este punto deberán realizarse algunas precisiones, sobre todo partiendo que ningún derecho constitucional es ilimitado, en consecuencia la vida privada de las personas jurídicas es un límite válido del derecho a la información. Por ello, corresponde fijar algunos contenidos básicos del primero de los derechos mencionados con el fin de controlar jurisdiccionalmente el segundo (...). En primer lugar, es menester observar cómo ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico el derecho a la vida privada. En la Constitución, como derecho-regla base se ha prescrito en el artículo 2°, inciso 7, que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. Además, existen otros dispositivos que siguen refiriéndose a este tema dentro del mismo artículo 2°: el impedimento de que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (inciso 6); la inviolabilidad de domicilio (inciso 9); el secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados (inciso 10); entre otros" (...). Con respecto al bien jurídico "vida privada" tutelado en la Constitución en relación a las personas jurídicas, se*

### 4.2.1. COMPORTAMIENTO TÍPICO

En este tipo penal se encuentran contenidos aquellos aspectos de la intimidad que por la propia naturaleza de las relaciones interindividuales, en este caso, la existencia de una relación laboral, faculta el acceso de terceros al conocimiento de los mismos. Como es obvio, los trabajadores están en obligación de mantener en reserva los aspectos de la intimidad que han conocido de sus empleadores, en el marco de la relación laboral.

En tal sentido, en este delito se castiga la revelación, divulgación o puesta en conocimiento de terceros, de aspectos de la vida personal o familiar que el agente ha conocido por motivo del trabajo prestado al agraviado o a la persona a quien este le confió. Cuando el agente proporciona información (archivos) que contiene aspectos de la vida íntima del agraviado y que ha conocido por motivos distintos a la relación laboral, por ejemplo por haber pagado por dicha información o por habérsela cedido gratuitamente un tercero, o por habérselo confiado la propia víctima por la existencia de una relación amical, su conducta será sancionada conforme a lo previsto en el art. 157° del Código Penal, pero no conforme al presente tipo penal.

La revelación de los aspectos íntimos del agraviado puede realizarse en forma verbal o escrita, bastando con la simple puesta en conocimiento de los mismos a terceros. La doctrina afirma que el delito de revelación de aspectos íntimos que se han conocido por motivo de trabajo, tiene su base en la existencia de un especial deber de sigilo, consistente en la lealtad que debe observar el agente respecto a los

---

*considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento a la persona jurídica misma y de un grupo reducido, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño. Y este concepto de daño es determinante, pues no se trata de verificar únicamente el acceso de un tercero a dichos datos, sino se deberá corroborar si ello trae consigo un daño. (...)".* STC 009-2007 y 010-2007-AI/TC, de fecha 29 de Agosto de 2007, fundamentos jurídicos 41-45.

secretos de su principal, por tanto, es preciso que el sujeto activo se encuentre o se haya encontrado en relación de dependencia o subordinación con el sujeto pasivo[677]; salvo en los casos en que el agente trabaja para una persona a quien el agraviado confió la información, y dicho agente tomó conocimiento al prestar servicios para este último. Como puede verse, en este último caso, el agente no presta ni ha aprestado servicios para el sujeto pasivo del delito.

El sujeto activo no requiere del empleo de medios técnicos o instrumentos para poder conocer los aspectos de la vida personal o familiar del sujeto pasivo (en cuyo caso se estará en la modalidad prevista en el artículo 154° del Código Penal), sino que este debe haber tomado conocimiento de los mismos de forma lícita o legítima, por las relaciones laborales sostenidas con el agraviado o con la persona a quien este le confió aspectos de su vida personal o familiar. Así por ejemplo, se configura este delito cuando determinada persona comunica a otra que un tercero iniciará un proceso de divorcio contra su esposa por la causal de adulterio, hecho que la primera persona mencionada ha conocido por haber trabajado como empleada del hogar del agraviado. De otro lado, "...es teóricamente admisible que pueda adquirirse información sobre un secreto íntimo de forma casual o accidental pero *en razón* de la actividad laboral. Así ocurre cuando el superior jerárquico entrega a un empleado por confusión una documentación junto con una carta abierta acabada de recibir por el superior de su propia amante, que aquel –el empleado- empieza a leer en la creencia de que formaba parte del expediente que le ha sido entregado. No cabe duda de que ese secreto ha sido conocido en razón de la relación laboral del empleado y por ello dicho secreto se halla en el ámbito de protección penal de este delito"[678]. También se configura el delito cuando el agente revela aspectos íntimos de un tercero, quien libre y

[677] Así, MORALES PRATS citado por Carbonell Mateu-González Cussac en Vives Antón (Coord.): *Ob. Cit.*, Vol. II, p. 1007.

[678] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.*, p. 823.

conscientemente, ya sea por la existencia de una relación amical, de parentesco o profesional, ha confiado en la persona para la cual trabaja dicho agente, y en este marco laboral este ha tomado. Así, por ejemplo cometerá este delito la secretaria de un consultorio médico que después de revisar la historia clínica de un paciente, revela a terceros aspectos íntimos de la misma, referidos a su estado de salud, por ejemplo, el ser portador de una enfermedad contagiosa.

De otro lado, es necesario precisar que el tipo penal adolece de graves deficiencias, de un lado, podría interpretarse restrictivamente que para la consumación del delito se requiere necesariamente que la relación laboral entre el agente del delito y el agraviado o el tercero (a quien el antes citado le confió algún aspecto íntimo) debe haber concluido, en orden a la redacción del tipo, que emplea la expresión *"con motivo del trabajo que prestó"*.

Desde nuestra perspectiva, es irrelevante la vigencia o conclusión de la relación laboral, siendo lo gravitante la afectación del bien jurídico intimidad, por lo que resulta intrascendente el análisis de vigencia de la relación laboral si es que se verifica que el agente ha revelado aspectos íntimos de la víctima, respecto a los cuales tiene un deber de sigilo y de respeto, de los mismos que tuvo conocimiento a raíz de la relación laboral.

De otro lado, en dicho tipo penal solo se sanciona la revelación de aspectos íntimos realizada por sujetos laboralmente dependientes del agraviado, obviando que también es posible que el empleador revele aspectos íntimos de la vida personal o familiar de su trabajador, situación que con la redacción actual no podría subsumirse en este tipo penal[679]. En todo caso, podría imputarse al empleador o perso-

[679] En la legislación comparada, el art. 199° del Código Penal español prevé: *"El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales..."*, lo que permite sin problema alguno tener como sujeto activo al empleador, trabajador, cualquier compañero de trabajo e incluso un tercero con el cual sostiene relaciones laborales (proveedores,

na que, indebidamente, revela secretos de su trabajador o compañero de trabajo, el delito previsto en el art. 165° C.P.; aun cuando debería mejorarse la redacción del tipo para comprender en un solo tipo penal ambas conductas delictivas.

Asimismo, no se ha previsto como agravante el supuesto en que la revelación de la intimidad se produzca con el empleo de medios de comunicación masiva como la televisión, radio, periódicos o el uso de redes telemáticas como las páginas sociales en internet, supuesto que reviste mayor gravedad dada la mayor dañosidad al bien jurídico intimidad y por ende merecedor de un mayor reproche penal. Por lo que se requiere la modificación legislativa que permita contemplar en el tipo penal los supuestos antes citados y así evitar lagunas de punibilidad frente a circunstancias igualmente gravosas del bien jurídico intimidad.

En cuanto a la persona jurídica como sujeto pasivo del delito, tal como ya lo hemos adelantado para los tipos anteriores, en este tampoco podemos considerarla como tal, ya que la norma hace referencia a información personal o familiar, y esta solo podemos atribuir a las persona naturales.

### 4.3. TIPO SUBJETIVO

Este delito es eminentemente doloso, en cualquiera de sus formas, no requiriéndose de ningún otro elemento subjetivo distinto al dolo. La conducta dolosa del agente debe abarcar la acción de revelación de los aspectos íntimos del agraviado. De otro lado, no cabe la modalidad imprudente, por mandato del artículo 12° del Código Penal.

---

clientes); con esta regulación, se ha superado la legislación anterior que hacía referencia al administrador, dependiente o criado, como círculo de posibles sujetos activos. Así se pronuncian, CHOCLAN MONTALVO, J. Y CALDERON CEREZO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo II, Bosch, Barcelona, 2001, p. 156; ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.*, pp. 820-821.

### 4.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma cuando el agente revela aspectos de la intimidad de la víctima, siendo admisible la tentativa, por ejemplo en el supuesto en que el agente es intervenido en el momento en que pretendía entregar información escrita que contenía aspectos íntimos de la víctima, o cuando la persona a quien se le estaba entregando la información escrita, sin leerla previamente y sin haber tomado conocimiento de manera verbal de dicha información decide poner en conocimiento del agraviado dicha situación. Obviamente, no habrá la posibilidad de admitir tentativa en los supuestos en que la revelación de los aspectos íntimos de la víctima se produzcan de forma verbal, pues la simple puesta en conocimiento a una persona habrá consumado el tipo penal.

## 5. ORGANIZACIÓN Y EMPLEO INDEBIDO DE ARCHIVOS

**Art. 157°.- "El que, indebidamente, organiza, proporciona o emplea cualquier archivo que tenga datos referentes a las convicciones políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima de una o más personas, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.**

**Si el agente es funcionario o servidor público y comete el delito en ejercicio del cargo, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 4".**

### 5.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es la intimidad personal o familiar de la persona, especialmente el derecho que tiene a mantener en reserva sus convicciones políticas o religiosas. Este derecho fundamental se encuentra amparado en el inciso 18 del art. 2° de la Constitución Política del Estado, que establece: *"Toda persona tiene derecho: (...). 18. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional".* Derecho que puede extenderse incluso al derecho de sufragio, vinculado directamente a la política. Al respecto el Tribunal Constitucional ha establecido: *"Nadie puede ser obligado a revelar, sea con anterioridad o posterioridad al acto de sufragio, el sentido del voto. Ese componente del derecho al voto deriva, a su vez, del*

*derecho fundamental de toda persona a mantener reserva sobre sus convicciones políticas (artículo 2°, inciso 18), y constituye una garantía frente a eventuales intromisiones tendentes a impedir que se forje una elección libre y espontánea"*[680].

Todo sujeto tiene derecho a profesar determinadas convicciones políticas, a afiliarse a grupos que participan de una determinada ideología sobre la organización política y social del Estado. Así como tiene derecho a participar libremente en la vida política del país y sostener públicamente sus ideas o convicciones políticas, también tiene derecho a guardar reserva de las mismas, al tratarse de aspectos estrictamente vinculados a su intimidad personal y por ende puede oponerse a su aprehensión por terceros.

La libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto[681]. El reconocimiento y protección constitucional de la libertad religiosa[682] comporta el establecimiento de los cuatro atributos jurídicos siguientes:

---

[680] STC N° 0030-2005-AI, de fecha 02 de febrero de 2006.

[681] STC N° 895-2001-AA, de fecha 19 de agosto de 2002, fundamento jurídico 3.

[682] "En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16°.3 CE: por un lado, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la confesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias (...) En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, F. 9, la libertad religiosa 'garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual', y asimismo, 'junto a esta dimensión interna, esta libertad ... incluye también una dimensión externa de *'agere licere'* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (...)

a) Reconocimiento de la facultad de profesar libremente una creencia religiosa;

b) Facultad de abstenerse o no de profesar una creencia y culto religioso;

c) Reconocimiento de la facultad de poder cambiar de creencia religiosa;

d) Reconocimiento de la facultad de declarar públicamente la vinculación con una creencia religiosa o de abstenerse de manifestar la pertenencia a alguna. Es decir, supone el atributo de informar, o no informar, sobre tal creencia a terceros[683]

El objeto material del delito lo constituyen los datos referentes a las convicciones políticas o religiosas u otros aspectos de la vida íntima de los agraviados, que se encuentran registrados en archivos. Esta última expresión permite incluir no solo los archivos que se encuentren en soporte material común como el papel, sino también a los que se encuentran en soporte digital, como discos duros u otros objetos de almacenamiento de información (disquetes, CD ROMs, DVDs, USBs, MP3s, IPODs, etc.). También se incluye dentro de estos registros a los casos en que la información o datos se encuentren colgados en una página de Internet, puesto que al igual que en los casos anteriores, la información es personal y solo se podrá acceder a la misma violando determinadas claves de seguridad que permiten configurar las conductas típicas materia de análisis. Como se sabe, las redes telemáticas como Internet -cada vez en mayor medida-, permite su uso para almacenar y recibir información; incluso, en algunos casos, para acceder a determinadas páginas se proporciona

---

Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *'agere licere'* lo es 'con plena inmunidad de coacción del Estado o cualesquiera grupos sociales' (...) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art. 16°.2 CE de que 'nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias'". Sentencia del Tribunal Constitucional español. Recurso de Amparo N° 4368/1997.

[683] STC 3283-2003-AA, de fecha 15 de junio de 2004, fundamento jurídico18.

información bajo el supuesto de confidencialidad de la misma (clave secretas de tarjetas bancarias, etc.); por ejemplo, muchos laboratorios clínicos permiten que el usuario pueda verificar los resultados de sus análisis a través de la internet, ingresando determinada clave de acceso. Y claro, en estas mismas condiciones pueden almacenarse, registrarse o guardarse información sobre las convicciones políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima de las personas, y las conductas típicas previstas en este artículo precisamente se configuran a partir del mal uso de esta información.

## 5.2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

El agente del delito puede ser cualquier persona. También puede serlo el funcionario o servidor público en ejercicio del cargo (delito especial impropio), encontrándose su conducta prevista en la modalidad agravada.

Sujeto Pasivo puede ser cualquier persona titular de los datos objeto de tutela en el presente tipo penal, no se incluyen a las personas jurídicas, pues no resulta posible que estas mantengan convicciones políticas o religiosas, ya que toda convicción en este sentido, podrán profesarlas los integrantes de la persona jurídica, pero no estas directamente; pues, el contenido del citado derecho fundamental se formula necesariamente en referencia a una persona individual. Sin embargo, si podrá ser sujeto pasivo cuando la conducta esté referida a la organización o empleo de archivos que contengan datos privados de la persona jurídica, pues el tipo penal hace alusión expresa a *"otros aspectos de la vida íntima"*. En este punto, los hechos son diferentes de los demás artículos o tipos penales en que hemos descartado como sujetos pasivos a las personas jurídicas, puesto que estos artículos hacen referencia a *"aspectos de la intimidad personal y familiar"*, que obviamente, solo queda reservado a las personas naturales, en cambio en este artículo se considera un espectro más amplio de protección de los datos de las personas, y no se advierte límite concreto para no considerar a las personas jurídicas.

## 5.3. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El comportamiento consiste en organizar, proporcionar o emplear cualquier archivo que tenga datos referentes a las convicciones políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima de una o más personas naturales.

***Organizar***, implica seleccionar, ordenar datos o información referente a las convicciones políticas, religiosas y otros aspectos de la vida íntima de una o más personas. Así por ejemplo, compilar o recolectar, indebidamente, documentos en los que la víctima revele su afiliación a determinada doctrina política o religiosa, resultados de exámenes médicos, etc.

***Proporcionar***, consiste en hacer entrega a terceros de datos que contienen aspectos de la vida íntima de la víctima referentes a sus convicciones políticas, religiosas y otros aspectos íntimos. Los datos proporcionados por el agente no necesariamente deben haber sido organizados indebidamente por este, caso contrario, dicha conducta ya se encontraría subsumida en la primera modalidad. El agente puede ser la persona que realizó o la encargada de almacenar u organizar datos que contiene la información referente a la vida íntima del afectado en archivos, soportes o documentos y que posteriormente, sin autorización de la víctima, se encarga de proporcionarlos a terceros; por ejemplo, el encargado del área de recursos humanos que proporciona a terceros los resultados del examen del VIH practicado a la víctima, en cuyo caso no será sancionado por organizar el archivo sino por proporcionar la información contenida en el mismo.

***Emplear***, implica hacer uso de los datos que el agente tiene respecto a las convicciones políticas o religiosas de la víctima u otros datos referentes a su vida íntima; para ello el agente debe tener acceso legítimo a dichos archivos, es decir, será sujeto activo aquel que está autorizado para organizar o encargado del tratamiento de datos.

En ninguna de las modalidades delictivas se exige perjuicio al agraviado, asimismo en las dos primeras no se requiere que los datos

hayan recibido un tratamiento específico posterior, ya sea por quien organiza los archivos o por quien recibió la información proporcionada por el agente del delito.

Para la configuración del tipo penal *in comento*, es necesario que el acto de organizar, proporcionar o emplear archivos se haya realizado indebidamente; es decir, sin causa justificada, de forma ilegítima; asimismo, serán atípicos dichos actos si el agente ha obrado con el consentimiento de la víctima.

De otro lado, no se ha previsto en el tipo penal los supuestos de acceso indebido y apoderamiento de archivos que contengan datos referentes a las convicciones políticas o religiosas u otros aspectos íntimos del perjudicado, vulnerando su intimidad, en los que el agente se limita a hacer un intrusión indebida en la intimidad de la víctima, sin necesidad de organizar archivos o emplear los mismos en alguna actividad. En los casos que dicho acceso indebido se haya realizado sobre información contenida en soportes informáticos cabe afirmar la comisión del delito de intrusismo informático[684], sin embargo el margen de la pena aplicable en dicho delito, no resulta coherente con el previsto en este tipo penal, ni con el bien jurídico afectado con la conducta.

### 5.4. TIPO SUBJETIVO

Este tipo penal contiene una figura estrictamente dolosa, debiendo actuar el agente con voluntad y conocimiento de que los datos contenidos en los archivos constituyen aspectos íntimos sobre las creencias políticas o religiosas y demás íntimas de la persona afectada. Se descarta la comisión imprudente, conforme a lo previsto en el artículo 12° del Código Penal.

[684] Al respecto, ver desarrollo de este delito en la parte pertinente de este trabajo.

## 5.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma cuando el agente organiza, proporciona o emplea el archivo que contiene datos de la vida íntima del sujeto pasivo; siendo admisible la tentativa, por ejemplo en el caso en que el agente antes de proporcionar un diskette que contiene información respecto a aspectos personales del sujeto pasivo, este impide la entrega de la información que obra en poder del agente y que no ha sido compilada por un tercero; pues, si dicho agente es a su vez quien se ha encargado de organizar –indebidamente- los archivos que contienen los datos íntimos de la víctima ya se habrá consumado este tipo penal, en la modalidad de *organizar;* también será posible la tentativa en el caso de "organizar", cuando el agente inicia tal acción pero no ha logrado culminar su propósito. No obstante, en la modalidad de "emplear" resulta difícil sostener la posibilidad de una conducta intentada, pues bastará con que el agente empiece a utilizar la información para que este delito quede consumado.

## 4.6. AGRAVANTE

El tipo penal establece como agravante el hecho de que el autor del delito sea un funcionario o servidor público, en ejercicio de su cargo. Se fundamenta la agravante en la calidad del sujeto activo, quien con su conducta no solo vulnera el derecho a la intimidad de la víctima, sino que indirectamente atenta contra el correcto ejercicio de la función pública, además del prevalimiento de su condición de funcionario o servidor público con facultades y atribuciones que le facilitan el acceso a la información sobre la vida íntima de la víctima.

No se configurará la agravante si el agente actúa estando de licencia, de vacaciones o cuando se encuentra suspendido en el ejercicio de sus funciones, puesto que la norma exige que el agente actúe en ejercicio del cargo; en todo caso su conducta estará comprendida en el tipo base.

## 6. ACCIÓN PENAL PRIVADA

**Art. 158°.- "Los delitos previstos en este Capítulo son perseguibles por acción privada, salvo en el caso del delito previsto en los artículos 154°-A y 155°".**[685]

Este artículo constituye una cláusula general respecto a todos los delitos contenidos en este Capítulo, estableciendo que la investigación y procesamiento de los mismos solo podrá realizarse a través de la acción privada.

Como, se sabe, la acción penal, a través de la cual se ejercita la pretensión punitiva, es el instrumento jurídico por el que se realiza el derecho subjetivo del Estado -potestad punitiva- de aplicar (por la autoridad y con las garantías del poder-jurisdicción) las sanciones jurídicas necesarias para la defensa y el mantenimiento del orden social y de las condiciones externas de pacífica convivencia de los ciudadanos.

El Estado, en su calidad de titular del *ius puniendi,* lo ejercita a través del órgano especializado para tal fin (el Ministerio Público), el que no solo está facultado sino obligado a ejercitar la acción penal a través de la cual concreta la pretensión punitiva en contra del agente del delito[686]. En buena cuenta, la acción penal se rige por el principio

---

[685] Artículo modificado por el Artículo Único del Decreto Legislativo N° 1237, publicado el 26 septiembre 2015.

[686] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther Javier: *La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal.* Lima, Grijley, 2009, p. 29.

de oficialidad que consiste en el obligatorio ejercicio de la acción por un órgano del Estado, que en nuestro sistema procesal es el Ministerio Público, bajo los criterios de legalidad, imparcialidad, unidad y dependencia jerárquica[687].

Excepcionalmente, se faculta al propio ofendido a ejercitar la acción penal, en casos en que no se aprecia propiamente una afectación a un interés público, o en todo caso, el interés privado resulta preponderante; estos son los supuestos de ejercicio privado de la acción penal.

Aun cuando la acción siempre es pública y lo único que es privado o particular es el ejercicio de la correspondiente pretensión que da contenido a la acción, ordinariamente se habla de "acción privada" para hacer referencia propiamente al ejercicio de la acción, esto es, a la pretensión que se ejercita ante el órgano correspondiente solicitándole un pronunciamiento en satisfacción de la correspondiente pretensión.

Tal como lo establece este artículo, la acción penal por los delitos previstos en el Capítulo II, Título IV del Libro Segundo del Código Penal (Delitos contra la intimidad), solo puede ser ejercitada por acción privada[688]; es decir, solo la víctima podrá interponer la denuncia penal correspondiente. En estos casos se reconoce al ofendido, no solo la titularidad de la pretensión resarcitorio y otras pretensiones de carácter patrimonial, sino que se le reconoce la titularidad de la propia pretensión penal, sin que la autoridad oficial (Ministerio Público) pueda impulsar dicha acción y llevarla hasta la conclusión de la investigación o proceso, o lograr la resolución final.

---

[687] GIMENO SENDRA, Vicente: *Lecciones de Derecho procesal penal.* Madrid, Colex, 2001, p. 45.

[688] También constituyen delitos sujetos al ejercicio privado de la acción privada, los delitos de injuria, calumnia y difamación, previstos en los artículos 130°, 131° y 132° del Código Penal, así como los delitos de lesiones culposas leves previstas en el primer párrafo del art. 124° C.P.

Esto resulta adecuado y coherente, puesto que solo el titular de la información o datos relativos a su intimidad es quien puede establecer el perjuicio que la actividad del agente puede ocasionarle, máxime si el consentimiento del perjudicado hace atípica la conducta del agente. En estos casos la nota característica es el predominio del interés privado sobre el público, debido a la naturaleza eminentemente particular del objeto de tutela penal. Ello determina que ejercicio de la pretensión (que da contenido a la acción penal) que nace de estos delitos quede a disposición del agraviado, pudiendo este, dejar de ejercitarla o esperar el momento más adecuado para hacerlo. Asimismo, la acción iniciada con la pretensión del ofendido, como ya se dijo, podrá ser materia de transacción, desistimiento o renuncia, con lo que se da por concluido el proceso o investigación iniciados.

En estos casos, el ofendido resulta ser titular tanto de la acción penal así como de la acción civil resarcitoria, y dependerá de él la realización o no del proceso penal, el mismo que puede concluir también por abandono si es que el ofendido no da impulso al proceso, proponiendo y acopiando los elementos de convicción de prueba correspondientes.

En el nuevo Código Procesal Penal, se encuentra debidamente desarrollada la acción privada de la acción penal en sus artículos 459° a 466°, en los que se regula el proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal, esto es, el Proceso por Querella. En este proceso, el acusador y los órganos de la persecución penal estatales son desplazados por el ofendido por el delito. La querella, como señala CREUS[689] es el acto procesal que se hace valer por escrito directamente ante el órgano jurisdiccional, incoando las pretensiones, tanto la penal como la civil relativa a la reparación. Por esta razón es que se la asimila o se la asume como una demanda.

---

[689] CREUS, Carlos: *Derecho Procesal Pena.* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 204 y 205.

Como se habrá podido advertir, al erigirse el directamente ofendido por el delito como acusador privado, desplaza en esta función al Ministerio Público que en este proceso especial no tiene legitimación activa para intervenir. En segundo lugar, también es de verse que se obvia la fase de la investigación preparatoria, desplazándose por completo la participación de la policía, a excepción de lo dispuesto en el artículo 461° del Código que prevé la intervención de la autoridad policial, con conocimiento del Ministerio Público, únicamente para efectuar una investigación preliminar, fundamentalmente con fines de identificación y ubicación domiciliaria del querellado, o cuando sea necesario describir clara, precisa y circunstanciadamente el delito.

En tal sentido, los delitos de ejercicio privado de la acción penal constituyen un espacio que el ordenamiento jurídico penal reserva a la autonomía de la voluntad del directamente ofendido por el delito, al punto que, como lo hemos señalado en párrafos precedentes, este desplaza al acusador oficial y a los órganos de persecución estatales[690].

Este artículo (158°) del Código Penal ha sido modificado recientemente por el Artículo Único del Decreto Legislativo N° 1237, publicado el 26 septiembre 2015, el mismo que establece algunas excepciones para el ejercicio privado de la acción por los delitos previstos en este Capítulo, excluyendo de la acción privada a los supuestos previstos en los artículos 154°-A y 155° del Código Penal, en cuyos casos el ejercicio de la acción será público, esto es, será el Ministerio Público el que ejercite la acción penal por estos delitos, como en cualquier de los demás delitos.

[690] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás; CASTRO TRIGOSO, Hamilton; RABANAL PALACIOS, William: *El código procesal penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos.* Lima, Grijley, 2008.

Como se sabe, el artículo 154°-A está referido a la comercialización y venta ilegítima de información no pública sobre cualquier ámbito de la esfera personal, familiar, patrimonial, laboral, financiera u otro de naturaleza análoga de una persona natural, cuyos detalles ya lo hemos desarrollado antes. Asimismo, prevé un supuesto agravado cuando el agente del delito es integrante de una organización criminal, la modificación de este fue establecida por el artículo 5 de la Ley N° 30171, publicada el 10 marzo 2014.

Respecto al artículo 155°, este también fue modificado por Artículo Único del Decreto Legislativo N° 1237, publicado el 26 septiembre 2015, y considera una agravante cuando el agente es funcionario o servidor público en ejercicio del cargo y comete los hechos previstos en los artículos 154° y 154°-A, a la vez que prevé un supuesto de mayor agravación cuando la información tenga su origen a partir de la aplicación de la medida de la localización o geolocalización realizada en el marco de la investigación de un delito; tal como ya lo hemos desarrollado detalladamente en la parte pertinente de este trabajo.

# Capítulo III
# VIOLACIÓN DE DOMICILIO

# 1. VIOLACIÓN DE DOMICILIO

Art. 159°.- **"El que, sin derecho, penetra en morada o casa de negocio ajena, en su dependencia o en el recinto habitado por otro o el que permanece allí rehusando la intimación que le haga quien tenga derecho a formularla, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a noventa días-multa".**

## 1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Respecto al bien jurídico protegido por este delito existen en doctrina diversas posiciones; en este sentido, existen formulaciones patrimonializadoras de la inviolabilidad de domicilio, orientadas a considerar que el *ius prohibendi* que deriva de la misma es expresión del derecho de propiedad o de posesión de la morada[691]. De otro lado, los germanos han elaborado el concepto de derecho a la paz del hogar (*hausfrieden*), concibiéndose la violación de domicilio como una violación a esa paz, o si se quiere, a la voluntad de hacer o no hacer, aceptar o rechazar a alguien en ese ámbito de intimidad[692].También se ha sostenido que el objeto de protección es la voluntad del morador. Mientras que por la ubicación del delito de violación de domicilio, podría afirmarse que con este se protege la intimidad personal, posición que resulta dominante en la doctrina[693].

---

[691] MORALES PRATS en Quintero Olivares (Dir.): *Ob. Cit.*, Tomo II, p. 987.

[692] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 339.

[693] Como refiere RAMOS MÉNDEZ, la protección del domicilio tiene carácter instrumental, pues con ello se protege el ámbito donde la persona desarrolla

Por nuestra parte, consideramos que con este delito se protege la intimidad del morador del domicilio; es decir, se busca garantizar la privacidad de la persona dentro del ámbito delimitado que esta elige para desarrollar su intimidad. Siguiendo este criterio se ha pronunciado la jurisprudencia nacional, señalando: "*En el delito de violación de domicilio previsto en el artículo 159° del Código Penal, el bien jurídico protegido es la intimidad de la persona, limitada a un determinado espacio*"[694].

El derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene reconocimiento constitucional; pues, el inciso 9 del artículo 2° de la Constitución, estipula: "*Toda persona tiene derecho: (...) A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros, sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son regulados por ley*". Por su parte el Tribunal Constitucional sostiene: "*El derecho a la inviolabilidad de domicilio garantiza a toda persona a no ser objeto de intervenciones, ilegales y arbitrarias, por parte de particulares o por el Estado, dentro de su domicilio. El domicilio es el espacio físico donde las personas desarrollan su vida privada.*

---

su vida privada, y por ello mismo está orientada a proteger el derecho a la privacidad e intimidad. "El proceso penal. Tercera lectura constitucional". Barcelona, Bosch, 1993, p. 225.
En el mismo sentido, HERNANDEZ PLASENCIA, José: En AA.VV: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* DIEZ RIPOLLÉS-ROMEO CASABONA (coord.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 862; CHOCLAN MONTALVO-CALDERON CEREZO: *Ob. Cit.*, p. 159; MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.*, pp. 256-257.

[694] Exp. N° 6998-97-LIMA, citado por ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia Penal Comentada.* Tomo I, Gaceta Jurídica, p. 693. En igual sentido, en el Exp. 972-98, citado por BACA CABRERA y otro: "*Jurisprudencia Penal. Proceso Sumarios*", Tomo II, Gaceta Jurídica, p. 21, se ha señalado: " *El bien jurídico protegido en esta figura penal no es la posesión ni el ejercicio de algún derecho real sobre un inmueble, sino la intimidad que encierra para el agraviado determinado espacio físico destinado como vivienda, morada, habitación o simple dependencia*".

*Como ha expuesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Moreno Gómez c/. España, 'El domicilio es normalmente el lugar, el espacio físicamente determinado donde se desarrolla la vida privada y familiar. El individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, lo cual significa no solo el derecho al espacio físico, sino también al disfrute pacífico de dicho espacio'. [Sentencia de 16 de noviembre de 2004, párrafo 53].Esa protección del espacio personal es lo que subyace como telos en el inciso 9) del artículo 2° de la Ley Fundamental, al prescribir que el contenido constitucionalmente declarado del derecho a la inviolabilidad del domicilio no consiente que alguien pueda "(...) ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley" (...)*[695]".

## 1.2. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Agente del delito puede ser cualquier persona, excepto el funcionario o servidor público, cuya conducta se encuentra contenida en la modalidad agravada prevista en el art. 160° del Código Penal. Sujeto pasivo es el morador; es decir, quien tiene el derecho de exclusión de la injerencia de terceras personas, con absoluta independencia de cuál sea el título por el que mora, esto es, puede tratarse de un propietario, inquilino o simple poseedor. Incluso el morador inquilino puede ser considerado sujeto pasivo del delito *in comento* frente al propietario, así por ejemplo, el arrendatario puede ser sujeto pasivo ante el arrendador que penetra en la morada sin autorización expresa del primero.

También puede reconocerse como sujeto pasivo a las personas jurídicas, en tanto se les reconoce titularidad del derecho fundamental a

[695] STC 003-2005-AI/TC, de fecha 09 de agosto de 2006, fundamentos jurídicos 345 y 346.

la inviolabilidad del domicilio, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional nacional[696] y comparada[697]

### 1.3. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El legislador nacional ha previsto dos modalidades delictivas, las mismas que en doctrina se han venido en denominar allanamiento activo y omisivo[698]. Existe allanamiento activo cuando el agente realiza la acción de penetrar en morada ajena; mientras que en el omisivo el agente se mantiene en la morada sin habitar en ella, negándose a salir. Se trata de un delito de mera actividad, en cuanto resulta suficiente para realizar completamente la previsión típica con desplegar el único comportamiento de entrar o permanecer en la morada sin requerirse la producción de efecto adicional[699].

#### 1.3.1. PENETRAR EN MORADA, CASA DE NEGOCIO, DEPENDENCIA O RECINTO HABITADO

***Penetrar***, implica ingresar o entrar físicamente en un espacio integrante de la morada de la víctima, pudiendo el agente emplear cualquier medio para lograr ingresar a dicho recinto. La simple introducción de aparatos u objetos en la morada ajena resulta atípica, aun cuando podría constituir otro delito, por ejemplo, el de violación de la intimidad, previsto en el art. 154° CP.

---

[696] Implícitamente reconocido por el Tribunal Constitucional peruano en la STC 6165-2005-HC/TC, de fecha 06 de diciembre de 2005.

[697] Así, el Tribunal Constitucional español ha reconocido que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es extensivo a las personas jurídicas, véase SSTC 144/1987 y 64/1988.

[698] En ese sentido, BAJO FERNÁNDEZ, citado por Carbonell Mateu-González Cussac en Vives Antón (coord.): *Ob. Cit.*, Vol. II, p. 1015.

[699] HERNANDEZ PLASECIA, José: En AA.VV, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*". DIEZ RIPOLLÉS-ROMEO CASABONA (coord.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 870.

La norma utiliza el término "morada", con el cual hace referencia al domicilio de la víctima. Se define como domicilio al lugar en que legalmente se considera establecido a alguien para el cumplimiento de sus deberes y obligaciones y el ejercicio de sus derechos. Este es un lugar fijo, transitorio o permanente, no interesando para tal fin si el lugar es propio o alquilado, como tampoco el título bajo el cual se ha asumido la posición del inmueble (o mueble en casos especiales). En este lugar, el sujeto desarrolla sus actividades personales (materiales o ideales, patrimoniales o afectivas, etc.) constituyendo el último refugio de su intimidad; y por ello la Constitución Política del Estado, le reconoce la calidad de derecho fundamental a la *inviolabilidad del domicilio* (Artículo 2° numeral 9). Puede estar constituido por un ambiente cerrado y ambientes abiertos contiguos, la oficina de ejercicio profesional o también un lugar de negocio. En este sentido el domicilio goza de la más amplia protección de parte del ordenamiento jurídico.

La protección del domicilio como refiere RAMOS MÉNDEZ[700], tiene carácter instrumental, pues con ello se protege al ámbito donde la persona desarrolla su vida privada, y por ello mismo está orientada a proteger el derecho a la privacidad e intimidad. Siendo así, solo puede afectarse este derecho cuando necesidades indispensables y razonables lo justifiquen. Por ello, cualquier afectación deberá de reunir los requisitos y garantías de ley.

El domicilio tiene un carácter subjetivo, en tanto la persona desarrolla su vida en una esfera de intimidad personal y familiar; y un carácter objetivo, toda vez que asegura diversos espacios de vida más allá del privado, es decir, más allá del lugar en el que el ser humano desarrolla su vida personal y familiar[701].

---

[700] RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El Proceso penal. Tercera lectura constitucional.* Bosch, Barcelona, 1993, p. 225.

[701] STC 003-2005-AI/TC, de fecha 09 de agosto de 2006, fundamento jurídico 347.

El término "***morada***" no debe identificarse necesariamente con el domicilio de la legislación civil; así, lo ha venido entendiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, el que ha señalado: "... *el concepto de "domicilio" no puede ser restringido al espacio físico donde los titulares del derecho constituyen su residencia habitual, en los términos del artículo 33° del Código Civil; antes bien, debe extenderse a todo lugar o espacio en el que la persona pueda desarrollar su vida privada y, por tanto, vedados al libre acceso de terceros. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, en opinión que este Tribunal comparte: (...); el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho, no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella*"[702].

No es necesario que se trate de un inmueble, mereciendo el carácter de morada, por ejemplo, una caravana o un remolque[703]. En suma, morada es el espacio elegido por la persona para destinarlo a las actividades propias de la vida privada y familiar. Si esta se encuentra deshabitada, no habrá violación de domicilio. Como señala BIDART CAMPOS, en el Derecho Constitucional el domicilio es entendido como la morada destinada a la habitación y al desenvolvimiento de la libertad personal en lo concerniente a la vida privada, ya sea cerrada o abierta parcialmente, móvil o inmóvil, de uso permanente o transitorio. Es decir, la institución del domicilio en términos constitucionales debe ser entendida de manera amplia; por ejemplo, la habitación de un hotel constituye domicilio, la oficina particular donde una persona ejerce su profesión debe ser entendida como domicilio[704].

---

[702] STC 003-2005-AI/TC, de fecha 09 de agosto de 2006, fundamento jurídico 350.

[703] CARBONELL MATEU-GONZÁLES CUSSAC en Vives Antón (coord.): *Ob. Cit.*, Vol. II, p. 1017.

[704] STC 4085-2008-PHC/TC, de fecha 10 de diciembre de 2008. En esta sentencia se ha precisado, además: "coadyuvan a la configuración del citado domicilio constitucional algunos elementos, a saber:

Por "***casa de negocio***" debe entenderse todos los lugares destinados a la realización de una actividad comercial, profesional, científica o artística; en esta quedan comprendidas las tiendas comerciales, oficinas de profesionales, consultorios médicos, restaurantes, etc. La determinación de los alcances de éste término no es pacífico, puesto que existe el riesgo de desnaturalizar el sentido del bien jurídico tutelado en este delito; en tal sentido, consideramos que el objeto de protección en este delito lo será el lugar no destinado al público, es decir, el lugar no destinado al ingreso de un número indeterminado de personas; por lo que, sin perjuicio del derecho de exclusión que tiene el titular del negocio, no constituye violación de domicilio la entrada al lugar de acceso público, aunque se haya realizado contra la voluntad expresa del titular (p.ej., la prohibición del acceso de una determinada persona a un tienda comercial). De otro lado, sí constituirá delito la penetración a los lugares de la casa de negocio que no están librados al acceso del público (p.ej. las oficinas del supermercado)[705]. En este

---

i) El elemento físico: El domicilio es el espacio en el cual la persona vive sin estar sujeta a condiciones de comportamiento y en el cual ejerce su libertad más íntima.
ii) El elemento Psicológico: Supone la intención personal de habitar un lugar como morada, sea de manera permanente o de manera transitoria, aun cuando dicho lugar no reúna las condiciones mínimas para ello. Según la concepción del domicilio constitucional se exige habitación pero no necesariamente esta debe estar caracterizada por la continuidad.
iii) El elemento Autoprotector: Está referido a la exclusión de terceros del lugar destinado a la morada".

[705] CREUS, Carlos: *Derecho Penal-Parte Especial.* Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 343. En sentido contrario, FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.*, p. 342, quien afirma que "no cabe otra que admitir la violación de domicilio también en algunos lugares públicos, y ello ocurrirá, en los casos que exista la voluntad expresa de exclusión, por parte de quien tenga derecho a ello. Tal cosa ocurrirá, por ejemplo en el consultorio de un médico o en el bufete de un abogado. Sería inconcebible que uno de esos profesionales no pudiera negar la entrada al lugar a quien él no se le ocurra". En otras legislaciones, por ejemplo la española se ha ampliado este delito al domicilio de la persona jurídica pública o privada, despacho de profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de

sentido, en la jurisprudencia nacional se ha establecido que los locales abiertos al público, no son objeto de este delito, así la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Recurso de Nulidad 697-99-CUSCO ha señalado: "*...que en efecto, el delito de violación de domicilio, previsto en el artículo ciento cincuentinueve del Código Penal vigente, forma parte de los delitos contra la libertad y como tal, su tutela se circunscribe a la inviolabilidad del domicilio de la persona natural, cuyos alcances son: la morada, casa de negocio o recinto habitado, esto es, el espacio físico que correspondiendo a estos títulos, permitan la intimidad de los que la habitan, vale decir la protección de la esfera de reserva de la misma, más no así, a un local público como lo constituyen los ambientes de una universidad...*".

El tipo penal también se refiere a "***dependencia***", entendiéndose por tal a los espacios o recintos unidos materialmente a la morada o casa de negocios, destinados a su servicio o complemento, como lugares que sirven como accesorios a las actividades que se realizan en el lugar principal; por ejemplo: cochera, azotea, jardines, etc.

Es "***recinto habitado***" el lugar destinado a la habitación de una persona, dentro del cual tiene derecho a la intimidad; así por ejemplo los cuartos alquilados en casa de familia o la habitación de un hotel. El Tribunal Constitucional Peruano, en el Exp. 6712-2005-HC/TC, Fj. 43, ha estimado que: "*La inviolabilidad del domicilio (artículo 2, inciso 9 de la Constitución) es un derecho que protege también las actividades realizadas por una persona en la habitación de un hotel*".

En este delito se ha establecido como requisito lógico la voluntad contraria del morador al ingreso o permanencia del agente, por lo que el consentimiento excluye la tipicidad de la conducta. La oposición del sujeto pasivo debe ser clara, concluyente y debe ser conocida por el sujeto activo; aceptándose las modalidades tácitas, siempre que

---

apertura, lo que ha llevado a incentivar la mayor polémica respecto al bien jurídico tutelado, puesto que en estos casos, no podría ser necesariamente la intimidad.

pudiesen ser percibidas por el agente del delito; por tanto, no cabe la simple presunción de conocimiento de la oposición.

De otro lado, adquiere especial relevancia el establecer qué voluntad debe prevalecer, entre las expresadas, cuando se trata de varios moradores y estas voluntades fueran contrapuestas. Al respecto consideramos que en el ámbito familiar debe prevalecer la voluntad prohibitiva sobre la que manifiesta anuencia. En cualquier caso, ello debe ponerse en relación con el *ius corrigendi* o con la situación jurídica en que se encuentren los distintos miembros de la familia; así, obviamente, la minoría de edad determinará la no validez de la voluntad frente a la contraria de un mayor de edad[706]. En otros supuestos, de existir un relación de jerarquía, prevalecerá la voluntad del jefe, superior, director frente a la del subordinado; así por ejemplo, prevalecerá la del superior de un convento frente a la oposición de un novicio, o la oposición del jefe en lugares de trabajo; asimismo, no prevalecerá el derecho de admisión en el domicilio efectuado por el personal de servicio frente a la oposición del dueño de la morada.

Asimismo, en casos en que ciertas personas ocupen transitoriamente un ambiente o una parte de un inmueble, como por ejemplo, una habitación por parte de un empleado del hogar, en este caso, si bien se tiene que respetar la intimidad del empleado, el empleador tiene derecho a ingresar en la habitación si fuera necesario con fines de control o de búsqueda de algo que se considere se encuentra en dicho lugar.

### 1.3.2. MANTENERSE EN MORADA, CASA DE NEGOCIO, DEPENDENCIA O RECINTO HABITADO

En esta modalidad delictiva existe un consentimiento previo de la víctima, quien debe haber permitido el ingreso del agente a la morada, sea personalmente o a través de un familiar o tercero; pues,

---

[706] CARBONELL MATEU-GONZÁLES CUSSAC en Vives Antón (coord.), *Ob. Cit.*, Vol. II, p. 1016.

de no haberse dado tal consentimiento el delito se habrá consumado con el ingreso al domicilio de la víctima. En este caso, pese al consentimiento previo, en determinado momento la víctima se opone a la permanencia del agente en el interior del domicilio, pero este se resiste a la oposición de la víctima permaneciendo en su interior; con lo que realiza la conducta típica prevista en la norma penal.

### 1.4. TIPO SUBJETIVO

Este tipo penal es necesariamente doloso; es decir, se requiere por parte del agente conocimiento y voluntad de que ingresa o permanece en morada, casa de negocio, dependencia o recinto habitado por otro y que existe la negativa u oposición de quien tiene derecho a formularla. No se descarta el dolo eventual en los casos en que la oposición al ingreso o permanencia no sea expresa, pero existen suficientes elementos de juicio que determinan la alta probabilidad de que esta existe y a pesar de ello el agente ingresa al domicilio o permanece en este.

### 1.5. ANTIJURICIDAD

Como sucede con todo derecho fundamental, el derecho a la inviolabilidad del domicilio tampoco es absoluto, de forma que no siempre que se produzca una injerencia en el espacio físico por él garantizado, sin que se cuente con el consentimiento de su titular, se generará automáticamente una lesión del derecho[707]. En tal sentido, la norma constitucional establece como excepciones que autorizan ingresar o permanecer en el interior del domicilio, los supuestos de mandato judicial, flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración, así como por motivos de sanidad o de grave riesgo (Art. 2.9 Constitución). Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado: "*En efecto, de conformidad con el inciso 9) del artículo 2° de la Constitución, cualquier intervención en el ámbito del derecho a*

[707] Véase, STC 003-2005-AI/TC, de fecha 09 de agosto de 2006, fundamento jurídico 351.

*la inviolabilidad del domicilio ha de respetar, en términos generales, el principio de reserva de jurisdicción. Según este, no basta con que en la ley se establezcan los supuestos en los que se puede autorizar el ingreso no consentido al domicilio, sino que es preciso, además, que se cuente con una orden judicial que así lo disponga. Dicha orden judicial, además de tener que estar estrictamente motivada, ha de contemplar necesariamente si los motivos por los cuales se solicita su adopción se encuentran previstos en la ley, si tienen una finalidad constitucionalmente legítima y si su ejecución es necesaria e indispensable para cumplir dicha finalidad*[708]".

Si bien la Constitución -en el inciso 9 del artículo 2°- ha dejado en manos del legislador las excepciones antes citadas, requiriendo a su vez, la existencia de mandato judicial, esto no obsta para que ante la circunstancia concreta el agente decida ingresar a un domicilio, a pesar de la negativa de sus moradores y sin necesidad de que exista norma legal que lo habilite expresamente para ello, para evitar un grave mal para su vida, su integridad corporal o su libertad; o para salvar la vida de una persona que se encuentra en su interior; en este caso, se sacrifica el derecho a la inviolabilidad del domicilio del morador en favor de la vida, integridad física o libertad de la víctima. En estos casos, la conducta del agente se encuentra excusada por la presencia de una causa de justificación que excluye la antijuricidad de la conducta (estado de necesidad justificante).

## 1.6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma en la primera modalidad cuando el sujeto se introduce en la morada ajena, siendo admisible la tentativa, por ejemplo en el supuesto en que la víctima es detenida por personal policial mientras forzaba las cerraduras de la puerta para ingresar al domicilio.

---

[708] STC 003-2005-AI/TC, de fecha 09 de agosto de 2006, fundamento jurídico 352.

En la segunda modalidad se trata de un delito permanente, dada la prolongación en el tiempo de la violación a la intimidad, no admitiéndose la tentativa, pues con la negativa a abandonar el domicilio, a pesar del requerimiento de su titular, se habrá consumado el tipo penal.

## 2. ALLANAMIENTO ILEGAL DE DOMICILIO POR FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO

**Art. 160°.- "El funcionario o servidor público que allana un domicilio, sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 3".**

### 2.1. BIEN JURÍDICO Y OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA

Se protege la intimidad de la morada; comprendiendo dentro de esta casa de negocio, dependencia o recinto habitado.

### 2.2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Solo puede ser agente del delito el funcionario o servidor público, que actúa en ejercicio de dicha calidad. Sujeto pasivo puede ser cualquier persona.

### 2.3. COMPORTAMIENTO TÍPICO

*Allanar,* en el presente análisis, significa realizar un acto por el cual el funcionario o servidor público, en su calidad de tal, ingresa en un domicilio, contra la voluntad o sin el consentimiento del titular del mismo, para el desarrollo de alguna diligencia: embargo, desalojo, detención, investigaciones, registros domiciliarios, pesquisas, etc. Aun cuando en general, se habla de allanamiento, inclusive, cuando se

ingresa al domicilio con autorización judicial y con las formalidades de ley, en el caso de análisis solo será relevante cuando el funcionario o servidor público haya ingresado ilegalmente o sin observar las formalidades prescritas por la ley o en los casos en que no exista amparo legal.

Pues, en el marco de la prevención e investigación del delito, se puede afectar el domicilio en casos de *flagrante delito* o *grave peligro de su perpetración;* en estos casos, el funcionario (Policía u otra autoridad así como también cualquier persona, con la finalidad de evitar la consumación del delito, de amenguar sus efectos dañosos o de aprehender a los autores o cómplices) podrá ingresar a un domicilio sin autorización de su titular o de la persona encargada. Fuera de estos casos, para ingresar a un domicilio, se requiere la autorización de su titular o encargado; de lo contrario configurará el delito bajo análisis o el de violación de domicilio cometido por particular.

La Constitución Política vigente establece en su el inciso 9 del artículo 2° como supuestos en los que puede allanarse un domicilio los siguientes: a) existencia de mandato judicial, el mismo que debe estar debidamente fundamentado; b) flagrancia delictiva o muy grave peligro de su perpetración y c) por motivos de sanidad,o de grave riesgo.

De otro lado, algunas normas especiales como la Ley N°27379, Ley de Procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, prevé que el Fiscal puede solicitar al Juez, entre las medidas limitativas de derechos: *"Allanamiento de inmuebles o lugares cerrados fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, siempre que existan motivos razonables para ello. La medida está destinada a registrar el inmueble y, de ser el caso, a su incautación"* (artículo 2°, numeral 7, modificado por el Decreto Legislativo N° 988, del 22 de julio del 2007). En los casos de flagrante delito, la Policía Nacional del Perú puede proceder al allanamiento del inmueble.

De otro lado, el nuevo Código Procesal Penal –artículos 214° a 217°-, regula la diligencia de allanamiento de inmuebles, previendo

que: "*fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el Fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto*".

Asimismo, el Código del Niño y Adolescente –art. 181°- prevé que "para el debido cumplimiento de sus resoluciones, el Juez puede imponer los siguientes apercibimientos (...) b) Allanamiento del lugar".

Sobre los límites de esta autorización judicial el Tribunal Constitucional ha señalado que: "*La Constitución es clara cuando establece como requisito* sine qua non *para el ingreso a un domicilio –a efectos de realizar actividades investigatorias- la existencia de un mandato judicial, el mismo que se entiende tiene que estar debidamente motivado y su procedencia debe obedecer a un acto jurisdiccional regular*"[709].

En tal sentido, el funcionario o servidor público, cometerá el delito cuando actúe sin mediar autorización judicial que autorice el ingreso al domicilio, la que a su vez debe estar debidamente motivada, esto es, el juzgador para autorizar el allanamiento debe efectuar un análisis sobre la proporcionalidad de la medida, verificando su idoneidad, entendiéndose que esta debe responder a un fin constitucionalmente legítimo y que su ejecución es necesaria para el cumplimiento de dicha finalidad; que no existe otra medida igualmente idónea y menos gravosa de dicho derecho fundamental (subprincipio de necesidad) y que el grado de afectación del derecho vulnerado (inviolabilidad del domicilio) esté en relación con el grado de satisfacción del derecho amparado (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto).

[709] *Ibídem.*

También incurrirá en este tipo penal el funcionario que, aun mediando autorización judicial, para allanar un determinado domicilio se exceda en dicha autorización, por ejemplo ingresando a los inmuebles colindantes, salvo que exista flagrante delito o inminente riesgo de su perpetración. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado: "*... frente a la existencia del delito flagrante, el agente público queda plenamente legitimado para ingresar al domicilio si es que su intervención se convierte en necesaria para impedir la consumación del ilícito penal, la fuga del delincuente o la desaparición de los instrumentos que facilitaron la concreción del acto delictivo. El peligro inminente de la perpetración de un delito, si es que se tiene el conocimiento fundado, la certeza clara y manifiesta de la comisión inminente de un delito, se configura otra excepción a la inviolabilidad del domicilio y en consecuencia el agente público puede operar libremente*"[710].

## 2.4. TIPO SUBJETIVO

Este delito es necesariamente doloso; es decir, el agente actúa (allana el domicilio) con conocimiento y voluntad de no observar las formalidades prescritas, o que actúa fuera de los casos previstos por ley.

## 2.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma con el ingreso del funcionario o servidor público al domicilio del sujeto pasivo, siendo admisible la tentativa, al igual que en el caso anterior.

[710] STC 04085-2008-PHC/TC, de fecha 10 de diciembre de 2008, fundamento jurídico 5.

# Capítulo IV
# VIOLACIÓN DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

## 1. CUESTIONES GENERALES

En su tiempo, Cicerón manifestó su interés por la conservación del secreto de las cartas familiares, al extremo que llamó culpables de lesa humanidad aun a aquellos mismos a quienes iban dirigidas si las propalaban imprudentemente[711].

En el Derecho Romano, se comprendía en el *falsum* la apertura indebida de los testamentos u otros documentos, sobre todo, cuando la injerencia en la comunicación privada incluía la adulteración de su contenido. En el Derecho Francés el más claro pronunciamiento contra la violación de la correspondencia aparece en el Decreto de la Asamblea Constituyente francesa del 14 de agosto de 1790, que declaró inviolable, bajo ningún pretexto, el secreto de las cartas, ni por las corporaciones ni por los individuos. En el Código español de 1822 se amenazaba con pena la violación de la correspondencia realizada por los particulares y la revelación por estos de los secretos que les hubieran sido confiados[712].

En nuestra Constitución Política vigente, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones se encuentra acogido en el inciso 10 del artículo 2°, norma que estipula: "*Toda persona tiene derecho: (...)*

---

[711] CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal.* Vol. II, Temis, Bogotá, 1958, p. 428.

[712] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.*, p. 353.

*10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal...".*

De este modo, se reconoce a la persona la facultad de exclusión de la injerencia de extraños en sus relaciones privadas. En este sentido, la protección del individuo abarca todo tipo de intrusiones, sea cual fuere el ámbito en el que se produzcan, ya pertenezcan al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado[713]; en tal sentido, se protege todo tipo de comunicaciones, sean estas epistolares, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra forma de correspondencia realizada por internet u otro sistema análogo.

Al respecto la Jurisprudencia española refiriéndose específicamente a la correspondencia "... ha realizado una interpretación extensiva de la garantía protectora del secreto de la correspondencia, incluyendo todos los envíos que puedan facturarse utilizando la vía del servicio postal o de entidades que presten este servicio, sean cartas o correspondencia personal, o se trate de otros envíos (paquetes), pues, argumenta, a través de estos se pueden enviar mensajes o efectos personales de carácter confidencial que tengan una connotación personalísima o íntima"[714]; obviamente, se comprende como correspondencia a todo tipo de comunicaciones, sean éstas *epistolares* (postales y afines), *telegráficas* (telegramas y afines), *telefónicas* (teléfono, telefax), *radiales, televisivas,* y demás *formas electrónicas* de transmitir un mensaje o comunicación (correo electrónico, internet, etc.).

---

[713] CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Derecho Procesal Penal".* 2ª Edición, Dykinson, Madrid, 2005, p. 268

[714] MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho Procesal Penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 246

En este capítulo se hace referencia genérica a *'comunicación'*, respecto al cual, aun cuando existen diversos criterios para determinar su contenido, resulta ilustrativa la definición proporcionada por la Ley N° 27697 del 10 de abril del 2002, modificada por la Ley N° 28950 del 16 de enero del 2007 y el Decreto Legislativo N° 991, publicado el 22 de julio del 2007, la primera de estas normas en su artículo 2° entiende por comunicación "... *a cualquier forma de transmisión del contenido del pensamiento, o de una forma objetiva de este, por cualquier medio. (...), no interesa que el proceso de transmisión de la comunicación se haya o no iniciado*". Asimismo, otorga el mismo tratamiento al medio por el cual se transmite la comunicación; entendiendo por 'medio' "*al soporte material o energético en el cual se porta o se transmite la comunicación*".

Este concepto se puede complementar con definiciones doctrinarias como la que proporcionan MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ[715], quienes refieren que una comunicación es la "... transmisión que un sujeto hace a otro de alguna noticia, por lo que no tienen cabida en el concepto los envíos de objetos que por sí mismos no sirven a aquellos fines (envío de mercancías por ejemplo)". No obstante, puede comprenderse dentro de "comunicación" a los envíos de pequeños paquetes que, aun cuando contengan pequeños objetos o bienes, el objetivo del envío es remitir o transmitir un mensaje, noticia o información, más que hacer llegar o remitir el objeto o bien en sí, el mismo que se añade solo como un complemento o cortesía aunado al mensaje. Pues, como se sabe, en la comunicación postal se incluye todo tipo de envíos como sobres, paquetes, etc., sin embargo, cuando se trata del envío de bienes o mercancías, estos no tienen propiamente el tratamiento que se le da a la comunicación, menos aún el equipaje de viajero, el que en todo caso queda sujeto a las normas de seguridad del transporte y prevención del delito así como a las normas de migraciones.

---

[715] *Ob. Cit.* p. 246.

Debemos tener en claro que el mensaje o comunicación remitido al destinatario es diferente del medio o soporte material o energético a través del cual se transmite[716], destinándose la protección a la comunicación en sí, mas no propiamente al medio o soporte; sin embargo, atendiendo a que en diversos casos para acceder al mensaje se violenta o sustrae el soporte, también la protección alcanza a este.

La afectación a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, será excepcional y procederá solo cuando sea indispensable para la investigación de delitos graves de gran incidencia en la creación de inseguridad personal y colectiva[717]; por lo que debe tenerse en cuenta que el recurso a estas medidas gravosas de afectación al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, tiene carácter subsidiario.

A través de la comunicación normalmente se hace de conocimiento del destinatario los pensamientos, noticias, narración de hechos, apreciaciones descriptivas, explicativas analíticas o valorativas

---

[716] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *Derecho Penal. Parte Especial.* T. I., Idemsa, Lima, 2008, p. 518.

[717] La Ley N° 27697, modificada por le Ley 28950 y pòr el D. Leg. N° 991, en actual vigencia en nuestro medio, considera que sólo es posible afectar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, mediante interceptaciones y controles por parte de la autoridad competente, en casos de investigaciones de delitos graves, tales como: secuestro agravado, trata de personas, pornografía infantil, robo agravado, extorsión agravada, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de migrantes, asociación ilícita para delinquir, delitos contra la humanidad, atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria, peculado, corrupción de funcionarios, terrorismo y delitos tributarios y aduaneros. Por lo que aun cuando el nuevo Código Procesal Penal no establece nada al respecto en cuanto se refiere a la interceptación, incautación y apertura de correspondencia postal y telegráfica (Art. 226°), y habla de delitos sancionados con pena privativa de libertad mayor de 4 años, cuando se refiere a intervención o grabación de comunicaciones telefónicas radiales u otras análogas (Art. 230°), creemos que el criterio que se ha tenido para considerar la gravedad de los delitos considerados en la referida Ley, deberán ser tomados en cuenta al momento en que el Juez autorice la afectación de las comunicaciones y documentos privados.

que si el emisor de la comunicación o su destinatario consideran que deben mantenerse en secreto o en reserva, integran el ámbito de la *privacidad o intimidad* de la persona, puesto que el contenido de la correspondencia es expresión de la persona misma y contiene aspectos de su vida íntima, la que debe estar exenta de intromisiones de terceros, salvo autorización expresa de su titular; este derecho, en nuestro ordenamiento constitucional se encuentran amparado por el numeral 7 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado.

De otro lado, tal como la propia ubicación de estos delitos lo sugiere, en muchos casos, la violación de las comunicaciones y por ende, de la intimidad y privacidad de la persona, se vincula a la afectación de la libertad, especialmente en su esfera vinculada a la *libertad de información, opinión, expresión*[718] *y difusión*, prevista en el numeral 4 del artículo 2° de la Constitución[719]; puesto que al interceptarse, abrirse, apoderarse o suprimirse las comunicaciones, entre dos o más personas, se impide la libre expresión del emisor de la comunicación, la difusión de las ideas, y en general la libre difusión del pensamiento[720].

---

[718] En el caso de la libertad de expresión, comprenderemos en este caso, los supuestos no vinculados a los medios de prensa televisiva, radial o cualquier otro medio de prensa y cometido por funcionario público, ya que en estos casos la protección es específica a través del artículo 169° del Código, el mismo que tiene una pena mucha más grave que el presente delito.

[719] Similar criterio es sostenido por NÚÑEZ, cuando sostiene que a través de este delito se protege los papeles privados y la libre comunicación entre las personas. *Ob. Cit.* p. 175.

[720] Criterio similar esboza CARRARA cuando señala: "Merced a la palabra, el hombre satisface la aspiración innata de afecto hacia sus semejantes y al comunicar sus pensamientos a las criaturas que lo rodean, consigue el contacto (...); la escritura amplía el radio de ese goce, al hacernos posible conseguir ese anhelado contacto con quien se encuentre separado de nosotros por grandes distancias. Por consiguiente, restringe la libertad humana, no sólo el que pone obstáculos a la formación del pensamiento y a su manifestación externa por medio de la palabra, sino también el que impide, de cualquier modo que sea, la correspondencia epistolar entre los hombres". *Ob. Cit.* p. 428.

En tal sentido, algunos de los tipos penales comprendidos en este capítulo estarán referidos, fundamentalmente, a proteger la concreción de la comunicación en sí; otros a proteger la privacidad o intimidad del mensaje; y, otros a proteger la comunicación vinculada a la libertad de información, opinión, expresión o difusión del pensamiento a través de la palabra oral o escrita, a través de la imagen o la transmisión de la comunicación a través de cualquier medio técnico, informático, telemático o de cualquier otro tipo (correo electrónico, chats, video llamadas web, mensajes de texto, mensajes de voz por medio de la telefonía móvil, etc.); como veremos al analizar los tipos penales específicos.

## 2. VIOLACIÓN (APERTURA) Y APODERAMIENTO DE CORRESPONDENCIA

**Art. 161°.- "El que abre, indebidamente, una carta, un pliego, telegrama, radiograma, despacho telefónico u otro documento de naturaleza análoga, que no le esté dirigido, o se apodera indebidamente de alguno de estos documentos, aunque no esté cerrado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a noventa días-multa".**

### 2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Bien Jurídico Protegido en este tipo penal es la *intimidad y la privacidad*, cuya expresión constitucional aparece en el numeral 10 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado; puesto que el contenido de la correspondencia es expresión de la persona misma y contiene aspectos de su vida íntima, la que debe estar exenta de intromisiones de terceros, salvo autorización expresa de su titular. El derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados "*...impide que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello. Asimismo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia* erga omnes, *es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación*"[721].

---

[721] STC 2863-2002-AA/TC, de fecha 29 de enero de 2003, fundamento jurídico 3.

No es necesario que el contenido de la comunicación contenga secretos, sino solo que la correspondencia esté destinada a un destinatario específico y por tanto excluido del conocimiento de los demás. La jurisprudencia constitucional ha establecido que: "*El concepto de "secreto" e "inviolabilidad" de las comunicaciones y documentos privados, (...) comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello*"[722].

La intromisión en las comunicaciones es una clara violación al derecho a la intimidad y la privacidad, siendo irrelevante para la comisión delictiva el uso concreto brindado a la información obtenida con la violación de la correspondencia.

Con el avance de la ciencia, las comunicaciones se han vuelto cada vez más eficientes, habiéndose dejado de lado los medios tradicionales para reemplazarlos por otros más rápidos y eficaces; hoy en día las comunicaciones se realizan preferentemente a través de la telefonía móvil o mediante el empleo de la informática: correo electrónico, chats, video llamadas web, mensajes de texto, mensajes de voz por medio de la telefonía móvil, etc. De ahí que surge la necesidad que la legislación se actualice conforme a los avances de la ciencia y tecnología, a fin de evitar los vacíos o lagunas de impunidad que deja la regulación tradicional de los tipos penales.

Asimismo, también configura objeto de protección de la norma penal que contiene este delito, aun cuando indirectamente, el derecho a la libertad previsto en el numeral 4 del artículo 2° de la Constitución; puesto que al apoderarse el agente del delito de alguno de los documentos que contiene la comunicación, afectará el debido ejercicio del derecho de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento.

---

[722] STC 2863-2002-AA/TC, de fecha 29 de enero de 2003, fundamento jurídico 3.

De otro lado, debe precisarse sin embargo, que hay autores que consideran que el bien jurídico protegido por este tipo penal está constituido por la información (privada) que se encuentra materializada en una carta, un pliego, telegrama, radiograma, despacho telefónico u otro documento, cuyo conocimiento es privativo solo de su destinatario y su remitente[723]. Al respecto, por nuestra parte consideramos que con ello se podrían crear enormes lagunas de punibilidad, puesto que si la información en sí misma y conforme a su contenido sería el bien jurídico, para la afectación del mismo y la configuración del delito, se tendría que acreditar que en efecto se ha perjudicado la información, sin importar propiamente la injerencia a la privacidad o intimidad, que por sí sola determina la configuración del delito

## 2.2. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

### 2.2.1. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Se trata de un delito común, en tal sentido el agente del delito puede ser cualquier persona. Son sujetos pasivos, tanto el remitente como el destinatario de la comunicación, pues ambos son afectados en su derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones y su derecho a comunicarse libremente.

### 2.2.2. OBJETO MATERIAL DEL DELITO

El objeto material de este tipo penal puede ser una carta, un pliego, telegrama, radiograma, despacho telefónico u otro documento de naturaleza análoga.

Por *"carta"* ha de entenderse todo papel escrito, de forma manual o mecánica, introducido en un sobre y destinado a una determinada persona, independientemente del procedimiento empleado para su envío, ya sea a través del correo postal, una empresa postal o a través de una tercera persona. El *"pliego"* es todo papel escrito que se en-

[723] PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *Ob. Cit.* p. 519.

cuentra cerrado; es decir, además de estar doblado, lleva consigo algún sello, lacre, etc., que demuestre la voluntad del titular de mantenerlo exento del conocimiento de terceros. El *"telegrama"* es un documento que contiene escrita una noticia o comunicación cualquiera, siendo indiferente si se encuentra en uno de los formularios del correo o en una hoja de papel. El *"radiograma"* es todo papel escrito en el que se comunica una noticia transmitida por radio o está destinado a comunicarse por esa vía. Por *"despacho telefónico"* no ha de entenderse una conversación telefónica, pues en este caso sería imposible hacer referencia a la apertura, por lo que, siguiendo a cierto sector de la doctrina penal entendemos que la norma penal se refiere a un pliego escrito en el que se comunica una noticia o llamado transmitido por teléfono, procedimiento común en los hoteles cuando el destinatario se halla ausente en el momento de la comunicación[724].

Finalmente, este tipo penal deja una cláusula abierta, cuya interpretación de forma analógica permite la inclusión de otros documentos como las comunicaciones vía fax. Aún más, el Tribunal Constitucional, ha estimado que: "... *dentro de la garantía del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, se encuentran comprendidos también los recibos por los servicios públicos. De manera que es inconstitucional,* prima facie, *que estos se intercepten y, sin contarse con la autorización de su destinatario, se acceda a su contenido*"[725]; por lo que, dentro de esta expresión estarían contenidos los recibos por el cobro de servicios, así como las comunicaciones remitidas por las entidades bancarias y financieras. Claro que en la medida que mayor contenido de reserva contenga el documento o correspondencia, mayor será el reproche penal, lo cual incidirá en la determinación de la pena.

De otro lado, estando a que el tipo penal utiliza la expresión *"documentos"*, entendemos por tal toda declaración de voluntad o de conocimiento contenida en un soporte material, apto para acreditar

---

[724] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.*, p. 355.

[725] STC 2863-2002-AA/TC, fundamento jurídico 4.

un hecho o una relación jurídica y que permite el reconocimiento de su autor; excluyéndose del tipo penal otras formas de comunicación como los correos electrónicos, a pesar de que en la actualidad es esta la forma más habitual de comunicación en todos los ámbitos. Y si bien podría pensarse que los correos electrónicos constituyen una forma de comunicación a través de la correspondencia entre personas, y por tanto, se podría incluir dentro de la expresión *"otro documento de naturaleza análoga"* a las cartas, telegramas radiogramas, etc., y en tal sentido se podría pensar que también se comprenden en este artículo; estando al principio de legalidad, los correos electrónicos no podrían incluirse en este tipo penal, pues la expresión abrir, hace alusión –conforme a su entendimiento tradicional- a toda actividad destinada a la apertura de la correspondencia, en base a criterios físico-materiales, situación que no sería aplicable en las comunicaciones vía correo electrónico[726].

De otro lado, la expresión *apoderarse,* lleva emparentada cierta relación con el apoderamiento requerido en el hurto, lo que implica

---

[726] Sin embargo, debe quedar clara la necesidad de comprender a los correos electrónicos y otras formas de comunicación similar o análoga bajo la protección de este tipo penal. Sobre todo si se tiene en cuenta que el numeral 3 del artículo 226° del Código Procesal Penal incluye a la *correspondencia electrónica,* esto es, a los mensajes o correos electrónicos. El correo electrónico es un sistema de envío y recepción de correspondencia por medio de un computador conectado a un sistema de internet, así como de documentos, imágenes, datos, mensajes de voz, videos, entre otros medios digitales. En este caso la norma le concede a la correspondencia electrónica igual protección que a la correspondencia epistolar tradicional; sin embargo, se discute si ello es posible en todos los casos, o dicha protección se flexibiliza en ciertos casos, por ejemplo cuando se trata de correos electrónicos que otorgan las empresas a sus trabajadores para el desempeño de sus labores, en cuyo caso el empleador tiene la facultad de supervisión, y en tal sentido la posibilidad de ingresar al contenido del correo; hecho que aún se discute y a nuestro juicio, efectivamente en estos casos la protección de la correspondencia sería relativa. No obstante sobre esta materia aún se tendrá que seguir debatiendo y conforme a la evolución y necesidad de la comunicación electrónica y su uso como instrumento de trabajo empresarial, se tomará una decisión definitiva.

su referencia a un sentido material o físico; incluso, aun en los casos de comunicaciones contenidas en soporte material, dicho verbo rector presenta varias dificultades interpretativas, como veremos más adelante, por lo que resultaría preferible el uso de otras expresiones como interferir, interceptar o acceder[727], así como dejar de lado la expresión "*de naturaleza análoga*" a la que hace referencia el tipo penal, con lo que de manera directa vincula el entendimiento de la expresión "documento" con los soportes materiales. Siendo así, este tipo penal merece una urgente modificación para adecuar el tipo penal a las actuales exigencias, y regular este supuesto de vulneración de la intimidad personal, evitándose vacíos de punibilidad; máxime si la propia jurisprudencia constitucional ha reconocido que "*...la protección a las comunicaciones interpersonales se encuentra plenamente reconocido en el artículo 2º, inciso 10), de la Constitución. A través de esta norma se busca salvaguardar que todo tipo de comunicación entre las personas sea objeto exclusivamente de los intervinientes en el mismo. El amplio derecho fundamental a la vida privada permite garantizar que la comunicación entre particulares, sea mediante llamada telefónica, correo –clásico o electrónico– o nota entre particulares, no pueda ser objeto de conocimiento de terceros o de la interrupción de su curso*"[728]. En la misma línea, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reconociendo el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores, contenidas en correos electrónicos, aun cuando sea

[727] El art. 197°.1 del Código Penal español de 1995, que contiene el delito de descubrimiento y revelación de secretos, prevé expresamente como objeto material del delito a los mensajes de correos electrónicos, sin embargo también se utiliza el verbo rector "apoderarse", lo que ha generado más de un conflicto interpretativo. Sobre el particular, véase ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.*, pp. 734 y ss, quien refiere que resulta un desacierto mantener la citada expresión legal –apoderarse- "puesto que ofrece un rendimiento muy trabajoso para lograr cubrir la variedad de aspectos –nuevos y no tan nuevos- mediante los cuales puede presentarse la acción en la vida real".

[728] STC 003-2005-AI/TC, de fecha 09 de agosto de 2006, Fundamento Jurídico 360. Este criterio se ha reiterado en la STC 00774-2005-HC/TC y STC 02345-2006-HC/TC.

el empleador quien proporcione dicha cuenta de correo electrónico, exigiendo en estos casos, la necesidad de autorización judicial para restringir dicho derecho fundamental[729].

De otro lado, cabe reconocer que es posible apoderarse de un correo electrónico ya impreso sobre papel, en cuyo caso se configuraría –sin ninguna dificultad- el presente tipo penal. Mientras la comunicación se mantenga en las redes telemáticas, podría imputarse el delito de intrusismo informático que también prevé la norma penal sustantiva.

La redacción del presente tipo penal también excluye las comunicaciones vía mensaje de texto, hoy cada vez más difundida, a través de teléfonos móviles; pues, los verbos rectores no serían los más ade-

---

[729] En este sentido, el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 1058-2004-AA/TC, pronunciándose sobre la posibilidad del empleador de revisar el contenido de los correos electrónicos de los trabajadores, ha estimado que: "*Sobre este particular, queda claro que aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado (...) Lo que se plantea en el presente caso no es, sin embargo, que la empresa demandada no haya podido investigar un hecho que, a su juicio, consideraba reprochable, como lo es el uso de un instrumento informático para fines eminentemente personales, sino el procedimiento que ha utilizado a efectos de comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado. Sobre este particular, es claro que si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución*". (resaltado es nuestro). Sobre el particular –desde la óptica laboral-, véase TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y BARRANTES, Indira: Correo electrónico y falta grave laboral. En *Diálogo con la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre 2001, pp. 94 y ss.

cuados para permitir la incorporación en este tipo penal a los accesos indebidos a los mensajes de texto. No obstante, estos hechos pueden subsumirse en el tipo penal de interferencia o intervención telefónica, modificado recientemente para incorporar, precisamente, el verbo rector "*intervenir*"; pues, con anterioridad solo se consideraban los verbos rectores "interferir" o "escuchar", en los cuales era difícil subsumir la injerencia en el mensaje de texto[730].

### 2.2.3. COMPORTAMIENTO DELICTIVO

El tipo penal contiene dos modalidades delictivas:

*a)* ***Abrir***: La acción consiste en quitar los obstáculos físicos que contiene la correspondencia (comunicación) para acceder a su lectura; es presupuesto necesario de esta modalidad que la comunicación se encuentre cerrada, por lo que se necesita algo más que el simple desdoblamiento para que pueda darse lectura a la misma; así por ejemplo, que se encuentre engrapada o dentro de un sobre cerrado. Basta la simple apertura para la consumación del tipo, sin que sea necesaria la aprehensión intelectual o captación del contenido del documento.

*b)* ***Apoderarse***: Equivale a apropiarse, es decir a tomar posesión o asumir la tenencia del soporte material que contiene el mensaje o comunicación; esto es, introducir la correspondencia o mensaje dentro de la esfera del agente, configurando un nuevo ámbito de dominio de hecho sobre la comunicación; ello en primer término implica aceptar la previa traslación física del soporte material. Es indiferente, para la configuración de esta modalidad, que la comunicación se encuentre cerrada o no, por lo que el acto de apoderamiento puede recaer incluso sobre un documento que se encuentra ya abierto por su propio

[730] En efecto, en la edición anterior de este trabajo considerábamos que estas conductas no se pueden comprender en dicho delito de intervención telefónica.

destinatario o por terceros.

En la jurisprudencia española se ha incluido como significado de la expresión "apoderarse" los casos de retención de una comunicación recibida por error, como por ejemplo el caso de la persona que recibe un telegrama o carta que se encuentra dirigida a destinatario distinto -error imputable al servicio de correos- procediendo a su apertura y posterior lectura del contenido. Consideramos que este criterio resulta asimilable a la legislación nacional, siempre que se requiera, no solo la simple pasividad de quien recibió por error la comunicación, sino que en orden al requisito de apoderamiento exista una actitud positiva de dicha persona para que el documento quede bajo su dominio, como lo ha venido exigiendo la jurisprudencia de dicho país[731].

Dado que es posible la aprehensión del contenido sin necesidad de la apertura o apoderamiento del soporte material que contiene las comunicaciones del agraviado, se cuestiona si es posible incorporar este supuesto en el tipo penal; por nuestra parte, consideramos que si bien la interpretación restringida de los verbos rectores contenidos en el tipo penal materia de estudio, permitiría descartar -en este supuesto- la comisión de delito de violación de la correspondencia, sin embargo, habrá que atender al bien jurídico protegido por el tipo penal, en este caso: la intimidad, interpretando finalísticamente el tipo penal, a fin de no dejar vacíos de punibilidad frente a afectaciones del citado objeto de tutela penal; máxime, si tomamos en cuenta que el verbo rector "*abrir*" permite concluir la consumación del tipo por la simple apertura de la comunicación, sin requerirse ningún resultado material, ya sea la lectura o aprehensión intelectual del contenido del documento ni el copiado del contenido; con mayor razón, deben considerarse como típica la conducta de aprehensión de los aspectos íntimos del agraviado contenidos en una comunicación, a pesar de no haber realizado la acción material de apertura de dicha comuni-

[731] Véase, ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.*, p. 729.

cación, conducta que sí implica una concreta vulneración del bien jurídico protegido.

Obviamente se descartará la comisión del delito en los supuestos en que el agente haya realizado la lectura de forma accidental u ocasional o sin realizar ninguna acción para remover cualquier obstáculo –aunque fuere mínimo- que impide la lectura, por ejemplo quien lee un papel de la persona que la tiene en las manos o el encargado de limpieza que ocasionalmente lee una carta dejada abierta sobre el escritorio de la oficina en la cual presta servicio. En tal sentido, se requerirá que para la aprehensión, el agente debe realizar actos tendientes a remover cualquier obstáculo que permita la visualización del contenido de la comunicación, a efectos de la consumación del tipo.

Es significativo el acto por el cual el sujeto pasivo coloca un obstáculo al eventual acceso visual de terceros (guardar los objetos en un sobre o en un cajón, poner algo encima que lo oculte de la vista, cerrar la puerta del despacho, etc.), pues es un reflejo *objetivo* de la voluntad de aquél de guardar o proteger el secreto o de mantenerlo fuera del alcance de otros, por lo que de acuerdo con esta interpretación cualquier acto encaminado a levantar o remover ese impedimento se adecuaría a las exigencias del tipo.

De otro lado, se discute también la posibilidad de que la conducta de apoderamiento implique no solo la desposesión del titular, sino que también se extienda a los casos en que se accede al contenido de un documento mediante la obtención de fotocopias o el fotografiado de los mismos, permaneciendo el soporte material en poder del titular[732]; estos casos, en nuestra legislación pueden ser asimilados en el art. 154° CP que contempla como modalidad delictiva el "registro de un escrito".

---

[732] En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, la STS del 14 de septiembre de 2000 se ha señalado: "*...para que concurra el apoderamiento exigido basta con su aprehensión virtual, esto es, que el sujeto activo del delito se haga de su contenido de cualquier forma técnica que permita su reproducción posterior, como por ejemplo, mediante su fotografiado*". Así también las STS del 18 de febrero de 1999 y 14 de septiembre de 2000.

En ambas modalidades delictivas (abrir o apoderarse) se requiere que la comunicación no esté dirigida al sujeto activo y que –además- actúe indebidamente, lo que implica una actuación en forma ilegítima, esto puede verificarse del simple hecho de no ser el destinatario de la comunicación, salvo que actúe en ejercicio legítimo de un derecho o en cumplimiento de un deber, casos en los cuales cabe afirmar la existencia de causal de justificación.

La Constitución vigente señala en su numeral 10 del artículo 2°, que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. En este sentido, mediante Ley N° 27697 del 12 de abril del 2002 (modificada por la Ley N° 28950 y el D. Leg. N° 991) se ha otorgado facultades al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones privadas en casos excepcionales, siempre que exista autorización del Juez competente[733]. También el nuevo Código Procesal Penal en sus artículos 226° y siguientes, regula la interceptación de comunicaciones y documentos privados, previendo los presupuestos requeridos para poder restringir válidamente ese derecho fundamental.

Sobre el alcance del significado de la expresión "*garantías previstas en la ley*" contenido en el numeral 10 del artículo 2° de la Constitución, la jurisprudencia constitucional ha señalado: "*Los alcances de la reserva de ley que contempla el artículo 2°.10 de la Constitución, sin embargo, no deben entenderse como que solamente las causas por las cuales puede ordenarse una interceptación o intervención en las comunicaciones, se encuentren expresamente señaladas*

[733] Según la Ley No. 27697, modificada por la Ley N° 28950 y el Decreto Legislativo N° 991, ésta facultad otorgada al Fiscal sólo podrá hacerse uso, en los siguientes delitos: Secuestro agravado, trata de personas, pornografía infantil, robo agravado, extorsión agravada, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de migrantes, asociación ilícita para delinquir, delitos contra la humanidad, atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria, peculado, corrupción de funcionarios, terrorismo, delitos tributarios y aduaneros.

*en la ley. También es preciso que allí se regulen las garantías que permitan circunscribir el poder discrecional del juez al momento de autorizar la intervención (...). En efecto, la expresión "(...) con las garantías previstas en la ley", exige del legislador la imposición de ciertos requisitos que tienen que ver con la calidad de la ley. La presencia de estos requisitos de calidad tiene una doble función. Por un lado, permite a los ciudadanos conocer en qué circunstancias y bajo qué condiciones se pueda disponer la intervención o interceptación de comunicaciones; y, de otro, constituyen un parámetro dentro del cual el juez encuentra delimitada y limitada su competencia discrecional para autorizarla*"[734]. Aún más, citando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que una ley que contemple los supuestos en los que cabe autorizar la intervención o interceptación de las comunicaciones, debe contener, "como garantías mínimas que deben figurar en la ley", las siguientes: "*(...) la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial; la naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medidas; las condiciones de tratamiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas; las precauciones que se deben tomar para conservar intactas y completas, las grabaciones realizadas, con el fin de ser controladas eventualmente por el Juez y la defensa; las circunstancias en las que se puede o se debe realizar el borrado o la destrucción de dichas cintas; sobre todo tras un sobreseimiento o una absolución* [Caso Valenzuela Contreras contra España, Sentencia del 30 de junio de 1998, párrafo 46]"[735].

En este sentido, el nuevo Código Procesal Penal prevé que la interceptación de las comunicaciones requiere de autorización judi-

[734] STC 003-2005-AI/TC, de fecha 09 de agosto de 2006, fundamento jurídico 362.

[735] *Ibídem*, fundamento jurídico 363.

cial, a pedido del Fiscal, por lo que se respeta el principio de reserva jurisdiccional; asimismo, establece la categoría de personas cuyas comunicaciones son susceptibles de ser intervenidas, al prever que son objeto de interceptación, las comunicaciones "*...dirigidas al imputado o remitidas por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquellos de los cuales por razón de especiales circunstancias, se presumiere emanan de él o de los que él pudiere ser el destinatario*" (Art. 226° NCPP)[736]. En cuanto a la naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar a la interceptación, el Código Procesal Penal lo limita a los casos de infracciones penales (cualquier delito materia de investigación), siendo un fin constitucionalmente legítimo la prevención y represión de los delitos que implican la vulneración de los intereses más preponderantes de la sociedad; a la vez que es deber del Estado proteger y garantizar los derechos fundamentales que se ven vulnerados con las infracciones delictivas. En cuanto al límite temporal, la propia norma prevé que no será mayor que el tiempo de investigación, precisando

---

[736] Artículo 226° Autorización.-

1. Las cartas, pliegos, valores, telegramas y otros objetos de correspondencia o envío postal, en las oficinas o empresas -públicas o privadas- postales o telegráficas, dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquellos de los cuales por razón de especiales circunstancias, se presumiere emanan de él o de los que él pudiere ser el destinatario, pueden ser objeto, a instancia del Fiscal al Juez de la Investigación Preparatoria, de interceptación, incautación y ulterior apertura.
2. La orden judicial se instará cuando su obtención sea indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos investigados. Esta medida, estrictamente reservada y sin conocimiento del afectado, se prolongará por el tiempo estrictamente necesario, el que no será mayor que el período de la investigación.
3. Del mismo modo, se podrá disponer la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de él.
4. El Juez de la Investigación Preparatoria resolverá, mediante trámite reservado e inmediatamente, teniendo a la vista los recaudos que justifiquen el requerimiento fiscal. La denegación de la medida podrá ser apelada por el Fiscal, e igualmente se tramitará reservada por el Superior Tribunal, sin trámite alguno e inmediatamente.

que la interceptación debe realizarse durante el tiempo estrictamente necesario. Finalmente, el art. 227° Código Procesal Penal[737] establece las condiciones que mínimamente deben observarse en el tratamiento de las comunicaciones intervenidas, incluso el art. 228° del CPP[738], prevé la obligación de poner en conocimiento del afectado todo lo actuado, a fin de garantizar su derecho de defensa y en ejercicio del mismo pueda instar el reexamen judicial.

---

[737] Artículo 227°.- Ejecución.-
1. Recabada la autorización, el Fiscal -por sí o encargando su ejecución a un funcionario de la Fiscalía o un efectivo Policial- realizará inmediatamente la diligencia de interceptación e incautación. Acto seguido examinará externamente la correspondencia o los envíos retenidos, sin abrirlos o tomar conocimiento de su contenido, y retendrá aquellos que tuvieren relación con el hecho objeto de la investigación. De lo actuado se levantará un acta.
2. La apertura se efectuará en el despacho Fiscal. El Fiscal leerá la correspondencia o revisará el contenido del envío postal retenido. Si tienen relación con la investigación dispondrá su incautación, dando cuenta al Juez de la Investigación Preparatoria. Por el contrario, si no tuvieren relación con el hecho investigado serán devueltos a su destinatario -directamente o por intermedio de la empresa de comunicaciones-. La entrega podrá entenderse también con algún miembro de la familia del destinatario, a algún miembro de su familia o a su mandatario o representante legal. Cuando solamente una parte tenga relación con el caso, a criterio del Fiscal, se dejará copia certificada de aquella parte y se ordenará la entrega a su destinatario o viceversa.
3. En todos los casos previstos en este artículo se redactará el acta correspondiente.

[738] Artículo 228°.- Diligencia de reexamen judicial.-
1. Cumplida la diligencia y realizadas las investigaciones inmediatas en relación al resultado de aquélla, se pondrá en conocimiento del afectado todo lo actuado, quien puede instar el reexamen judicial, dentro del plazo de tres días de notificado.
2. La audiencia se realizará con asistencia del afectado, de su defensor y de las demás partes. El Juez decidirá si la diligencia se realizó correctamente y si la interceptación e incautación han comprendido comunicaciones relacionadas con la investigación.

Finalmente, el consentimiento brindado por el remitente o destinatario torna en atípica la conducta del sujeto activo.

## 2.3. TIPO SUBJETIVO

Esta figura penal es dolosa, por lo que el agente debe actuar conociendo que la correspondencia (comunicación) no le está dirigida y que actúa indebidamente, teniendo asimismo voluntad de abrir o apoderarse de la misma. No se requiere ningún otro elemento subjetivo del tipo que trascienda al dolo. Se admitirá el dolo eventual en casos en que el agente se representa la probabilidad de que la comunicación no está dirigida a él; sobre todo, en los casos de apertura, resultando de más difícil configuración en los casos de apoderamiento.

Finalmente, es admisible la existencia de error de tipo; por ejemplo, los casos en que el agente actúa creyendo que la comunicación se encuentra dirigida a su persona; el error vencible o invencible, igualmente niega la configuración del tipo, en tanto no se encuentra prevista la modalidad culposa.

## 3. INTERFERENCIA TELEFÓNICA

Art. 162°.- **"El que, indebidamente, interviene o interfiere o escucha una conversación telefónica o similar, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.**

**La pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años:**

1. **Cuando el agente tenga la condición de funcionario o servidor público, y se impondrá además la inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.**
2. **Cuando el delito recaiga sobre información clasificada como secreta, reservada o confidencial de conformidad con la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.**
3. **Cuando el delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacionales.**

**Si el agente comete el delito como integrante de una organización criminal, la pena se incrementa hasta en un tercio por encima del máximo legal previsto en los supuestos anteriores."**[739]

### 3.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es la intimidad y privacidad de la persona contenida en las comunicaciones telefónicas u otras de similar naturaleza, respecto de las cuales los interlocutores desean mantener su privacidad o reserva de las comunicaciones. En efecto el artículo 4° de la Ley de Telecomunicaciones estipula que: *"Toda persona tiene*

---

[739] Artículo modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1182, publicado el 27 julio 2015.

*derecho a la inviolabilidad y al secreto de las telecomunicaciones*"[740]. En tal sentido, el presente tipo penal sanciona la intromisión cognoscitiva en las comunicaciones de terceros. Se tutela en sí, la intimidad personal comunicativa[741].

### 3.2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Se trata de un delito común, por lo que el agente del delito puede ser cualquier persona que participa en un diálogo o interlocución; sin embargo, tratándose de funcionarios públicos que actúen en ejercicio de sus funciones se ha previsto una modalidad agravada (delito especial impropio).

El sujeto pasivo es la persona o personas cuyas comunicaciones telefónicas o similares sean intervenidas, interceptadas o escuchadas. No se excluye como sujeto pasivo a las personas jurídicas, en la medida que el contenido de la conversación o diálogo no esté referida a aspectos propios de la persona que actúa en representación de la persona jurídica o como agente de esta, sino a aspectos de exclusivo interés de la persona jurídica; tales son los casos en que se afecta intereses societarios propios de la actividad u operatividad empresarial[742].

### 3.3. TIPICIDAD OBJETIVA

En primer lugar es necesario precisar que se entiende por *conversación,* que en buena cuenta es el objeto sobre el cual recaen las acciones delictivas. Al respecto, se entiende por *conversación* al acto comunicativo que se establece entre dos o más partes que supone el intercambio de ideas, concepto o cuestiones o el hecho de poner al interlocutor en conocimiento de alguna novedad sobre determinada

---

[740] Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, DECRETO SUPREMO Nº 013-93-TCC.

[741] VILLA STEIN, Javier: *Derecho Penal. Parte Especial.* I-B, Delitos contra el honor, la familia y la libertad. Ed. San Marcos, Lima, 1998, p. 529.

[742] En el mismo sentido PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso: *Ob. Cit.* p. 529.

cuestión o asunto. Es sinónimo de dialogo o charla[743]. A través de la conversación se exponen o transmiten las ideas propias para contrastarlas con las de los demás participantes en la conversación, a la vez que se busca llegar a conclusiones; aun cuando también puede tratarse de la simple transmisión y recepción de determinadas ideas o conceptos[744].

La principal característica que diferencia al acto de conversar de un monólogo, es justamente el intercambio de palabras, conceptos e ideas en general entre los que participan en la conversación; es decir, no habla uno solo con exclusividad; además, cada cual tendrá su turno para hacerlo. Esta característica diferencia a la conversación de la transmisión de un mensaje epistolar o postal, en la que solo consta el mensaje del emisor, pero no del receptor o destinatario, con lo que en la interferencia o violación de la correspondencia solo afecta la privacidad de una persona, en cambio en la conversación (telefónica o similar) se afecta la intimidad como mínimo de dos personas. En esto también se fundamenta la pena mucho más grave prevista para el delito que nos ocupa (interferencia telefónico o similar), la misma que es de 5 a 10 años de pena privativa de libertad, pudiendo llegar hasta los 15 años en los supuestos agravados y hasta los 20 si el agente comete el delito como integrante de una organización criminal; por el contrario, el delito de violación de la correspondencia únicamente está conminado con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

---

[743] Si bien ordinariamente también se ha considerado como sinónimo de conversación o de conversar a "hablar", consideramos que este término se refiere más a un intercambio de pareceres a través del habla (expresión oral), lo cual con las modernas formas electrónicas e informáticas que existen en la actualidad, ya no resultaría aceptable, puesto que se puede "conversar" a través de los mecanismos electrónicos con los cuales se intercambia opiniones o ideas, no solo oralmente sino también por escrito, o por otras formas de transmisión de la información.

[744] http://www.definicionabc.com/comunicacion/conversacion.php

### 3.3.1. CONDUCTAS TÍPICAS

La norma establece tres modalidades de comisión del delito, esto es, ha considera tres verbos rectores: *intervenir, interferir* y *escuchar* una conversación telefónica o similar[745].

Se entiende por ***intervenir*** a la acción y efecto de acceder de modo ilegítimo a una conversación telefónica o similar sostenida entre dos o más personas. Si bien el agente toma conocimiento del contenido de la conversación, este no la interrumpe ni la impide, así como tampoco la dificulta o entorpece generando interferencias, como sucede en la interferencia. La comunicación puede ser oral (telefónica o radial), o tratarse de mensajes escritos o imágenes transmitidos a través del chat, del whatsap, del facebook, instagram, etc., u otro tipo de intercambio de comunicaciones recíprocas a través de la telemática. No interesa la forma o instrumentos con los que se haya tenido acceso a la conversación, pudiendo tratarse de mecanismos rudimentarios o de lo más sofisticados; claro que el uso de estos últimos revelará una mayor peligrosidad del agente del delito, lo cual si bien no tendrá incidencia en la calificación de los hechos sí redundará en la agravación del reproche penal dentro del mismo tipo penal (tirando al extremo mayor de la pena conminada).

Asimismo, se entiende por ***interferir,*** la acción y efecto de *interceptar* una conversación telefónica, impidiendo que la señal o mensaje sea transmitido o llegue a su destinatario, o por lo menos, *perturbar o dificultar* la transmisión o recepción de la señal con fluidez o normalidad; no interesa el fin con el cual se realiza así como tampoco si la interceptación se realiza con medios técnicos o con simples accesos manuales a la red telefónica, telemática, informática o similar por medio de la cual se realiza la comunicación; aun cuando mayormente el agente se servirá de algún medio técnico. Si se trata de una con-

[745] El verbo rector "intervenir" ha sido añadido por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1182, publicado el 27 julio 2015.

versación telefónica, la interferencia se realizará a nivel de la honda sonora y si se trata de otro tipo de redes o sistemas de comunicación, la interferencia se dará a nivel de la honda electromagnética u óptica (red con cable de fibra óptica).

En tal sentido, no interesa si finalmente la interferencia impidió la comunicación, la obstaculizó, la interrumpió o simplemente la perturbó o dificultó; lo importante es que afectó la conversación temporal o definitivamente o generó dificultades para la normal conversación.

La conducta típica referida a ***escuchar***, significa que el agente accede a la comunicación, sea esta una conversación oral (telefónica o radial), intercambio de mensajes escritos (chat, whatsap, facebook, instagram, etc.) u otro tipo de intercambio de comunicaciones recíprocas a través de la telemática. A diferencia del supuesto anterior (interferir), acá no se obstaculiza o impide la conversación o transmisión de la comunicación, el mensaje llega a su destinatario con normalidad, solo que ha sido escuchado por terceros, y eventualmente gravada la conversación o comunicación. Tampoco interesa la forma o instrumentos con los que se haya tenido acceso a la conversación, pudiendo tratarse de mecanismos rudimentarios o de lo más sofisticados.

Asimismo, es necesario precisar que para que la conducta sea típica, se requiere que el agente haya desarrollado acciones tendientes a acceder a la conversación o comunicación, venciendo de este modo alguna dificultad u obstáculo que le concedía privacidad a la conversación; en este sentido, se descartan los casos en que la conversación se realiza sin los menores elementos de privacidad o reserva, tanto así, que puede escucharla cualquiera con o sin voluntad de hacerlo.

La intervención y grabación de comunicaciones, constituye una injerencia de mayor intensidad que la apertura o apoderamiento de documentos previsto en el artículo 161° del Código, en la medida que afecta no solo el mensaje expedido o remitido por el emisor, sino que abarca a la emisión, respuesta y demás intercambios de opiniones o pensamientos de los participantes en la comunicación (conversación); esto es, comúnmente se trata de diálogos o conversaciones entre más de

una persona en la que cada una se expresa a través de la comunicación materia de la intervención, interceptación o escucha (aun cuando no se descarta que pudiera tratarse del mensaje emitido únicamente por una sola persona, pero con la intención de desarrollar un intercambio de opiniones o pensamientos). Constituye una mayor intromisión en la esfera privada o íntima de las personas que mantienen o intervienen en la comunicación.

El tipo penal no ha previsto la conducta de quien se limita a publicitar el contenido de comunicaciones telefónicas sostenidas por terceros, sin haber participado en el proceso de interceptación de las mismas, esto es, la divulgación de las conversaciones telefónicas, lo que de *lege ferenda* requiere una urgente modificación a fin de incorporar esta modalidad dentro del presente tipo penal aunque con el riesgo de no abarcar en su integridad la lesividad de esta conducta, pero a fin de no dejar una laguna de punibilidad. El Tribunal Constitucional peruano[746], siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido:

*"Finalmente ante la práctica de públicas difusiones de conversaciones interceptadas, este Tribunal debe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Escher y otros vs. Brasil, ha enfatizado que:*

*a. Cuando las conversaciones telefónicas son de carácter privado y no constituyen información pública, su divulgación requiere de la autorización de los interlocutores, caso contrario, su divulgación se torna ilegítima [párrs. 129 y147].*

*b. La divulgación de cintas grabadas sin la autorización de los interlocutores configura una violación del derecho a la honra y a la dignidad de toda persona, en el cual se incluye su privacidad, según el artículo 11° de la Convención Americana sobre*

[746] STC 00655-2010-HC/TC, de fecha 27 de octubre de 2010, fundamento jurídico 22.

*Derechos Humanos, leído en conjunto con los artículos 30° y 32°.2 del mismo instrumento [párr. 147].*

c. *La divulgación de conversaciones telefónicas que se encuentran bajo secreto de justicia por agentes del Estado implica una injerencia en la vida privada, la honra y la reputación de los interlocutores [párr. 158]".*

A fin de no dejar vacío de punibilidad esta conducta que atenta contra el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y por ende el derecho a la vida privada de los titulares de las comunicaciones telefónicas difundidas podría imputarse el delito previsto en el art. 157° del Código Penal, en la modalidad de emplear archivos que contengan datos referentes a la vida íntima de una persona; aunque de *lege ferenda* sería recomendable la dación de un tipo penal específico que resulte más acorde con las exigencias de esta conducta; pues, no hay que olvidad que la conducta está dirigida a difundir las conversaciones telefónicas y no a emplearlas; asimismo, la pena prevista para dicho tipo penal no parece ser proporcional con el mayor grado de lesión al bien jurídico cuando la difusión se hace a través de medios de comunicación.

Ahora bien, hay supuestos en los que la difusión de las conversaciones telefónicas resulte justificada, atendiendo al interés público, al juicio de proyección pública de los interlocutores y al principio de proporcionalidad. En el sonado caso QUIMPER, el Tribunal Constitucional (STC 00655-2010-HC/TC) estimó que: "*... el inciso 10) del artículo 2° de la Constitución dispone que las 'comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley'. Por esta razón, los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente*". Esto generó una inmediata respuesta de la sociedad en su conjunto y de la doctrina penal, incluso la propia sentencia tuvo más de un voto

en discordia[747], y finalmente llevó al propio Tribunal a señalar en una sentencia aclaratoria que:

---

[747] El magistrado BEAUMONT CALLIRGOS sostuvo: "*En cuanto al segundo párrafo del fundamento 23, estimo que si bien existen límites a los derechos fundamentales a la libertad de expresión y libertad de información que ejercen los medios de comunicación, pues no pueden vulnerar derechos fundamentales de otras personas, también considero que no resulta pertinente lo expresado en dicho párrafo, pues en mi concepto, el Derecho Penal constituye el último mecanismo que debe utilizar el Estado para impedir que se manifiesten conductas nocivas para la sociedad, siendo por el contrario, que antes de invocarse la utilización del Derecho Penal, debe exhortarse a la materialización del autocontrol de los medios de comunicación o el control por órganos privados que asocien a tales medios, de modo que sólo ante la inacción o deficiente control de tales mecanismos se acuda a los respectivos órganos jurisdiccionales. La libertad de expresión constituye uno de los principales baluartes de la democracia y la defensa de los derechos de las personas, por lo que todos tenemos la obligación de promoverla, defenderla, criticarla constructivamente y siempre preservarla en cada caso concreto*".
El magistrado VERGARA GOTELLI sostuvo: "... *me aparto de los fundamentos 20, 21 y 23 del proyecto que se pone a mi vista por hacer referencia a la prohibición impuesta a los medios de comunicación respecto a difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, sin que previamente se haya verificado por sentencia si lo que se pretende difundir es de interés público o no, debiéndose tener en cuenta el rol importante y relevante que cumplen los medios de comunicación en la formación de opinión pública, siendo en gran parte los responsables de dar a conocer hechos veraces que como tales informan a la sociedad de la realidad. Es así que poner una mordaza o censurar determinada información constituye una intromisión ilegitima en los medios de comunicación y a la vez afecta el derecho de los ciudadanos a conocer actos que socaban la democracia. Todo acto que exprese lo contrario* ***apoya en cierta forma la impunidad****, puesto que existen casos conocidos por todos, en los que sólo por la propagación realizada por los medios de comunicación se han conocido las situaciones crónicas de corrupción, pudiendo a consecuencia de ello en este momento procesar a los responsables. Además aceptar dicha limitación a los medios de comunicación implicaría la figura vedada por la Constitución de censura previa, situación por la que manifiesto mi total desacuerdo con dichos fundamentos de la resolución puesta a mi vista. Claro que esta postura no significa un cheque en blanco para el abuso cuando éste sólo está destinado al escándalo*".
El magistrado ALVAREZ MIRANDA señaló: "... *No puede soslayarse que de un tiempo a esta parte, algunos medios de comunicación han venido*

*"4. En relación a la interceptación de las telecomunicaciones y su divulgación por los medios de comunicación, está prohibida la difusión de información que afecte la intimidad personal o familiar, o la vida privada del interceptado o terceras personas, salvo que ella sea de interés o relevancia pública, lo que debe ser determinado en cada caso por el propio medio de comunicación. En caso de exceso tanto el periodista, como los editores y/o los propietarios de los medios de comunicación, serán responsables por tales excesos, según lo determine la autoridad competente.*

---

*propalando irresponsablemente conversaciones privadas so pretexto de un pseudointerés público en su difusión cuando en realidad obedecen a fines subalternos (incrementar su nivel de audiencia, manipular a la opinión pública a fin de apoyar determinadas candidaturas o atacar otras, etc.) que en modo alguno pueden ser admitidos (...) De ahí que si bien la labor de la prensa contribuye a la formación de una opinión pública y la realización misma de la democracia, y por tanto, la censura previa se encuentra constitucionalmente proscrita al estar reñida con los valores y principios democráticos; soy de la opinión que frente a la comisión de tales ilícitos de carácter penal, el Estado debe actuar con el máximo rigor posible sancionando tanto a las mafias dedicadas a interceptar ilegalmente conversaciones telefónicas, así como a los periodistas que abusando de la tribuna que les provee el medio de comunicación para el cual trabajan, las difundan".*

El magistrado URVIOLA HANI sostuvo: "... *No me parece constitucional, sin embargo, que este Tribunal deba establecer una prohibición general a los medios de comunicación como se hace en el fundamento 23 (segundo párrafo) de la sentencia. Tal interpretación contraría lo dispuesto en el artículo 2° inciso 4 de la Constitución que, por un lado, proscribe toda forma de censura previa (directa o indirecta) contra la libertad de información y, de otro, determina la responsabilidad de los medios de comunicación social. Como lo ha reconocido este propio Colegiado, los medios de comunicación cumplen una función constitucional gravitante en la formación de la opinión pública; claro está dentro de los límites que la Constitución establece (STC 00013-2007-PI/TC, FJ 3). Sin embargo, más que imponerles prohibiciones y advertencias de responsabilidad penal a los mismos (que ya está, además, contemplada en el artículo 2° inciso 4 de la Constitución), considero que lo compatible con la Constitución y con una democracia es invocar, frente a ese tipo de informaciones, el criterio de la autorregulación de los medios de comunicación".*

2. *Que los medios de comunicación social han entendido el fundamento 23 de la sentencia de autos como si se tratara de una censura previa. Con la finalidad de que dicho fundamento no sea malinterpretado, corresponde precisar, de oficio, que lo que debe ser sancionable es la conducta de quienes promueven, instigan o participan en la interceptación de las telecomunicaciones, aun cuando sean periodistas, medios o empresas dedicados a las telecomunicaciones. No debe olvidarse que la propia Constitución establece en el artículo 2.10° que "Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley".*

3. *Que el Tribunal Constitucional es consciente que a la altura de estos tiempos, la intimidad personal o familiar, o la vida privada puede verse amenazada muy fácilmente como consecuencia del desarrollo tecnológico; sin embargo es un error pretender equiparar la libertad de prensa y expresión como garantía institucional del Estado Social y Democrático de Derecho, con el uso indiscriminado y caótico de la internet. La prensa tiene una responsabilidad constitucional y ética con los Derechos Fundamentales de la Persona y el Principio de Dignidad consagrado en el artículo 1° de la Constitución.*

4. *Que por ello, quien realiza la interceptación, incluso si es periodista, comete delito; quien fomenta dichas interceptaciones, incluso si es periodista, también comete delito. Asimismo, quien tiene acceso a tal información y pretende su difusión, sea porque es periodista, editor o dueño de un medio de comunicación, debe evaluar si con ello se afecta la intimidad personal o familiar o la vida privada de los interceptados, familiares o terceros. Es en este último caso que el control es posterior, en la medida que la constitución garantiza que no hay censura previa".*

### 3.3.2. ACTUACIÓN INDEBIDA

La norma de modo expreso señala que la *intervención, interferencia o escucha* de la conversación telefónica o similar debe ser indebida, lo

que puede interpretarse como ilegítima o realizada contraviniendo el ordenamiento jurídico; con ello se niega la tipicidad de las injerencias que se realizan al amparo del marco constitucional o legal.

La naturaleza indebida de las acciones constituye un elemento normativo del tipo penal, por lo que de no apreciarse tal característica, se descartará el tipo penal sin necesidad de recurrir a los criterios o causales de antijuricidad o de justificación.

Pues, como se sabe, existen diversos casos en que la normatividad autoriza la realización de las intervenciones, interferencias o escuchas telefónicas u otras comunicaciones análogas, cuando se trata de cumplir con objetivos constitucionalmente valiosos, como por ejemplo la investigación o esclarecimiento de un delito.

El numeral 10 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado protege el Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, con lo que a la vez, reconoce a toda persona la facultad de excluir a extraños de toda injerencia en sus relaciones privadas[748], referidas al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta protección alcanza a todo tipo de comunicaciones[749],

---

[748] CALDERÓN CEREZO CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho Procesal Penal.* 2a Edición, Dikinson, Madrid, 2005, pp. 267 y 268.

[749] En cuanto al término *'comunicación'*, para efectos de este trabajo, tomaremos en cuenta la definición proporcionada por la Ley N° 27697 del 10 de abril del 2002, modificada por la Ley N° 28950 del 16 de enero del 2007, la que en su artículo 2° entiende por comunicación *"a cualquier forma de transmisión del contenido del pensamiento, o de una forma objetiva de éste, por cualquier medio. (...), no interesa que el proceso de transmisión de la comunicación se haya o no iniciado"*. Asimismo, otorga el mismo tratamiento al medio por el cual se transmite la comunicación; entendiendo por ***'medio'*** "al *soporte material o energético en el cual se porta o se transmite la comunicación"*. Concepto que podemos complementarlo con definiciones doctrinarias como la que proporcionan MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ (2005: p. 246), quienes refieren que una comunicación es la "... transmisión que un sujeto hace a otro de alguna noticia, por lo que no tienen cabida en el concepto los envíos de objetos que por sí mismos no sirven a aquellos fines (envío de mercancías por ejemplo)".

sean estas *epistolares* (postales y demás correspondencia), *telegráficas* (telegramas y afines), *telefónicas* (telefax), *radiales, televisivas* y demás *formas electrónicas* de transmitir un mensaje o comunicación (correo electrónico, internet, etc.)[750]. Sin embargo, también la propia Constitución impone al Estado el deber primordial de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (Artículo 44°), y con ello también le impone la obligación de prevenir, investigar y reprimir el delito; para cumplir con este cometido se admiten injerencias en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, especialmente en este caso, la intervención en las comunicaciones realizadas por la vía telefónica u otras análogas.

En general las afectaciones consisten en *intervenciones, interferencias o interceptaciones, aperturas, lecturas, secuestros* e *incautaciones* dispuestas por el Juez y ejecutadas por el Fiscal u otro funcionario especialmente delegado (Policía o Administradores de oficinas postales o empresas telefónicas, etc.), en el marco de la investigación del delito y cumpliendo con las formalidades establecidas por la ley. En este punto nos interesan las *intervenciones, interferencias o escuchas* de las conversaciones telefónicas u otras similares. En tanto estas intervenciones configuran injerencias gravosas e intensas en el ámbito personal, íntimo o privado de la persona, serán excepcionales y procederán solo cuando sea indispensable para la investigación de delitos graves de gran incidencia en la creación de inseguridad personal y colectiva[751];

---

[750] En el caso de las comunicaciones epistolares la Jurisprudencia española en opinión que suscribimos, "... ha realizado una interpretación extensiva de la garantía protectora del secreto de la correspondencia, incluyendo todos los envíos que puedan facturarse utilizando la vía del servicio postal o de entidades que presten este servicio, sean cartas o correspondencia personal, o se trate de otros envíos (paquetes)". MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho Procesal Penal.* 2a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 246.

[751] La Ley N° 28950, en actual vigencia en nuestro medio, considera que solo es posible afectar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, mediante interceptaciones y controles por parte de la autoridad competente, en casos de investigaciones de delitos graves, tales como:

por ello mismo, esta medida tiene carácter residual o subsidiario[752].

---

secuestro agravado, trata de personas, pornografía infantil, robo agravado, extorsión agravada, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de migrantes, asociación ilícita para delinquir, delitos contra la humanidad, atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria, peculado, corrupción de funcionarios, terrorismo y delitos tributarios y aduaneros. Por lo que aun cuando el Código no establece nada al respecto en cuanto se refiere a la interceptación, incautación y apertura de correspondencia postal y telegráfica (Art. 226°), y habla de delitos sancionados con pena privativa de libertad mayor de 4 años, cuando se refiere a intervención o grabación de comunicaciones telefónicas radiales u otras análogas (Art. 230°), creemos que el criterio que se ha tenido para considerar la gravedad de los delitos considerados en la referida Ley, deberán ser tenidos en cuenta al momento en que el Juez autorice la afectación de las comunicaciones y documentos privados.

[752] Siendo así, al igual que se puede interceptar al comunicación postal y telegráfica, también se puede intervenir la *comunicación telefónica, radial, televisiva, la realizada por internet (Skype u otras)* así como otras formas de este tipo de comunicaciones; esta intervención se concreta a través de la diligencia o medida llamada "levantamiento del secreto de las comunicaciones", la misma que es dictada por el Juez a solicitud del Fiscal. Esta medida tiene como fuente legal la propia Constitución Política del Estado, el Código Procesal Penal (arts. 230 y ss), así como la Ley N° 27697, que regula el levantamiento del secreto de las comunicaciones y sus modificatorias en los lugares donde aún no está vigente el CPP; sin embargo, la solicitud, disposición y ejecución de la medida en forma específica se realiza de conformidad con el Protocolo de Actuación Conjunta del Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio del Interior y Ministerio de Justicia.
La diligencia consiste en la intervención de las comunicaciones telefónicas, radiales u otras similares realizadas a través de internet o telemática; es decir, en la *interceptación y registro* de la información a través de una *grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos,* en el correspondiente soporte material que aseguren la *fidelidad* de la información registrada. Debiendo entenderse por fidelidad a la exactitud o fiel ejecución y reproducción del sonido grabado. Aun cuando la norma no lo establece específicamente, nada impide que la diligencia se concrete a través de la simple *escucha telefónica* o el *simple control de llamadas* realizadas (MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ: 2005, p. 250), toda vez que estas formas constituyen injerencias de menor intensidad, y claro, si se puede lo más, también se puede lo menos (criterio a fortiori o *ab maioris ad minus*).
En el Protocolo antes mencionado se define a esta medida del siguiente modo: "La intervención telefónica es una técnica especial de investigación

que puede dar lugar a la obtención de elementos de prueba. Constituye la restricción al derecho fundamental a la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas privadas, no consentida por los interesados y desconocida por ellos. Como medida se adopta en el curso de una investigación (generalmente en sus momentos iniciales o diligencias preliminares) por necesidad de la averiguación adelantada, para investigar hechos presuntos pero fundadamente constitutivos en graves delitos".

La afectación a las comunicaciones telefónicas y similares será excepcional y procederá solo cuando sea indispensable para la investigación de delitos graves y de gran incidencia en la inseguridad personal y colectiva, sobre todo, cuando se trate de investigaciones a organizaciones criminales. Ello a la vez determina que las solicitudes de esta medida por parte del Fiscal sean debidamente fundamentadas y explicitadas.

En tal sentido, al solicitar la medida de afectación de las comunicaciones telefónicas se deberá explicar su *necesidad;* esto es, precisar que la medida permitirá conocer y detectar las actividades y coordinaciones en tiempo real que realizan los implicados en la comunicación o abonados de los teléfonos fijos o celulares para su accionar delictivo, tanto en su fase preparatoria así como ejecutiva del delito; todo lo cual resulta indispensable para recopilar indicios o información para la identificación, ubicación y captura de los agentes delictivos, sobre todo, para lograr la neutralización y desbaratamiento de las organizaciones criminales. Asimismo, se deberá fundamentar su *urgencia,* esto es, que conforme a la información con que se cuenta (y que debe adjuntarse al pedido), los involucrados vienen efectuando constantes coordinaciones a nivel nacional e internacional respecto a la preparación o ejecución del delito investigado, y si no se realiza la medida la comisión de estos delitos se concretará y/o se perderá la información necesaria para investigar y sancionar estos delitos. Igualmente debe precisarse la *gravedad* del hecho (que la pena es superior a los cuatro años o se trata de la actuación de una organización criminal).

La medida de intervención puede dictarse contra el investigado (procesado) o contra terceras personas respecto de las cuales existen datos objetivos que estarían colaborando o habrían colaborado en la comunicación con el investigado o imputado, sea recibiendo o remitiendo las comunicaciones por cuenta del investigado o cuando el investigado usa la comunicación de estos terceros, o también cuando el mensaje transmitido en la comunicación del propio tercero es comunicado al investigado para la comisión del delito o para lograr la impunidad.

El levantamiento del secreto a las comunicaciones telefónicas, radiales o análogas comprende el *registro histórico* (sobre comunicaciones ya realizadas), *interceptación en tiempo real, monitoreo remoto, táctico, geolocalización* y otras formas de acceso a la comunicación telefónica.

En el caso de la ***comunicación histórica*** la resolución de levantamiento de las comunicaciones debe disponer que los concesionarios de los servicios

de telecomunicaciones remitan a la autoridad solicitante, en primer lugar, los datos del titular de la línea –filiación- (si ya se conocieran estos solo confirman la información); asimismo, el registro de datos de las comunicaciones: números telefónicos, IMSI (identidad internacional del abonado a un equipo móvil) e IMEI (identidad internacional de un equipo móvil) del objetivo (persona a la que se levanta la comunicación), fecha, hora y duración de la comunicación; número telefónico, IMSI e IMEI del interlocutor; tipo y dirección de la comunicación; Modem/Router o BTS inicial y final (código, nombre, dirección, latitud, longitud y sector) desde donde se comunicó el objetivo y todo otro dato de comunicación que registre. Obviamente la resolución judicial puede disponer de modo específico, cuál es la información que se requiere.

Los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones deberán poner a disposición del Fiscal y de la Policía Nacional a la brevedad posible (dentro de las 24 horas) la información contenida en la resolución judicial. La información puede remitirse en archivo digital o a través del sistema en línea. Recibida la información el Fiscal (recolector) y el pesquisa policial realizarán el análisis de los reportes recibidos y elaborarán el informe correspondiente. No obstante en este caso, las empresas concesionarias de telefonía pueden remitir directamente la información histórica al Fiscal de la investigación (que solicitó la medida).

Para el caso de ***interceptación en tiempo real, monitoreo remoto, táctico y geolocalización*** es de precisar que, tal como estipula el Protocolo de Actuación Conjunta, se ha creado la Oficina de Apoyo Técnico Judicial de la Policía Nacional, la misma que tiene a su cargo el llamado Componente de Gestión de Datos y Contenido de las Comunicaciones en los Sistemas de Intervención de las Comunicaciones en tiempo real, monitoreo remoto, y geolocalización, esto es, la llamada Consola de Intervenciones, en la que se intercepta, recibe, registra, grava y procesa toda la información materia de intervención, tanto de forma física como remota o táctica. Esta Oficina está a cargo de un efectivo policial, el mismo que trabaja conjuntamente con el Fiscal "recolector" (que recolecta la información intervenida) y que conforme al Protocolo es un Fiscal que está a tiempo completo (perenne) en la Oficina de Apoyo Técnico Judicial y que se mantiene en constante coordinación con el Fiscal de la investigación (que ha solicitado la intervención).

La interceptación en *tiempo real* significa que el Fiscal con el apoyo del técnico policial registra la comunicación en el momento en que esta se realiza, con todas sus características y elementos. *Monitoreo remoto,* significa el control realizado a la comunicación para luego proceder a su registro; *monitoreo táctico,* significa control y seguimiento conforme a las finalidades de la información que se necesita, en este se puede inclusive levantar la intervención por ciertos periodos o momentos o dejar de registrar cierta información, etc.

El trámite a seguir para la interceptación en tiempo real, monitoreo remoto, táctico y geolocalización, conforme al Protocolo es el siguiente: *El policía* a cargo de una investigación recaba los números telefónicos, SIM (tarjeta que permite su identificación a través de las redes), IMSI, IMEI, dirección IP, correos electrónicos y otros datos de identificación de las personas involucradas, a través de acciones de inteligencia y cualquier otra fuente legítima. Luego, debe verificar los datos, precisar las razones de la necesidad de la intervención y recabar y adjuntar los indicios razonables que sustentan el pedido. Asimismo, precisará la identidad del sujeto sobre el que ha de recaer la intervención (persona afectada); en los supuestos de imposibilidad explicarán sus razones.

*El Fiscal* evaluará si el informe policial está debidamente fundamentado y si contiene los datos necesarios; asimismo, si reúne los presupuestos establecidos en la Constitución y las Leyes (CPP); si se cumplen estas exigencias y el pedido se justifica formulará la solicitud/requerimiento al Juez Penal, caso contrario el pedido policial será rechazado. La solicitud o requerimiento contendrá: Nombre y dirección del afectado; el delito investigado (conforme al art. 1° de la Ley 27697 o al art. 230°.1 del CPP); la finalidad y necesidad de la medida; la autoridad policial o Fiscal que se encargará de la medida; la identidad del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir, grabar o registrar; igualmente, la forma de interceptación, su alcance y duración. Finalmente, anexará los elementos indiciarios que justifiquen el requerimiento.

En detalle y específicamente la solicitud fiscal deberá comprender *la intervención* de las llamadas telefónicas en tiempo real del número telefónico/ IMEI (celular) o IMSI (chip). Los mensajes de texto (SMS) o multimedia (MMS) entrantes y salientes (fecha, hora, dirección, torre de inicio y fin) en tiempo real. Asimismo, los mensajes de voz entrantes y salientes (fecha, hora, dirección, torre de inicio y fin) en tiempo real. Las localizaciones y desplazamientos por celdas donde operan o solicitan servicio telefónico tanto del emisor como del receptor, en tiempo real. Identidad de los números IP y ubicación, cuando el número telefónico/IMEI recibe un mensaje de texto o multimedia desde Internet.

Igualmente, se solicitará al Juez que disponga que las empresas de telecomunicaciones CLARO, MOVISTAR, BITEL, ENTEL y las demás que pudieran existir, remitan la información respecto de los números antes mencionados en formato EXCEL, por escrito y en "CD", precisando que la información deberá contener: Generales de ley de los propietarios, abonados y/o usuarios de los números (telefónicos/IMEI / IMSI); identificación de los IMEI/ CHIP utilizados por propietarios, abonados y/o usuarios. Conjuntamente se puede solicitar el registro histórico de llamadas entrantes y salientes de los números telefónicos, IMEI (celular) o IMSI (chip), considerando fecha, hora, duración, dirección, numero emisor o receptor, celdas de desplaza-

miento, torre de inicio y fin, de las comunicaciones locales, nacionales e internacionales.
Igualmente, la identidad de los IMEI (equipo celular) utilizados, así como los CHIPS (tarjetas SIM) insertados en cada uno de los IMEIS que aparezcan, tanto del emisor como del receptor; las localizaciones y desplazamiento por celdas activas (coordenadas y sectores de la antena) tanto del emisor como del receptor, en las cuales operan los mencionados aparatos telefónicos; registro histórico de mensajes de texto (SMS) o multimedia (MMS) entrantes y salientes (fecha, hora, dirección, abonado, duración, torres de inicio y fin de la comunicación).
*La resolución judicial* tendrá el siguiente contenido: Nombre e identidad del afectado; identidad del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir, grabar o registrar; el hecho y delito investigado; que el hecho tiene una sanción penal no menor de 4 años; los indicios con que cuenta y justifican el pedido; las razones que avalan su necesidad, idoneidad y proporcionalidad (el juicio de proporcionalidad) y la finalidad de la misma; forma, alcance y duración de la medida; asimismo, precisará la autoridad que se encargará de la diligencia.
La ejecución de la medida corre por cuenta del Fiscal y la Policía Nacional; el Fiscal es quien supervisa la intervención y grabación de las comunicaciones, con el apoyo de la policía y de las empresas de telefonía. El Fiscal dispone la transcripción de las grabaciones, sin perjuicio de conservar los originales, levantando el acta correspondiente. El Fiscal entrega las comunicaciones irrelevantes a los afectados (de ser el caso) y destruye las transcripciones y copias de estas, salvo que sean útiles para otros procedimientos. Las empresas de comunicaciones una vez recibida la orden judicial, sin trámite previo y de forma ininterrumpida, durante las 24 horas y los 365 días del año, facilitarán en tiempo real el control y recolección de las comunicaciones.
Las comunicaciones se registrarán en Acta de Recolección y Control. El registro debe tener en cuenta las partes relevantes para la investigación.
En tal sentido, la intervención telefónica, radial o similar se realizará conforme a la resolución judicial y comprendiendo solo a las persona o números autorizados en la misma; sin embargo, tal como lo establece el artículo 231°.5 del CPP, si en el curso de la ejecución de la medida se detecta otros números telefónicos comprometidos en la comisión del delito investigado o en otros delitos como los delitos contra la vida, terrorismo, TID o secuestro, el Fiscal puede comprender en la intervención a estos nuevos números dando cuenta de inmediato al Juez para su convalidación o lo que corresponda. Pero ello solo será posible si es que se ha previsto esta situación en la resolución judicial. Por ello, es absolutamente necesario que en el pedido del Fiscal también se solicite que el juez se pronuncia sobre esta situación.
El tiempo de duración de la medida de intervención telefónica o radial conforme a la Ley N° 27697 es de seis meses, por lo que podría sostenerse

que este es el plazo de intervención en los lugares en que aún no se encuentra en vigencia el Código Procesal Penal; sin embargo, estando a que el artículo 230°.6 del CPP (modificado por la Ley N° 30077) establece que la interceptación no puede durar más de sesenta días (60), este debe ser el plazo en todos los distritos judiciales del país, aun en los que no está vigente el CPP, en virtud al derecho a la igualdad. No obstante este plazo de 60 días, excepcionalmente, puede prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento sustentado del Fiscal y decisión motivada del Juez.

De otro lado, la duración y continuidad de la intervención telefónica está sujeta a que los presupuestos y elementos de convicción que se tuvieron en cuenta al dictarse la medida, se mantengan; de lo contrario será interrumpida inmediatamente (art. 230°.5 CPP); lo mismo sucederá si el plazo por el que se dispuso se ha cumplido.

Obviamente, la intervención telefónica o radial solo debe aplicarse excepcionalmente y cumpliendo con los requisitos y presupuestos establecidos por la Ley. Este criterio no resulta solo del análisis de nuestra normatividad vigente, sino también de la doctrina y derecho comparados. Así, la doctrina española y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español, atendiendo a la intensidad de la injerencia en los derechos de las personas que significa esta medida, han elaborado presupuestos o requisitos que, de no cumplirse, no se podrá autorizar la medida o el resultado que se obtenga no podrá ser utilizado como prueba. Estos requisitos a juicio de CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO (2005: p. 272 y ss) están referidos a lo siguiente:

a) La exclusiva jurisdiccionalidad; en el caso nuestro, excepcionalmente el Fiscal puede incorporar cierto número telefónico a una intervención que se está llevando a cabo. Se deja a salvo los casos de autorización del titular del derecho, es decir, cuando el interlocutor accede al conocimiento de su conversación; claro que en este caso, la autorización no configura una injerencia en los derechos de terceros.
b) Solo puede ordenarse de modo excepcional y en estricta subsidiariedad, esto es, que no exista forma de llegar a los mismos resultados en la investigación de no ser con la actuación de la intervención telefónica u otra similar.
c) La medida solo puede ser autorizada por un tiempo razonable, al cabo del cual indefectiblemente se suspenderá la intervención. En nuestra legislación este plazo no podrá ser superior a los 60 días, aun cuando, excepcionalmente, puede prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento sustentado del Fiscal y decisión motivada del Juez.
d) Solo puede autorizarse para la investigación concreta de un delito específico, no resultando procedente para la investigación delictiva en general. En este caso, si investigando un delito se halla información o elementos de prueba relativos a otro, para iniciar una investigación por este nuevo delito o incorporar la información a las investigaciones se requerirá una nueva autorización judicial.

## 3.4. OBJETO DE PROTECCIÓN

El objeto de protección de este tipo penal está constituido por las comunicaciones desarrolladas a través de las conversaciones telefónicas (orales) u otras similares[753]. En esta cláusula abierta establecida en el

---

e) Para solicitar y autorizar la intervención de las comunicaciones se requiere la existencia de suficiente indicios de la comisión del delito y la participación en el mismo de la persona afectada con la medida, no siendo suficiente meras sospechas o conjeturas.
f) Los resultados de la diligencia siempre deben ser susceptibles del control judicial. En el caso que el registro de la información quedase a cargo de otro funcionario como el Policía o de las empresas telefónicas o similares, este control también quedará a cargo del Fiscal.
g) Tanto la solicitud de la medida así como la autorización deben estar lo suficientemente motivadas.

Pues, como ya se ha indicado, la intervención y grabación de comunicaciones constituye una injerencia de mayor intensidad que la interceptación e incautación postal, en la medida que afecta no solo el mensaje expedido o remitido por el emisor, sino que abarca a la emisión, a la respuesta y demás intercambios de opiniones o pensamientos de los participantes en la comunicación, esto es, comúnmente se trata de diálogos o conversaciones entre más de una persona en la que cada una se expresa a través de la comunicación materia de la intervención (aun cuando no se descarta que pudiera tratarse del mensaje emitido únicamente por una sola persona, pero con la intención de desarrollar un intercambio de opiniones o pensamientos).

En tal sentido, constituye una mayor intromisión en la esfera privada o íntima de las personas que mantienen o intervienen en la comunicación. Es por ello que se puede disponer solo cuando sea *'absolutamente necesaria'*, lo que claramente refleja que solo subsidiariamente se puede recurrir a esta medida extrema, a diferencia de la interceptación postal en que la norma condiciona su aplicación a su carácter 'indispensable', término que no refleja el mismo límite prohibitivo que el de 'absolutamente necesaria', el mismo que revela una relación de estricta necesidad, esto es, que sin esta medida la investigación no podría continuar. Asimismo, se ha limitado el uso de esta diligencia a la investigación delitos relativamente graves, como los sancionados con una pena privativa de libertad mayor de 4 años (art. 230°.1). Para mayor información ver: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Medidas de coerción en el proceso penal.* Ideas, *Jus Puniendi,* Lima, 2017.

[753] Debe precisarse que la Corte Interamericana de Derechos (CIDH) Humanos ha señalado en la sentencia del Caso Escher vs. Brasil, fundamento 114, que: aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente

término "similar", se comprenderán todas las formas en que pueden desarrollarse los diálogos o intercambio de comunicación, información o conocimiento, sea esta una conversación telefónica, radial (oral), intercambio de mensajes escritos (correo electrónico) u otro tipo de intercambio de comunicaciones recíprocas a través de la telemática. Se discute la inclusión dentro de esta modalidad típica a las acciones que tienen por objeto interceptar las conversaciones sostenidas con el empleo de redes telemáticas como las "video llamadas" u otras análogas; sobre este particular consideramos que no hay problema para incluir en el tipo penal a esta clase de comunicaciones atendiendo a la finalidad de dotar de una adecuada protección al bien jurídico objeto de tutela; pues, también en estos casos se vulnera la intimidad de las comunicaciones desarrolladas a través de una conversación, si bien no telefónica, si una similar a ella, en la que los participantes en la conversación expresan sus ideas o pareceres, por lo que con la injerencia se afecta la intimidad o la conversación de más de una persona.

---

previstas en el artículo 11° de la Convención, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada. El artículo 11° protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. De ese modo, el artículo 11° se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación". De forma que a criterio de la Corte, el secreto a la inviolabilidad de las comunicaciones no sólo incluye el contenido propio de la comunicación sino también a otros aspectos vinculados al proceso de comunicación, como el registro de llamadas entrantes y salientes, etc.; sin embargo, en el presente tipo penal éstos no son objeto de protección.

## 3.5. SUPUESTOS AGRAVADOS

Este tipo penal prevé tres supuestos agravados de primer nivel y uno de segundo nivel (más grave); dentro de los de primer nivel, la primera agravante se fundamenta en la condición especial del agente (funcionario o servidor público en ejercicio de sus funciones), la segunda se fundamenta en la calidad especial de la información a la que se tiene acceso (información clasificada como secreta, reservada o confidencial) y la tercera por los efectos del delito (compromete la defensa, seguridad o soberanía nacionales). La gravante de segundo nivel se sustenta en la forma especial como actúa el agente (como integrante de una organización criminal).

### 3.5.1. EL AGENTE ES FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO

Como ya se indicó, el fundamento de esta agravante radica en que el funcionario, además de afectar la intimidad o privacidad de las conversaciones o comunicaciones de la víctima, infringe un deber especial que le compete a su condición de funcionario o servidor público, lo que al añadirse a la afectación de la intimidad o privacidad, determina un mayor reproche penal que amerita una mayor punibilidad. En tal sentido, este mayor reproche se sustenta en la necesidad de prevenir la actuación de los funcionarios públicos, quienes valiéndose de las facultades o potestades otorgadas por el propio Estado, facilitan la comisión de estos delitos o aseguran su impunidad. Por ello para la configuración de la agravante, el hecho debe realizarse abusando del ejercicio del cargo, descartándose los casos en que actúa al margen de sus funciones (en cuyo caso, estaremos ante el primer párrafo del tipo penal materia de comentario).

Siendo así, no ingresan en la esfera del tipo penal los casos en que el funcionario o servidor público realiza la *intervención, interferencia o escucha*, con la finalidad de cumplir sus funciones, como prevenir o investigar el delito. En este sentido, debemos resulta necesario diferenciar las conductas configurativas de este tipo penal de las intervenciones de las conversaciones o comunicaciones llevadas a cabo por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones (prevención e investigación del

delito). Al respecto, el nuevo Código Procesal Penal en su artículo 230° y siguientes regula la intervención legal de comunicaciones y telecomunicaciones así como algunas otras diligencias orientadas a la investigación del delito; la cual solo podrá disponerse cuando sean *'absolutamente necesario'*, y de modo subsidiario, a diferencia de la interceptación postal en que la norma condiciona su aplicación a su carácter 'indispensable', término que no refleja el mismo límite prohibitivo que el de 'absolutamente necesario' el que revela una relación de estricta necesidad (que sin esta medida la investigación no podría continuar). Asimismo, se ha limitado el uso de estas diligencias a la investigación delitos relativamente graves, como lo son los que están sancionados con una pena privativa de libertad mayor de 4 años (Art. 230°.1 del CPP).

Consecuentemente, las intervenciones en las conversaciones telefónicas o similares que se realicen del modo establecido por la norma procesal penal quedarán fuera del tipo penal bajo análisis; por el contrario, las conductas que no se ajusten a dicha norma realizarán la agravante del tipo penal en cuestión, salvo algún caso en que la ley autorice la injerencia en la comunicación para cumplir alguna finalidad constitucionalmente valiosa.

De otro lado, en el caso que el funcionario o servidor público que ejerciendo su función se excediese en su actuación, por lo que su conducta quedara al margen de la norma procesal, si bien la información no podrá usarse a efectos de la investigación o esclarecimiento del delito, de todos modos no configurará el delito y la agravante materia de análisis si el exceso o extralimitación se realizó por culpa o imprudencia, puesto que el tipo penal es exclusivamente doloso.

### 3.5.2. LA INFORMACIÓN ES CLASIFICADA COMO SECRETA, RESERVADA O CONFIDENCIAL

Otra de las agravantes de primer nivel incorporadas al artículo 162° del Código Penal por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1182 (del 27 julio 2015), es el

caso de la intervención, interferencia o escucha de una conversación telefónica o similar, referida a información clasificada como *secreta, reservada o confidencial* de conformidad con la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Esto es, cuando en la conversación interceptada o escuchada se está tratando asuntos referidos a este tipo de información.

Obviamente, acceder indebidamente a esta información, interceptando una llamada telefónica o similar, reviste especial gravedad puesto que su uso indebido puede poner en riesgo la estabilidad del Estado o aspectos importantes de la sociedad y el sistema democrático, por ello su especial reproche penal.

Tal como expresamente lo señala el tipo penal, la información considerada como *secreta, reservada o confidencial,* será la clasificada como tal por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Dicha norma en su artículo 15° establece que la ***información secreta*** es la que se sustenta en razones de seguridad nacional, en concordancia con el artículo 163° de la Constitución Política del Perú, que además tenga como base fundamental garantizar la seguridad de las personas y cuya revelación originaría riesgo para la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático, así como respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia del CNI dentro del marco que establece el Estado de Derecho en función de las situaciones expresamente contempladas en esta Ley.

Asimismo, la norma precisa que concretamente se debe considerar como información secreta, y por tanto, no queda sujeta al derecho de acceso a la información pública la siguiente:

"1. Información clasificada en el ámbito militar, tanto en el frente interno como externo:

   a) Planes de defensa militar contra posibles agresiones de otros Estados, logísticos, de reserva y movilización y de operaciones especiales así como oficios y comunicaciones internas que hagan referencia expresa a los mismos.

b) Las operaciones y planes de inteligencia y contrainteligencia militar.

c) Desarrollos técnicos y/o científicos propios de la defensa nacional.

d) Órdenes de operaciones, logísticas y conexas, relacionadas con planes de defensa militar contra posibles agresiones de otros Estados o de fuerzas irregulares militarizadas internas y/o externas, así como de operaciones en apoyo a la Policía Nacional del Perú, planes de movilización y operaciones especiales relativas a ellas.

e) Planes de defensa de bases e instalaciones militares.

f) El material bélico, sus componentes, accesorios, operatividad y/o ubicación cuyas características pondrían en riesgo los planes de defensa militar contra posibles agresiones de otros Estados o de fuerzas irregulares militarizadas internas y/o externas, así como de operación en apoyo a la Policía Nacional del Perú, planes de movilización y operaciones especiales relativas a ellas.

g) Información del Personal Militar que desarrolla actividades de Seguridad Nacional y que pueda poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas.

2. Información clasificada en el ámbito de inteligencia tanto en el frente externo como interno:

a) Los planes estratégicos y de inteligencia, así como la información que ponga en riesgo sus fuentes.

b) Los informes que de hacerse públicos, perjudicarían la información de inteligencia.

c) Aquellos informes oficiales de inteligencia que, de hacerse públicos, incidirían negativamente en las excepciones contempladas en el inciso a) del artículo 15 de la presente Ley.

d) Información relacionada con el alistamiento del personal y material.

e) Las actividades y planes estratégicos de inteligencia y contrainteligencia, de los organismos conformantes del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), así como la información que ponga en riesgo sus fuentes.

f) Información del personal civil o militar que desarrolla actividades de Seguridad Nacional y que pueda poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas.

g) La información de inteligencia que contemple alguno de los supuestos contenidos en el artículo 15° numeral 1.

En los supuestos contenidos en este artículo los responsables de la clasificación son los titulares del sector o pliego respectivo, o los funcionarios designados por este".

Asimismo, también la norma establece que con posterioridad a los cinco años de la clasificación a la que se refiere el párrafo anterior, cualquier persona puede solicitar la información clasificada como secreta, la cual será entregada si el titular del sector o pliego respectivo considera que su divulgación no pone en riesgo la seguridad de las personas, la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático. En caso contrario deberá fundamentar expresamente y por escrito las razones para que se postergue la clasificación y el período que considera que debe continuar clasificado. Se aplican las mismas reglas si se requiere una nueva prórroga por un nuevo período. El documento que fundamenta que la información continúa como clasificada se pone en conocimiento del Consejo de Ministros, el cual puede desclasificarlo. Dicho documento también es puesto en conocimiento de la comisión ordinaria a la que se refiere el artículo 36° de la Ley N° 27479 dentro de los diez (10) días posteriores a su pronunciamiento. Lo señalado en este párrafo no impide que el Congreso de la República acceda a la información clasificada en cualquier momento de acuerdo a lo señalado en el artículo 15°-C de la presente Ley.

De otro laso, tal como lo estipula el artículo 15°-A de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública se considera como ***información reservada*** a la siguiente:

"1. La información que por razones de seguridad nacional en el ámbito del orden interno cuya revelación originaría un riesgo a la integridad territorial y/o la subsistencia del sistema democrático. En consecuencia se considera reservada la información que tiene por finalidad prevenir y reprimir la criminalidad en el país y cuya revelación puede entorpecerla y comprende únicamente:

a) Los planes de operaciones policiales y de inteligencia, así como aquellos destinados a combatir el terrorismo, tráfico ilícito de drogas y organizaciones criminales, así como los oficios, partes y comunicaciones que se refieran expresamente a ellos.

b) Las informaciones que impidan el curso de las investigaciones en su etapa policial dentro de los límites de la ley, incluyendo los sistemas de recompensa, colaboración eficaz y protección de testigos, así como la interceptación de comunicaciones amparadas por la ley.

c) Los planes de seguridad y defensa de instalaciones policiales, establecimientos penitenciarios, locales públicos y los de protección de dignatarios, así como los oficios, partes y comunicaciones que se refieran expresamente a ellos.

d) El movimiento del personal que pudiera poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas o afectar la seguridad ciudadana.

e) El armamento y material logístico comprometido en operaciones especiales y planes de seguridad y defensa del orden interno.

2. Por razones de seguridad nacional y de eficacia de la acción externa del Estado, se considerará información clasificada en el ámbito de las relaciones externas del Estado, toda aquella cuya revelación originaría un riesgo a la seguridad e integridad territorial del Estado y la defensa nacional en el ámbito externo, al curso de las negociaciones internacionales y/o la subsistencia del sistema democrático. Estas son las siguientes:

a) Elementos de las negociaciones internacionales que de revelarse perjudicarían los procesos negociadores o alteraran los acuerdos adoptados, no serán públicos por lo menos en el curso de las mismas.

b) Información que al ser divulgada oficialmente por el Ministerio de Relaciones Exteriores pudiera afectar negativamente las relaciones diplomáticas con otros países.

c) La información oficial referida al tratamiento en el frente externo de la información clasificada en el ámbito militar de acuerdo a lo señalado en el inciso a) del numeral 1 del artículo 15° de la presente Ley".

En los casos contenidos en este artículo los responsables de la clasificación son los titulares del sector correspondiente o los funcionarios designados por este. Una vez que desaparezca la causa que motivó la clasificación, la información reservada es de acceso público (artículo agregado por la Ley N° 27927, del 4 de febrero del 2003).

Finalmente, tal como lo señala el artículo 15°-B de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, modificada por la Ley N° 27927, la ***información confidencial*** es la siguiente:

"1. La informàción que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.

2. La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2° de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente.

3. La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración

Pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final.

4. La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso.
5. La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. En este caso, solo el juez puede ordenar la publicación sin perjuicio de lo establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.
6. Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República".

Tal como estipula las referidas normas, estos son los únicos casos en que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental. Asimismo, no se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente Ley. Sin embargo, tanto la información *secreta* así como la información *reservada* y la *confidencial,* son accesibles para el Congreso de la República, el Poder Judicial, el Contralor General de la República y el Defensor del Pueblo.

"Para estos efectos, el Congreso de la República solo tiene acceso mediante una Comisión Investigadora formada de acuerdo al artículo 97 de la Constitución Política del Perú y la Comisión establecida por el artículo 36° de la Ley N° 27479. Tratándose del Poder Judicial de acuerdo a las normas que regulan su funcionamiento, solamente el juez en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales en un determinado caso y cuya información sea imprescindible para llegar a la verdad, puede solicitar la información a que se refiere cualquiera de las excepciones contenidas en este artículo. El Contralor General de la República tiene acceso a la información contenida en este artículo solamente dentro de una acción de control de su especialidad. El Defensor del Pueblo tiene acceso a la información en el ámbito de sus atribuciones de defensa de los derechos humanos.

Los funcionarios públicos que tengan en su poder la información contenida en los artículos 15°, 15°-A y 15°-B tienen la obligación de que ella no sea divulgada, siendo responsables si esto ocurre. (...).

La protección de la información secreta y reservada previstas en los artículos 15° y 15°-A incluyen los documentos que se generen sobre estas materias y no se considerará como información clasificada, la relacionada a la violación de derechos humanos o de las Convenciones de Ginebra de 1949 realizada en cualquier circunstancia, por cualquier persona. Ninguna de las excepciones señaladas en este artículo pueden ser utilizadas en contra de lo establecido en la Constitución Política del Perú."

Asimismo, tratándose de un documento que contenga solo parcialmente información de la prevista en los artículos 15°, 15°-A y 15°-B de esta Ley, será de acceso al público la parte de información no contenida en estos artículos, reservándose solo la que no sea de acceso público.

Para mantener o conservar este tipo de información (artículo 18° de la Ley) el Estado será responsable de crear y mantener registros públicos de manera profesional para que el derecho a la información pueda ejercerse a plenitud. En ningún caso la entidad de la Admi-

nistración Pública podrá destruir la información que posea; por el contrario, deberá remitirla al Archivo Nacional la información que obre en su poder, en los plazos estipulados por la Ley de la materia. El Archivo Nacional podrá destruir la información que no tenga utilidad pública, cuando haya transcurrido un plazo razonable durante el cual no se haya requerido dicha información.

### 3.5.3. EL DELITO COMPROMETA LA DEFENSA, SEGURIDAD O SOBERANÍA NACIONALES

El numeral 3 del artículo del código Penal bajo comentario, modificado por el Decreto Legislativo N° 1182, ha introducido la agravante de primer nivel referida a la injerencia en las llamadas telefónicas o similares cuando tal injerencia (el delito) comprometa la *defensa, seguridad o soberanía nacionales*. La determinación de esta agravante, en realidad, resulta de difícil diferenciación respecto a la anterior (contenida en el numeral 2), puesto que ambas se refieren a la seguridad y defensa nacionales. La única forma de diferenciar ambas agravantes y dar contenido a la tercera (numeral 3) es teniendo en cuenta que la anterior (numeral 2) solo comprende a los supuestos considerados en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley N° 27806 y su modificaciones introducidas por la Ley N° 27927), tal como expresamente lo estipula la propia norma, y por contraposición el numeral 3 comprendería a las injerencias en las comunicaciones telefónicas o similares que no están comprendidas en la ley referida pero comprometen la defensa, seguridad y soberanía nacionales.

Al respecto, hay que considerar que aun cuando el numeral 2) expresamente se refiere a "información clasificada como secreta, reservada o confidencial de conformidad con la Ley 27806" y el numeral 3) se refiere a "delito que comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacionales", con lo que aparentemente tendrían un contenido distinto; es de precisar que ambas agravantes tienen como base estructural al contenido del tipo básico, esto es, la *intervención, interferencia o escucha* indebidas de una conversación telefónica o similar; lo que significa que

solo se diferencian en la naturaleza de la información materia de la conversación. Y este contenido es, precisamente, casi el mismo.

Y claro, para determinar la naturaleza de ambos tipos de información (contenidos en el numeral 2 y en el numeral 3), debemos tener en cuenta lo dispuesto por la Constitución Política del Estado, la Ley del Sistema de Defensa Nacional (Decreto Legislativo N° 1129) y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley N° 27806 y su modificatoria Ley N° 27927).

Al respecto la *Constitución* en su artículo 163° referido al Sistema de Defensa Nacional, precisa que el Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional; el mismo que es integral y permanente y se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Asimismo, en su artículo 165°, establece que las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea, y que tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la *soberanía y la integridad territorial* de la República. Igualmente, establece en su artículo 166° que la Policía Nacional tiene por finalidad fundamental *garantizar, mantener y restablecer el orden interno.*

Por su parte la *Ley del Sistema de Defensa Nacional*, Decreto Legislativo N° 1129, precisa que es objeto de la Ley, regular la naturaleza, finalidad, funciones y estructura del Sistema de Defensa Nacional; a la vez que estipula que el Sistema de Defensa Nacional garantiza la *Seguridad Nacional,* para la afirmación de los derechos fundamentales y el Estado constitucional de derecho, en el marco de una gestión pública moderna. Asimismo, establece que la finalidad del Sistema de Defensa Nacional es garantizar la *Seguridad Nacional* mediante la concepción, planeamiento, dirección, preparación, ejecución y supervisión de acciones en todos los campos de la Defensa Nacional. Y concretamente establece en su artículo 12° que los acuerdos, actas, grabaciones, transcripciones y en general, toda información o documentación que se genere en el ámbito de los asuntos referidos a la Seguridad y Defensa Nacional, y aquellas que contienen las deliberaciones sostenidas en las sesiones del Consejo de Seguridad y Defensa Nacional, *son de carácter secreto.*

Finalmente, tal como ya se ha visto en líneas anteriores, la *Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública* (Ley N° 27806 modificada por la Ley N° 27927), precisa en su artículo 15° establece que la *información secreta* es la que se sustenta en razones de seguridad nacional, en concordancia con el artículo 163° de la Constitución Política del Perú, que además tiene como base fundamental garantizar la seguridad de las personas y cuya revelación originaría riesgo para la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático. Igualmente, refiere que es información secreta la clasificada en el ámbito militar, tanto en el frente interno como externo; así como la información clasificada en el ámbito de inteligencia tanto en el frente externo como interno. Asimismo, en su artículo 15°-A, estipula que es considerada *información reservada,* la que se vincula a razones de seguridad nacional en el ámbito del orden interno, cuya revelación originaría un riesgo a la integridad territorial y/o la subsistencia del sistema democrático. Y agrega que también es información reservada la referida a razones de seguridad nacional y de eficacia de la acción externa del Estado. Asimismo, esta norma también regula en su artículo 15°-B la *información de naturaleza confidencial.*

Como puede apreciarse, estas tres normas se refieren a la defensa, seguridad y soberanía nacionales, además de la integridad territorial, el orden interno y externo, y la soberanía nacional; y específicamente la Ley del Sistema de Defensa Nacional establece que toda información o documentación que se genere en el ámbito de los asuntos referidos a la Seguridad y Defensa Nacional, *son de carácter secreto.* Por su parte la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuando trata la información referida a la seguridad nacional interna y externa y la integridad territorial, considera que esta es de naturaleza secreta o reservada. No obstante, también considera como información reservada a algunos aspectos que no necesariamente se refieren a la seguridad nacional. Asimismo, esta norma (Ley de Transparencia) también considera otro tipo de información, no necesariamente vinculada a la defensa, seguridad y soberanía nacionales, así como a la integridad territorial, a la que considera de carácter *confidencial.*

Entonces, para dar contenido a la agravante materia de comentario (prevista en el numeral 3 del artículo 162° del Código Penal), debemos considera solo a la información vinculada a la defensa, seguridad y soberanía nacionales, y la integridad territorial, pero que no está contenida en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

### 3.5.4. EL AGENTE COMETE EL DELITO COMO INTEGRANTE DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

La Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1182, ha establecido una agravante de segundo nivel en razón a la forma como se comete el delito; con esta agravante se reprimen a los hechos con una pena privativa de libertad incrementada hasta en un tercio por encima del máximo legal previsto para los supuestos anteriores. Este es el caso en que el agente del delito actúa como integrante de una organización criminal. Para efectos de la definición y actuación de estas organizaciones, nos remitimos a los criterios desarrollados en el artículo 153°-A del Código Penal, referido a las formas agravadas del delito de trata de personas y demás pertinentes que tratan supuestos agravados referidos a organizaciones criminales.

## 3.6. MEDIOS DE COMISIÓN DEL DELITO

Tal como ya se ha indicado, el tipo penal no establece los medios de los que puede hacer uso el agente para cometer el delito *in comento*, por lo que se admite cualquiera que sea idóneo para interferir o escuchar una conversación telefónica convencional o móvil o los demás medios que sirvan para interceptar y escuchar otros tipos de comunicaciones realizadas a través de conversaciones o intercambio de opiniones, pareceres o conocimientos.

## 3.7. CONSENTIMIENTO DE UNO DE LOS INTERLOCUTORES

La conducta será atípica de existir consentimiento de la persona concernida en la conversación telefónica o similar. En este caso, el consentimiento opera como causa de exclusión del tipo y no simplemente de la antijuricidad, porque cuando se produce su mediación (previa o

simultáneamente al hecho) no se ocasiona ningún menoscabo fáctico del bien jurídico[754].

De otro lado, en los casos en que se trata de varios interlocutores intervinientes en la conversación y uno de estos consiente que un tercero (ajeno) escuche la escuche, existe discrepancia en la doctrina. Al respecto, un sector importante de la doctrina sostiene que si existe el consentimiento de uno de los intervinientes el comportamiento no puede considerarse típico[755]. Por nuestra parte consideramos que debe diferenciarse los supuestos en que la información se refiere a aspectos de la intimidad o privacidad de las personas de los que no tienen este contenido; pues, en los casos en que la *intervención y escucha del tercero* autorizada por uno de los interlocutores se refiere a la intimidad o privacidad, consideramos que los hechos siguen siendo típicos, puesto que uno de los participantes en la conversación no puede disponer de la intimidad o privacidad de los demás o defraudar la expectativa de reserva que estos depositan en su persona al confiarle aspectos íntimos o privados (que no deben ser públicos)[756]. Al respecto MUÑOZ CONDE[757], considera que este consentimiento no justifica el hecho y que incluso cabe la autoría o participación punible. En el mismo sentido, ROMEO CASABONA[758] señala que "...en estos casos, el consentimiento no excluye la tipicidad, el partícipe de la comunicación está involucrando a un tercero sin que tal circunstancia sea conocida

---

[754] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.*, p. 740.

[755] En este sentido, CARBONELL MATEU-GONZÁLES CUSSAC en Vives Antón (coord.): *Ob. Cit.*, Vol. II, p. 999.

[756] Distinto será el caso en que uno de los intervinientes grave la conversación y luego pueda usarla para algún fin lícito, como para acreditar la comisión de un delito por ejemplo, puesto que en este caso el tercero no interviene en la conversación sino con posterioridad conoce su contenido, y si dicho contenido tuviera interés público ya superará los ámbitos de la privacidad o intimidad y por ello puede utilizarse como prueba del delito, con las limitaciones que el debido proceso exige.

[757] MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.*, p. 248.

[758] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.*, pp. 740 y 741.

por los demás, y pueda ser consentida implícitamente, como se deduce del hecho de aceptar a los demás interlocutores; es decir, los partícipes captados no se encuentran en condiciones de poder asumir el riesgo de un comportamiento desleal por parte de alguno de ellos"[759].

En el caso que la conversación no involucre aspectos de la vida privada o reservada de los interlocutores (que no permitieron la injerencia del tercero) o de terceras personas, consideramos que, efectivamente, la permisión del tercero en la "escucha" de la conversación por parte de alguno de los interlocutores no resulta típica, puesto que no se afecta claramente un bien jurídico específico; pues, el simple derecho a la reserva en la conversación telefónica o similar queda superado con la permisión de uno de los intervinientes en la misma. En este caso, creemos que los demás intervinientes no pueden alegar que se ha afectado indebidamente su derecho, porque ellos mismos han puesto en conocimiento del interlocutor el contenido de la información, concretando, en consecuencia, una actuación a propio riesgo.

No obstante, este último criterio puede aplicarse para los supuestos básicos, mas no así para los agravados, en los cuales el agente tiene un deber especial que lo defrauda al cometer el hecho (permisión de tercero en la intervención, interferencia o escucha de la conversación entre los interlocutores), o por la especial naturaleza de la información el sujeto conoce el especial riesgo al cual está sometiendo al bien jurídico protegido; salvo que el agente desconozca la naturaleza de la información, lo cual se apreciará al evaluar el tipo subjetivo

### 3.8. TIPO SUBJETIVO

El presente tipo penal es eminentemente doloso, no requiriéndose ningún otro elemento subjetivo distinto al dolo, por ejemplo la finalidad

---

[759] En las anteriores ediciones de este trabajo, respecto a este punto, habíamos asumido criterio distinto, pero a la fecha luego de analizar y reflexionar al respecto, cambiamos nuestro punto de vista; en tanto, es uno de los titulares del derecho quien autoriza la aprehensión del mensaje por parte de terceros.

de descubrir los secretos[760] o de afectar específicamente la privacidad o la intimidad. "Si bien, el propósito ulterior del agente, estará ínsito en la modalidad típica, de acceder a cierta información, en cuanto a los secretos que se guardan en la intimidad de las personas; dicha esfera anímica no requiere ser verificada a efectos de valorar el juicio de tipicidad penal"[761]

Asimismo, vemos de difícil configuración el error de tipo, por cuanto al violar, el agente, los elementos que dotan de privacidad a la conversación interceptada, conoce que está ingresando al ámbito de privacidad de la víctima. Sin embargo, en el caso de los supuestos agravados, en que el agente es un funcionario público en ejercicio de sus funciones, siempre existirá la posibilidad de que este pueda desconocer el carácter de su actuación, si esta está permitida o no por el derecho, en tal caso, no se tratará propiamente de un error de tipo sino de un caso de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación que debe ser tratado como un error de prohibición. Lo mismo sucederá en el caso de las demás agravantes, en que el agente puede desconocer la verdadera naturaleza de la información o el daño que puede generarse con la realización de la conducta típica; en estos casos, si bien no se configura el supuesto agravado, precisamente por el desconocimiento y error, de todos modos será posible imputar el tipo básico.

De otro lado, se descarta la comisión imprudente, conforme a lo previsto en el artículo 12° del Código Penal.

---

[760] A diferencia de lo previsto en nuestra legislación nacional, en el código penal español de 1995 el delito de violación *in comento* es un delito mutilado de dos actos, en el cual se requiere un elemento de tendencia interna trascendente, contenida en la finalidad del autor de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro. Véase a este respecto, CARBONELL MATEU-GONZÁLES CUSSAC en Vives Antón (coord.): *Ob. Cit.*, Vol. II, p .995. MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.*, p. 246.

[761] PEÑA-CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 533.

## 3.9. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma cuando el agente interfiere o escucha la conversación telefónica o similar, siendo irrelevante para la consumación del delito, que el sujeto activo, posteriormente divulgue o no la información o secretos de los que ha tomado conocimiento.

La tentativa es admisible en las modalidades de *intervenir e interferir*, por ejemplo, cuando el agente es intervenido mientras coloca los dispositivos para intervenir o interferir las comunicaciones telefónicas de la víctima o cuando por ejemplo el mecanismo interceptor que se instala o se pretende instalar no da resultado por razones ajenas a la voluntad del agente (si el instrumento fuese inidóneo, estaremos ante un delito imposible), para ello se requiere sin embargo, que se haya generado propiamente un riesgo para el bien jurídico. No obstante, en los casos de *escuchar* nos parece que la tentativa no es posible, ya que cualquier escucha, desde que se inicia la misma (se inicia la ejecución del delito) ya configura un supuesto consumado, pues, este es un caso de mera actividad.

## 4. POSESIÓN O COMERCIALIZACIÓN DE EQUIPOS DESTINADOS A LA INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA O SIMILAR

**Art. 162°-A. "El que fabrica, adquiere, introduce al territorio nacional, posee o comercializa equipos o softwares destinados a interceptar ilegalmente las comunicaciones ¿...?[762] o similares, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de quince años."[763]**

### 4.1. CUESTIONES GENERALES Y POLÍTICO-CRIMINALES

Como se sabe, asistimos a la llamada "era de la comunicación" o "era de la información", determinada por el avance de la ciencia y la tecnología en esta materia, que ha llevado a la masificación de la comunicación telefónica y electrónica en general. Lamentablemente, el mismo avance tecnológico también ha desarrollado diversas formas de acceder, intervenir o interceptar indebida o ilegalmente este

---

[762] Hemos colocado el signo ¿...? en el texto de este artículo, porque consideramos que el legislador involuntariamente a omitido completar la frase, pues, creemos que lo que se ha querido decir es "comunicaciones telefónicas" o talvez "comunicaciones electrónicas", y sin embargo, se ha omitido esta frase; como puede verse, en los demás artículos, siempre se hace referencia a un tipo de comunicación (epistolar, telegráfica, telefónica o electrónica) como puede verse en el artículo subsiguiente.

[763] Artículo incorporado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1182, publicado el 27 julio 2015.

tipo de comunicaciones, con lo que la privacidad y la intimidad de las personas han quedado totalmente expuestas, y claro, el derecho al secreto o reserva en las comunicaciones queda en franco entredicho. Más aún, la propia seguridad pública así como la seguridad del Estado se ha visto en grave riesgo. Esto se agrava cuando es el propio Estado el realiza injerencias en las comunicaciones violando los derechos de los ciudadanos.

Peor aún, en nuestro medio recientemente se han descubierto centrales de interceptación de las comunicaciones vinculadas a ciertos personajes políticos o a organizaciones criminales así como también a delincuentes comunes, que se dedicaban al chantaje y la extorsión a oponentes políticos y a víctimas inocentes. Igualmente, ya es de dominio público que cualquier persona puede interceptar o "chuponear" las llamadas telefónicas y otro tipo de comunicaciones electrónicas; fundamentalmente porque ha proliferado la existencia de diversos aparatos, dispositivos, mecanismos o softwares de interceptación; además de que el acceso a ello es totalmente fácil y el precio es relativamente bajo, a tal punto que se ofrecen a través de internet[764]. Así las cosas,

[764] En efecto, se dice: "El monitoreo de los teléfonos celulares sin su conocimiento está creciendo rápidamente en los países de América Latina como Argentina, México y Brasil después de ser muy famoso en Estados Unidos desde 2008. El interceptor *GSM/ Stingray / Receptor de IMSI* es un equipo que puede recopilar datos de cientos de teléfonos en zonas específicas y también puede realizar *ataques de denegación de servicio* a los teléfonos móviles e interceptar conversaciones de gente. Aunque estos productos no están disponibles legalmente, pero se pueden comprar a través de los mercados negros o través de Deep Web.
La policía y fuerza militar utilizan estos dispositivos para rastrear teléfonos celulares. Un sistema de Stingray tiene una antena, mapas, y un dispositivo de señal. El dispositivo trabaja como una torre celular de *Base Transmitting Stations (BTS)* y obtiene la lista de los teléfonos en la zona conectados con BTS. Luego se recoge *International Mobile Subscriber Number (IMSI) y Electronic Serial Number (ESM)* asociados con todos los teléfonos en su rango.
Hay dos maneras de utilizar estos dispositivos, dice Mike Stevens, experto de capacitación de hacking ético de móviles del Instituto Internacional

obviamente el Estado se ha visto en la obligación de recurrir al control penal, tipificando penalmente, no solo las acciones de intervención, escucha o interferencia en las comunicaciones, sino que ha adelantado la criminalización para considera como delitos autónomos a la fabricación, adquisición, introducción al territorio nacional, posesión o comercialización de equipos o softwares destinados a interceptar ilegalmente las comunicaciones.

## 4.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico tutelado por este tipo penal es el derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones previsto en el numeral 10 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado y desarrollado por las demás normas legales de la materia, cuyo contenido y naturaleza ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional. Obviamente

---

de Seguridad Cibernética. Una forma es utilizar la antena en un área determinada para recoger International Mobile Subscriber Number (IMSI) y Electronic Serial Number (ESN) de los teléfonos móviles en esa zona y ver quién está en esa zona predeterminada. La segunda manera es localizar un teléfono móvil con IMEI, International Mobile Subscriber Number (IMSI) y Electronic Serial Number (ESN) como aplicación de Find my phone de teléfonos de Apple, pero en este caso, podemos rastrear el teléfono incluso si se formatea el teléfono, como IMEI está asociado con el hardware no el software. En base a la intensidad de la señal del dispositivo se puede encontrar la ubicación exacta del teléfono móvil. (...).

Con el software se pueden utilizar estos dispositivos para interceptar las conversaciones de los teléfonos móviles y hacer llamadas y mandar SMS falsos. Estos softwares están conocidos como Over-The-Air special signal software como FISHHAWK, PORPOISE.

Dispositivos son también conocidos como GSM INTERCEPTOR o IMSI CATCHER. James Taylor experto de curso de seguridad informática de celulares, nos mencionó algunos de ellos como GOSSAMER, LONGSHIP, BLACKFIN, BLACKFIN II, HAWKSBILL, SPURDOG, FISHFINDER, KINGFISH, STINGRAY, STINGRAY II, GSM INTERROGATOR, CDMA INTERROGATOR, IDEN INTERROGATOR, UMTS INTERROGATOR, FISHHAWK, PORPOISE, FIREFISH, TARPON, AMBERJACK, HARPOON, MORAY, LANTERNEYE, RAYFISH, STONECRAB".

http://noticiasseguridad.com/tecnologia/como-interceptar-comunicaciones-moviles-llamadas-y-mensajes-facilmente-sin-hackear/

este derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones está en conexión directa con el derecho a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio de comunicación; por lo que indirectamente también este derecho es protegido por el presente tipo penal.

## 4.3. TIPO PENAL

### 4.3.1. SUJETOS DEL DELITO

Sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, inclusive un funcionario o servidor público; asimismo el sujeto pasivo puede ser cualquiera.

### 4.3.2. ACCIÓN TÍPICA

En realidad el tipo penal pretende sancionar toda forma de existencia de aparatos, equipos, instrumentos o softwares destinados a la interceptación ilegal de las comunicaciones; pero en forma específica considera como acciones típicas al hecho de *fabricar* o *adquirir, poseer* o *comercializar,* de cualquier forma, este tipo de aparatos, equipos o softwares. Asimismo, otra acción típica considerada es el hecho de *introducir al territorio nacional* estos aparatos.

Por ***fabricar*** debe entenderse al hecho de elaborar o producir el aparato, equipo o software, sea en una fábrica, un taller, un estudio, un gabinete o manualmente; el mismo que debe ser idóneo para la intervención de las comunicaciones (telefónicas o electrónicas en general). No se trata de realizar instalaciones directas para la interceptación de una determinada línea telefónica o electrónica, pues esta acción configura el tipo penal de interferencia telefónica previsto en el artículo 162° del Código.

Por ***adquirir*** debe entenderse a cualquier forma en que el sujeto obtiene o entra en posesión, propiedad o tenencia del aparato interceptor; puede tratarse de actos de compraventa, permuta, donación o cualquier otra forma de adjudicación.

Por ***poseer*** debe entenderse la tenencia real por parte del agente del equipo o software para la interceptación. Esto significa lo que comúnmente llamamos lo "tiene en su poder". Pero la posesión del equipo no necesariamente tiene que ser material, es decir, que lo tenga entre sus pendas de vestir, en su equipo de viajero en su habitación o en su domicilio o centro de trabajo donde él se encuentra o pernocta, sino que también puede tratarse de una posesión mediata, como que tenga el equipo encargado, depositado o en poder de tercera persona. En este caso, no se requiere que sea el propietario del equipo sino que es suficiente con que sea él quien detenta la posesión real, sea mediata o inmediata.

Se puede discutir si debe tratarse necesariamente de una posesión ilegítima o también puede tratarse de una posesión a la cual el sujeto ha entrado de modo legítimo, solo que después de entrar en posesión del equipo o software ha decidido utilizarlo para la interceptación telefónica y en tal condición lo mantiene en su poder. Al respecto consideramos que si es evidente, basados en datos objetivos, que se está poseyendo para utilizarlo con fines ilícitos, o se puede acreditar tal situación, esta clase de posesión también sería típica. Esto puede presentarse, por ejemplo, cuando se le encargó o se le dejó lícitamente depositado el equipo al agente, y este demora la devolución o se niega a la entrega; en tal caso, puede presumirse una posesión ilegítima con fines de interceptación.

Especial mención en este caso de posesión ilegal es el hecho que el agente se mantiene en posesión de un equipo o mecanismo de interceptación, como una antena instalada o para instalar, que tiene como único fin interceptar las llamadas o conversaciones telefónicas o electrónicas.

Por ***comercializar*** debe entenderse a todo acto de transferencia de un equipo o software de interceptación de la comunicación. Si bien normalmente por comercializar se entiende a todo acto de comercio consistente en la compraventa de bienes o servicios, en general, en este

tipo penal se consideran todo tipo de intercambio en el mercado, sea esta una permuta, una venta o cualquier otra forma de transferencia a título oneroso; en este caso quedan excluidos los supuestos de donaciones o de cualquier otro tipo de liberalidad, los que pueden encuadrarse en el supuesto de "poseer" cuando ya tiene en poder el equipo o software.

A diferencia del supuesto de *adquirir,* también considerado en este tipo penal, el supuesto de comercializar comprende al agente que dispone del equipo o software, es decir, al que entrega o transfiere el bien, no así al que lo recibe, el cual queda comprendido en el caso de adquisición.

Por ***introducir al territorio nacional*** debe entenderse al hecho de importar el equipo o el software; esto es, al acto de ingresar al territorio nacional por las zonas y puestos aduaneros, pagando los aranceles correspondientes. Asimismo, se comprende a los casos de contrabando, en que el agente ingresa a territorio nacional los equipos o softwares burlando los controles aduaneros. Obviamente, para definir el "territorio nacional" se debe tener en cuenta que existen ámbitos territoriales internacionales que no se consideran aún Parte del territorio nacional, por ello habrá que determinar que ya se ha cruzado el límite de estas zonas internacionales.

En el caso de la importación "lícita", es de considerar que si bien en principio este acto resulta conforme a derecho, su finalidad la convierte en típico, en tanto y en cuanto quede evidenciado que no existe una finalidad lícita para la importación de tales bienes, por lo que por razonamiento *in contrario sensu,* se asume que se ha introducido en el territorio nacional a dichos equipos con la finalidad de cometer el delito en comento.

### 4.3.3. ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO

El tipo penal establece los equipos o softwares deben estar destinados a interceptar *ilegalmente* las comunicaciones; con ello introduce dentro del tipo penal un elemento normativo que se determinará

recurriendo al análisis de toda la normatividad sobre la materia, para precisar si el hecho es conforme a derecho (a ley) o contrario a este. Como se sabe, normalmente la legalidad o ilegalidad de una conducta se analiza a nivel a la antijuricidad, luego que se ha determinado la tipicidad del hecho, pero en este caso, este análisis deberá realizarse desde un principio para determinar si estamos o no ante un tipo penal[765].

### 4.3.4. OBJETO DEL DELITO

Se entiendo por objeto del delito, específicamente al bien, cosa u objeto sobre el cual recae la acción delictiva, normalmente significa la concreción del bien jurídico en un elemento material o ideal, pero también puede consistir en la cosa material o ideal a través del cual se materializa la acción delictiva, como por ejemplo, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas. En tal sentido en el presente tipo penal el objeto del delito lo constituyen los *"equipos" o "softwares"* destinados a interceptación de las comunicaciones.

***Equipo*** es un aparato constituido por un conjunto de piezas, instrumentos o elementos armados, organizados o elaborados para cumplir una determinada finalidad; en este caso para realizar interceptaciones de las comunicaciones (telefónicas o electrónicas). Normalmente está integrado por objetos o elementos materiales (físicos o químicos), pero también puede contar con algún elemento informático como un software, como un equipo computarizado. En realidad para la interceptación de las comunicaciones no se requiere de un simple equipo sino de un sistema de interceptación integrado por diversos equipos y softwares.

Así existen sistemas receptores pasivos de telefonía celular digital y analógica con funciones de radiogoniometría[766] (ubicación física del

---

[765] Respecto a la definición y análisis del elemento normativo, véase el Tomo I de este trabajo.

[766] El radiogoniómetro es un sistema electrónico capaz de determinar la dirección de procedencia de una señal de radio.

objetivo, con un error de entre 2 a 10 metros). Integrado por equipos que están desarrollados específicamente para monitorear objetivos celulares sin ser detectados, ya que no emiten señal alguna, solo reciben las comunicaciones del aire. Esta característica los diferencia de otros equipamientos que están diseñados en base a teléfonos celulares, que reciben y a su vez transmiten, y pueden ser detectados como cualquier dispositivo de telefonía.

Asimismo, existen los sistemas de localización de telefonía celular independiente, cuyo objetivo es conocer con relativa precisión la localización de un teléfono celular con la posibilidad de interceptar las comunicaciones que en el mismo se generan. Su funcionamiento se basa en la ubicación de receptores en lugares estratégicos de cada celda celular. Los mismos, además de tener la posibilidad de decodificar el canal de control e interceptar las distintas comunicaciones, tienen antenas receptoras direccionales, que por medio de una triangulación conjunta, les permite calcular el estimado de la posición del teléfono. Los datos son procesados y transmitidos a una unidad central que es la que se encarga de la triangulación conjunta y es la que tiene el control total del sistema. La interfaz de usuario corre sobre dicha unidad centralizadora. El tercer elemento que compone este sistema es un receptor móvil para el acercamiento al equipo celular logrando así disminuir el error de búsqueda.

Igualmente, existen los sistemas de ubicación y escucha de móviles de telefonía celular a nivel nacional, que es un sistema que permite realizar escuchas y ubicación de las unidades móviles desde un centro de vigilancia destinado a tal fin. El funcionamiento está basado en la triangulación, en ámbitos de gran densidad urbana, mediante la medición de los canales de control de las empresas prestatarias[767].

Además de los interceptores de teléfonos celulares, existen otros equipos o sistemas para interceptar otros tipos de comunicación elec-

[767] Al respecto ver las diversas páginas existentes al respecto en internet.

trónica; sin embargo, estos sobre todo, están configurados a partir de *softwares infromáticos.*

De otro lado, otro objeto del delito es el ***software***[768] para interceptación de las comunicaciones. Según la RAE, el software es un conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas que permiten ejecutar distintas tareas en una computadora. A su vez los programas son una secuencia de instrucciones, escritas para realizar una tarea específica, especialmente en una computadora[769].

En realidad es un sistema informático, que comprende el conjunto de los componentes lógicos necesarios que hacen posible la realización de tareas específicas, en contraposición a los componentes físicos de los sistema informáticos llamados hardware.

Los componentes lógicos incluyen, entre muchos otros, las aplicaciones informáticas, tales como el procesador de texto, que permite al usuario realizar todas las tareas concernientes a la edición de textos; el llamado software de sistema, tal como el sistema operativo, que básicamente permite al resto de los programas funcionar adecuadamente, facilitando también la interacción entre los componentes físicos y el resto de las aplicaciones, y proporcionando una interfaz con el usuario[770].

Con los *softwares,* por sí solos o conformando un equipo o sistema, se realiza la interceptación electrónica en general, además de la interceptación telefónica. Como se verá más adelante, la comunicación telefónica es un tipo de comunicación electrónica, la misma que comprende además la comunicación por correo electrónico (google, Facebook, etc.) y otras formas de comunicación a través de internet.

---

[768] "Software es una palabra que proviene del idioma inglés, pero que gracias a la masificación de uso, ha sido aceptada por la Real Academia Española. http://definicion.de/software/

[769] https://www.google.com.pe/#q=programa+de+software

[770] https://es.wikipedia.org/wiki/Software

## 5. INTERFERENCIA DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS, DE MENSAJERÍA INSTANTÁNEA Y SIMILARES

Art. 162°-B. **"El que, indebidamente, interviene o interfiere comunicaciones electrónicas o de mensajería instantánea o similares, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.**

**La pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años, cuando:**

1. **El agente tenga la condición de funcionario o servidor público, y se impondrá además la inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 4.**
2. **El delito recaiga sobre información clasificada como secreta, reservada o confidencial de conformidad con la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.**
3. **El delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacionales.**

**Si el agente comete el delito como integrante de una organización criminal, la pena se incrementa hasta en un tercio por encima del máximo legal previsto en los supuestos anteriores.**[771]

### 5.1. CUESTIONES GENERALES

Como ya se ha indicado, este artículo se incorporó al Código Penal por el Decreto Legislativo N° 1234, del 26 septiembre 2015. En realidad, en cuanto a la estructura del tipo y en casi todos sus elemen-

---

[771] Artículo incorporado por el Artículo Único del Decreto Legislativo N° 1234, publicado el 26 septiembre 2015.

tos configurativos, es una réplica del artículo 162° del Código Penal, referido a la interferencia telefónica. Pues, solo difieren en cuanto al objeto material del delito, puesto que el presente tipo penal se refiere a la interferencia o intervención en las *comunicaciones electrónicas o de mensajería instantánea o similares*, mientras que el anterior está referido solo a una conversación telefónica o similar. Asimismo, el tipo penal bajo comentario, no considera al verbo rector "escucha" que sí está comprendido en el tipo anterior. Por lo demás, y sobre todo, en los supuestos agravados resultan totalmente idénticos.

En tal sentido, en el análisis del presente tipo penal solo vamos a desarrollar el objeto del delito, así como el bien jurídico protegido, para hacer ciertas precisiones; pues, incluso los verbos rectores *"intervenir"* e *"interferir"* son los mismos. Consecuentemente, en todo caso, nos remitimos a los criterios esbozados para el referido tipo penal 162° del Código Penal.

### 5.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Como quiera que el tipo penal abarca a las comunicaciones electrónicas y a las comunicaciones de mensajería instantánea o similares, consideramos que el bien jurídico, al igual que en el caso anterior, es derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones previsto en el numeral 10 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado y desarrollado por las demás normas legales de la materia, cuyo contenido y naturaleza ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional. Obviamente este derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones está en conexión directa con el derecho a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio de comunicación; por lo que indirectamente también este derecho es protegido por el presente tipo penal.

### 5.3. OBJETO DEL DELITO

Como se señaló antes, el objeto del delito es el bien, cosa u objeto sobre el cual recae la acción delictiva, y normalmente significa la concreción del bien jurídico en un elemento material o ideal que

comprende a un derecho o interés jurídico de la titularidad del sujeto pasivo del delito. En el presente caso, el objeto del delito sobre el cual recae las acciones típicas de "intervención" e "interceptación" son las *comunicaciones electrónicas* y las *comunicaciones de mensajería instantánea o similares.*

Por *"comunicaciones electrónicas"* se entiende en forma conjunta a las realizadas a través de las telecomunicaciones así como a las realizadas por internet[772]. Entonces, están comprendidas en la comunicación electrónica las llamadas telefónicas de todo tipo, así como los correos electrónicos, el chat, etc.[773]. Sin embargo, no todos estos últimos tipos de comunicación son secretos o reservados, por lo tanto en el tipo penal solo se considerarán las comunicaciones referidas a la intimidad y la privacidad o las que los participantes en la comunicación así las consideren.

De otro lado, también se ha comprendido como objeto del delito a *la mensajería instantánea y similar,* cuya característica de similitud está determinada por su condición de electrónica y porque transmiten un mensaje que espera una respuesta. Específicamente mensajería instantánea (también conocida en inglés como IM) es una forma de comunicación en tiempo real entre dos o más personas basada en

---

[772] http://wikitel.info/wiki/Comunicaciones_electrónicas
Asimismo, se dice que su origen está en el marco regulatorio elaborado por la Unión Europea en 2002 que pretendía establecer un conjunto de normas que fueran válidas tanto para las comunicaciones tradicionales (voz, telefonía, móviles), como para los nuevos modos de comunicación como la banda ancha o el acceso a Internet.
"El concepto de telecomunicación abarca todas las formas de comunicación a distancia. La palabra incluye el prefijo griego tele, que significa "distancia" o "lejos". Por lo tanto, la telecomunicación es una técnica que consiste en la transmisión de un mensaje desde un punto hacia otro, usualmente con la característica adicional de ser bidireccional. La telefonía, la radio, la televisión y la transmisión de datos a través de computadoras son parte del sector de las telecomunicaciones". http://definicion.de/telecomunicacion/ (Consulta del 3 de enero del 2017).

[773] Existen diferentes tipos de comunicación electrónica, tales como: Telefonía móvil, SMS, teleconferencias, redes sociales, foros, blogs, etc.

texto. El texto es enviado a través de dispositivos conectados ya sea a una red como internet, o datos móviles (3G, 4G, 4G LTE, etc.)[774], sin importar la distancia que exista entre los 2 (o más) dispositivos conectados.

La mensajería instantánea requiere el uso de un cliente de mensajería instantánea que realiza el servicio, y en esto se diferencia del correo electrónico.

La mayoría usan redes propietarias de los diferentes softwares que ofrecen este servicio en cada máquina diferente. También, hay programas de mensajería que sirven de gran ayuda para que llegue su envío de forma instantánea que utilizan el protocolo abierto XMPP[775], con un conjunto descentralizado de servidores. (...).

---

[774] ¿Qué significa tener una red 4G y tener una red LTE. ¿Son tan distintas? Las redes 4G son la evolución de las redes 3G habituales hasta ahora. El boom de los smartphones se vivió gracias a las redes 3G y te resultará curioso saber que las redes 3G alcanzaban velocidades de descarga habituales de 7,2 Mbps. Las nuevas redes 4G alcanzan 80 Mbps.
Si las redes 3G además de poder enviar mensajes, eran suficientes para enviar fotos de poca resolución o ver vídeos de calidad estándar en la red, con una red 4G podemos disfrutar de más contenido a una velocidad mucho mayor.
Al 4G convencional se le puede adicionar otro tipo de tecnología aún más rápida, la LTE (Long Term Evolution). Este estándar dentro de una red 4G añade mucha más velocidad a la soportada inicialmente, llegando a un tope de 300 Mbps de descarga en la categoría 5 de LTE.
Imagina disfrutar contenido HD sin cortes, realizar videollamadas sin interrupciones, compartir fotografías e información de forma instantánea, buscar todo tipo de datos de forma veloz. Definitivamente la red 4G LTE de Telcel es la mejor opción.
https://www.xataka.com.mx/telcel4glte/la-diferencias-de-navegar-con-lte-vs-4g (Consulta del 3 de enero del 2017).

[775] XMPP es un protocolo abierto creado para la mensajería instantánea y ha sido usado por empresas como Google y Facebook. Sus siglas son una abreviación para el término Extensible Messaging Presence Protocol, que podría traducirse como Protocolo extensible de mensajería y presencia. XMPP es un protocolo abierto que se creó para ser usado en sistemas de mensajería instantánea originalmente, está basado en XML. Originalmente

Actualmente la mensajería instantánea ha dado un vuelco hacia las aplicaciones móviles, aplicaciones multiplataforma, también servicios web que no necesitan de ninguna aplicación para poder funcionar. Tienen especial relevancia Facebook, Messenger, Skype, Line, Hangouts, Telegram y Whatsapp[776].

Especial relevancia revisten en nuestro medio la llamada notificación electrónica, que está siendo usada en el Poder Judicial y otras instituciones públicas, la misma que consiste en un sistema de notificación usando medios electrónicos seguros (certificado digital), que permite acreditar la fecha y hora en que se produce la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada para todos los efectos legales.

La notificación electrónica es similar a la comunicación electrónica, solo que a diferencia de esta, la primera necesita algún tipo de respuesta (aceptación o rechazo)[777].

## 5.4. SUPUESTOS AGRAVADOS

Tal como ya se indicó, este tipo penal es idéntico, en su estructura, al de interferencia telefónica comprendido en el artículo 162°, sobre todo, en las circunstancias agravantes consideradas, en las cuales se repite íntegramente los referido en el tipo penal anterior.

---

se conocía como Jabber, y el proyecto fue iniciado en 1998 por Jeremie Miller. Actualmente XMPP y sus múltiples extensiones soportan mensajería instantánea, videoconferencia, vista del estado en línea de los usuarios, y transferencia de archivos a través de clientes.
https://hipertextual.com/archivo/2014/07/protocolo-xmpp/ (Consulta del 3 de enero del 2017).

[776] https://es.wikipedia.org/wiki/Mensajería_instantánea (Consulta del 3 de enero del 2017).

[777] https://eadmin.dipualba.es/notiel/info.aspx?entidad=02000 (Consulta del 3 de enero del 2017).

Así puede apreciarse las agravantes cuando el agente tenga la condición de funcionario o servidor público; cuando el delito recaiga sobre información clasificada como secreta, reservada o confidencial de conformidad con la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública; cuando el delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacionales; y, si el agente comete el delito como integrante de una organización criminal.

En tal sentido, en esta parte, nos remitimos a todos los criterios desarrollados en dicho tipo penal (Artículo 162° del Código Penal).

## 6. SUPRESIÓN O EXTRAVÍO DE CORRESPONDENCIA

Art. 163°.- **"El que, indebidamente, suprime o extravía de su destino una correspondencia epistolar o telegráfica, aunque no la haya violado, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas".**

### 6.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico objeto de tutela en este tipo penal es directamente el derecho a la libertad previsto en el numeral 4 del artículo 2° de la Constitución, en sus esferas referidas al debido ejercicio del derecho de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. Toda vez que al suprimir o extraviar la correspondencia epistolar o telegráfica, se impide que los derechos contenidos en estas esferas del derecho a la libertad, sean ejercidas debidamente, obstaculizándose, precisamente la remisión y difusión del pensamiento entre los que participan en la comunicación.

Aun cuando se afecta la comunicación, no se puede sostener que se afecta directamente la intimidad o la privacidad de los sujetos concernidos en la comunicación, puesto que para la configuración del delito no se requiere que el sujeto conozca la información contenida en la comunicación o mensaje, en tal sentido no se produce una injerencia o intromisión en la esfera íntima de la persona; si ello sucediera estaremos ante alguno de los tipos penales contra la intimidad o privacidad que hemos estudiado anteriormente, y la supresión o extravía de su destino una correspondencia epistolar o telegráfica, solo será un medio para cometer el delito contra la intimidad.

## 6.2. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

### 6.2.1. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Agente del delito puede ser cualquier persona, no requiriéndose que tenga alguna condición o calidad especial.

No puede ser agente del delito, la propia persona a la que se ha remitido la correspondencia, aunque esta, sin tomar conocimiento de su contenido, la destruya o la oculte, por cuanto, ello significaría un rechazo del mensaje que se le ha dirigido y no afecta el derecho a su propia información.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona natural o jurídica; al efecto, son víctimas tanto el remitente así como el destinatario, puesto que ambos resultan perjudicados con la conducta del agente.

### 6.2.2. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El tipo penal contiene dos modalidades típicas: suprimir o extraviar de destino.

Por ***suprimir*** debe entenderse a la acción de sacar a la comunicación del curso que lleva, es decir, del itinerario dirigido a su destinatario. Se suprime la correspondencia cuando se destruye el documento o soporte físico que contiene el mensaje que se trata de comunicar o también cuando se la intercepta y oculta o arroja de modo definitivo de tal suerte que retomar la comunicación ya no será posible; por ejemplo, cuando se coloca la comunicación en un lugar donde es imposible que el curso se reanude, como sería, introducirla en una bolsa de residuos, etc.[778]

Por ***extraviar de destino*** se entiende el cambio de destino de la correspondencia; en este caso, no se destruye el soporte material de la misma pero se impide la comunicación. Se mantiene el curso

[778] CREUS: *Ob. Cit.*, p. 355.

de la correspondencia (epistolar o telegráfica) pero desviada de tal modo que no va a llegar a su destino. El desvío puede ser temporal o definitivo, puesto que en ambos casos se afecta la comunicación; inclusive el interés del agente del delito puede ser evitar la comunicación oportuna del destinatario y para ello el desvío temporal será suficiente. Puede realizarse de diversas maneras, como por ejemplo utilizando al propio agente encargado de transmitir o remitir el mensaje, interceptando la comunicación y desviando su destino, o cuando una persona que se encuentra en el lugar de destino, niega que la persona destinataria habita en tal lugar impidiendo así, que dicha persona reciba la comunicación.

En ambos casos, para la consumación del delito, no se requiere que el agente haya accedido al contenido de la comunicación, esto es, que haya tomado conocimiento del mensaje a comunicarse; de ser así, tal como ya lo adelantamos, estaremos ante un concurso aparente de normas que se resolvería con el principio de especialidad y aplicando el tipo penal previsto en el artículo 161° del Código Penal, relativo a la violación de la correspondencia. En este caso, el hecho revestirá mayor gravedad porque además de afectar el derecho a la información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, se afecta la intimidad y privacidad del sujeto pasivo.

### 6.2.3. OBJETO MATERIAL DEL DELITO

Está constituido por la correspondencia epistolar o telegráfica.

Puede tratarse de correspondencia abierta o cerrada, toda vez que, para la consumación del delito, no se requiere que la correspondencia haya sido violada; lo que a la vez determina que no interesa si la correspondencia contiene información secreta o reservada.

Debe entenderse "*correspondencia epistolar*" a las cartas remitidas por cualquier persona a un destinatario determinado, sea este una persona natural o jurídica; estas pueden tener el más variado contenido, pudiendo contener mensajes de amor, de amistad, de simple información, de carácter científico, filosófico o incluso cartas comerciales. En

el mismo sentido "*correspondencia telegráfica*" está referida a todo tipo de mensajes o información a transmitirse o ya transmitida por la vía telegráfica (telegramas u otros similares).

Debemos dejar constancia, que el legislador ha limitado la protección sólo a estos dos tipos de correspondencia, habiendo dejado de lado las demás formas o medios por los cuales también se remite la información o mensajes referidos y tienen la misma naturaleza y características de los anteriores, no habiendo tomado en cuenta los avances de la ciencia y la tecnología, sobre todo los referidos a la informática y la telemática.

No configura el tipo penal, cuando se trata de la supresión u ocultamiento de cartas notariales o citaciones de autoridad competente; puesto que se trata de una obligación conminatoria y no de una correspondencia epistolar vinculada al derecho de información, expresión u opinión; en todo caso, estas conductas podrían configurar delitos contra la Administración de Justicia o contra la Administración Pública, de ser el caso.

Obviamente, ambas modalidades del comportamiento típico, deben ser indebidas, es decir, el agente debe actuar de forma ilegítima, fuera de los supuestos de excepción previstos en la ley, o sin la presencia de causas de justificación o exculpación.

### 6.3. TIPO SUBJETIVO

Este delito es doloso. Se descarta la comisión imprudente, conforme a lo previsto en el artículo 12° del Código Penal. En tal sentido, si por ejemplo el operador encargado de la remisión de la misiva o de transmitir la señal telegráfica, equivocadamente desvía la comunicación, no realizará el tipo penal.

No existe problema para la configuración de los supuestos de error de tipo, como por ejemplo cuando el agente cree que la comunicación estaba dirigida a su persona. Sin embargo, por la naturaleza de los hechos, no creemos que pueda ampararse un supuesto error de prohibición.

## 6.4. CONSUMACIÓN

El delito se consuma con la supresión o extravío de la correspondencia epistolar o telegráfica, siendo irrelevante -en el caso de la segunda modalidad- que la persona receptora de la correspondencia extraviada, posteriormente, la remita a su verdadero destinatario; puesto que, como se ha indicado, puede presentarse el caso en que la afectación del bien jurídico se consuma al evitar la comunicación o información del destinatario de manera oportuna.

## 7. PUBLICACIÓN INDEBIDA DE CORRESPONDENCIA

Art. 164°.- **"El que publica, indebidamente, una correspondencia epistolar o telegráfica, no destinada a la publicidad, aunque le haya sido dirigida, será reprimido, si el hecho causa algún perjuicio a otro, con limitación de días libres de veinte a cincuenta y dos jornadas"**

### 7.1. BIEN JURÍDICO

El bien jurídico protegido es la intimidad o privacidad de la persona concernida en la comunicación; se tutela el contenido de la correspondencia para que no salga de la esfera de reserva del remitente o del destinatario, puesto que esta puede contener aspectos relacionados a la vida íntima del remitente o del destinatario o de ambos o, incluso, de terceros.

La pena prevista para este delito es mínima; solo limitativa de días libres; por lo que la protección del bien jurídico no nos parece lo suficientemente convincente; más aún, si se tiene en cuenta que cuando se trata de terceros no intervinientes en la conversación, para la configuración de este delito, el sujeto previamente accede al contenido del mensaje, con lo que también realiza el contenido típico del delito de violación de la correspondencia (en este caso, la epistolar y la telegráfica); siendo así, nos parece que no se justifica la autonomía típica de este delito; en tal sentido, lo adecuado sería considerar a la publicación del contenido de la correspondencia como una circunstancia agravante del artículo 161° del Código Penal, tal como se hace en la legislación penal argentina, por ejemplo.

## 7.2. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

### 7.2.1. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

El sujeto activo puede ser cualquier persona; inclusive pueden serlo el propio remitente así como el destinatario, en el caso en que la publicación la realicen sin contar con el asentimiento del otro o de la persona concernida en la correspondencia. En este último caso, puede discutirse si se realiza o no este tipo penal cuando la correspondencia contiene información de contenido ilícito, por ejemplo de la comisión de un delito, en cuyo caso se puede entrar en el campo de la prueba ilícita y asumir que si el remitente ha puesto en conocimiento del destinatario hechos que pudieran involucrarlo, el que debe asumir el riesgo de la publicidad de los mismos es el propio remitente, por lo que no se podría considerar como agente del delito bajo análisis al destinatario o a eventuales terceros. En todo caso, los hechos quedarían amparados por alguna causal de justificación o de exculpación.

El sujeto pasivo puede ser cualquiera, fundamentalmente el remitente o el destinatario de la correspondencia, o ambos a la vez (ello cuando el agente es un tercero); asimismo, también pueden ser sujetos pasivos ciertos terceros que pudieran resultar perjudicados con la publicación realizada por el remitente o destinatario o por otros terceros.

### 7.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento consiste en *publicar* indebidamente, una correspondencia epistolar o telegráfica. "Publicar" consiste en hacer notorio, patente, manifiesto o poner en conocimiento de todos (o por lo menos de un gran número de personas) o de un número indeterminado de personas algo que se mantenía en secreto o no era de conocimiento del público. En este caso se trata de hacer de público conocimiento el contenido de la correspondencia epistolar o telegráfica. Nótese que se trata de publicitar el contenido de la correspondencia no únicamente la existencia de esta; pues, si fuera así, aún no se habría afectado propiamente la intimidad o privacidad de la persona concernida, puesto que no se ha accedido a su contenido. Puede tratarse de la publicación de

todo o parte del contenido de la correspondencia epistolar o telegráfica; inclusive puede tratarse de la publicación de una copia (fotostática o fotocopia) de la correspondencia epistolar o telegráfica.

Es indiferente el medio empleado para la publicación, pudiendo realizarse a través de la prensa escrita, radial, televisiva, la Internet, entre otros; asimismo, puede realizarse a través de un libro, un afiche, un volante, etc. Inclusive, puede realizarse la publicación por vía oral, siempre que se lo haga de tal forma que tome conocimiento del contenido epistolar un buen número de personas, como sería expresar el contenido de la correspondencia ante un auditorio concurrido, en una plaza pública (en un mitin o una reunión que concentre a gran número de personas).

Como ya se indicó, paso previo a la publicación de la correspondencia, es la apertura de la misma o tomar conocimiento de su contenido de cualquier manera, con lo que se accede a la intimidad o privacidad de la persona concernida en la misma. Esto sucede especialmente cuando es el destinatario de la correspondencia quien realiza la publicación, luego de abrir la misiva o el telegrama. Pero su fuera un tercero, quien realiza la publicación esta se realizará a través de la interceptación, apertura y aprehensión de la correspondencia.

La publicación del contenido de la correspondencia puede ser total o parcial, siendo necesario que pueda individualizarse al remitente o a los terceros perjudicados, directa o indirectamente. En todo caso, se requiere que la publicación sea indebida, lo que se deriva del hecho de que la correspondencia no está destinada a la publicidad. Obviamente, la publicación dejará de ser indebida cuando concurra una causa de justificación. Asimismo, el consentimiento del remitente y el destinatario y en general de todos los que pudieran verse perjudicados con el conocimiento público de la información, operará como causa de exclusión del tipo, negándose toda relevancia penal.

### 7.2.3. OBJETO DEL DELITO

El comportamiento típico se realiza cuando el agente publica el contenido de la correspondencia epistolar o telegráfica, no destinada a la publicidad, aunque le haya sido dirigida a la persona que realiza la

publicación. En tal sentido, en primer lugar qué debemos entender por correspondencia epistolar y correspondencia telegráfica; luego, cuál de estas es la que no está destinada a la publicidad; y finalmente, qué tipo de correspondencia es susceptible de realización típica o si la publicidad de todo tipo de correspondencia epistolar o telegráfica configura el tipo penal.

Correspondencia epistolar es un sinónimo de carta, es decir, texto cuya función principal es la comunicación entre el remitente o emisor (el que la escribe o redacta y la envía) y el destinatario o receptor que la debe recibir; el uso del término "epistolar" o "epístola" suele implicar un registro culto o un contexto literario (el género epistolar); puesto que en el lenguaje común o coloquial ya no es usual utilizar esta terminología. Es más se dice que en la actualidad es un *término arcaico*, por lo general restringido en su uso a las cartas didácticas sobre ética o religión, y particularmente para referirse a los libros del Nuevo Testamento que reciben el nombre de "epístolas", y donde se recogen las escritas por algunos apóstoles destinadas a las comunidades cristianas primitivas[779]. Por ello, ya ni siquiera se habla de "correspondencia epistolar" en las propias normas de la materia; así por ejemplo, el Decreto Legislativo N° 685, del 5 de noviembre de 1991, en su artículo 6° al referirse al servicio postal señala: *"El servicio postal comprende la admisión, transporte y entrega de los envíos de correspondencia tales como: cartas, tarjetas postales, impresos, cecogramas, pequeños paquetes y encomiendas, así como la prestación de servicios postales de valores y otros calificados como postales por las normas pertinentes, con sujeción a los dispositivos vigentes y a lo establecido en los Convenios y Acuerdos Internacionales que el país haya ratificado".*

Como puede verse, en ningún caso la norma sobre el servicio postal se refiere a correspondencia epistolar, por lo que la contenida en este artículo del Código Penal constituye una redacción anacrónica o

[779] Estas cartas, tradicionalmente atribuidas a Pablo de Tarso, se conocen como "epístolas paulinas" y el resto con el nombre genérico de "epístolas católicas" (es decir, "universales" o "generales"). https://es.wikipedia.org/wiki/Epístola

arcaica que debe modificarse a fin de ponerla a tono con la evolución de la ciencia y la tecnología en esta materia.

En efecto, el artículo 3° del Decreto Supremo N° 032-93-TCC, Reglamento de Servicios y Concesiones Postales, modificado por el Decreto Supremo N° 011-2010-MTC (Del 19 febrero 2010), al referirse a los diversos conceptos utilizados en el servicio postal, define como primera forma de correspondencia a la carta, a la única que le reconoce contenido secreto e inviolable, así, precisa como ***"Carta"*** *al envío postal cuyo contenido no se indica ni se pueda conocer, y todo escrito o impreso que aunque circule al descubierto, tenga el carácter de personal y actual; siendo por lo tanto su contenido secreto e inviolable*[780].

---

[780] *"Artículo 3°.- Para efectos del presente Reglamento los siguientes términos y expresiones tendrán el significado que a continuación se detalla: a) CARTAS.- Envío postal cuyo contenido no se indique ni se pueda conocer, y todo escrito o impreso que aunque circule al descubierto, tenga el carácter de personal y actual; siendo por lo tanto su contenido secreto e inviolable. b) CECOGRAMA.- Envío postal que contiene impresiones en relieve (caracteres Braile), grabaciones o registros ya sean sonoros o numéricos, o papel especial destinado únicamente para el uso de invidentes y de personas con visión parcialmente disminuida que lo requieran; con un peso individual de hasta 7 kilogramos. c) CONCESIONARIO.- Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, facultada a prestar el servicio postal. d) CONCESION POSTAL.- Es el acto Jurídico mediante el cual, el Estado otorga a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, la facultad de prestar el servicio postal, en un área determinada. e) ENCOMIENDA POSTAL.- Envío postal que contiene cualquier objeto, producto o materia, con o sin valor comercial, cuyo peso unitario será mayor a dos (2) kilogramos y no excederá de cincuenta (50) kilogramos. f) ENVIO DE ENTREGA RÁPIDA.- Documentos, materiales impresos, paquetes u otras mercancías calificadas como Envío Postal, que requieren de traslado urgente y disposición inmediata por parte del destinatario. g) ENVIO POSTAL.- Envío con destinatario definido, acondicionado en la forma definitiva en la que será transportado por el Concesionario del servicio postal, conforme a las especificaciones físicas y técnicas que permitan su tratamiento en la red postal; tales como cartas, tarjetas postales, impresos, cecogramas, pequeños paquetes, encomiendas postales, y otros calificados como tales por las normas pertinentes, cuyo peso unitario no será superior a los cincuenta (50) kilogramos. h) ENVIO DE CORRESPONDENCIA.- Envío postal que contiene una comunicación escrita sobre un soporte físico de cualquier naturaleza, que se transportará y entregará en la dirección indicada por el remitente sobre el propio envío o sobre su envoltorio; tales como las cartas,*

Consecuentemente, el contenido de esta norma, en cuanto se refiere a correspondencia epistolar, solo comprende en el tipo a los casos en que se publica indebidamente el contenido de una carta.

Lo mismo sucede con la *correspondencia telegráfica*, el cual también es un término antiguo que prácticamente está en desuso, puesto que viene siendo reemplazado por los de telefonía, telefónico o telecomunicaciones. Se denomina telecomunicación a la técnica de transmitir un mensaje desde un punto a otro, normalmente con el atributo típico adicional de ser bidireccional. Proviene del griego tele, que significa distancia. Por tanto, el término telecomunicación cubre todas las formas de comunicación a distancia, incluyendo radio, *telegrafía*, televisión, telefonía, transmisión de datos e interconexión de ordenadores[781].

En efecto, el Decreto Legislativo N° 332 (Del 13 de marso de 1985) y el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones,

---

*tarjetas postales, cecogramas y pequeños paquetes. i) IMPRESO.- Envío postal consistente en reproducciones obtenidas sobre papel, cartón u otros materiales de uso corriente, por medio de un procedimiento mecánico o litográfico de impresión, que implique el uso de un molde o un negativo; no tiene carácter de comunicación personal, y su peso individual no puede èxceder los 5 kilogramos. j) PEQUEÑO PAQUETE.- Envío postal que contiene cualquier objeto, producto o materia, tengan o no carácter comercial, cuyo peso no debe exceder de dos (2) kilogramos. k) REMESA Y/O GIRO POSTAL.- Servicio postal consistente en el pago de dinero a personas físicas o jurídicas por cuenta y encargo de otras (orden de pago), a través de la red postal, de cuya entrega, se hace responsable el Concesionario Postal. l) SERVICIO POSTAL.- Es aquel que comprende la admisión, transporte y entrega de envíos postales, así como la prestación de servicios postales de valores y otros calificados como postales por las normas pertinentes. Incluye entre sus modalidades, al Servicio Expreso o Servicio de Entrega Rápida. m) TARIFA.- Es la retribución que paga el usuario por la prestación del servicio postal. tente o material similar, que puede llevar o no el título de tarjeta postal, circula al descubierto y su texto tiene el carácter de actual y personal. o) TRANSPORTISTA.- Es la persona natural o jurídica dedicada a la actividad del transporte, que desarrolla el proceso del transporte postal por encargo del Concesionario. p) USUARIO.- Es la persona natural o jurídica que utiliza el servicio postal."*

[781] https://www.ecured.cu/Comunicación _Electrónica

Decreto Supremo N° 013-93-TCC, define a *"Telecomunicaciones"* como: *"Transmisión o recepción a distancia de signos, señales, escritura, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza por medios físicos, electromagnéticos u otros"*. Asimismo, define a *"Servicio Publico telegráfico"* como actividad destinada *"a la transmisión y recepción de mensajes escritos mediante el uso de un código de señales"*.

Como puede apreciarse el término *telecomunicaciones* (término general) abarca completamente a *servicio telegráfico* (en el que se comprende a correspondencia telegráfica). De este modo, la actividad o servicio telegráfico queda subsumido dentro de la actividad de telecomunicaciones, la misma que comprende muchas otras formas de comunicaciones[782].

---

[782] DECRETO LEGISLATIVO N° 332. ANEXO 1. DEFINICION DE TERMINOS
TELECOMUNICACIONES
Transmisión o recepción a distancia de signos, señales, escritura, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza por medios físicos, electromagnéticos u otros.
SISTEMA DE TELECOMUNICACIONES
Conjunto de equipos y medios físicos, electromagnéticos y otros, destinados a la prestación de un determinado servicio de telecomunicaciones.
SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES
Actividad desarrollada bajo la responsabilidad de una persona natural jurídica, para posibilitar y ofrecer una modalidad específica de telecomunicaciones, mediante uno o más sistemas de telecomunicaciones.
SERVICIO PÚBLICO TELEFONICO
Destinado a la transmisión y recepción a distancia de la voz o, en algunos casos, de otros sonidos.
SERVICIO PÚBLICO TELEGRÁFICO
Destinado a la transmisión y recepción de mensajes escritos mediante el uso de un código de señales.
SERVICIO PÚBLICO DE TELEX
El telegráfico operado por abonados, mediante teleimpresores.
SERVICIO PÚBLICO DE TRANSMISION DE DATOS
El destinado a la transmisión y recepción de información mediante el uso de un código de señales a velocidades de transmisión superiores al télex.
SERVICIO PÚBLICO FACSIMIL
El destinado a la transmisión y recepción a distancia de escritos, dibujos, fotografías, firmas y toda clase de impresos.

En tal sentido, la norma penal bajo comentario no protege debidamente la privacidad o intimidad comprometida en la publicidad de la correspondencia, puesto que ha limitado el contenido del tipo penal solo a la protección de la correspondencia epistolar (cartas) y telegráfica (telegramas). Dejando fuera del tipo penal a las demás formas de correspondencia electrónica, como los correos y mensajes electrónicos y demás formas de comunicación y correspondencia que pueden transmitirse por internet, telemática y demás formas de comunicación.

### 7.2.4. ACTUACIÓN INDEBIDA

La norma de modo expreso señala que la *intervención, interferencia o escucha* de la conversación telefónica o similar debe ser indebida, lo que puede interpretarse como ilegítima o realizada contraviniendo el ordenamiento jurídico; con ello se niega la tipicidad de las injerencias que se realizan al amparo del marco constitucional o legal.

La naturaleza indebida de las acciones constituye un elemento normativo del tipo penal, por lo que de no apreciarse tal característica, se descartará el tipo penal sin necesidad de recurrir a los criterios o causales de antijuricidad o de justificación.

---

SERVICIO PÚBLICO TELETEX
El destinado a la transmisión y recepción a distancia de textos a mayor velocidad y con mayor número de caracteres que el télex.
SERVICIO PUBLICO VIDEOTEX
Servicio interactivo de información que permite al abonado utilizar un receptor de televisión asociado a un módem para recuperar información de banco de datos.
SERVICIO PÚBLICO DE ARRENDAMIENTOS DE CIRCUITOS
Es aquel mediante el cual se pone a disposición de un usuario el circuito o circuitos necesarios para la transmisión de señales de audio, video, textos, datos o facsímil.
SERVICIO ESPECIAL DE DISTRIBUCION POR CIRCUITO CERRADO
La red de cables o guías físicas que distribuyen señales de telecomunicaciones, mediante un conducto común.
SERVICIO ESPECIAL DE VIDEO CONSULTA
Es un servicio especial de recepción de información sin comunicación conectada a un banco de datos, en forma no interactiva.

Pues, como se sabe, existen diversos casos en que la normatividad autoriza la realización de las intervenciones, interferencias o escuchas telefónicas u otras comunicaciones análogas, cuando se trata de cumplir con objetivos constitucionalmente valiosos, como por ejemplo la investigación o esclarecimiento de un delito.

### 7.2.5. EL PERJUICIO COMO CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD

Finalmente, el tipo penal exige para concretar la punibilidad, la causación de un perjuicio, el mismo que puede ser de cualquier naturaleza, incluso moral, lo que convierte a este tipo penal en uno de los pocos casos en nuestro ordenamiento jurídico-penal en que la punibilidad queda sujeta a una *condición objetiva de punibilidad.* Pues, de encontrarse ausente el perjuicio, "a otro", como señala la norma, el hecho no será punible, aun cuando constituya delito, esto es, no sobrevendrá la pena[783].

Debemos precisar, sin embargo, tal como ya lo hemos señalado en otro lugar (Tomo I del presente trabajo), respecto a las *condiciones objetivas de punibilidad*, en nuestro medio existe total confusión, no habiéndose llegado a esbozar un criterio definido para su conceptualización y determinación, por el contrario, en muchos casos, confundiendo totalmente su naturaleza jurídica, se ha considerado como condición objetiva de punibilidad, a elementos objetivos del tipo penal; esto ha sucedido fundamentalmente en los delitos de falsificación de documentos, en cuyo caso se ha sostenido que la punibilidad de la

---

[783] En el mismo sentido se pronuncia esta autor señala que el perjuicio "... no se trata de un resultado, que da lugar al disvalor, que fundamenta la lesión al bien jurídico, sino un presupuesto y/o condición que se sitúa al margen del injusto y de la culpabilidad, cuya exigencia importa la necesidad y merecimiento de pena, que el legislador ha considerado necesario incluir, a fin de dotar de materialidad suficiente al injusto, para ser alcanzado con una pena". PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso: *Derecho penal. Parte especial.* Idemsa, Lima, 2008, p. 541.
Al respecto, SALINA SICCHA, Ramiro: *Derecho Penal. Parte especial.* Idemsa, Lima, 2004, p. 491, consideran que el perjuicio debe ser el resultado de la acción delictiva (delito de resultado) con lo cual descarta la condición objetiva de punibilidad

conducta está condicionada a que el documento apócrifo pueda perjudicar intereses de terceros. Esto es, se ha considerado como condición objetiva de punibilidad a la "idoneidad o potencialidad" del documento falso o falsificado, para causar daño a terceros. De otro lado, en no pocas ejecutorias supremas, en este mismo delito, se ha considerado como condición objetiva de punibilidad, a la causación efectiva del perjuicio, es decir, a la utilización del documento concretando su potencialidad perjudicial; descartando la punibilidad de la conducta cuando el perjuicio no se había concretado. Estos criterios obviamente son incorrectos, en el primer caso, porque la "idoneidad o potencialidad" del documento para causar perjuicio, es una cualidad del objeto producido por la acción típica, la misma que está comprendida en la configuración típica como un elemento del tipo y no es ningún condicionante de la punibilidad. En el segundo caso, porque al tratarse de un tipo penal de peligro, el resultado dañoso no es considerado ni para la consumación del delito ni mucho menos para la punibilidad.

También en nuestro medio muchos han considerado (sobre todo a nivel de la jurisprudencia) como condición objetiva de punibilidad a la *afectación definitiva de la función o servicio* a los cuales estaban destinados determinados fondos públicos en el delito de *malversación de fondos públicos,* previsto en el 389° del Código Penal. Sin embargo, es de apreciarse, que al igual que el perjuicio, en los delitos contra la fe pública, esta afectación definitiva también constituye un elemento objetivo del tipo penal, como claramente lo establece el referido artículo; pues, al referir "*... da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente a aquella a la que están destinados, afectando el servicio o función encomendada ...*"; descarta como acciones típicas a las conductas que no afectan de modo definitivo tal servicio o función encomendada; en consecuencia, si no estamos ante dicha afectación no se habrá configurado el tipo penal. Por tanto, esta afectación definitiva es parte configurativa del tipo penal y no una condición de punición; consecuentemente, en este delito no se ha previsto condición objetiva de punibilidad alguna.

La doctrina entiende por *condiciones objetivas de punibilidad* a: "Las circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable para que se genere la punibilidad. Entre ellas se cuentan ante

todo determinados resultados que fundamentan la punibilidad y a los que no es preciso que se refieran el dolo y la imprudencia del autor. (...). Se trata de casos en los que, en una ponderación, las finalidades extrapenales tienen prioridad frente a la necesidad de pena"[784]. "Son circunstancias que se encuentran en relación directa con el hecho, pero que no pertenecen ni al tipo del injusto ni al de la culpabilidad"[785]. "Se trata de elementos que presuponen un comportamiento típico antijurídico y culpable y que tienen la misión de restringir la punibilidad (...) expresan la necesidad de pena, que debe añadirse al merecimiento de pena para que la conducta prohibida pueda ser efectivamente castigada (...). Son, en definitiva, circunstancias adicionales que operan como factores excepcionalmente agregados a los elementos objetivos y subjetivos de imputación"[786].

Por nuestra parte, creemos que para definir o tener una idea clara sobre la *condición objetiva de punibilidad,* debemos utilizar el concepto general de *condición* en la medida en que no es contrario a las finalidades propias del Derecho penal y este no ha desarrollado un concepto al respecto. Y por tanto entendemos por condición, a 'todo evento incierto del cual se hace depender la punibilidad', al igual que en el acto jurídico (Derecho civil), se hace depender los efectos del mismo de un evento incierto[787]. Consecuentemente, cometido el delito

---

[784] ROXIN, Claus: *Ob. Cit.,* pp. 970 y 977.

[785] JESCHECK y WEIGEND: *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Madrid, 2002. p 53.

[786] MARTÍNEZ PEREZ, Carlos: *Las condiciones objetivas de punibilidad.* Edersa, Madrid, 1989, p. 108.

[787] A tal efecto, consideramos que si bien cada disciplina jurídica debe elaborar sus propios conceptos y determinar el contenido de sus categorías conforme a sus propios fundamentos y funciones dentro del ordenamiento jurídico (o del sistema de control), cuando esta no lo hace, resulta razonable recurrir a los conceptos que sobre las mismas cuestiones han formulado otras ramas o disciplinas jurídicas; obviamente, en la medida que los conceptos elaborados por las otras disciplinas no colisionen con los fundamentos y funciones de la disciplina a la cual trasladamos dicho concepto. En este caso, el concepto *"condición"* ha sido desarrollado al detalle y con profundidad

(en el mismo que se ha considerado una condición objetiva de punibilidad) solo sobrevendrá la pena, si es que se presenta tal *'condición'*.

### 7.2.6. VACÍO NORMATIVO

Como se ha señalado al desarrollar el objeto del delito, este tipo penal no protege debidamente a la privacidad y la intimidad de las personas, frente a la publicación que se puede hacer de las comunicaciones, pues, solo protege cuando se trata de la publicación de la correspondencia epistolar (por medio de una carta) y la correspondencia telegráfica (telegrama), mas no se ha considerado otras formas de comunicación electrónica o a través de la telemática o internet. Esto no resulta congruente con la propia legislación procesal penal, pues, el numeral 3 del artículo 226° del Código Procesal Penal incluye a la *correspondencia electrónica* (mensajes o correos electrónicos) como formas de comunicación jurídicamente protegidas.

Como se sabe: "El correo electrónico es un sistema de envío y recepción de correspondencia por medio de un computador conectado a un sistema de internet, así como de documentos, imágenes, datos, mensajes de voz, videos, entre otros medios digitales"[788]. En este caso

---

por el Derecho civil, en la teoría del acto jurídico, y no encontramos inconveniente para utilizar estos mismos criterios para definir la "*condición objetiva de punibilidad*"; sobre todo, si tenemos en cuenta que el Derecho utiliza un lenguaje común y por sobre todo, significa comunicación, y no se puede crear artificialmente un lenguaje para cada disciplina, salvo que fuese estrictamente necesario.

[788] http://herramientastelematicasyaprendizaje.blogspot.pe/2012/04/correo-electronico-ventajas-y.html (consulta del 24 de mayo del 2016).
Entre las ventajas del Correo electrónico se tiene: 1. Bajo costo; 2. Velocidad; 3. Comodidad; 4. Ayuda al medio ambiente con el ahorro de papel; 5. Se evita la manipulación física del contenido del mensaje; 6. Permite enviar todo tipo de archivos; 7. Se pueden revisar desde cualquier lugar del mundo; 8. Facilita la comunicación entre las personas y empresas; y 9. Se puede enviar a varias personas a la vez.
Asimismo, entre las desventajas del correo electrónico se tiene: 1. Se debe tener acceso a internet; 2. Tener conocimiento en el manejo de las

la norma le concede a la correspondencia electrónica igual protección que a la correspondencia epistolar tradicional; sin embargo, se discute si ello es posible en todos los casos o dicha protección se flexibiliza cuando se trata de correos electrónicos que otorgan las empresas a sus trabajadores para el desempeño de sus labores, en cuyo caso el empleador tiene la facultad de supervisión, y en tal caso la posibilidad de ingresar al contenido del correo; hecho que aún se discute y a nuestro juicio, efectivamente en estos casos la protección de la correspondencia sería relativa[789]. No obstante sobre esta materia aún se

---

herramientas informáticas; 3. No se pueden enviar objetos físicos; 4. Permite el ingreso de correos no deseados (Spam); 5. Es muy fácil recibir virus; y 6. Facilita el robo de información.

[789] "La aplicación del principio del secreto de las correspondencias emitidas por vía de telecomunicación electrónica fue establecida por jurisprudencia que comenzó el Tribunal de Primera Instancia de París, en una decisión del 2 de noviembre de 2000. El Tribunal recuerda en esta decisión que "toda relación por escrito entre dos personas identificables, se trate de cartas, mensajes o pliegos cerrados o abiertos constituye una correspondencia cubierta por el secreto".
Es así que ese secreto excluye al empleador de la esfera privada de sus empleados impidiendo, en principio, tener acceso al correo electrónico de sus asalariados encargados incluso durante el tiempo de trabajo y por los medios puestos a disposición de aquellos por el empleador. Tal es entonces el principio, pero conviene recordar que, en la hipótesis de mensajerías electrónicas puestas a disposición de los empleados, el secreto de correspondencia recula frente al derecho de control y supervisión del empleador fundado sobre el lazo de subordinación que lo liga a sus asalariados. Recordemos a título preliminar que la Corte de Casación recuerda regularmente que la lealtad debe presidir las relaciones de trabajo y que el empleador tiene el derecho de control y supervisión de sus empleados durante el tiempo de trabajo. Es ilícito el empleo de conductas clandestinas de supervisión. (Corte de Casación, soc., 14 de marzo de 2000).
Resulta de esta acta que, el empleador, poniendo a disposición de sus asalariados una mensajería electrónica, puede implementar un dispositivo de control de aquella con la condición de haber puesto en conocimiento de aquello a sus empleados. En general, las cartas deontológicas que fijan el uso de las nuevas tecnologías en la empresa son implementadas por el empleador.
Además, hay que recordar que el control ejercido por el empleador deberá tener un interés legítimo y todos los medios implementados deberán ser proporcionados con el fin buscado. En la práctica, el objetivo del control ejercido

tendrá que seguir debatiendo y conforme a la evolución y necesidad de la comunicación electrónica y su uso como instrumento de trabajo empresarial, se tomará una decisión definitiva.

Consecuentemente, es necesario que de *lege ferenda*, especialmente ahora que se está discutiendo un nuevo Código Penal, se realicen las previsiones necesarias para comprender a la correspondencia electrónica dentro del tipo penal correspondiente. Pues, si bien puede sostenerse que, dada la evolución tecnológica de la comunicación, ya no es posible separar a la correspondencia electrónica de la protección del tipo penal, al igual que la correspondencia epistolar y telegráfica, puesto que esta configura la comunicación más común y habitual;

---

por el empleador no puede ser más que profesional y no puede responder a la búsqueda de una falta constitutiva de despido, por ejemplo. Veamos cuales son los límites de ese derecho de control y de supervisión del empleador.
El correo electrónico, por definición, tiene una finalidad propia y todo desvío de su uso puede ser legítimamente sancionado. Y es así que constituye una falta grave el hecho de que un asalariado utilice la dirección electrónica que contenga el nombre de su empleador para enviar mensajes antisemitas (Cas. Soc., 2 de junio de 2004). El uso de tal dirección justifica por otra parte, el otorgamiento de daños y perjuicios desde el momento que él atenta contra la reputación de la empresa (Cas. crim., 19 de mayo de 2004).
Además, el empleador, habiendo advertido a sus empleados de los medios de control de la correspondencia electrónica, no puede más que tomar conocimiento de los correos electrónicos profesionales. El hecho que los empleados hayan equivocadamente desviado el uso de la mensajería electrónica hacia un uso privado, no autoriza al empleador, en ningún caso, a tomar conocimiento de los mensajes privados.
Como máximo, esto puede constituir un motivo legítimo de despido sin que el contenido sea develado. En la práctica, un empleado que utiliza su mensajería electrónica para intercambio de mensajes personales puede ser sancionado por el simple hecho de haber desviado su mensajería electrónica más que por el contenido de ese e-mail.
Sin embargo, es difícil, a la simple vista del nombre del corresponsal de determinar si el correo figurante en la mensajería constituye una correspondencia privada, sin conocer el contenido. (...) *Master Murielle-Isabelle Cahen*".
http://domaine.info/actualites/article/la-correspondencia-electronica-y?lang=es (Consulta del 23 de mayo del 2016).

sin embargo, estando al principio de legalidad y a que no se puede realizar una interpretación extensiva de los tipos penales (en perjuicio de los imputados), consideramos que no se puede comprender en este tipo penal a otras clases de correspondencia que no sea la epistolar y la telegráfica.

### 7.3. TIPO SUBJETIVO

Este delito es eminentemente doloso. El agente deberá conocer todos los elementos objetivos del tipo. Sin embargo, no es necesario que el dolo abarque el perjuicio, puesto que, tal como lo hemos desarrollado más líneas antes, este es una *condición objetiva de punibilidad* que no forma parte del tipo ni de la culpabilidad. Al respecto, en la edición anterior de este trabajo nos hemos pronunciado de modo distinto, puesto que erradamente habíamos considerado al perjuicio como un resultado típico y consecuentemente como un elemento del tipo.

### 7.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma con la publicación dolosa del contenido de la correspondencia epistolar o telegráfica. Al igual que en el caso anterior, en la anterior edición de este trabajo, nos habíamos pronunciado que el delito se consuma con la materialización del perjuicio; sin embargo, luego de una reflexión más detenida, hemos arribado a la conclusión que el perjuicio es una condición objetiva de punibilidad y por tanto, no forma parte del injusto típico ni de la culpabilidad, por lo que tampoco puede ser tomado como referente de consumación del delito. De otro lado, es admisible la tentativa en los supuestos en que la ejecución de la conducta implique la realización de diversos actos no logrando consumarse el tipo, así por ejemplo cuando el agente entrega la correspondencia a un medio de comunicación, para su publicación, pero por razones ajenas al agente no se realiza la misma.

# Capítulo V
# VIOLACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL

## 1. CUESTIONES GENERALES

En la doctrina comparada suele denominarse a esta figura penal delito de "revelación del secreto profesional"; mientras que nuestra legislación penal la denomina "violación del secreto profesional". El término secreto profesional resulta excedido por el tipo penal *in comento*, dado que no solo pueden ser autores los profesionales sino también aquellos que han tomado conocimiento de secretos por razón de su estado, oficio, empleo o ministerio.

Como se sabe, se puede llegar a acceder a información secreta o reservada a través de diversas formas, inclusive ilícitas; pero lo que aquí nos interesa son las formas lícitas establecidas a través de una relación profesional, oficio, empleo o ministerio. Específicamente, las formas abarcadas por este tipo penal, son los secretos referidos a la esfera íntima del afectado, y también a la vida o actividad económica de la empresa, secretos que al divulgarse causan un perjuicio real o potencial a las personas concernidas. En tal sentido, se descartan del ámbito de este tipo penal las divulgaciones de secretos referidos a información privilegiada sobre el orden financiero y económico, sujetas al artículo 251º del Código; asimismo, también se encuentran fuera del tipo penal las revelación de secretos que pudieran afectar la seguridad nacional, comprendidas en el artículo 330º del Código Penal; así como las actuaciones de funcionarios públicos vinculadas a divulgar información referida a las licitaciones o concursos de precios u otros procesos análogos, los mismos que configuran supuestos de autoría o participación en la comisión de los delitos de peculado, colusión ilegal, etc.

Debe precisarse que, si bien, la mayoría de autores y legislaciones extranjeras, no consideran como objeto de protección de este delito a los secretos vinculados a la actividad económica de las empresas, incidiendo únicamente en los secretos vinculados a la intimidad de las personas naturales mas no de las jurídicas o empresas, dada la estructura del tipo penal bajo análisis, consideramos que una interpretación adecuada de la norma, sí comprende a las personas jurídicas. Más aún, si se toma en cuenta las necesidades político-criminales que exigen la protección de dichos intereses en la actual coyuntura social y económica, en que la lucha por los mercados y los clientes se ha vuelto encarnizada entre las empresas. Siendo así, y estando a que la confidencialidad de la información referida a dicha actividad empresarial no está comprendida en otras normas penales (a pesar de las necesidades de protección) no existe inconveniente alguno para considerarla dentro de este tipo penal. Más aún, si se tiene en cuenta que no queda excluida, al no estar comprendida en ningún otro tipo penal, como lo está la confidencialidad vinculada a la actividad financiera. Asumir un criterio contrario, implicaría generar enormes lagunas de impunidad en perjuicio de la actividad empresarial[790].

En este tipo penal se comprende a un delito de infracción de deber[791], que implica el análisis de la obligación del deber especial de

---

[790] En el mismo sentido se pronuncia PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 543.

[791] 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, v.gr., el rol del funcionario...". SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: *Delito de Infracción de deber y participación delictiva.* Marcial Pons, Barcelona, 2002, p. 29. A diferencia de los delitos de dominio, en los delitos de infracción de deber, el autor no requiere dominio del hecho, sino la infracción de un deber extrapenal, que existe con anterioridad e independencia al delito, deber que no alcanza a todos los intervinientes; por ejemplo, los funcionarios públicos tiene –entre otros- el deber de actuar con legalidad y anteponer el interés estatal frente a sus intereses particulares.

guardar el secreto[792]. Quienes han obtenido la información secreta de su titular, se convierten en garantes de la debida reserva y confidencialidad de la misma.

La doctrina ha denominado al profesional "confidente necesario". Al respecto, ROMEO CASABONA señala que en este ámbito se encuentran aquellos aspectos de la intimidad que por prescripción de la ley o por la propia naturaleza de las relaciones interindividuales o sociales facultan el acceso a terceros, pero que están obligados por ley a mantener su confidencialidad[793]; pudiendo presentarse casos de confidencialidad compartida.

En algunas profesiones, existe una reglamentación específica que da cuenta del deber específico de guardar reserva. En cuanto al secreto médico[794] existe una regulación legal específica, en la que se indican expresamente los casos en que se puede exceptuar la reserva de la confidencialidad. En efecto, la Ley General de Salud, en su artículo 25° establece que: "*Toda información relativa al acto médico que se realiza, tiene carácter reservado. El profesional de la salud, el técnico o el auxiliar que proporciona o divulga, por cualquier medio,*

---

[792] De otro lado, existe incluso el derecho a guardar el secreto profesional, así la Constitución Política, en el art. 2° inciso 18 prevé: "*Toda persona tiene derecho a (...) 18. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional*".

[793] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.*, p. 693.

[794] Como institución propia del Derecho médico el secreto no sólo es uno de los derechos esenciales del profesional de la salud, sino también se vincula con la relación médico-paciente en el aspecto de la fe con que se inicia y se desarrolla la relación debido a que cuando se mantiene el secreto se conserva la confianza del paciente. Los datos que comprende la obligación de secreto son todos aquellos hechos de los que tuviera conocimiento el médico por su profesión y que afectan la privacidad del paciente. Los datos que comprende la obligación de secreto son todos aquellos conocidos en el ejercicio de la profesión, los revelados por el paciente –sea confidenciales o no- así como los descubrimiento que haga el médico durante el diagnóstico y tratamiento. VARSI ROSPIGLIOSI: *Ob.Cit.*, p. 73.

*información relacionada al acto médico en el que participa o del que tiene conocimiento, incurre en responsabilidad civil o penal, según el caso, sin perjuicio de las sanciones que correspondan en aplicación de los respectivos Códigos de Ética Profesional.*

*Se exceptúan de la reserva de la información relativa al acto médico en los casos siguientes:*

*a) Cuando hubiere consentimiento por escrito del paciente;*

*b) Cuando sea requerida por la autoridad judicial competente;*

*c) Cuando fuere utilizada con fines académicos o de investigación científica, siempre que la información obtenida de la historia clínica se consigne en forma anónima;*

*d) Cuando fuere proporcionada a familiares o allegados del paciente con el propósito de beneficiarlo, siempre que este no lo prohíba expresamente;*

*e) Cuando versare sobre enfermedades y daños de declaración y notificación obligatorias, siempre que sea proporcionada a la Autoridad de Salud;*

*f) Cuando fuere proporcionada a la entidad aseguradora o administradora de financiamiento vinculada con la atención prestada al paciente siempre que fuere con fines de reembolso, pago de beneficios, fiscalización o auditoría; y,*

*g) Cuando fuere necesaria para mantener la continuidad de la atención médica al paciente.*

*La información sobre el diagnóstico de las lesiones o daños en los casos a que se refiere el artículo 30° de esta ley, deberá ser proporcionada a la autoridad policial o al Ministerio Público a su requerimiento".*

Aun cuando, la norma citada no lo señala expresamente, podrían justificarse otros supuestos, como la revelación de información respecto de un paciente portador del VIH, que como señala MUÑOZ CONDE, si bien dicha enfermedad lleva consigo un alto nivel de estigmatiza-

ción social, al mismo tiempo convierte al portador en una fuente de peligro de contagio a otras personas si no se toman las precauciones necesarias[795]. En tal sentido, si bien no se justifica una revelación de tal información de forma indiscriminada, está permitida en los casos en que el médico considere que es sumamente probable el contagio a otras personas estrechamente vinculadas con este, como los profesionales de la salud encargados de su posterior tratamiento; en este supuesto, cabe afirmar un estado de necesidad por la presencia de un interés preponderante.

En cuanto a los demás sujetos activos del delito (no profesionales), podemos señalar que el deber de sigilo se fundamenta en la estrecha relación de confianza que surge cuando la relación laboral o la contratación de servicios comporta abrir el ámbito de privacidad a terceras personas[796], lo mismo cabe alegar respecto a quienes detentan un ministerio, en cuyo caso incluso podría alegarse que la expectativa de confidencialidad es aún mayor, puesto que se basa en la fe depositada, orientada por criterios teológicos.

[795] Véase, MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tirant lo Blanch, Valencia, p. 254.

[796] CHOCLAN MONTALVO, J y CALDERON CEREZO, A.: *Ob. Cit.*, p. 155.

## 2. VIOLACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL

**Art. 165°.- "El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multa".**

### 2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es fundamentalmente la intimidad; sin embargo, tal como ya se ha indicado, también se protege el derecho del empleador o las empresas respecto a posibles divulgaciones de sus secretos industriales, productivos, de comercialización u otros aspectos vinculados a los intereses secretos de la empresa.

El delito de violación del secreto profesional constituye un atentado a la intimidad que se incardina en la esfera de la confidencialidad, lo que explicaría que el presupuesto típico resida en un acceso lícito a la misma y la conducta delictiva quede fijada en un acto ilícito de revelación a terceros[797].

El fundamento de la punibilidad radica en que el desarrollo de determinadas actividades que lleva consigo el acceso a la intimidad de las personas, genera un especial deber de confidencialidad o reserva,

---

[797] MORALES PRATS en Quintero Olivares (Dir.): *Ob. Cit.*, p. 973.

puesto que quienes acuden al profesional o cualquiera de las personas que detentan alguna de las calidades descritas por el tipo penal, por libre voluntad hacen a este depositario de su intimidad, pero esperan que los datos o informaciones personales que han proporcionado sean preservados.

## 2.2. SUJETOS DEL DELITO

*Agente* del delito solo puede serlo aquella persona que tengan determinado estado, oficio, empleo, profesión o ministerio y que por tal razón tenga conocimiento de secretos del sujeto pasivo; tratándose de un delito especial propio que se concreta con la infracción del deber de reserva por parte del agente.

"*Estado*", es una condición personal y social –distinta del empleo, oficio, arte o profesión- que coloca a quien lo ostenta en una situación adecuada para llegar a ser depositario de secretos[798]; en tal sentido, se incluye dentro de este término a aquellas personas que por razones jurídicas están en contacto con alguna persona que pueda conocer secretos profesionales, p.ej. la esposa del médico o del abogado.

Por "*oficio*", GÓMEZ, siguiendo a FLORIÁN y MANZINI, y con ellos a la doctrina italiana, considera que cuando la ley emplea la citada expresión se refiere, en este caso, no a una ocupación manual, sino al ejercicio de determinadas funciones, aunque no sean permanentes, que no tengan carácter profesional. En tal sentido, cita el ejemplo de los tutores y curadores, los cuales –dice- desempeñan oficio en el sentido de la ley. Por su parte, SOLER juzga que la expresión debe tomarse en el sentido amplio, pues no debe olvidarse que por modesto que sea un oficio, da lugar a veces al ingreso en esferas de secretos, y en ciertos casos hasta importa una continua intervención dentro de cosas reservadas[799], posición con la cual coincidimos. Así por ejemplo, el estilista en muchos casos es receptor de muchos aspectos íntimos de sus clientes.

---

[798] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.*, p. 366.

[799] Citado por FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.*, p. 366.

*Empleo*, es el desempeño de una actividad laboral, en cuyo marco, el agente obtiene información secreta relativa a terceros, cuya difusión implica un atentado contra su intimidad; por ejemplo, el empleador que revela información secreta relativa a uno de sus trabajadores. Aun cuando, en una interpretación restringida o literal, podría interpretarse la expresión "empleo" como la limitación de imputación solo al trabajador dependiente mas no al empleador; sin embargo, consideramos que debe entenderse dicha expresión como la relación existente en el marco de la relación laboral, solo así se dará funcionalidad al tipo penal y se evitarán lagunas de punibilidad.

Por *profesión*, debe entenderse la actividad que realiza una determinada persona que detenta un título profesional que lo habilita para el ejercicio de una determinada especialidad, así por ejemplo, el médico que por razón de su profesión toma conocimiento de situaciones o hechos que pertenecen a la esfera íntima de sus pacientes; más aún los psiquiatras y psicólogos, que entran en la esfera íntima de sus pacientes.

Por *ministerio*, debe entenderse una especial condición del agente, que al igual que en los casos antes descritos, le permita tomar conocimiento de secretos de personas que acuden a él; por ejemplo, el sacerdote que tôma conocimiento de secretos de una persona en la confesión que esta realiza.

De otro lado, en todos los casos, no solo se requiere que el sujeto activo detente la calidad especial requerida por el tipo penal, sino que haya conocido el secreto a causa del ejercicio de esta actividad.

***Sujeto pasivo*** será la persona titular de la información secreta revelada cuya intimidad se vea menoscabada. En el caso de la relación laboral, comprenderá tanto al empleador como al trabajador, o inclusive a compañeros de labores que en razón a la relación laboral han depositado determinados secretos de su vida privada o reservada al propio empleador o al compañero laboral que luego, defraudando tal confianza, lo revela a terceros sin autorización del titular del secreto. En el caso de que se trate de empleadores o empresas, también

pueden ser sujetos pasivos las propias personas jurídicas, cuando la divulgación de los secretos involucra directamente los intereses de la empresa, referidos a su patrimonio, a sus procesos productivos, científicos o tecnológicos propios de su actividad empresarial.

Se ha venido discutiendo en la doctrina el alcance del objeto material del delito, en el caso en que el sujeto pasivo sea una persona jurídica; así, cierto sector de la doctrina, ha venido entendiendo por datos reservados aquellos datos que ostentan trascendencia en la privacidad de la personas físicas que la integran[800], excluyéndose del tipo penal los supuestos en que no se vea afectada la intimidad de una persona física[801]. Mientras que otro sector precisa que no debe limitarse el alcance de los datos reservados a la vulneración de la intimidad de una persona física; en este sentido, ROMEO CASABONA señala: "...el descubrimiento de datos reservados de personas jurídicas puede afectar efectivamente a sus miembros individuales si son personas físicas, pero no necesariamente, y para ello no es preciso recurrir a la posible –y frecuente- proyección económica de esos datos reservados. El sujeto activo del delito ha podido descubrir y revelar datos reservados de una persona jurídica con el fin exclusivo de desacreditarla (sin descartar el perjudicarla económicamente) o de menguar sus actividades; o, incluso movido por el propósito opuesto de que se conozcan mejor sus actividades, que él considera valiosas, aunque contraríe los planes de la personas jurídica (piénsese en una sociedad cultural o en una asociación religiosa)"[802]. Una interpretación restringida implicaría vaciar de contenido el tipo penal y generaría lagunas de punibilidad, además que implicaría desconocer que la persona jurídica como ente

---

[800] En esta línea, MORALES PRATS: La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil. En Zúñiga Rodríguez, Méndez Rodríguez y Diego Díaz-Santos (Coordinadores). *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías.* Colex, Madrid, 2001, p. 114.

[801] Véase, ORTS BERENGER/ROIG TORRES: *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 60.

[802] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.*, p. 840.

independiente de sus miembros es también susceptible de contar con datos o información reservada cuya difusión puede generarle un daño comercial, económico, etc.

Obviamente, la información de carácter público registrada en los registros públicos, será atípica, precisamente por su carácter público. De otro lado, de existir consentimiento de los representantes de la persona jurídica acarreará la atipicidad de la conducta.

## 2.3. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento consiste en revelar, sin consentimiento del interesado, los secretos conocidos en razón al estado, oficio, empleo, profesión o ministerio de parte del agente. Fundamentalmente, se incrimina al agente, el quebrantamiento de su deber profesional[803].

Por *revelar* debe entenderse la acción de comunicar o poner en conocimiento de terceros el secreto, siendo irrelevante que la revelación se haga solo a una persona, aún en forma confidencial, o se haga a varias personas y de modo público o poco reservado.

Como señala expresamente el tipo penal, el agente es poseedor de la información calificada como *secreta o confidencial*. Se dice que respecto a la calidad de secreto o confidencial, no existe un criterio determinado y objetivo, pues se ha indicado que ello se refiere al honor personal o de la familia, al patrimonio, o a los propios afectos del perjudicado; así por ejemplo, se habla del testador que confía sus disposiciones testamentarias a determinado funcionario (Notario Público), las mismas que no deben conocerse o publicitarse mientras viva, y sin embargo el funcionario defraudando la confianza da a conocer su contenido con el subsecuente perjuicio familiar en agravio del testador[804].

---

[803] MORALES PRATS en Quintero Olivares (Dir.), *Ob. Cit.*, p. 969.

[804] CARRARA señala que: "... secreto es todo aquello que le confiamos a un profesional, en virtud de su oficio, con la condición de que no lo divulgue, pues de esa divulgación puede resultar algún daño que nos perjudique en los afectos del corazón, en el patrimonio o en la honra". *Ob. Cit.* p. 456

No obstante, se puede sostener que *"secreto"* es aquello que no es de conocimiento público y no es accesible a cualquiera; es decir, que solo es de conocimiento particular de una persona o un número determinado de personas, de quienes se confía en su deber de reserva y confidencialidad. El secreto no desaparece porque lo conozca un número determinado de personas que, a su vez, están obligadas a guardarlo; pero sí cuando ese conocimiento se difunde a un número indeterminado[805].

El secreto está referido a terceras personas, no al profesional o cualquiera de los demás sujetos activos del delito. Contempla un supuesto de indiscreción, basado en el presupuesto de la existencia de una relación de confianza que permite la toma de conocimiento o acceso lícito a la intimidad por razón del oficio o de la relación laboral y la posterior revelación ilícita a terceros[806]. Esto es, existe una relación previa lícita que presupone un deber de reserva o confidencialidad, el mismo que se quebranta con la puesta en conocimiento de terceros de la información secreta o reservada (existe una relación confidencial profesional–cliente). Sin embargo, no se trata de deberes jurídicos con relevancia jurídico – privada dimanantes de una relación contractual, sino de deberes jurídicos establecidos legalmente, por razones de orden público, y que por tal razón merecen tutela penal[807].

El deber de confidencialidad, también llamado de sigilo, no es temporalmente indeterminado en todos los casos, puesto que en algunos supuestos, puede decaer luego de transcurrido determinado periodo establecido por las partes intervinientes o por la propia naturaleza de la información secreta; asimismo, en dicha determinación entra en juego el principio de *adecuación social* de la conducta como factor limitador de la tipicidad[808].

---

[805] CREUS: *Ob. Cit.*, p. 365.

[806] MORALES PRATS en Quintero Olivares (Dir.), *Ob. Cit.*, p. 970.

[807] PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 545, con cita de Lozano Morales J.

[808] *Ibídem.*

Los secretos revelados deben ser de la esfera íntima del afectado, o de la vida económica de la empresa, descartándose del ámbito de este tipo penal otro tipo de informaciones como el uso de información privilegiada sobre el orden financiero y económico realizada para obtener un beneficio o evitar un perjuicio de carácter económico (*insider trading*, art. 251° del Código Penal), o la revelación de secretos que pudieran afectar la seguridad nacional (revelación de secretos nacionales, art. 330° del Código Penal), así como también quedan excluidas las actuaciones de ciertos funcionarios públicos vinculadas a divulgar información referida a las licitaciones o concursos de precios u otros procesos análogos, por cuanto estos casos configuran otros tipos penales; o en el caso de los funcionarios referidos, configuran supuestos de autoría o participación en la comisión de delitos contra la administración pública.

De mediar el consentimiento del titular de la información, la conducta será atípica, por cuanto ya no se tratará de un secreto que debe ser mantenido en reserva y por tanto no revestirá relevancia penal alguna.

## 2.4. ¿RESULTADO TÍPICO O SIMPLE PELIGRO?

El tipo penal establece que "*...la publicación pueda causar daño*"; a partir de lo cual podría suponerse que se trata de un delito de resultado o de lesión. Sin embargo, es de apreciarse que se trata de un delito de peligro que requiere únicamente que la publicación sea idónea para producir un daño o perjuicio, sin necesidad de que este se haya concretado efectivamente[809]. Obviamente el daño posible de

[809] En tal sentido, discrepamos con la Ejecutoria Suprema de fecha 05 de diciembre de 1995, Recurso de Nulidad N° 3370-95-Lima, en cuanto señala: "*...que se instruyó a los encausados Rodolfo Enrique Montoya Williams por el delito contra la Libertad y Violación del Secreto Profesional y a Manuel Antonio Solís Vega, Mauricio Edmundo Ramírez y de Montenegro Aparicio por el delito de Falsedad Genérica, conducta que no se encuentra prevista, en el primer caso, dentro del tipo penal señalado en el artículo ciento sesenta y cinco del Código Penal, desde que la información proporcionada no constituye*

causar debe ser patrimonial o moral, incluidos los llamados daños a la persona, subjetivos o biológicos; es decir cualquiera de aquellos que sean susceptibles de resarcimiento.

### 2.5. TIPO SUBJETIVO

El delito es doloso. El agente ha de ser consciente de la naturaleza del secreto, es decir, de su carácter reservado o de su contenido íntimo[810]. A la vez que deberá tener una idea clara del deber de reserva o confidencialidad que es portador y que la publicación de la información secreta constituye una acción idónea para ocasionar perjuicio al titular de la información; no requiriéndose sin embargo, que tenga la plena seguridad de que su acción efectivamente va a producir un daño para el sujeto pasivo, siendo suficiente que sea consciente del riesgo creado con su actuación; en tal sentido, es suficiente el dolo eventual. No se admite la comisión imprudente, conforme a lo previsto en el artículo 12° del Código Penal.

### 2.6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma con la simple revelación del secreto conocido a razón del estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, defraudando el agente, el deber de reserva y confidencialidad. Dada la estructura del tipo penal y su naturaleza de delito de peligro, nos parece difícil que se admita la tentativa, puesto que no se espera resultado alguno para la consumación del delito, aun cuando no debe descartarse en casos especiales, como por ejemplo cuando el agente realiza todas las acciones necesarias para la publicación de la información secreta, y sin embargo, la publicación no llega a producirse por circunstancias ajenas a su voluntad.

---

*secreto y su publicación no ha ocasionado daño"*, puesto que el tipo penal no exige la causación de daño para la consumación del delito sino sólo la posibilidad potencial de su producción.

[810] En este sentido, ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.*, p. 831.

# Capítulo VI
# VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE REUNIÓN

## 1. IMPEDIMENTO O PERTURBACIÓN DE REUNIÓN PÚBLICA

**Art. 166°.- "El que, con violencia o amenaza, impide o perturba una reunión pública lícita, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a noventa días-multa".**

### 1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Este tipo penal tiene como objeto de tutela al *derecho fundamental de reunión consagrado en el numeral 12 del art. 2° de la Constitución vigente*, que establece que toda persona tiene derecho a reunirse pacíficamente sin armas.

El derecho de reunión puede ser definido como la facultad de toda persona de congregarse junto a otras, en un lugar determinado, temporal y pacíficamente, y sin necesidad de autorización previa, con el propósito compartido de exponer y/o intercambiar libremente ideas u opiniones, defender sus intereses o acordar acciones comunes[811].

El derecho de reunión es un derecho fundamental de carácter universal que ha sido reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 20°.1), la que prevé que "*Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas*". Asimismo,

---

[811] STC 4677-2004-AA/TC, de fecha 07 de diciembre de 2005, fundamento jurídico 14.

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no solo reconoce este derecho sino que pone énfasis en la posibilidad de su ejercicio en espacios públicos y distingue su carácter no permanente o temporal, a diferencia del derecho de asociación, estableciendo: "*Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestaciones públicas o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole*", (Art. XXI).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 21°, consagra el derecho de reunión en forma pacífica y prevé las posibilidades de restricción de su ejercicio; restricción que solo pueden realizarse mediante ley (reserva legal); asimismo prevé que tales restricciones legales solo pueden ser aquellas que resulten necesarias en una sociedad democrática, por razones de seguridad nacional, seguridad pública u orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 15°, consagra este derecho repitiendo en esencia lo previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con la acotación de que el derecho de reunión pacífica se ejerce sin armas.

Doctrinariamente se define al derecho de reunión como el derecho a agruparse con otras personas por tiempo y fin determinados y con un mínimo de organización, en lugar abierto o cerrado para intercambiar ideas u opiniones o para defender intereses.

Los caracteres fundamentales del derecho de reunión son los siguientes: Es un derecho individual respecto a su titularidad, pero de ejercicio colectivo; es un derecho de carácter instrumental, pues, es punto de confluencia del ejercicio de otros derechos y punto de partida y encuentro así como estímulo de la configuración de otras libertades individuales, como la de pensamiento, expresión, religiosa, o el derecho a protestar, etc., de las cuales se convierte en presupuesto de su ejercicio y materialización social.

La libertad de reunión, cuando sus objetivos se aceptan y adquieren cierta solidez, suele dar lugar a la creación de una asociación,

que, desde este punto de vista, puede ser vista como una "reunión permanente"; es una libertad que representa un instrumento primario de partida democrática.

El derecho de reunión puede tener matices en función al lugar donde se realiza (lugares públicos o privados); en función a la forma como se realiza la reunión, esto es, si se trata de reuniones estáticas (reuniones en sentido estricto) o de reuniones dinámicas (que suponen el derecho de manifestación). Sin embargo, en el presente análisis solo nos interesan las reuniones realizadas en lugares públicos o en lugares abiertos al público, puesto que las reuniones materia del presente solo serán *reuniones públicas.*

En el mismo sentido nuestro Tribunal Constitucional ha señalado: "... *la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación (...), la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión*"[812]. En buena cuenta, cuando se vulnera el derecho de reunión, de forma indirecta también se afecta las libertades de asociación y de expresión, pues como recuerda el Tribunal Constitucional español, el derecho de reunión "... *opera a modo de técnica, instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo*"[813].

En los sistemas democráticos este derecho constituye un vehículo indispensable para el ejercicio y desarrollo de la vida democrática. De ahí su especial valor. Además, el derecho de reunión es un instrumento eficaz para formar opinión pública y consolidar los liderazgos que participan en la vida política de un país. Por ello, no es extraño que desde el Poder del Estado, especialmente del poder de los regímenes

---

[812] STC 4677-2004-AA/TC, fundamento jurídico 14.

[813] Sentencia N° 85/1988, de fecha 28 de abril de 1988.

totalitarios, sea mirado siempre con recelo e incluso sea prohibido y reprimido con dureza[814].

No obstante, el derecho de reunión, como la gran mayoría de derechos constitucionalmente reconocidos, no es absoluto, y puede restringirse por razones de seguridad y orden público, en la medida en que comprometa intereses particulares o colectivos de los demás ciudadanos; a la vez que también puede restringirse por motivos de salud pública. En estos casos, las autoridades competentes tienen la obligación de guardar el orden público y en cumplimiento de dicha obligación deberán evitar las reuniones o disolverlas si ya se hubiesen iniciado; y obviamente, su conducta no queda sujeta a reproche penal alguno; salvo, claro está, que se excedan en sus funciones e incurran en abusos desmedidos que pudieran configurar otros tipos penales, como lesiones, detenciones arbitrarias e inclusive, homicidio; además de incurrir en los delitos contra los deberes de función que son infringidos con el ejercicio abusivo de la función.

### 1.2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Agente del delito puede ser cualquier persona, excepto el funcionario público, dado que su conducta se encuentra prevista en el art. 167° C.P.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona natural, aun cuando su ejercicio sólo puede realizarse de manera colectiva; tal como ha señalado el Tribunal Constitucional español, el derecho de reunión es "*... un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio*"[815]. Si bien los destinatarios de la conducta punible serán una pluralidad de personas, sin embargo se dará la comisión de un solo delito con independencia del número de perjudicados.

---

[814] http://www.monografias, com/trabajos4/derpub.shtml

[815] Sentencia N° 85/1988, de fecha 28 de abril de 1988. En la misma línea, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el derecho de reunión es "*un derecho individualmente titularizado, pero sólo susceptible de ejercitarse de manera colectiva*". STC 4677-2004-AA/TC, fundamento jurídico 15.

## 1.3. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El tipo penal establece dos modalidades delictivas: impedir y perturbar una reunión pública lícita. *Impedir* significa imposibilitar el inicio de una reunión o su continuación; en tal sentido, impide el que logra que una reunión no se realice, actuando antes de que haya comenzado, o disolviéndola una vez que esta se ha iniciado. *Perturbar* implica alterar el desarrollo normal de una reunión ya iniciada, sin que la alteración sea de tal magnitud que logre disolverla.

Reunirse significa agruparse con una determinada finalidad, sea para hacer o no hacer algo. No es reunión el simple hecho de amontonarse o aglomerarse sin tener una finalidad común, por ejemplo por curiosidad[816]. Como señala el Tribunal Constitucional, el derecho de reunión "*...lo ejercita una agrupación con fines o propósitos, en esencia, comunes. La identidad básica de la intención de quienes se congregan, es decir, el factor volitivo común de los agrupados, es el que permite distinguir la reunión constitucionalmente protegida por el art. 2° 12 de la Constitución, de aquellas meras aglomeraciones casuales de individuos a quienes no asiste tal identidad*"[817]; señala además, como ejemplos, del ejercicio del derecho de reunión: el encuentro de los miembros sindicalizados para protestar por un hacer o no hacer de su empleador o empleadores, las marchas de los colectivos a quienes une el sentimiento de repudio frente a una medida adoptada por un poder público, las procesiones organizadas por los miembros de un determinado credo, los mítines coordinados por las agrupaciones políticas, etc.

Las reuniones deben ser públicas y llevarse a cabo en un lugar público o de acceso al público sin necesidad de autorización previa; pero deben ser lícitas, es decir perseguir un fin amparado por el derecho y realizarse conforme a lo dispuesto en la Constitución, la ley y los reglamentos vigentes, o por lo menos, perseguir una finalidad no prohibida por el ordenamiento jurídico. No se comprende dentro

---

[816] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.*, p. 385.

[817] STC 4677-2004-AA/TC, fundamento jurídico 15a.

del tipo a las reuniones privadas o que se realizan en lugar privado, al cual no tiene acceso, más que personas autorizadas o invitadas.

Pueden llevarse a cabo en la vía pública, plazas, parques, etc., en cuyo caso se requiere poner en conocimiento de la autoridad competente y de ser necesario contar con la respectiva autorización. Asimismo, también pueden realizarse en locales abiertos al público como un teatro, un cine, una iglesia, etc., al cual puede asistir cualquier persona bajo determinadas condiciones, casos en los que no requiere aviso previo. La autoridad competente, podría prohibirla o establecer algunas condiciones o límites. También puede dejar sin efecto una autorización, cuando se determina que la reunión va a realizarse de modo violento o poniendo en riesgo la seguridad de las personas en particular o a determinado grupo social. Estos son los casos de declaración de ilegalidad de una reunión en ejercicio del derecho de huelga, por ejemplo; o en general, cuando se ejercita los derechos constitucionales desbordando los principios de razonabilidad y ponderación, convirtiendo a la reunión en una manifestación violenta.

Los medios de comisión del delito son: *violencia y amenaza. Violencia:* implica el empleo de fuerza física contra las personas que tratan de reunirse o se encuentran reunidas, por ejemplo, se golpea a los asistentes a la reunión para obligarlos a retirarse; en este caso podemos encontrarnos ante un concurso real o ideal de delitos (lesiones u homicidio). *Amenaza:* Es el anuncio de causar un mal al sujeto pasivo o a un tercero; por ejemplo, se obliga al organizador de la reunión a suspenderla, amenazándolo con causar un daño a su familia. La amenaza importa una presión psicológica intensa y debe revestir cierto grado de seriedad y gravedad, de tal suerte que produzcan en la víctima una inhibición de su voluntad ante el temor de sufrir un daño inminente, sea personal, a su familia, personas cercanas, patrimonio, etc.

### 1.4. TIPO SUBJETIVO

Este delito es eminentemente doloso, esto es, el sujeto debe conocer los elementos objetivos del tipo y tener la voluntad de realizar la conducta típica. Se descarta la comisión imprudente, conforme a

lo previsto en el artículo 12° del Código Penal. Pueden presentarse casos de error de tipo, referidos sobre todo, a la consideración de la ilicitud o ilegalidad de la reunión, como el caso de la huelga. Esto es, el agente puede actuar impidiendo o perturbando la reunión o manifestación (huelga), asumiendo que es una reunión no autorizada y que reviste todos los visos de ilegalidad. Obviamente, ello no lo libera de la posible imputación de otros delitos que pudieran configurarse, como por ejemplo, lesiones.

### 1.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma cuando se logra impedir que la reunión se inicie o cuando esta se disuelva, asimismo, cuando se ha llegado a perturbar significativamente la reunión durante su celebración o cuando se ha dificultado su inicio, sin haberse llegado a disolver o desorganizar la reunión o a impedir que esta comience. Es admisible la tentativa, cuando el agente haya realizado todas las acciones y esfuerzos para impedir la reunión, disolverla o perturbarle significativamente, y a pesar de ello no logra sus propósitos por causas ajenas a su voluntad.

## 2. IMPEDIMENTO DE REUNIÓN POR FUNCIONARIO PÚBLICO

**Art. 167°.- "El funcionario público que abusando de su cargo no autoriza, no garantiza, prohíbe o impide una reunión pública, lícitamente convocada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación de uno a dos años conforma al artículo 36°, incisos 1, 2 y 3".**

### 2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es el derecho de reunión. Como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, este derecho se encuentra en estrecha relación con la libertad de asociación y la libertad de expresión.

### 2.2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Se trata de un delito especial propio, y por tanto, *sujeto activo* solo puede ser el funcionario público que tiene como atribuciones el poder autorizar, prohibir o brindar las garantías necesarias para el desarrollo de una reunión pública. *Sujeto pasivo* puede ser cualquier persona, vista en su connotación colectiva o interacción con una pluralidad o grupo de personas.

Es necesario precisar, que en este tipo penal solo se considera como sujeto activo al *"funcionario público"*, no así al servidor público, por lo que para la determinación de este elemento normativo, no nos resulta totalmente útil el artículo 425° del Código, puesto que no diferencia entre funcionarios y servidores públicos, dándoles a ambos

supuestos el mismo tratamiento; por ello, es necesario determinar a quiénes debemos considerar "funcionarios públicos".

La noción de ***funcionario público*** debe entenderse en un sentido amplio y no restringido ni formal como se define en sede administrativa, por el contrario debemos tener en cuenta, la capacidad y potestades que tienen estos sujetos para ejercer la función pública y la oportunidad y facilidad que esta les brinda para cometer el delito y para asegurarse la impunidad de ser el caso.

A pesar que la norma no lo establece (Art. 425°), la doctrina y la jurisprudencia ha ido delineando a quiénes se debe considerar como funcionarios calificados para cometer estos delitos. Si bien un parámetro interpretativo de suma utilidad es el art. 425° del Código Penal, este deberá ser complementado con las normas administrativas y con los criterios político criminales que conlleven a la eficacia de la norma penal, evitando la impunidad. Especial relevancia para la determinación del concepto funcionario público, reviste el concepto normativo contenido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en cuyo artículo 2°, define a ***"funcionario público"*** como: *i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial en el Estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda persona que desempeña una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) Toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno del Estado Parte...".*

Como puede verse, también en esta norma, se comprende a la más amplia gama de personas sin diferenciar entre funcionario y servidor, tal como lo hace el artículo 425° del Código Penal, así como también la Convención Americana contra la Corrupción; pues se busca evitar todo tipo de impunidad basada en alguna cuestión formal en la calificación del sujeto activo del delito.

Así las cosas, resulta necesario plantear criterios para diferenciar debidamente entre funcionarios y servidores públicos. Por *funcionario público* debemos entender al agente de la administración que ejerce la función pública, y en tal calidad, tiene capacidad de decisión y representación, tanto al interior de la administración o entidad a la que pertenece, así como al exterior (frente a terceros).

Por la capacidad de decisión, puede dirigir la entidad, disponiendo los actos o acciones tendentes al logro de los fines y objetivos propios del organismo o entidad estatal. Igualmente, tendrá potestades imperativas, reglamentarias, ejecutivas, sancionadoras o jurisdiccionales. Por la capacidad de representación, el funcionario puede realizar actos a nombre y por cuenta de la administración o de la entidad por la cual actúa, en cuyos actos normalmente puede plasmar su voluntad, pues, aun cuando esta va a estar reglada, en definitiva no deja de ser la voluntad del agente. Asimismo, su actuación resulta vinculante para la administración y para los terceros. Todas estas facultades, normalmente provienen de la Constitución, las leyes o sus reglamentos, aunque en algunos casos pueden tener como fuente la voluntad de otro funcionario de mayor jerarquía, con capacidad de delegación de facultades.

Serán estas facultades las que generan facilidades para la comisión del delito o para encubrirlo, puesto que la propia administración queda a merced de su actuación, convirtiéndose en un sector vulnerable. En este caso, se fundamenta la circunstancia agravante, que da contenido a este tipo penal, en el hecho de que el funcionario tiene el dominio de un ámbito de especial vulnerabilidad del bien jurídico[818]. Lo que les da la posición de garante de dicho bien jurídico, y pese a ello, los funcionarios, defraudando las expectativas de la comunidad, incurren en la comisión del delito.

Estas potestades obviamente no las portan los *servidores públicos,* y por ello mismo no tienen los mismos deberes o posición de garante

[818] GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 517.

frente a la administración pública, a la vez que las escasas facultades de las que están investidos, no resultan suficientes para facilitar la comisión del delito, o porque con ellas, no resultan totalmente potenciados como para lograr la impunidad. Es más, el servidor público, no ejerce función pública, solo contribuye a que esta sea ejercida por el funcionario. Por ello, resulta razonable que no se considere a los servidores como sujetos activos de este delito.

En conclusión, el artículo 425° del Código Penal no será suficiente para definir a los agentes de este tipo penal agravado, puesto que deberá tenerse en cuenta, además, que estos sujetos tengan capacidad de decisión, de representación, de reglamentación o jurisdiccional. De otro lado, consideramos que no resulta de aplicación la Ley Marco del Empleo Público (Ley N° 28175), puesto que esta considera como servidores públicos a los administradores, directores, supervisores, o los que tienen funciones de autoridad o atribuciones resolutivas, facultades que obviamente los pone en condiciones inmejorables para cometer el delito abusando de sus funciones.

En este sentido, consideramos que será la jurisprudencia y la doctrina, en estricta observancia de los criterios político-criminales, las que irán perfilando el contenido del concepto "funcionario" establecido en esta circunstancia agravante. Aun cuando, desde una perspectiva de *lege ferenda*, lo ideal sería que se modifique la norma para comprender dentro de la agravante, tanto a los funcionarios así como a los servidores, con lo que se evitaría las incertidumbres anotadas, y se contribuiría a la seguridad jurídica que hace falta. Aun cuando siempre los servidores públicos deberán recibir menor pena, estando a las pocas facultades o potestades que ostentan y que por ello, lo que determina un deber de menor trascendencia frente a la sociedad y a la propia administración pública.

### 2.3. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento del agente consiste en no autorizar, no garantizar, prohibir o impedir una reunión pública, convocada lícitamente.

Es decir, el funcionario público haciendo un mal uso de su condición de tal y de las atribuciones que tiene para poder autorizar o no una reunión pública, imposibilita que se lleve a cabo la reunión pública al no brindar las garantías necesarias para que la reunión se lleve a cabo sin problemas y sin poner en riesgo la integridad física o la vida de los manifestantes.

Como se sabe, conforme al art. 2°.12 de la Constitución, si bien las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo y mucho menos autorización, las convocadas en plazas y vías públicas exigen un anuncio anticipado a la autoridad, a fin de que esta pueda tomar las providencias necesarias para garantizar el desarrollo pacífico de la reunión y la seguridad pública, y solo podrá prohibirla por motivos de seguridad[819] o sanidad pública. En consecuencia, fuera de estos casos (seguridad y sanidad públicas), todos los demás casos en que el funcionario *no autoriza, no garantiza o prohíbe* el desarrollo de la reunión pública, configurarán el delito materia del presente comentario.

De otro lado, también realiza el presente tipo penal, el funcionario que *impide* que se lleve a cabo la reunión lícitamente convocada. Debe entenderse por impedir, cuando el funcionario, a través de cualquier

---

[819] Sobre la Seguridad Ciudadana, el Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 3482-2005-HC/TC, Fundamento Jurídico 13: "*Aunque no existe una aproximación conceptual precisa en cuanto a lo que para la Constitución representa la seguridad ciudadana, sino, básicamente, un conjunto de características o elementos que permiten integrar lo que sería su contenido, esta puede ser catalogada como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza o reparados en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que del Estado y la colectividad se espera, siendo evidente que, por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia antes que de un atributo o libertad a título subjetivo*".

medio o forma, evita que se inicie la reunión pública, luego de que esta ha sido autorizada por el mismo funcionario o por otro competente. Asimismo, cuando una vez iniciada, el funcionario arbitrariamente disuelve la reunión o dispersa la manifestación, o también cuando no deja que la reunión concluya conforme a sus causes o programa predeterminado.

El derecho de reunión, al igual que los derechos fundamentales no es absoluto, de tal forma que puede verse limitado, estas restricciones deben interpretarse de conformidad a lo previsto en la Constitución y los Tratados Internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pudiendo restringirse por motivos de seguridad nacional, seguridad pública, para proteger la salud[820] o moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Sobre los límites al derecho de reunión, el Tribunal Constitucional ha señalado que "*...a partir de una interpretación sistemática de los preceptos internos e internacionales sobre la materia, queda claro que los límites susceptibles de oponerse al derecho de reunión alcanzan a las razones de orden público y al respeto de los derechos y libertades fundamentales de terceros; como, por lo demás, viene impuesto a partir de una interpretación unitaria de la propia Carta Fundamental (principio de unidad de la Constitución) (...). En todo caso, tal como lo establece el artículo 2º.12 de la Constitución, los motivos que se aleguen para prohibir o restringir el derecho de reunión, deben ser "probados". No debe tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios; sino de razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas. Y es que, como ha señalado correctamente nuestro homólogo español, si existieran dudas sobre si tal ejercicio en un caso determinado puede producir los*

[820] En esta línea, la Ley General de Salud, Ley N° 26842, prevé en su Art. XII.- "*El ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, el libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, así como el ejercicio del derecho de reunión están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública*".

*efectos negativos contra el orden público con peligro para personas y bienes u otros derechos y valores dignos de protección constitucional, aquellas tendrían que resolverse con la aplicación del principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión (favor libertatis), sin que baste para justificar su modulación o prohibición la mera sospecha o la simple posibilidad de que se produzcan dichos resultados*"[821].

Para que una reunión sea lícita, debe haber sido convocada conforme a lo dispuesto en la Constitución, la ley y los reglamentos vigentes. Es requisito fundamental para el válido ejercicio del derecho de reunión que su finalidad sea lícita. Dicha licitud no solo debe ser predicable del propósito último de la reunión, sino de los medios cómo este pretende ser alcanzado. Y es que cuando el artículo 2°.12 de la Constitución alude a que el *modus* de la reunión se materializa "pacíficamente sin armas", hace referencia a un requisito que atañe al contenido esencial del derecho, de manera tal que, desde el mismo instante en el que se manifiesta algún elemento objetivo que permita apreciar la intencionalidad o concreta actividad violenta durante la congregación, el o los individuos involucrados en el evento, dejan de encontrarse inmersos en el ámbito protegido del derecho, pudiendo ser reprimidos de forma inmediata, mediante medidas razonables y proporcionales, por la autoridad pública. De esta manera, resulta manifiesto que el mínimo daño intencionalmente provocado a los bienes o personas, no forma parte del ejercicio válido del derecho[822].

Siendo así, el funcionario público puede válidamente no autorizar o restringir una reunión cuando: "*...existen objetivas pruebas (no meras sospechas) de la tendencia violentista de las personas o dirigentes de la entidad organizadora; si existe otra reunión programada en un lugar próximo en la misma fecha; si distintas reuniones son convocadas*

---

[821] STC 4677-2004-AA/TC, fundamentos jurídicos 17 y 18, en la que a su vez se cita la Sentencia del Tribunal Constitucional español. N° 195/2003, fundamento 7.

[822] STC4677-2004-AA/TC, fundamento jurídico 15.

*reiteradamente en un mismo lugar, comprometiendo, objetivamente, su preservación y su ornato; si la cantidad de gente convocada, con certeza, superará la capacidad del lugar o de las vías propuestas como itinerario; entre otros. Por otra parte, tomando en cuenta la estrechez de diversas calles (...) la congestión vehicular que, en determinadas horas, le es característica, y los diversos locales comerciales que en él existen, resultaría plenamente constitucional que la autoridad administrativa restrinja los horarios específicos en los que el derecho de reunión pueda ser ejercido (...), de manera tal que en aras de optimizar la protección de este derecho no se culmine por afectar desproporcionadamente otros derechos fundamentales, como la libertad de tránsito, la de empresa, entre otros"(...). También cabría restringirse la reunión si esta afecta, manifiestamente, las normas administrativas encargadas de regular los niveles máximos permitidos de incidencia acústica, con la consecuente afectación del derecho fundamental a la tranquilidad y a gozar de un medio adecuado al desarrollo de la vida (Artículo 2° 22 de la Constitución)"*[823].

También ha precisado el Tribunal Constitucional que el derecho de reunión debe ser particularmente restringido en época electoral, en tal sentido ha señalado: "*...los alcances de los límites a este derecho fundamental, deberán resultar particularmente restringidos en tiempos de elecciones, pues son épocas en las que la necesidad de la expresión e intercambio de ideas, tanto de las agrupaciones políticas, en particular, como de la ciudadanía, en general, alcanza su punto más elevado. Las primeras (agrupaciones políticas), actúan en procura de materializar su legítimo derecho pasivo de elección y dar lugar a la alternancia en el poder, y la segunda (ciudadanía), con el ánimo —imprescindible por cierto en una sociedad democrática— de apoyar a su alternativa eleccionaria o, en su caso, de transmitir su disconformidad, parcial o total, con la gestión del gobierno saliente, exponiendo, de esta manera, los cambios que juzga prudentes*"[824].

---

[823] STC4677-2004-AA/TC.

[824] STC4677-2004-AA/TC, fundamento jurídico 19.

En todos estos supuestos, el funcionario actúa ejercitando abusivamente su función o cargo. Existe abuso cuando el cargo es ejercido fuera de los casos establecidos por la ley, reglamentos o instrucciones de servicio o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el funcionario hace uso de un poder de su competencia con la forma debida, pero para conseguir un fin ilícito[825]. En tal sentido, de no mediar abuso del cargo, la conducta del funcionario público no estará subsumida en este tipo penal, máxime si el derecho de reunión, al igual que todos los derechos fundamentales no es de carácter absoluto ni ilimitado.

Este delito configura un supuesto específico del delito de abuso de autoridad, presentándose un caso evidente de concurso aparente de normas penales, el mismo que se resuelve aplicando el principio de *especialidad*, resultando como única norma aplicable el presente tipo penal y excluyendo al tipo de abuso de autoridad general, en virtud a que el tipo materia de análisis describe de modo detallado y específico la conducta del funcionario y especifica debidamente el mayor reproche penal contenido en la pena conminada.

## 2.4. TIPO SUBJETIVO

Este delito es eminentemente doloso, descartándose las conductas imprudentes, conforme a lo previsto en el artículo 12° del Código Penal. Pueden presentarse supuestos de error de tipo, cuando el agente no conozca alguno de los elementos del tipo, especialmente si la reunión evidencia visos de ilicitud. Asimismo, puede presentarse error en la causa de justificación, cuando el agente considera que está ante un supuesto de autorización para actuar en contra de la reunión pública, es más, considera que es su deber impedir la reunión, cuando realmente estaba en un error al respecto.

---

[825] ANTOLISEI, Francisco: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale.* Vol. II, Giuffre,Milano, 1954, pp. 613-614.

## 2.5. CONSUMACIÓN

El delito se consuma cuando no se lleva a cabo la reunión lícitamente convocada, por no haber sido autorizada, o por haber sido impedida o prohibida por el funcionario público o cuando se lleva a cabo sin las garantías requeridas; lo cual se podrá acreditar con la concreción de desmanes o de atentados contra la propiedad pública, la salud o la vida de las personas intervinientes en la manifestación o de terceros. En estos casos también es posible la tentativa, cuando por ejemplo el funcionario ha dado órdenes expresas de impedir la reunión pública, sin embargo, dicha orden no llega a ejecutarse por razones distintas a la voluntad del agente.

# Capítulo VII
# VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE TRABAJO

## 1. CUESTIONES GENERALES

Constitucionalmente se da reconocimiento al trabajo como un deber y un derecho (Art. 22° Const.), asimismo se reconoce el derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (Art. 2° inciso 15). El trabajo es base del bienestar social y un medio de realización de la persona, por lo que es obligación prioritaria del Estado fomentar el empleo productivo y la educación para el trabajo. Las relaciones laborales no pueden limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (Art. 23° Const.).

No obstante, en la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un *status* de particular preeminencia que requiere de una actuación tuitiva a favor del trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por ello que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (Art. 23°, segundo párrafo)[826].

---

[826] STC 1124-2001-AA/TC, fundamento jurídico 7.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional: *"De conformidad con lo que dispone el artículo 23° de la Constitución, el Estado asume las siguientes responsabilidades con relación al trabajo: a) Promover condiciones para el progreso social y económico. Para tal efecto, tiene la obligación de establecer políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. b) Asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador. c) Asegurar que a ningún trabajador se le obligue a prestar servicios sin retribución compensatoria o sin su libre consentimiento. d) Proteger especialmente la actividad laboral de la madre, el menor de edad y el impedido"*[827].

En tal sentido, se ha dictado una serie de normas de carácter tuitivo a favor del trabajador; y como quiera que, en muchos casos, esta no resulta suficiente para una adecuada protección de los derechos del trabajador, la legislación penal reafirmando dicho carácter tuitivo de la legislación laboral, ha criminalizado determinadas conductas que atentan contra los derechos constitucionalmente reconocidos de los trabajadores.

[827] STC 008-2005-AI/TC, fundamento jurídico19.

## 2. COACCIÓN LABORAL

Art. 168°.- **"Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de los actos siguientes:**

1. **Integrar o no un sindicato.**
2. **Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución.**

**La misma pena se aplicará al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente; y al que disminuye o distorsiona la producción, simula causales para el cierre del centro de trabajo o abandona éste para extinguir las relaciones laborales"**[828].

### 2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Se ha discutido arduamente en la doctrina respecto al bien jurídico protegido por este delito, así ARROYO ZAPATERO, comentando la legislación española derogada, consideraba que el bien jurídico protegido es el interés del Estado a que se respeten las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena[829] (lo cual nos parecía adecuado para el supuesto previsto en el numeral 3, que

---

[828] El numeral 3 de este artículo, referido al *atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo,* ha sido derogado por la Sexta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29783, publicada el 20 agosto 2011; y ha pasado a constituir el tipo autónomo previsto en al artículo 168°-A del Código Penal.

[829] ARROYO ZAPATERO: *Derecho Penal del Trabajo.* Madrid, 1990, p. 358.

a la fecha se ha derogado). Por su parte, MARTÍNEZ-BUJAN destaca el carácter supraindividual del bien jurídico afectado por este delito, asimilándolo a los intereses que se tutelan a través de los delitos socioeconómicos de los consumidores[830]. Finalmente, MUÑOZ CONDE señala que se protegen derechos de carácter personal en cuanto son derechos que inciden en uno de los aspectos principales de la persona, su condición de trabajador, aunque la dimensión social y colectiva de estos derechos les dé unas connotaciones que permiten considerarlos también como delitos de carácter social o colectivo[831].

En nuestra legislación penal, el presente tipo penal se encuentra ubicado dentro de los delitos contra la libertad – Título IV, Libro Segundo del Código Penal- y se ha denominado al Capítulo VII como "Violación de la Libertad de Trabajo". La libertad de trabajo puede ser entendida como "... *el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público. La Constitución asegura el derecho de optar, a condición de que sea lícita, por alguna actividad de carácter intelectual y/o física, con el objeto directo o indirecto de obtener un provecho material o espiritual; tal atributo se extiende a la potestad*

[830] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico. Parte Especial.* Valencia, 1999, p. 469 ss. Respecto al bien jurídico Protegido de este delito se han señalado distintas posiciones, así por ejemplo la libertad y seguridad del trabajador. Otros se han decantado por una pluralidad de bienes jurídicos protegidos (libertad, seguridad, derecho de crédito de los trabajadores, etc.), o por los intereses del trabajador considerado como parte del contrato de trabajo. MORILLAS CUEVA, Lorenzo en Manuel Cobo del Rosal (Dir.): *Compendio de Derecho Penal Español-Parte Especial.* Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2000, p. 565.

[831] MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.*, pp. 326-327.

*de posteriormente cambiar o cesar en dicha labor*"[832]. Es decir, por la libertad de trabajo se protege la facultad de toda persona a optar por la actividad laboral que desea realizar, conforme a su vocación, necesidades, intereses y en condiciones adecuadas.

En tal sentido, consideramos que en el delito *in comento* si bien de alguna forma se tutela la libertad del trabajador, quien en determinados supuestos típicos se ve forzado a prestar servicio en condiciones que afectan a sus derechos constitucionalmente reconocidos, sin embargo, no en todas las modalidades típicas, es este el objeto de protección penal; pues, también se tutelan los derechos de los trabajadores, lo que se proyecta en cada una de las modalidades previstas por el tipo penal, en bienes jurídicos específicos, como el derecho a una remuneración justa, derecho a la sindicación, derecho a trabajar con las condiciones de higiene y seguridad necesarias, las que además resultan vinculadas a la protección de la vida, integridad y salud de los trabajadores (en la modalidad de obligar a trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad competente), la estabilidad laboral (en la modalidad de disminuir o distorsionar la producción, simular causales para el cierre del centro de trabajo o abandonar éste para extinguir las relaciones laborales).

La regulación, como figura típica de este delito, de los supuestos de incumplimiento de las resoluciones emanadas de las autoridades competentes que amparan los derechos de los trabajadores, contribuye aún más a la falta de determinación del bien jurídico objeto de tutela, pues, en este caso, ni siquiera de forma indirecta se tutela la libertad de trabajo, sino que se tutela el respeto por la administración de justicia (administrativa o judicial, de carácter laboral),

---

[832] STC 008-2003-AI/TC, fundamento jurídico 26 c. En igual sentido, la STC 4058-2004-AA/TC, fundamento jurídico 5 señala: "El derecho a la libertad de trabajo comprende el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajo, a la libertad para aceptar, o no, un trabajo, y a la libertad para cambiar de empleo".

imponiendo el fiel cumplimiento de los mandatos emanados de la autoridad competente; pero claro, siempre que estas resoluciones estén vinculadas al reconocimiento o protección específica de los derechos laborales, fundamentalmente, la justa remuneración, la estabilidad laboral, etc.

## 2.2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Agente del delito puede ser cualquier persona, tenga o no la calidad de empleador, hecho que será verificado al analizar cada modalidad delictiva. Si bien la calidad de autor en nuestro derecho positivo solo puede tenerlo una persona individual, es posible que las conductas típicas de este delito puedan ser cometidas a través o aprovechando la estructura de una persona jurídica, en cuyo caso, la responsabilidad, siendo individual y personal, podrá recaer en los representantes o en los que ostenten cargos jerárquicos, aun cuando alguno de los elementos del tipo pudiese recaer en la propia empresa o persona jurídica; en cuyo caso será de aplicación el artículo 27° del Código Penal.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona trabajadora. Como sostiene la doctrina, los destinatarios de la conducta punible son en la mayoría de los casos una pluralidad de personas, dándose lugar a la comisión de un solo delito con independencia del número de perjudicados.

## 2.3. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El tipo penal contiene dos grupos de modalidades delictivas:

### 2.3.1. PRIMER GRUPO DE MODALIDADES DELICTIVAS

En estas, el comportamiento consiste en obligar a otra persona a realizar cualquiera de las conductas que a continuación se analizarán. Por ***"obligar"*** debe entenderse la coacción ejercida contra el trabajador, para compelerlo a aceptar condiciones laborales que atentan contra sus derechos reconocidos por la Constitución y las disposiciones legales vigentes. Los medios de comisión del delito son la violencia y amenaza. *Violencia:* implica el empleo de fuerza física contra la persona. *Ame-*

*naza:* es el anuncio del propósito de causar un mal al sujeto pasivo o a un tercero vinculado a este. A través de estos medios el agente busca constreñir la voluntad del trabajador, imponiéndole conductas que no desea realizar y que no habría aceptado de no mediar dichos medios coactivos.

Los supuestos típicos contenidos en el art. 168° C.P. son:

### *A. Obligar a integrar o no un sindicato*

Con esta previsión se protege el derecho a la sindicalización, amparado constitucionalmente (Art. 28° Const.). Por la libertad sindical se garantiza a los trabajadores la facultad de organizarse y sindicalizarse para una eficaz defensa de sus intereses gremiales[833]. Este derecho a la sindicalización se encuentra también recogido en diversos convenios internacionales, como el Convenio 87 de la OIT sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, del 9 de julio de 1948 (ratificado por el Perú por Resolución Legislativa No. 13281), el Convenio de la OIT del 01 de julio de 1949 (ratificado por el Perú

---

[833] "*El sindicato es una organización o asociación integrada por personas que, ejerciendo el mismo oficio o profesión, o trabajando en un mismo centro de labores, se unen para alcanzar principalmente los siguientes objetivos:*
- Estudio, desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses de sus miembros.
- Mejoramiento social, económico y moral de sus miembros.

Entre los principales fines y funciones que nuestra legislación establece para los sindicatos en el ámbito de la legislación privada, se tienen los siguientes:
- Representar al conjunto de trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, en los conflictos, controversias o reclamaciones de naturaleza colectiva.
- Celebrar convenciones colectivas de trabajo y, dentro de ese contexto, exigir su cumplimiento.
- *Representar o defender a sus miembros a su solicitud, en las controversias o reclamaciones de carácter individual.*
- *Promover la creación de organismos de auxilio y promoción social de sus miembros (cooperativas, cajas-fondos, etc.).*
- *Promover el mejoramiento cultural, así como la educación general, técnica y gremial de sus miembros*".

STC en el Exp. N° 008-2005-AI/TC, fundamento jurídico 28.

por Resolución Legislativa No. 14712), sobre derecho de sindicación y negociación colectiva.

La libertad sindical *intuito personae* plantea dos aspectos:

- Aspecto positivo: Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical.
- Aspecto negativo: Comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical[834].

En esta modalidad delictiva el sujeto activo puede ser cualquier persona: tanto el empleador como un trabajador, puesto que el tipo no se refiere a una categoría determinada de persona; así por ejemplo, también se subsume en el tipo penal, el caso de un trabajador que coacciona a otro para que se integre al sindicato de la empresa.

El comportamiento consiste en compeler a la persona, mediante violencia o amenaza a integrarse o no a un sindicato; es decir, se impide o limita el ejercicio de la libertad sindical (en sus aspectos positivo y negativo), obligándosele al sujeto pasivo a integrarse a un sindicato, o se le impide su ingreso como miembro del mismo o se le impide y obliga a su desafiliación del sindicato.

Como se ha señalado previamente, los medios comisivos expresamente previstos son la violencia y amenaza, quedando fuera de la previsión legal el empleo de otros medios para conseguir la afiliación o desafiliación del sujeto pasivo; así, el recurso a medios fraudulentos, engaño o el abuso de una situación de necesidad del trabajador[835] no configurará este tipo penal.

---

[834] STC 008-2005-AI/TC, fundamento jurídico 27.

[835] El Código Penal español de 1995, en su artículo 315° contempla esta figura delictiva (aunque también incluye la vulneración del derecho de huelga), en la que además de la fuerza, violencia o intimidación regula como medios comisivos al engaño y el abuso de situación de necesidad, figuras que tienen un menor grado de pena respecto a los medios antes citados.

Se trata de una modalidad estrictamente dolosa, en la que el agente actúa con conocimiento y voluntad de estar obligando a otro a integrar o no o desafiliarse a un sindicato.

El delito se consuma cuando el agente obliga a la víctima, mediante los medios comisivos antes citados, a integrarse o no a un sindicato; no siendo necesario que se haya ocasionado un perjuicio de cualquier índole al trabajador. En ambos casos resulta admisible la tentativa.

***B. Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución***

Esta previsión legal también encuentra amparo constitucional, puesto que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (Art. 23° Const.). Asimismo todo trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual (Art. 24° Const.). Además, debemos tomar en cuenta que las remuneraciones tienen el carácter de irrenunciables e intangibles; asimismo, el cumplimiento del pago de las remuneraciones por parte del empleador tiene carácter prioritario sobre cualquier otra obligación que este pudiera tener.

Sujeto activo del delito puede ser el empleador o una tercera persona que obligue a otra a laborar sin una debida retribución. Mientras que el sujeto pasivo será siempre la persona obligada a prestar trabajo personal sin la correspondiente remuneración.

El *comportamiento* consiste en obligar a otro, mediante violencia o amenaza a prestar trabajo sin la debida retribución. No se configurará el presente delito si el no pago de la remuneración se debe a situaciones de fuerza mayor o caso fortuito o el sujeto acepta el no pago de la remuneración, ya sea temporal o definitivo. En esta modalidad delictiva, no solo se protege el derecho de todo trabajador a recibir la contraprestación económica a que está obligado el empleador por el contrato de trabajo (cualquiera sea la modalidad), sino también el derecho a ser "debidamente" remunerado por el trabajo realizado, pues resulta igualmente sancionable coaccionar a un trabajador a prestar servicio a cambio de una remuneración exigua o irrisoria al

igual que si se lo obliga a trabajar sin la existencia de ningún tipo de contraprestación; pues, en ambos casos se está afectando su libertad, así como sus derechos laborales.

Esta última apreciación conlleva a señalar que para la estimación de esta conducta, habrá que remitirnos, de un lado, a lo estipulado en el respectivo contrato de trabajo, de existir este, y a las normas laborales sobre la materia, específicamente las relacionadas con la remuneración mínima vital, pues, no es el juzgador penal quien va a establecer la equidad de la retribución estableciendo en cada caso concreto para la configuración del tipo. En cuanto al salario mínimo, el tercer párrafo del art. 24° de la Constitución precisa que las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y empleadores. El salario mínimo (en los términos referidos por la OIT) constituye la remuneración mínima mensual que debe percibir un trabajador de la actividad privada, por una jornada de trabajo de ocho horas.

En el presente caso, el consentimiento del agraviado para percibir una remuneración por debajo del salario mínimo establecido por ley, es relevante para considerar atípica la conducta, pues no será posible alegar la presencia de los medios comisivos: violencia o amenaza; salvo –claro está- que dicho consentimiento se haya conseguido con el empleo de tales medios, con lo cual incluso puede cuestionarse la existencia del consentimiento.

Es irrelevante para la configuración de esta figura delictiva la existencia previa de un contrato de trabajo; asimismo, resulta indiferente la modalidad contractual en la que el trabajador presta servicios a favor del empleador, pues puede tratarse de un trabajador dependiente como de una persona contratada bajo la modalidad de prestación de servicios, sujeto a las normas del Código Civil.

Solo se subsume dentro de esta modalidad delictiva, la prestación de servicios personales, no así la prestación de servicios a través de terceros o aprovechando los recursos humanos de una persona jurídica; por ejemplo, el caso de un empresario constructor que es obligado a que su empresa realice una determinada obra de construcción civil. En

este caso, la conducta del agente podría subsumirse dentro del delito de extorsión, previsto en el art. 200° del Código Penal.

El delito se consuma cuando el agente obliga a la víctima –mediante los medios comisivos antes citados- a la realización de la conducta descrita, no siendo necesario que se haya ocasionado un perjuicio de cualquier índole al trabajador.

Según la OIT, constituye trabajo forzoso (1930) "... *todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*" (Art. 2 ILO C.29). Esta definición comprende dos elementos básicos del trabajo forzoso (OIT, 2005): la amenaza de castigo y el carácter involuntario. La amenaza de castigo no necesariamente tiene que ser de naturaleza física, puede suponer también coacción psicológica. La ausencia de voluntad de la víctima para la realización del trabajo. Este delito puede presentarse en concurso con el delito de trata de personas, cuando la víctima haya sido captada, trasladada, transportada acogida o retenida con fines de explotación laboral, mediando cualquiera de los medios típicos previstos en el artículo 153° del Código Penal.

### 2.3.2. SEGUNDO GRUPO DE MODALIDADES DELICTIVAS

Estas se encuentran contenidas en el segundo párrafo del artículo 168° del Código Penal. En estas modalidades delictivas no se requiere que el sujeto activo utilice como medios comisivos la violencia o amenaza. De otro lado, solo puede ser sujeto activo de este delito, el empleador, y sujeto pasivo el trabajador.

#### *A. Incumplir las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por autoridad competente*

El comportamiento consiste en incumplir las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad administrativa de trabajo, o el incumplimiento de las resoluciones judiciales que tienen la calidad de Cosa Juzgada, en las que se resuelvan pretensiones de naturaleza laboral a favor del trabajador.

Se trata de un delito de omisión propia, por lo que, no solo se requiere que el agente incumpla el mandato de la autoridad, sino que tenga la capacidad psicofísica y económica de realizar la acción ordenada; por lo que, por ejemplo en caso de no mediar la capacidad económica del empleador para cumplir con el pago impuesto por la autoridad competente no se configurará el tipo. El mero incumplimiento no debe dar por sentada la comisión del delito, siendo preciso que el agente tenga la capacidad real de cumplir lo que le impone el deber jurídico[836]. No habrá delito en la medida en que la incapacidad del agente no se deba a un ardid o maniobra fraudulenta creada por el agente para evitar el cumplimiento del mandato.

Se tendrá por incumplida la resolución, cuando el agente no cumple el mandato contenido en la resolución pese a que la autoridad le ha concedido un plazo específico para tal fin. En el caso que no haya requerimiento específico no se podrá configurar el delito, salvo que al momento de la sentencia o la determinación de la obligación laboral se la haya señalado un plazo para el cumplimiento de la obligación contenida en la resolución, y el agente se ha puesto renuente al respecto.

En cuanto al tipo subjetivo, se trata de un delito doloso, en el que el agente es consciente, tanto de la situación típica como de su deber de actuar, esto es, entre otros, debe haber sido debidamente notificado con la resolución consentida o ejecutoriada[837]; finalmente,

---

[836] Así lo ha entendido la jurisprudencia nacional, en tal sentido, en el Exp. 1097-97, se ha señalado: "*Se encuentra acreditado que los encausados en su condición de directivos de la cooperativa "Nuevo Horizonte" han cumplido con el mandato legal de pagar los beneficios laborales del agraviado dentro de las posibilidades económicas de la misma, lo que lleva a concluir que la conducta de los referidos encausados no configura el ilícito previsto en el último parágrafo del artículo ciento sesentiocho del Código Penal*".

[837] Así, en la STC 816-98 En Diálogo con la Jurisprudencia, Año 7, Número 38, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre 2001, p. 250: "*Que si bien el artículo ciento sesentiocho no dispone el haber requerido al procesado, bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito de Violación contra la libertad de trabajo, debe haberse acreditado el conocimiento del procesado de la sentencia consentida y*

el agente decide en forma consciente no actuar conforme al mandato de la autoridad. Se descarta la comisión imprudente, conforme a lo previsto en el artículo 12° del Código Penal; por lo que, la conducta imprudente del agente derivada de una inicial comprensión defectuosa de la resolución que le impone determinado deber o de alguno de sus extremos, no serán susceptibles de sanción penal, siempre que no se trate de una treta o ardid para incumplir su obligación.

Finalmente, cabe precisar que para la consumación del tipo no se requiere que el incumplimiento de la resolución consentida o ejecutoriada haya producido algún resultado o perjuicio.

### *B. Disminución o distorsión de la producción para el cierre del centro de trabajo; simulación de causales para el cierre del centro de trabajo; abandono del centro de trabajo para extinguir las relaciones laborales*

El art. 27° de la Constitución prevé que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. El Tribunal Constitucional ha precisado que el contenido esencial del derecho constitucional al trabajo implica dos aspectos, de un lado, acceder a un puesto de trabajo, y de otro, el derecho a no ser despedido sino por causa justa[838]. Este segundo aspecto del contenido esencial del derecho al trabajo se refiere a la proscripción del despido, salvo que medie una motivación justificada o *se le indemnice*. Si bien es cierto, la legislación laboral derogada brindaba una elevada protección al trabajador, previéndose la estabilidad laboral absoluta y elevados pagos por indemnización por despido injustificado, hoy en día se ha venido

---

*ejecutoriada para establecer su responsabilidad, que ello importa un requisito de procedibilidad que determina se declare de oficio".* Aunque, cabe criticar de la jurisprudencia citada, la creación de requisito de un procedibilidad, el cual no se encuentra previsto en la norma; sin embargo, el desconocimiento de la resolución consentida o ejecutoriada tendrá efectos al momento de determinar la existencia de dolo.

[838] Véase, STC 1124-2001-AA, de fecha 11 de Julio de 2002, Fundamento Jurídico 12.

flexibilizando el derecho a la estabilidad laboral, únicamente se ha diseñado una serie de mecanismos que otorgan protección contra el despido arbitrario.

En la legislación laboral, esta protección contra el despido arbitrario -por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio- se concreta con el pago al trabajador de una indemnización –prevista en el artículo 38° del D.S. 003-97-TR- como única reparación por el daño sufrido.

Con esta modalidad delictiva no solo se sanciona la afectación del contenido esencial del derecho al trabajo –derecho a no ser despedido sino por causa justa-, sino que también se protege al trabajador contra la conducta del empleador que busca incluso evitar el pago de la indemnización por la injustificada ruptura de la relación jurídico-laboral, pues no olvidemos que aquí se sanciona las maniobras fraudulentas del empleador destinadas a justificar la terminación del contrato de trabajo, y con ello evitar el pago de toda indemnización.

Estas modalidades delictivas tienen su antecedente en el art. 35° de la Ley N° 24514, Ley que regulaba el derecho de estabilidad en el trabajo, el que preveía: "*El empleador, sea persona natural o jurídica, representantes en caso de ser persona jurídica, que mediante disminución o distorsión dolosa de la producción o con actos simulados, falsos títulos, utilizando testaferros o valiéndose de cualquier artificio, causare el cierre del centro de trabajo o lo abandonare para extinguir la relación laboral con sus trabajadores, será reprimido con prisión no menor de tres años. Tal delito solo podrá ser denunciado por el Procurador General de la República, teniendo como recaudo la copia certificada del procedimiento administrativo en el que se encuentran indicios suficientes de su comisión*". Esta ley fue derogada por el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad laboral.

Con las maniobras fraudulentas desplegadas por el agente (disminución o distorsión de la producción o simulación de causales para el cierre del centro de trabajo) se busca simular la existencia de alguna causal válida para la terminación válida de los contratos de trabajo

y con ello afectar no solo los derechos laborales y beneficios sociales del trabajador sino también evitar el pago de cualquier indemnización por el despido. La propia norma laboral establece los procedimientos a seguirse para solicitar al Ministerio de Trabajo la terminación de los contratos individuales de trabajo, esto es, el empleador -a pesar de existir causas que justifiquen el término de la relación jurídico laboral- debe seguir determinados procedimientos; y precisamente, la norma penal sanciona al agente que de manera imprevista se retira del centro de trabajo, afectando con ello los derechos laborales y beneficios sociales de sus trabajadores

En la modalidad de ***abandono del centro de trabajo***, el agente del delito no simula ninguna causal para la extinción de las relaciones laborales, pues esto no constituye una causa válida, sin embargo se reprime su conducta dolosa por la cual deja en desamparo a los trabajadores, vulnerando sus derechos laborales.

Discrepamos con las posiciones que señalan que el agente actúa con la finalidad de perjudicar al Estado con el no pago de impuestos[839], ya que las modalidades de evasión tributaria se encuentran previstas en la Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo 813 de fecha 20 de abril de 1996); asimismo, dicha posición es incompatible con la ubicación de esta modalidad delictiva en el catálogo penal, como delito que atenta contra la libertad de trabajo y los derechos de los trabajadores y no como delito tributario.

En la modalidad de ***disminución o distorsión de la producción*** para el cierre del centro de trabajo, el agente se vale de cualquier medio para la comisión delictiva, así puede simular una situación crítica de su actividad productiva y con ello propiciar el cese de la relación jurídico laboral, alegando por ejemplo, motivos económicos. En la práctica se han constatado muchos casos de empleadores que crean empresas paralelas, a las que transfieren, periódicamente, sus activos para luego alegar cualquier causal para la extinción del contrato de

[839] Así, SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.*, p. 517.

trabajo por causas objetivas y así despedir a sus trabajadores, sin necesidad de indemnizarlos.

La norma penal también permite subsumir dentro del tipo cualquier conducta fraudulenta por las que se simule cualquier otra causal de extinción del contrato de trabajo, por ejemplo, alegando una supuesta fuerza mayor o caso fortuito inexistentes, etc.

No se requiere para la consumación de las citadas modalidades delictivas, que se haya cerrado el centro de trabajo o se hayan extinguido las relaciones laborales, consumándose el delito con la sola disminución o distorsión de la producción, simulación de causales o el abanado del centro de trabajo, para lograr el cierre del centro laboral o abandono del centro de trabajo, siempre que el agente haya actuado con la finalidad de extinguir las relación laboral con sus trabajadores.

## 3. ATENTADO CONTRA LAS CONDICIONES DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Art. 168°-A. **"El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, y habiendo sido notificado previamente por la autoridad competente por no adoptar las medidas previstas en estas y como consecuencia directa de dicha inobservancia, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.**

**Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave.**

**Se excluye la responsabilidad penal cuando la muerte o lesiones graves son producto de la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador.**[840]

### 3.1. TIPO DE DELITO

Tal como se ha indicado líneas antes, este tipo penal, con un contenido similar, estaba comprendido en el numeral 3 del artículo

---

[840] Artículo incorporado por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29783, publicada el 20 agosto 2011. Posteriormente la citada Disposición fue modificada por el Artículo 2 de la Ley N° 30222, publicada el 11 julio 2014.

168° del Código Penal; luego, con la Ley N° 30222, del 11 julio 2014, se derogó dicho numeral y con gran parte de su contenido se estructuró el presente tipo penal (contenido en este artículo 168°-A).

No obstante, el supuesto agravado previsto en el numeral 3 del artículo 168° era un tipo penal de *comisión, de resultado y de dominio* que se materializaba cuando el agente obligaba al trabajador mediante la violencia o la amenaza a trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad. En cambio con la modificación y la estructuración del presente tipo penal se ha plasmado un tipo penal de *omisión, de peligro (concreto) y de infracción de deber*[841]. Asimismo, se ha previsto un supuesto agravado, referido al caso en que a consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se produce la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave. Esta agravante, al contrario del tipo básico, que es un supuesto de peligro concreto, configura un tipo de resultado y de lesión; resultado que de no presentarse no estaremos ante tal agravante.

### 3.2. TIPO PENAL EN BLANCO

Finalmente, tanto el supuesto básico así como el agravado se estructuran a partir de un *tipo penal en blanco,* puesto que habrá que recurrir a la legislación de la materia (seguridad y salud en el trabajo) para la configuración de los tipos penales previstos en este artículo.

En tal sentido, para la determinación del tipo penal será necesario recurrir a la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, la misma que en el numeral IX de su Título Preliminar establece: *"Los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida salu-*

[841] Aunque como se ha detallado en otro lugar, la simple infracción del deber no es suficiente para fundamentar la punibilidad, sino que además, es necesario que se determine alguna forma de afectación al bien jurídico a través de una puesta en peligro (riesgo creado) o incluso de una lesión.

*dable, física, mental y socialmente, en forma continua. Dichas condiciones deben propender: a) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable. b) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales de los trabajadores".* Asimismo, en su numeral V, precisa que: *"Todo empleador promueve e integra la gestión de la seguridad y salud en el trabajo a la gestión general de la empresa".* Con lo cual queda claro que la normatividad vigente ha establecido criterios y parámetros más amplios y eficaces tendientes a proteger la vida e integridad física y mental de los trabajadores, así como a propiciar mejores condiciones de trabajo idóneas para lograr la plena realización del trabajador auspiciando la vigencia de sus derechos y dignidad humana; con ello trasciende la simple seguridad e higiene a la que se refería el texto original del Código Penal, establecido en el numeral 3 del artículo 168°.

Y claro, se deberá tener en cuenta, no solo las normas laborales de carácter general, sino también aquellas disposiciones dictadas por las autoridades competentes que regulan determinadas actividades específicas.

En este sentido, el Decreto Supremo N° 09-2005-TR, que aprueba el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aplicable a todos los sectores económicos y comprende a todos los empleadores y los trabajadores bajo el régimen laboral de la actividad privada en todo el territorio nacional, prevé las medidas destinadas a la prevención de riesgos laborales y regula -entre otros- las atribuciones del Ministerio de Trabajo para la verificación del cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, que comprende la prevención de riesgos, accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales.

Algunas actividades específicas son mucho más riesgosas y demandan la implementación de mayores condiciones de seguridad e higiene, contando con una regulación específica, así por ejemplo la minería es considerada como una actividad de alto riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores; por ello, el Informe sobre las

Condiciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería del Perú elaborado por el Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) del año 2002, ha señalado que: "*Esta calificación puede ser tanto consecuencia de los procesos tecnológicos que se utilizan, como por las características geográficas y el medio ambiente en el que se ubican los emplazamientos de los yacimientos, los modos operativos en que se planifica y ejecuta el trabajo (tales como la duración y forma en que se organizan las jornadas o los turnos laborales), o aún por otros factores biológicos y psicosociales concomitantes. Por unas u otras razones, la vida, la seguridad y la salud de los mineros requieren de medidas especiales destinadas a protegerlos*". En cuanto a las medidas adoptadas, diversas normas se ocupan de regular las previsiones sobre seguridad e higiene, así el Decreto Supremo 014-92-EM, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, en su artículo 206° a 218° prevé las medidas sobre bienestar y seguridad; incluso el propio Tribunal Constitucional estableció como precedente vinculante que "... *en el caso particular de los trabajadores mineros, la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho horas diarias y debe considerar una jornada semanal razonable, atendiendo a las específicas condiciones laborales de los trabajadores mineros*"[842].

### 3.3. BIEN JURÍDICO

ARROYO ZAPATERO, comentando la legislación española derogada (con un contenido similar al de este artículo), consideraba que el bien jurídico protegido es el interés del Estado a que se respeten las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena[843]. Por su parte, MARTÍNEZ-BUJAN (como ya se dijo antes) destaca el carácter supraindividual del bien jurídico afectado por este delito, asimilándolo a los intereses que se tutelan a través de

[842] STC 4635-2004-AA/TC.

[843] ARROYO ZAPATERO: *Derecho Penal del Trabajo*. Madrid, 1990, p. 358.

los delitos socioeconómicos de los consumidores[844]; por nuestra parte consideramos que a pesar del carácter personal del derecho o interés protegido vinculado a las condiciones de industriales y de empleo de los trabajadores, de todos modos refleja una dimensión social y colectiva[845].

En tal sentido, consideramos que en el delito *in comento* se protege el derecho a trabajar con las condiciones de salud y seguridad necesarias, las que de modo indirecto implican la protección de la vida, integridad y salud de los trabajadores[846]. En otras palabras se protege el derecho de los trabajadores consagrado en la legislación nacional, de las omisiones dolosas de parte del empleador o empresario. En efecto la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, en el numeral IX de su Título Preliminar establece la obligación del Estado y del empleador y del derecho del trabajador a las *condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua.*

A pesar de que el tipo penal no señale expresamente como otras legislaciones[847] que con la conducta del sujeto activo "*se ponga en*

---

[844] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico. Parte Especial.* Valencia, 1999, p. 469 ss. Respecto al Bien Jurídico Protegido de este delito se han señalado distintas posiciones, así por ejemplo la libertad y seguridad del trabajador. Otros se han decantado por una pluralidad de bienes jurídicos protegidos (libertad, seguridad, derecho de crédito de los trabajadores, etc.), o por los intereses del trabajador considerado como parte del contrato de trabajo. MORILLAS CUEVA, Lorenzo en Manuel Cobo del Rosal (Dir.): *Compendio de Derecho Penal Español-Parte Especial.* Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2000, p. 565.

[845] En sentido similar MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.*, pp. 326 y 327.

[846] En sentido similar TAMARIT SUMALLA en Quintero Olivares (Dir.), *Ob. Cit.*, p. 1481. Con cita de ARROYO ZAPATERO, señala que el bien jurídico es la seguridad en el trabajo, definida como la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador, dimanantes de las condiciones materiales de prestación del trabajo.

[847] Así por ejemplo, el Código Penal español de 1995, en su art. 316° contempla este delito, pero con matices distintos, puesto que en éste no se exige que el agente haya empleado violencia o amenaza contra el trabajador, sino la

*peligro la vida, salud o integridad física*" del trabajador, esto se infiere de la previsión legal, puesto que la obligación del empresario de proporcionar las condiciones de seguridad e higiene determinadas por la autoridad competente, lleva consigo que estas están orientadas en orden a la protección de la vida, salud e integridad de los trabajadores.

### 3.4. TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo se configura a partir de la *omisión*, por parte del empleador, de adoptar las medidas de seguridad y salud en el trabajo o centro de laboral, luego de que ha sido notificado por la autoridad competente sobre la inobservancia de la obligación de implementar tales medidas, dispuestas por la normatividad vigente al respecto. Y tal omisión o inobservancia de las medidas previstas por la ley, pone en peligro inminente la vida, salud o integridad física de los trabajadores (de la empresa o a cargo del empleador).

El hecho que el sujeto activo del delito haya sido notificado de la omisión, significa que previamente a la imputación penal, la autoridad competente (funcionario del Ministerio de Trabajo, o eventualmente el Juez Laboral) ya ha constatado la inobservancia de las normas y encontrado responsabilidad de parte del empleador. Consecuentemente se trata de una reiteración de la omisión o reticencia a cumplir las medidas de seguridad y salud dispuestas por las normas pertinentes, pese al riesgo creado con tal omisión para la vida, salud o integridad física de los trabajadores.

La norma establece que el peligro para la vida, salud o integridad física de los trabajadores debe ser inminente, esto es que está a punto de afectarse o lesionarse estos bienes jurídicos, cuyo suceso, dadas las circunstancias objetivas, se aprecia como muy próximo en el tiempo.

---

sola infracción de las normas de protección de riesgos laborales. Asimismo, esta conducta no sólo puede ser cometida a título doloso sino también imprudente.

## 3.5. ACTUACIÓN A PROPIO RIESGO (AUTOPUESTA EN PELIGRO)

La norma expresamente estipula que se excluye de toda responsabilidad penal al empleador cuando la muerte o lesiones graves son producto de la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador. Esto es, cuando no se trata de un peligro creado por el empleador con la inobservancia de las medidas establecidas por la ley, sino de una autopuesta en peligro de parte de la propia víctima.

Como se sabe, la autopuesta en peligro o actuación a propio riesgo, es un criterio que niega la imputación del tipo objetivo al presunto agente del delito, y carga las consecuencias del hecho a la propia víctima.

En general, mediante esta institución se niega relevancia penal a la actuación de un tercero que participó en una acción lesiva o riesgosa realizada por la víctima, en este caso al empresario o empleador. Esto es, la víctima es la que ha generado el riesgo para sus propios bienes jurídicos. La exclusión del tercero se fundamenta en que en un Estado de Derecho, las personas tienen el derecho de actuar libremente, pero como contrapartida deben asumir las consecuencias de sus acciones; es decir, se fundamenta en el sinalagma libertad de comportamiento-responsabilidad por las consecuencias[848]. En tal sentido, en el presente caso, será la propia víctima quien asuma las consecuencias, pues esta es la primera llamada a proteger sus bienes jurídicos, y no puede descargar en otra persona tal obligación.

Claro que la víctima debe ser quien realice la acción determinante, no una simple acción de contribución secundaria, de lo contrario no se podrá liberar al empleador; por ejemplo, cuando la afectación a

[848] La libertad de actuación tiene como contrapartida siempre la responsabilidad por las consecuencias y esa libertad es tal que incluso se le reconoce un ámbito en el que, en el ejercicio de su libertad, puede resultar autolesionado.

la vida o la salud del trabajador se ha materializado en virtud a una actuación imprudente de este, pero igualmente, el empleador no ha cumplido con implementar las medidas de seguridad dispuestas por la norma para la actividad laboral riesgosa, creando un peligro para los trabajadores. En este caso no se podrá liberar al empleador de la imputación penal, puesto que la acción del trabajador solo configura una contribución para la materialización del riesgo, que en principio ha sido creado por el empleador.

Debe precisarse, eso sí, que el empleador quedará desvinculado, aun cuando haya actuado dolosamente (cuando intencional y reiteradamente ha incumplido sus obligaciones establecidas por la ley) si la contribución de la víctima resulta fundamental para la realización del delito o la producción del resultado.

Pues, la libertad de organización sin invadir las esferas de administración y actuación de los demás, la imagen de un sujeto autónomo y, en esa medida, responsable (lo que en Derecho penal moderno se conoce como 'autorresponsabilidad') es el fundamento para que en sede de imputación objetiva se considere el criterio de las acciones a propio riesgo o de imputación a la víctima como excluyente de la responsabilidad de terceros. En estos casos el riesgo se concreta por una conducta de intermediación de la propia víctima, de manera que cuando esta intervenga junto con un tercero en la actividad generadora del riesgo, el tercero no responderá. El competente será la propia víctima[849]. Esto es, se imputa a la víctima las conductas que son producto de la violación de sus deberes de autoprotección.

De otro lado, pueden presentarse casos en que la víctima configura objetivamente el riesgo, pero su voluntad ha sido anulada por un tercero, en cuyo caso se podrá imputar objetivamente la realización

---

[849] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y PERDOMO TORRES, Jorge Fernando: *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs.* Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia N° 5, año 2007, p. 50.

del tipo a dicho tercero, sin embargo, dicho tercero no responderá por resultados imprevisibles; pues, lo imprevisible no es imputable[850].

Para la determinación de la competencia de la víctima se requieren de tres requisitos: a) actuación conjunta de víctima y tercero; b) actuación libre de la víctima; y, c) el tercero no debe ser garante de los bienes jurídicos de la víctima.

Sin embargo, no puede hablarse de una actuación a propio riesgo o autopuesta en peligro, si la actuación imprudente del trabajador se ha debido a una falta de capacitación para realizar la actividad que se le ha encomendado, sobre todo, cuando se trata de una actividad riesgosa en sí misma. Puesto que en este caso, será el propio empleador quien ha omitido cumplir con su obligación o rol de capacitación. En efecto, la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley Nº 29783, estipula en el artículo IV de su Titulo Preliminar que: *"Las organizaciones sindicales y los trabajadores reciben del empleador una oportuna y adecuada información y capacitación preventiva en la tarea a desarrollar, con énfasis en lo potencialmente riesgoso para la vida y salud de los trabajadores y su familia"*; asimismo, en su artículo V, estipula: *"Todo empleador promueve e integra la gestión de la seguridad y salud en el trabajo a la gestión general de la empresa"*. Deberes estos que deben ser cumplidos debidamente por el empleador, de lo contrario asumirá responsabilidad penal inclusive por la actuación riesgosa propia de su trabajador.

Finalmente, es necesario precisar que estamos ante una autopuesta en peligro o actuación a propio riesgo, siempre que el empleador haya incumplido sus obligaciones de seguridad mandadas por la ley, y ello ha contribuido a la realización del riesgo creado por la propia víctima, pero dicha contribución no es determinante. De lo contrario, si el empleador ha cumplido debidamente sus deberes y obligaciones, simplemente se tratará de una actuación imprudente de la propia víctima, quien debe asumir las consecuencias. Esto tiene

[850] POLAINO NAVARRETE: *Ob. Cit.* p. 105.

importancia en la práctica, porque en el primer caso, "actuación a propio riesgo de la víctima" y concurso de actuación indebida del empleador (dolosa o culposa) siempre será posible imputarle responsabilidad civil u otro tipo de responsabilidad (menos la penal) al empleador, mientras que si la actuación imprudente y su resultado es imputable exclusivamente a la víctima (el empleador no ha tenido ninguna contribución, no se le podrá imputar al empleador ningún tipo de responsabilidad. Esto último puede ser más evidente cuando se trata de un resultado lesivo para la víctima que es producto de una actuación intencional de esta.

### 3.6. TIPO SUBJETIVO

Este delito es inminentemente doloso, por lo que se descartan las conductas imprudentes. Por lo pronto, las conductas culposas solo serían sancionadas conforme a las normas administrativas vigentes.

No se admite el dolo eventual, puesto que el empleador deliberadamente ha infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo a las que estaba legalmente obligado; asimismo, para la configuración del tipo penal, el agente debe haber sido notificado previamente por la autoridad competente por no adoptar las medidas previstas en la ley, lo que evidencia un dolo directo en el incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

### 3.7. SUPUESTO AGRAVADO: HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

La norma establece que si como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

El tipo penal de omisión de las normas de seguridad y salud en el trabajo seguido de muerte previsible, además de proteger el derecho a trabajar con las condiciones de salud y seguridad necesarias, también

protege la vida que es extinguida a consecuencia de la omisión dolosa de parte del empleador.

Hechas estas precisiones y entrando al análisis de este tipo penal debemos señalar que para la configuración de este tipo deben concurrir los siguientes presupuestos:

*a)* *Una acción dolosa* que ha creado un riesgo para la vida al omitir el empresario sus obligaciones establecidas por ley.

*b)* *Ausencia del dolo de matar*, esto es, el empleador intencionalmente y de modo reiterado ha incumplido sus obligaciones, pero en ningún momento tuvo la intención de causar la muerte del sujeto pasivo; en el caso que hubiera actuado con dolo de matar, salimos del ámbito del homicidio preterintencional, para ubicarnos únicamente en un homicidio simple, un parricidio o un asesinato, según sea el caso.

*c)* Pese a la ausencia del dolo de matar, el riesgo creado, ha generado, a su vez, un *riesgo no permitido para la vida* de la víctima.

*d)* Este riesgo no permitido para la vida ha *sido previsible ex ante*, esto es, al momento de la omisión de las obligaciones del empleador.

*e)* Existencia de una *relación causal e imputación objetiva* entre la conducta dolosa omisiva del empleador y el resultado culposo "muerte", por lo que debe acreditarse, en primer lugar, la situación de desamparo en el que el imputado ha colocado a la víctima y la muerte acaecida del sujeto pasivo; esto es, si bien el resultado final es culposo, este debe guardar estricta conexión causal con el delito doloso inicial[851]; en segundo lugar, debe establecerse si ha existido la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir, que la omisión dolosa

[851] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 359.

haya sido el factor que ha creado el riesgo que finalmente se ha realizado en el resultado "muerte de la víctima".

*d)* Por último, *el homicidio debe ser imputable subjetivamente a título de culpa* -consciente o inconsciente-. Debe verificarse en el caso concreto si el agente del delito de lesiones se ha representado o podía representarse el resultado más grave creado con su acción para otro bien jurídico -en este caso la vida humana independiente-, que finalmente resulta lesionado; si por el contrario, este resultado fuera imprevisible, tendrá que ser considerado fortuito, no pudiendo generar este hecho, responsabilidad penal alguna.

### 3.8. LESIONES GRAVES PRETERINTENCIONALES

La norma establece también que si como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa lesiones graves al trabajador o terceros y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años. En este caso se aplicarán los mismos criterios que el caso anterior (para el homicidio preterintencional).

# Capítulo VIII
# VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

## 1. NOCIONES GENERALES

La libertad de expresión es un derecho fundamental regulado en el art. 2° inciso 4 de la Constitución, norma que prevé que: "*Toda persona tiene derecho: A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley (...). Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación...*".

El Tribunal Constitucional, respecto a las libertades de información y expresión, ha señalado que son consustanciales al régimen democrático-constitucional, y agrega: "*...no solo constituyen una concreción del principio de dignidad del hombre y un complemento inescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. También se encuentran estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública. Desde esa perspectiva, ambas libertades 'tienen el carácter de derechos constitutivos por antonomasia para la democracia. Constituyen el fundamento jurídico de un proceso abierto de formación de la opinión y de la voluntad política, que hace posible la participación de todos y que es imprescindible para la referencia de la democracia a la libertad'* (Erns Wolfgang Böckenforde,

Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Edit. Trotta, Madrid 2000, pág. 67); *o, como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también* conditio sine qua non *para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada.* (OC 5/85, de 13 de noviembre de 1985, Caso La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 70). *Por ello, tales libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional. Además, en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tienen la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública*".[852]

En nuestra jurisprudencia constitucional se distingue entre libertad de expresión y libertad de información, habiéndose señalado que aun cuando se encuentren reguladas en un mismo inciso, la *Libertad de Información* está referida a la capacidad de emitir y recibir las noticias veraces, completas y asequible, en la medida en que su objeto son los hechos, los mismos que pueden ser comprobables[853]; garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz. Mientras que con la *Libertad de Expresión* se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir; por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente

[852] STC 0905-2001-AA/TC, de fecha 14 de agosto del 2002, fundamento jurídico 13.

[853] STC 2262-2004-HC/TC, de fecha 17 de octubre del 2005, fundamento jurídico 13.

subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser[854]. Es decir, se trata de dos derechos distintos con un objeto de protección distinto. Mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan trasmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones; la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente[855].

[854] STC 2262-2004-HC/TC, fundamento jurídico 9.

[855] *Ibidem.*
En la doctrina, se viene discutiendo la eficacia de dicha distinción, puesto que se sostiene que "los mensajes comunicativos que normalmente se transmiten necesariamente estarán conformados tanto por hechos (elemento objetivo) como por juicios de valor (elemento subjetivo)"; siendo así en la práctica si "en un caso concreto se define que la libertad en juego es la libertad de información y no la de expresión, se corre el riesgo de que al mensaje comunicativo sólo se le exija la veracidad, y que no se le exija que su posible elemento subjetivo se ajuste al requerimiento de no ser injurioso o insultante". Véase, CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Derechos fundamentales y procesos constitucionales.* Grijley, Lima, 2008, pp. 275-278.

## 2. VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Art. 169°. **"El funcionario público que, abusando de su cargo, suspende o clausura algún medio de comunicación social o impide su circulación o difusión, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 1 y 2".**

### 2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Conforme a nuestra Constitución vigente, es delito toda acción que suspende o clausura un órgano de expresión o le impide circular libremente (Art. 2°, inc. 4). Los medios de comunicación social juegan un rol fundamental en un Estado democrático, puesto que coadyuvan en la formación y orientación de la opinión pública, por lo que todo acto atentatorio contra la libertad de expresión, a través de la suspensión o clausura de un medio de comunicación o su simple manipulación atenta contra el propio sistema democrático.

Aun cuando, el *nomem iuris* de este tipo penal haga referencia expresa sólo a la libertad de expresión, debemos incluir también a la libertad de información, pues con la clausura de medios de comunicación no sólo se afecta la posibilidad de emitir juicios de opinión sino también se evita la propalación de información. La defensa de la libertad de información es fundamental en la sociedad contemporánea, entendida en su doble faceta, de dar y recibir

información[856]. En tal sentido, al atentarse contra la libertad de información no sólo se atenta contra los informadores sino también al público que tiene derecho a recibir la información.

En tal sentido, el objeto de protección de este delito, es la libertad de libre creación de la opinión pública a través de la libre expresión del pensamiento así como su difusión o propalación del mismo; esto es, se protege las libertades comunicativas.

## 2.2. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Se trata de un delito especial propio, por cuanto sólo puede ser *sujeto activo* quien tenga la calidad especial requerida por el tipo penal, la de funcionario público. Debe precisarse que no se comprende como agente a los servidores públicos, por lo que a efectos de determinar debidamente el sujeto activo de este delito, se tendrá que diferenciar entre funcionario y servidor público, por lo que más allá del artículo 425° del Código Penal como norma de remisión para completar o delimitar el componente normativo del tipo penal, debemos considerar como funcionario público (tal como lo hicimos al comentar la segunda parte del artículo 162° del Código Penal) al agente de la administración que ejerce la función pública, y en tal calidad, tiene capacidad de decisión y representación, tanto al interior de la administración o entidad a la que pertenece, así como al exterior (frente a terceros). Por la capacidad de decisión, puede dirigir la entidad, disponiendo los actos o acciones tendentes al logro de los fines y objetivos propios del organismo o entidad estatal. Igualmente, tendrá potestades imperativas, reglamentarias, ejecutivas, sancionadoras o jurisdiccionales. Por la capacidad de representación, el funcionario puede realizar actos a nombre y por cuenta de la administración o de la entidad por la cual actúa, en cuyos actos normalmente puede plasmar su voluntad, pues, aun cuando ésta va

[856] MORALES GODO, Juan. *Derecho a la Intimidad y los Personajes Públicos.* En Diálogo con la Jurisprudencia, Año 8, No. 42, Marzo 2002, p. 19.

a estar reglada, en definitiva no deja de ser la voluntad del agente. Asimismo, su actuación resulta vinculante para la administración y para los terceros; estas facultades, normalmente provienen de la Constitución, las leyes o sus reglamentos, aunque en algunos casos pueden tener como fuente la voluntad de otro funcionario de mayor jerarquía, con capacidad de delegación de facultades. Se fundamenta la agravante, en el hecho de que el funcionario tiene el dominio de un ámbito de especial vulnerabilidad del bien jurídico, y de dicho dominio se vale para realizar la conducta delictiva. En tal sentido, tampoco nos resulta útil la Ley Marco del Empleo Público (Ley N° 28175), puesto que ésta considera como servidores públicos a los administradores, directores, supervisores, y a los que tienen funciones de autoridad o atribuciones resolutivas, facultades que obviamente los califica como funcionarios, y no como simples servidores, y por ello deben ser considerados como sujetos activos de estos delitos, ya que el fundamento de la agravante se encuentra presente.

*Sujeto pasivo* es la persona afectada con alguna de las acciones descritas en el tipo penal; por ejemplo el propietario de la empresa televisiva, radioemisora o periodística. Pudiendo serlo también el colectivo periodístico que se expresa y difunde sus ideas a través de dichas entidades periodísticas. Asimismo, también se considerará agraviada a la colectividad en su conjunto, en cuanto titular del derecho a ser informada.

## 2.3. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El tipo penal establece dos modalidades delictivas, dentro de las cuales, a la vez, se comprende a dos supuestos diferenciados, estos son: *a) Suspender* y *clausurar un medio de comunicación social; y, b) Impedir la circulación o difusión de un medio de comunicación social.* A diferencia de los tipos penales desarrollados con anterioridad, en que se protegen las comunicaciones, transmisión de información o mensajes entre personas individuales o grupos reducidos, en este tipo penal se protege la comunicación social, esto es, comunicación *masiva,* dirigida a la colectividad en su conjunto o público en general.

Los supuestos típicos considerados en este tipo penal, están referidos expresamente a *medios de comunicación social,* y claro, consideramos como tales a los medios de prensa escritos, como libros, periódicos, revistas, semanarios, folletos y en general, cualquier nota informativa de circulación masiva o social que transmita el pensamiento o la comunicación; asimismo, a los medios informáticos o tecnológicos a través de los cuales se difunde y comunica el pensamiento y las ideas de modo general, dentro de estos pueden comprenderse los blogs, páginas web, redes sociales como *twitter, facebook,* etc. Igualmente, las señales televisivas, radiales, y otras análogas usadas para la difusión y comunicación social.

Como puede apreciarse, propiamente, no se puede considerar como *medios de comunicación* a las casas editoras, periodísticas, canales de televisión, empresas radiales, y demás centros o lugares donde se produce y transmite la información a través de los medios escritos, televisivos, radiales, informáticos u otros medios tecnológicos similares; sin embargo, la protección emanada de este tipo penal, abarca también a estas entidades (canales, empresas o centros que producen, emiten, circulan y difunden la comunicación masiva a través de los medios de comunicación social), ya que de otro modo, se estaría impidiendo directamente que los medios de comunicación se produzcan, elaboren, circulen o difundan; en otras palabras, no sería posible generar los medios de comunicación y concretar la comunicación social.

Es por ello, que creemos que para una interpretación adecuada de este artículo, debemos considerar que el primer supuesto: *suspender* y *clausurar un medio de comunicación social,* está referido a las casas editoras, empresas periodísticas, canales de televisión, empresas radiales, y demás centros o lugares donde se produce y transmite la información, e *impedir la circulación o difusión* se refiere a los medios de comunicación propiamente dichos (libros, periódicos, revistas, semanarios, folletos y en general, cualquier nota informativa de circulación masiva, blogs, páginas web, twitter, *facebook,* las señales televisivas, radiales, y otras análogas, etc.). Los primeros producen, editan, transmiten o

circulan la información o comunicación a través de los medios, y éstos contienen y (también) transmiten y circulan la comunicación o información. Con estas precisiones, resultan comprensibles los comportamientos previstos en este tipo penal. Así:

a) ***Suspender*** y ***clausurar un medio de comunicación social.*** *Suspender* implica la interrupción temporal del funcionamiento de las entidades, empresas o instituciones que producen, imprimen o editan el medio de comunicación social, impidiéndoles realizar sus actividades propias de la elaboración, circulación y difusión de dichos medios. Asimismo, por *clausurar,* debemos entender el cese definitivo de dichas actividades. Obviamente, estas entidades deben encontrarse funcionando cumpliendo los requisitos y autorizaciones legales correspondientes, de lo contrario, la actuación de las autoridades competentes en ejercicio de sus funciones no configurará ilícito alguno; pues, como se sabe ningún derecho es absoluto, por el contrario, su ejercicio queda sujeto a ciertas condiciones establecidas por el propio ordenamiento jurídico.

   Un caso que queda fuera de este tipo penal, es el referido a la conducta del funcionario que abusivamente impide formar o crear una entidad o empresa cuya finalidad es dedicarse a la producción o elaboración de medios de comunicación social para la circulación y difusión de las ideas o pensamiento; pues, aun cuando está vinculado directamente al ejercicio de la libertad de expresión, estando al principio de legalidad, no ha sido comprendido en este tipo penal. Lo cual obviamente, no impide que esta conducta pueda tipificarse como un abuso de autoridad o como un atentado contra la libertad en general.

b) ***Impedir la circulación o difusión.*** Se *impide la circulación* cuando de hecho se imposibilita la distribución de medios de comunicación escritos (periódico, revista, libros, folletos, notas informativas, etc.), lo que puede producirse cuando la

distribución ya ha empezado o antes de que ésta se inicie, por ejemplo cuando se incauta todos o parte de los ejemplares; sólo se requiere que el medio de comunicación ya haya sido elaborado, producido o exista como tal; puede inclusive, tratarse de un solo ejemplar, del cual se impide su circulación para estar ante este tipo penal.

Se *impide la difusión* cuando se imposibilita la transmisión o propalación del pensamiento o información a través de los medios de comunicación tecnológicos como la radio, televisión, material informático, telemático, etc.

De otro lado, es necesario precisar que el agente debe actuar en abuso de su cargo; es decir, haciendo mal uso de la investidura pública que posee, orientándola a suspender, clausurar o impedir la circulación o difusión de un medio de comunicación masiva. Sin embargo, no es necesario que el agente actúe en el ejercicio de sus funciones, sino que bastará con que actúe haciendo valer abusivamente el cargo que ostenta, independientemente de si dichos actos se encuentren o no dentro de su competencia funcional; pues, es la condición de funcionario, sometido a diversos deberes legales la que califica este delito, y esta calidad o condición está presente cuando actúa en ejercicio del cargo, así como también cuando abusando de sus potestades asume competencias que no le corresponde; aun cuando en este último caso, su conducta también puede configurar un supuesto de concurso ideal de delitos con el delito de usurpación de funciones.

Finalmente, tal como ya lo adelantamos, debe reconocerse que al igual que todos los derechos fundamentales, las libertades de información y expresión no son absolutas ni ilimitadas, por lo que admiten restricciones. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado: "*El ejercicio del derecho a la información no es libre ni irrestricto; por el contrario, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado democrático y social de derecho. Sólo así, con los límites que se deben encontrar en la propia Constitución, el derecho a la información podrá convertirse en la piedra angular de*

*la democracia*"[857]. Es por ello, que el tipo penal requiere el abuso del cargo, pues tratándose de restricciones amparadas legalmente no incurrirá en delito. Más aún, puede tratarse de intervenciones autorizadas por las autoridades competentes (jueces, municipios, INDECOPI, etc.), en cuyo caso no estaremos ante estas conductas típicas.

### 2.4. TIPO SUBJETIVO

Es un delito eminentemente doloso. Descartándose la comisión imprudente, conforme a lo previsto en el art. 12° del Código Penal.

### 2.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma en el momento en que se suspende, clausura o impide la circulación o difusión de un medio de comunicación social. Es admisible la tentativa, cuando pese a las acciones realizadas por el funcionario, no se llega a concretar el resultado por razones ajenas a la voluntad de éste.

[857] STC 6712-2005-HC/TC, de fecha 17 de octubre del 2005, fundamento jurídico 36.

# BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ: En traducción de la *Imputación objetiva,* de Roxin, Idemsa, Lima, 1997.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano.* Palestra Editores, Lima, 2001.

ALEXY, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ALONSO ALAMO, Mercedes: ¿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 de Derecho Penal Contemporáneo.* Número 17, Legis, Bogotá, Octubre-Diciembre 2006.

ALONSO ALAMO, Mercedes: *Protección Penal del Honor. Sentido Actual y Límites Constitucionales.* En Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Año 1983, Enero-Abril, Fascículo 1, Tomo 36.

ÁLVAREZ-GENDIN y BLANCO, Sabino: *Tratado General de Derecho Administrativo.* Bosch, Barcelona, 1958.

AMOR, Pedro J.; ECHEBURÚA, Enrique; CARRASCO, Miguel A.: Daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. En *Actualidad Penal,* N° 28, Lima, Instituto Pacífico, octubre 2016.

ÁNGELES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Código Penal.* Tomo VII, Ediciones Jurídicas, Lima, 1998.

ANSUÁTEGGUI: *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales. Modelos y evolución.* Grijley, Lima, 2007.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales.* Marcial Pons, Madrid, 2000.

ARIAS-SCHEREIBER, Max: *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984.* Gaceta Jurídica, 1998, Lima.

ASENSI-PEREZ, Laura Fátima: Evaluación psicológica forense de menores víctimas de violencia de género. En *Actualidad Penal,* N° 28, Lima, Instituto Pacífico, octubre 2016.

ATENCIO VALVERDE, Benito: El delito de feminicidio, un análisis político-criminal. Como violencia y odio contra la mujer por razones de género y algo más. En: *Derecho penal y procesal penal. Delitos de crimen organizado y cuestiones actuales.* Coordinadores Aldo Calcina y Luis Yanqui, Grijley, Lima, 2014.

ATIENZA, Manuel: *Contribución a una teoría de la legislación.* Civitas, Madrid, 1997; DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: *La racionalidad legislativa penal. Contenidos e instrumentos de control.* En: Estudios Penales y de Política Criminal. Idemsa, Lima, 2007.

ATIENZA MANUEL: *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico.* Editorial Ariel, Barcelona, 1997.

BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal. Parte General.* Ara Editores, Lima, 2004.

BACIGALUPO, Enrique: *Los delitos de Homicidio.* Editorial Themis S.A, Santa Fe de Bogotá, 1,999.

BACIGALUPO, Enrique: *Principios del Derecho Penal. Parte General.* Ediciones Akal, Madrid, 1997.

BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal.* Temis, Bogotá, 1996.

BACIGALUPO, Enrique: *Colisión de Derechos Fundamentales y Justificación en el Delito de Injuria.* En Revista Española de Derecho Constitucional, Año N° 07, N° 20, 1987.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Disponibilidad de la propia vida.* En Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 2005.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (Delitos contra las personas).* 2da. Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

BEATO VÍBORA, Manuel: *La Reforma de los Delitos Contra el Honor: Nueva Configuración de los Delitos de Injuria y Calumnia.* En Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura), Año 1994-1995, N° 12-13.

BECCARIA BONESANA, Cesare: *De los delitos y de las penas.* Madrid, 1969.

BECERRA, Cristian Roberto Carlos: Daño psicológico de faltas y delitos: ¿Tipicidad o atipicidad? En *Actualidad Penal,* N° 28, Lima, Instituto Pacífico, octubre 2016.

BERDUGO y GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón: *Omisión del deber de socorro del párrafo 3° del Art. 489 CP.* En la Comisión por Omisión (Director Enrique Gimbernat Ordeig). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Honor y Libertad de Expresión.* Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Revisión del contenido del bien jurídico honor.* En Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Año 1984. Mayo-Agosto, Fascículo 2, Tomo 38.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. *El delito de pago de Pensiones.* JM Bosch, Barcelona, 1997.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique: *La Constitución de 1993. Análisis comparativo.* ICS editores, Lima, 1996

BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad de la legislación penal.* En Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año II, N° 34, Palestra editores, Lima, enero-junio, 2006.

BOBBIO, Norberto: *Teoría general del derecho.* Temis, Bogotá, 2002.

BOBBIO, Norberto: *Teoría General del Derecho.* Temis, Bogotá, 1992.

BOLDOVA PASAMARA, Miguel Angel: De los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores En *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* DIEZ RIPOLLÉS- ROMEO CASABONA (Coord.) T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A: *Delitos contra las relaciones familiares.* En Comentario al Código Penal de 1995 (Dir. Vives Antón). Vol. 1, Valencia, 1996.

BOTTKE, Wilfried: *La actual discusión sobre las finalidades de la pena.* Trad. Guillermo Benlloch Petit. En: Política Criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Roxin, Editor J.M Silva Sánchez, Bosch, Barcelona, 1997.

BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto: *Código Penal Anotado.* Tercera Edición, Lima, 2001.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCIA CANTIZANO, María del Carmen: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* Cuarta edición, San Marcos, Lima, 2000.

BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María Del Carmen. *Manual de derecho Penal. Parte Especial.* Editorial San Marcos, Lima, 1998.

BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal-Parte Especial*, 4ta. ed. Lima, San Marcos, 1998.

BRAMONT ARIAS, Luis A.: *Derecho penal.* Tercera edición, Imprenta Vilok, Lima, 1978.

BURGORGUE-LARSEN, Lawrence: *El derecho a la vida y la dignidad personal: una aproximación de la Corte Europea de los Derechos Humanos.* En: AA.VV. *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

BUSTAMANTE ALCINA, Jorge: *Teoría general de la responsabilidad civil.* 9ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Obras Completas.* T. I., Ara Editores, Lima, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* Ariel, Barcelona, 1991.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares.* Ara Editores, Lima, 2005.

CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A: *Derecho Penal. T.II. Parte Especial.* Bosch, Barcelona, 2001.

CAMPANA VALDERRAMA, Manuel M. *El Delito de Omisión a la Asistencia Familiar.* Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2002.

CANCIO MELLIA, Manuel: *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en el Derecho Penal.* Bosch, Barcelona, 1998.

CARBONELL MATEU-GONZALES CUSSAC en Vives Antón (coord.): *Derecho penal. Parte especial.* Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos en Tomas Vives Antón (Ed.): *Comentarios al Código Penal de 1995.* Vol. II. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

CARO CORIA, Dino Carlos: *Código Penal. Actuales Tendencias Jurisprudenciales de la Práctica Penal.* Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

CARO JOHN, José: *La autoría delictiva del funcionario público,* en: Ius Puniendi, Año I, Vol. 2, segundo trimestre, Editorial Ideas, Lima, 2015.

CARO JOHN, José Antonio: Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso. En *Normativismo e Imputación Jurídico-Penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista.* Ara Editores, Lima, 2010.

CARMONA SALGADO, Concepción en Cobo del Rosal (Dir.) *Compendio de Derecho Penal Español-Parte Especial.* Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2000.

CARRARA, Francesco: *Programa de Derecho Criminal-Parte Especial.* Temis, Bogotá, 1958

CARRARA, Francesco: *Programa de Derecho Criminal.* Vol. IV, Tomo 6, Temis, Bogotá, 1987.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal.* Vol. II, Temis, Bogotá, 1958.

CASTAÑEDA JIMÉNEZ, Juan: *Métodos de Investigación.* Mc Graw Hill, México, 1996.

CASTIÑEIRA PALOU, Ma. Teresa: *Delitos contra las relaciones familiares.* En Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Director Silva Sánchez). Atelier, Barcelona, 2006.

CASTILLO ALVA, José Luis: *Derecho Penal. Parte Especial I.* Grijley, Lima, 2008.

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de Aborto.* Lima, Ara Editores, 2004.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *La persona Jurídica como titular de Derechos Fundamentales.* En Derechos Fundamentales y procesos constitucionales, Grijley, Lima, 2008.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Derechos fundamentales y procesos constitucionales.* Grijley, Lima, 2008.

CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal Español Parte General III. Teoría General del Delito/2.*Editorial Tecnos, Madrid, 2001.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General.* Sexta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

CHOCLAN MONTALVO, J. y CALDERON CEREZO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo II, Bosch, Barcelona, 2001.

CUELLO CALÓN: *Derecho Penal. Parte especial.* T. II, Vol. II., Editorial Bosch, Barcelona, 1980.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás: *Derecho Penal. Parte General.* 4ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

CORNEJO, Ángel Gustavo: *Derecho Penal Especial. T. I.* Librería e Impresiones GIL, Lima, 1937.

CREUS, Carlos: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1999.

CREUS, Carlos: *Derecho Penal. Parte Especial.* T. I, 6ta. Ediciones Astrea, Buenos Aires, 1998.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil.* Civitas, Madrid, 1995.

DE LUCA, Javier Augusto: *Libertad de prensa y delitos contra el honor* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *La responsabilidad extracontractual.* Fondo Editorial PUCP, Lima, 1988.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *De la omisión del deber de socorro.* En Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial (Dirigido por Manuel Cobo del Rosal). Marcial Pons, Madrid, 2000.

DÍAZ MAROTO y VILLAREJO: *Delitos contra las Relaciones Familiares.* En compendio de Derecho Penal (Dir. BAJO FERNÁNDEZ). Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

DÍAZ, Elías: *Estado de Derecho y sociedad democrática.* Taurus, Madrid, 1998.

DIAZ VALCÄRCEL, Luis María: *Causalidad e Imputación Objetiva.* Madrid, 1994.

DIEGO DIAZ SANTOS, María del Rosario: *Delitos contra la Familia.* Maribel Artes Gráficas, Madrid, 1973.

DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil.* V. III, Tecnos, Madrid, 2002.

DIEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Civitas, Madrid, 1996.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II.* Tirnat Lo Blanch, Valencia, 2004.

DIEZ RIPOLLÉS, J. L: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

DONNA, Edgardo Alberto: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo II A, II-B Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.

ESPEZÚA SALMÓN, Boris Gilmar: *El derecho desde la mirada del otro. Bases para la construcción del pluralismo jurídico en el Perú.* Ideas, Lima, 2016.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Derecho de las Personas.* 4º ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Derecho de las personas.* Huallaga, Lima, 2001.

ESPITIA GARZÓN, Fabio: *La Extinción del Derecho de Dominio.* Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998.

ESER ALBIN/BURKHARDT BJÖRN: *Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias.* Editorial Colex, Madrid, 1995.

FALCON Y TELA, Ramón: *La posibilidad de gravar los hechos constitutivos de delitos: SAP Madrid 24 de enero de 1998.* Quincena Fiscal Nº 11, 1999.

FARALDO CABANA, Patricia: *Responsabilidad Penal de dirigentes en Estructuras Jerárquicas.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

FARALDO CABANA, Patricia: *Los delitos societarios.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FARRÉ TREPAT, Elena: *Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la Vida Humana Independiente.* En Comentarios a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo. Bosch, Barcelona, 1992.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial.* Vol. I. Bajo Fernández (director). Ramos Areces, Madrid, 2003.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo: *El Dolo Eventual.* Editorial Cordillera SAC, Bogotá, 2004.

FELIPE I SABORIT, David: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial.* Atelier, Barcelona, 2006.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, J.: *Derecho Penal Fundamental.* Vol. II, Temis, Bogotá, 1998.

FERRAJOLI, Luigi: *Las libertades en el tiempo del neoliberalismo* En: Palestra del Tribunal Constitucional. Palestra editores, Año III, Número 4, Lima, Abril de 2008.

FERRAJOLI, Luigi: *Razones jurídicas del pacifismo.* Trotta, Madrid, 2004.

FERREIRA DELGADO, Francisco José: *Derecho Penal Especial. Tomo 1.* Editorial Temis, Bogotá, 2006.

FONTAN BALESTRA, Carlos: *Derecho Penal-Parte Especial.* Abeledo Perrot, Buenos Aires.

FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal.* T.IV. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

FRIAS CABALLERO, Jorge: *Acción constitutiva del delito de hurto.* En Temas de Derecho Penal. La Ley, Buenos Aires, 1970.

GALGANO, Francesco: *Atlas de Derecho Privado Comparado.* Traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdera Server, Fundación cultural del notariado, Madrid, 2000.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Medidas de coerción en el proceso penal.* Ideas solución Editorial, *Jus Puniendi,* Lima, 2017.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *La reparación civil en el proceso penal.* Tercera Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2016.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Autonomía del delito de lavado de activos.* Cosa decidida y cosa juzgada. Ideas Solución Editorial, Lima, 2016.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Decomiso, incautación y secuestro.* Segunda Edición, Ideas Solución Editorial, Lima, 2015.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Nuevo Orden Jurídico y Jurisprudencia. Penal, Constitucional y Procesal Penal.* Tomo II, Ideas Solución Editorial, Lima, 2015.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *El delito de lavado de activos.* Tercera Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2014.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther: *La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones en el proceso penal.* Jurista editores, Lima, 2009.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *El Delito de Lavado de Activos.* Segunda Edición, Jurista Editores, Lima, 2009.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther: *Nulidad de actos jurídicos de disposición de bienes en el proceso penal.* Jurista editores, Lima, 2008.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Delito de enriquecimiento ilícito.* Idemsa, Lima, 2001.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y GUERRERO LÓPEZ, Susana Ivonne: *Consecuencias Accesorias del Delito y Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal.* Jurista Editores, Lima, 2008.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás; CASTRO TRIGOSO, Hamilton y RABANAL PALACIOS, William: *El código procesal penal, Comentarios descriptivos, explicativos y críticos.* Lima, Grijley, 2008.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *La reparación civil en el proceso penal.* Segunda Edición, Idemsa, Lima, 2005.

GARCÍA ALBERO, Ramón: *De la omisión del deber de socorro.* En Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. (Dir. Gonzalo Quintero Olivares). Aranzandi, Pamplona, 1999.

GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *Derecho al Honor versus Derecho a la Libertad de Expresión e Información.* En Comentarios a los Precedentes Vinculantes en Materia Penal de la Corte Suprema (Director José Luis Castillo Alva). Grijley, Lima, 2008.

GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *La Conducción en Estado de Ebriedad como agravante del Homicidio y Lesiones Culposas.* En Actualidad Jurídica. T. 104-Julio 2002.

GARCÍA CAVERO, Percy: *El Aborto Terapéutico. Una propuesta de interpretación dogmática.* En Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo 7, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

GARCÍA CAVERO: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.* Grijley, Lima, 2008.

GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho penal económico.* Grijley, Lima, 2007.

GARCÍA CAVERO, Percy: *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios.* Palestra, Lima, 2005.

GARCÍA MAAÑÓN, Ernesto: *Aborto e Infanticidio.* Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.

GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Código Penal Comentado.* Dirigido por Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y Luis RODRÍGUEZ RAMOS. Madrid, 1990.

GARCIA VALDEZ, Carlos: *Responsabilidad por lesiones deportivas.* En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1993.

GARGARELLA, Roberto: *Justicia penal en contextos de injusticia social.* En Gaceta Constitucional. T. 19, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2009.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos Cualificados por el resultado y causalidad.* Reus, Madrid, 1966.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Estudios de Derecho Penal.* Tecnos, Madrid, 1990.

GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín: De las lesiones. En *Comentarios al Código Penal.* Dirigido por Cándido Conde-Pumpido Tourón y coordinado por Jacobo López Barja de Quiroga, Bosch, Barcelona, 2010.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Lecciones de Derecho Procesal Penal.* Madrid, Colex, 2001.

GIOVANNI FIANDACA, Enzo Musco: *Diritto Penale-Parte Speciale- I delitti contro il patrimonio.* Vol. II, Tomo Secondo. Anichelli editore, Bologna, 1996.

GOMEZ, Eusebio: *Leyes Penales Anotadas* .T.II. Ediar, Buenos Aires, 1953.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *El Homicidio. T.I.* Temis, Bogotá, 1997.

GÓMEZ PAVÓN, P.: *El bien jurídico protegido en la receptación, lavado de dinero y encubrimiento.* Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1994.

GÓMEZ BENITEZ, José Manuel: *Teoría Jurídica del Delito.* Editorial Civitas S.A, Madrid, 1987.

GONZALES BARRON, Gunther: *Derechos Reales.* Segunda edición, Ediciones legales, Lima, 2009.

GONZÁLES RUS, Juan en: *Compendio de Derecho Penal Español-Parte Especial,* Cobo del Rosal (director) (Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.

GONZALES RUS, Juan J.: *Curso de derecho penal español. Parte especial.* T. I, (dirigido por Manuel Cobo del Rosal), Marcial Pons, Madrid, 1996.

GRACIA MARTÍN: *Delitos contra los derecho fundamentales.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

GRACIA MARTÍN, Luis. *El Homicidio.* En Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales. Vida Humana Independiente y Libertad, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

HASSEMER, Winfrid: *Fundamentos del Derecho Penal.* Bosch, Barcelona, 1984.

HAVA GARCÍA, Esther: *Dolo Eventual y Culpa Consciente. Criterios Diferenciadores.* En Anuario de Derecho Penal. Nro. 12. IDEMSA, Lima, 2003.

HERNANDEZ PLASENCIA, José: En AA.VV, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial".* DIEZ RIPOLLÉS-ROMEO CASABONA (coord.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y Democrático de Derecho.* Idemsa, Lima, 2005.

HUAMÁN CASTELLARES, Daniel O: *El sistema jurídico penal. Fundamentos dogmáticos y críticos para una interpretación integrada del Derecho penal y procesal penal.* Editores del Centro, Lima, 2016.

HUERTA TOCILDO, Susana: *La Injerencia y el Art. 489 bis, 3° CP.* En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Año 1985.

HUGO VIZCARDO, Silfredo. *Delitos contra la Vida, El Cuerpo y La Salud.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Lima, 2002.

HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Grijley, Lima, 2005.

HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* Juris, Lima, 1995.

HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial -2. Aborto.* Ediciones Juris, Lima, 1994.

JAKOBS, Günther: *El Derecho penal como disciplina científica.* Trad. Alex van Weezel, Civitas, Pamplona, 2008.

JAKOBS: *El lado subjetivo del tipo.* En desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje a G. Jakobs, Ara Editores, Lima, 2005.

JAKOBS, Günter: *La indiferencia como dolo indirecto.* En Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, T. I, Marcial Pons, Madrid, 2004.

JAÉN VALLEJO, Manuel: *Derecho Penal Aplicado.* Jurista Editores, Lima, 2002.

JAKOBS, Günther: *La imputación objetiva en Derecho Penal.* Traducción de Manuel Cancio Meliá. Grijley, Lima, 1998.

JAKOBS, Gunther: *Derecho Penal. Parte General.* Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Mourillo. Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, Gunther: *La misión de la protección jurídico penal del honor.* En Estudios de Derecho Penal. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997.

JAKOBS, Günter: *La imputación objetiva en el Derecho Penal.* Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

JAKOBS, Günter: *Sociedad norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.* Traducción de CANCIO MELIÁ y FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1996.

JAKOBS, Günter: *Derecho Penal. Parte General.* Marcial Pons. Madrid, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Segundo Volumen, Bosch, Barcelona, 1978.

JESCHECK y WEIGEND: *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Madrid, 2002.

LAFAILLE, Héctor: *Derecho Civil.* T. III, Tratado de los derechos reales, Vol. primero, Buenos Aires, 1943.

LAJE ANAYA: Justo: *Delitos contra la Familia.* Advocatus, Córdova, 1997.

LANDA ARROYO, César: *Interpretación Constitucional y Derecho Penal.* En Constitución y Fuentes del Derecho. Palestra, Lima, 2006.

LAURENZO COPELLO, Patricia: *Los Delitos Contra el Honor.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

LAURENZO COPELLO, Patricia: *Dolo y Conocimiento.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

LAURENZO COPELLO, Patricia: *Los Componentes del Dolo: Respuestas desde una Teoría del Conocimiento.* En Revista Peruana de Ciencias Penales. Nro. 12. IDEMSA, Lima. 2002.

LEVENE, Ricardo: *El Delito de Homicidio.* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.

LÍBANO MANSSUR, Claudio. *Los delitos de hacking en sus diversas manifestaciones.* En Ponencias VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Editora Perú, Lima, 2000

LINARES, Juan Francisco: *Fundamentos del Derecho Administrativo.* Astrea, Buenos Aires, 1975.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo: *El Negocio Jurídico.* Grijley, Lima, 1994.

LÓPEZ, A.: Acción y resultado típico en la estafa procesal. En *Homenaje a Antón Oneca*, Madrid, 1982.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Comentarios al Código Penal.* Bosch, Barcelona, 2007.

LÓPEZ BOLADO, Jorge: *Los homicidios calificados.* Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte General I. Universitas,* Madrid, 1996.

MANZINI: *Tratato di Diritto Penal.* Vol. VII. Torno, 1963.

MAGGIORE, Guiseppe: *Derecho Penal. Parte Especial.* Temis, Bogotá, 1985.

MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho Penal-Parte Especial.* Vol. V. Temis, Bogotá, 1972.

MANRIQUE ENRÍQUEZ, Fernando: *Teoría del Conocimiento. Proyección Epistemológica.* Colección Episteme, Editor Marcos Pflücker N. Lima, 1986.

MANZINI, Vicenzo: *Tratado de Derecho Penal.* Vol VII. Ediar, Buenos Aires, 1950.

MARÍN, Jorge: *Derecho penal. Parte especial.* 2ª Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos:*Derecho Penal Económico. Parte Especial.* Valencia, 1999.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La Imputación Objetiva del Resultado.* Edersa, Madrid, 1992.

MARTÍNEZ PEREZ, Carlos: *Las condiciones objetivas de punibilidad.* Edersa, Madrid, 1989.

MAURACH Reinhart y ZIFT Heinz: *Derecho Penal Parte General.* Astrea, Buenos Aires, 1995.

MEINI, Iván: *Imputación y Responsabilidad Penal. Ensayos de Derecho Penal.* Ara Editores, Lima, 2009.

MENDOZA ESCALANTE, Mijail: *Conflictos entre Derechos Fundamentales. Expresión, Información y Honor.* Palestra, Lima, 2007.

MENESES DÍAZ, Cristian Andrés: *"Delitos informáticos y Nuevas formas de Resolución del Conflicto Penal Chileno".* En http://www.delitosinformático.com.

MEZGER, Edmund: *"Derecho Penal Parte Especial".* Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954.

MIR PUIG, Santiago: *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal.* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ARTÍCULOS.ISSN 1695-0194 RECPC 05-05 (2003). RECPC 05-05 (2003) http://criminet.ugr.es/recpc _ ISSN 1695-0194

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General.* Editorial Reppertor, Barcelona, 2005.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal Español- Parte General.* Reppertor, Barcelona, 2004.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General.* Reppertor S.L., Barcelona, 1996.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria.* En Compendio de Derecho Penal.

Parte Especial. Vol. II (Dir. Miguel Bajo Fernández). Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003

MONTERO AROCA, Juan y Otros: *Derecho Jurisdiccional.* Bosch, Barcelona, 1994.

MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo: *El honor frente a la expresión y a la información.* En Comentarios a los Precedentes Vinculantes en Materia Penal de la Corte Suprema (Director José Luis Castillo Alva). Grijley, Lima, 2008.

MORALES GODO, Juan: *Derecho a la Intimidad y los Personajes Públicos.* En Diálogo con la Jurisprudencia, Año 8, Número 42, Gaceta Jurídica, Lima, Marzo 2002.

MORALES GODO, Juan: *Necesidad de Unificar el Concepto Jurídico de Muerte.* En Seminario El Código Civil de 1984: Reforma o Enmiendas, organizado por Revista Themis de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

MORALES GODO, Juan: *Derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información.* Grijley, Lima, 1995.

MORALES PRATS, Fermín en: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal.* Quintero Olivares (director). 2da. Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.

MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho Procesal Penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MORENO, Rodolfo: *El Código Penal y sus antecedentes.* T. IV, H.A Tomais Editor, Buenos Aires, 1923.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo en Manuel Cobo del Rosal (Dir.) *Compendio de Derecho Penal Español-Parte Especial.* Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2000.

MORILLAS CUEVA Lorenzo: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú.* Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN Mercedes: *Derecho Penal. Parte General.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal y control social.* Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada.* En Quintero Olivares y otros (Editores), Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan: *Delitos contra las relaciones familiares.* En Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. (Coord. José Luis Díez Ripollés). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

NAVARRO, Guillermo – GONZÁLES GARRIDO, Raúl: *Abandono de Personas.* En Código Penal y Nomas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. (Dir. David Baigún-Eugenio Raúl Zaffaroni). Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

NINO, Carlos Santiago: *Los límites de la responsabilidad penal.* Astrea, Buenos Aires, 1980.

NUÑEZ, Ricardo C.: *Tratado de Derecho Penal.* Marcos Lerner, Editorial Córdoba, 1989.

ORTS BERENGUER en Vives Antón (coord.): *Derecho penal. Parte especial.* Tirant lo Blanch, Valencia.

PACHECO OSORIO, Pedro: *Derecho Penal Especial. Obra completa.* Temis, T.II, 1977.

PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho Penal.* Sagitario, Lima, 1986.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso: *"El fundamento material del injusto de parricidio (delito de dominio) y el asesinato por lucro (sicario)"*. En Gaceta penal y procesal penal, Tomo 64, Octubre, 2014.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.: *La política criminal del aborto en el marco de la una discusión despenalizadora.* En Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo, 4, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo 1. Idemsa, Lima, 2008.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo II, Idemsa, Lima, 2008.

PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso: *Derecho Penal Peruano.* Rodhas, Lima, 2004.

PEÑA CABRERA, Raúl: *"Tratado de Derecho Penal. Parte Especial"*, Tomo II-A, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique en: *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* Vol. I., Bajo Fernández (Director). Editorial Centro de Estudios Ramos Areces, Madrid, 2003.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel: *Un nuevo sistema del Derecho penal.* Grijley, Lima, 1998.

PERALTA ANDIA, Javier Rolando: *El Derecho de Familia en el Código Civil.* Idemsa, Lima, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Sobre los valores fundamentales de los derechos humanos.* En MUGUERZA, Javier: El fundamento de los derechos humanos. Debate, Madrid, 1989.

PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.): *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial.* Vol. I, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 1998.

PIETRO SANCHIS, Luis: *Estudios sobre derechos fundamentales.* Debate, Madrid, 1992.

POLAINO NAVARRETE, Miguel: *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas.* Grijley, Lima, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel: *Delitos contra las Relaciones Familiares.* En Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I. (Dirigido por Manuel Cobo del Rosal). Marcial Pons, Madrid, 1996.

POLAINO ORTS, Miguel: *Descremación positiva y violencia contra la mujer. La legitimación de un enemigo de género.* ARA Editores, Lima, 2008.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: *De la omisión del deber de socorro.* En Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I. (Dirigido por Manuel Cobo Del Rosal). Marcial Pons, Madrid, 1996.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Todo sobre el Código Penal.* T. I, Idemsa, Lima, 1996.

PRIETO SANCHÍS, Luis: Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. En *Neoconstitucionalismo.* Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta, Madrid, 2003.

PUPPE, Ingeborg: *La imputación del resultado en el Derecho penal.* Ara Editores, Lima, 2003.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan: *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Bosch, Barcelona, 1996.

QUINTANO RIPOLLES: *Tratado de la parte especial del Derecho penal.* T.III, 2da. ed., Madrid, 1978.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín. *Comentarios al Nuevo Código Penal.* Tomo III, Pamplona, Aranzadi, 1996.

QUISPE CORREA, Alfredo: *Temas Constitucionales.* Editorial Gráfica Cisneros, Lima, 1995.

RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón: *La ignorancia deliberada en el proceso penal.* Atelier, Barcelona, 2007.

RAGÜEZ Y VALLÉS, Ramón: *El dolo y su prueba en el proceso penal.* Bosch, Barcelona, 1998.

RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional.* Barcelona, Bosch, 1993.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro: *Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: Un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita.* En: San Martín Castro, Caro Coria y Reaño Peschiera: Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para delinquir. Jurista Editores, Lima, 2002.

REYES ALVARADO, Yesid: *El concepto de imputación objetiva.* En revista Internacional. Derecho Penal contemporáneo. N° 1, Legis, Bogotá Colombia, octubre – diciembre 2002.

REYES ALVARADO, Yesid: *Imputación objetiva.* Temis, Bogotá 1996.

REYNA ALFARO, Luis Miguel: *Reflexiones sobre las propuestas de descriminalización del aborto eugenésico y sentimental.* En Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo, 4, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel: *Hacia una Nueva Concepción de la Pena.* Grijley, Lima, 1995.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Dykinson, Madrid, 1990.

RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Dykinson, Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Dikinson, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Dykinson, Madrid, 1980.

RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa: *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia.* Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *El delito de Omisión de Auxilio a la Víctima.* En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Año 1973.

RODRÍGUEZ MOURRULLO, G: *El autor mediato en Derecho Penal español.* Libro Homenaje al Profesor Jiménez de Azúa. Buenos Aires, 1970.

ROJAS LEÓN, Ricardo César: *Límites entre el asesinato por lucro y el asesinato para facilitar otro delito.* En Actualidad Jurídica Tomo 158, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Código Penal. Catorce años de Jurisprudencia sistematizada.* Idemsa, Lima, 2005.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Estudios de Derecho Penal.* Jurista Editores, Lima, 2004.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal.* Tomo I. Idemsa, Lima, 2002.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos contra la Administración Pública.* Segunda Edición, Grijley, Lima, 2000.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito.* Grijley, Lima, 1997.

ROMEO CASABONA, Carlos María (y otros): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* Tomo II. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos María: *Los delitos contra la vida y la integridad persona y los relativos a la manipulación genética.* Comares, Granada, 2004

ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la Vida Humana.* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 1994.

ROMERO SOTO, Luis E.: *Concurso aparente de leyes. Hechos copenados.* Temis, Bogotá, 1993.

ROY FREYRE, Luis: *Derecho Penal Peruano. Parte Especial.* Tomo III, Instituto de Ciencias Penales, Lima, 1983.

ROXIN, Claus: *Tratamiento Jurídico de la Eutanasia.* En Eutanasia y Suicidio. Cuestiones Dogmáticas y de Política Criminal. Ara Editores, Lima, 2008.

ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual.* Traducción de Manuel Abanto, Grijley, Lima, 2007.

ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual.* Traducción de Manuel Abanto, Grijley, Lima, 2007.

ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho penal.* Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

ROXIN: *Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal".* En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal. N° 1, Grijley, Lima, 2000.

ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General.* Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN: *El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata.* Revista penal: Conferencia pronunciada el 23 de marzo del 2006 en la clausura del Curso de Doctorado "Problemas fundamentales del Derecho penal y la criminología". Universidad Pablo de Olavide. Sevilla.

RUDOLPHI, Hans Joachim: *El Fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal.* En: El sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales. Bernd Schunemann, Compilador. Tecnos, Madrid, 1991.

RUBIO CORREA, Marcial/ EGUIGUREN PRAELI, Francisco/ BERNALES BALLESTEROS, Enrique: *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010.

RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo: Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal. En *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Coordinado por Silva Sánchez. Marcial Pons, Madrid, 2003.

RUIZ-ELDREDGE, Alberto: *La Constitución Comentada. 1979.* Editora Atlántida, Lima, 1980.

SALAS ALMIRAL, Salvador: *Causalidad e Imputación Objetiva en los Delitos de Peligro.* Madrid, 1994.

SALINAS SICHA, Ramiro: *Derecho Penal. Parte Especial.* Idemsa, Lima, 2005.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial.* Idemsa, Lima, 2004.

SANCHEZ TOMAS, José Miguel. En RODRÍGUEZ RAMOS, Luis; COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel y SANCHEZ TOMAS, José Miguel: *Derecho Penal. Parte Especial.* T. II, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997.

SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: *Delito de Infracción de deber y participación delictiva.* Marcial Pons, Barcelona, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd: *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio.* Idemsa, Lima, 2006.

SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO: *Derecho Penal. Parte Especial.* Dikynson, Madrid, 2005.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal-Parte Especial.* Dykinson, Madrid, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Estudios sobre los delitos de omisión.* Grijley, Lima, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal de las sociedades postindustriales.* Civitas, Madrid, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aberratio ictus e imputación objetiva.* En Estudios de Derecho Penal. Grijley, Lima, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. En: WOLTER, Jürgen y FREUND, Georg: *El sistema integral del Derecho Penal.* Marcial Pons, Madrid, 2004.

SILVA SANCHEZ, Jesús María: *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código Penal.* En Problemas Específicos de la aplicación del Código Penal. CGPJ, Manuales de Formación Continuada-4, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; y BALDÓ LAVILLA, Francisco (coord.): *Casos de la Jurisprudencia Penal con Comentarios Doctrinales. Parte General.* José María Bosch Editor, Barcelona, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo.* Barcelona, 1992.

SOLA RECHE, Esteban: *De la Omisión del Deber de Socorro.* En Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. (Coord. José Luis Díez Ripollés y Carlos María Romeo Casabona). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino.* Tomo IV, La Ley, Buenos Aires, 1946.

SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino.* T. II, Tea, Buenos Aires, 1978.

STRUENSEE, Eberhard: *Atribución Objetiva e imprudencia.* Cuadernos de Política Criminal N° 44, Instituto Universitario de Criminología, Madrid, 1991.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J.: Los Delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia los delitos cometidos por funcionarios. En: *La Dogmática Penal frente a la Criminalidad en la Administración Pública.* Grijley, Lima, 2001.

SUÁREZ GONZALES en BAJO FERNÁNDEZ (Dir): *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial.* Vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: *La Causa en Negocio Jurídico.* Fondo Editorial, PUCP Lima, 1994.

TAMARIT SUMALLA, Josep María: Las lesiones. En *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal,* Dirigido por Quintero Olivares y coordinado por Morales Prats, Vol. I, 5ª Ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

TERRAGNI, Marco Antonio. *Culpabilidad penal y responsabilidad civil.* Hammurabi, Buenos Aires, 1981.

TERUEL CARRALERO, Domingo. *Ensañamiento* en *Nueva Enciclopedia Jurídica.* Editorial Francisco Seix S.A, Barcelona, 1956.

TIEDEMANN, Klaus: *Constitución y Derecho Penal.* Palestra, Lima, 2003.

TIEDEMANN, Klaus: *Poder económico y delito.* Ariel, Barcelona, 1985.

TORRES CHEDRAUI, Ana María: *Derechos humanos y búsqueda de la verdad en el proceso penal. Una propuesta de armonización.* Comares, Granada-España, 2015.

UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego: *El delito de feminicidio en el Perú: ¿Excesiva victimización de la mujer?,* ARA Editores, Lima, 2012.

URE ERNESTO, citado por REYNA ALFARO, Luis: El Incumplimiento de Obligaciones Alimenticias desde el Derecho Penal. En *Cuadernos Jurisprudenciales–Suplemento Mensual de Revista Dialogo con la Jurisprudencia.* Año 3, Número 24, Junio 2003,

URQUIZO OLAECHEA, José: *El Bien Jurídico.* En: Revista Peruana de Ciencia Penales. Año III, No. 6, GC Ediciones; Lima 1998.

URQUIZO OLAECHEA, José: *Los Delitos Contra el Honor en el Nuevo Código Penal.* En Revista Peruana de Ciencias Penales, Año 1, N° 01, Enero – Junio, 1983.

URTEAGA, Eguzki: *Las políticas de discriminación positiva.* En Revista de Estudios Políticos (Nueva época), Núm. 146, Madrid, octubre-diciembre, 2009.

VALIENTE LANUZA, Carmen Tomás: *La Disponibilidad de la Vida desde la Perspectiva Constitucional.* Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

VALLE MUÑIZ, José Manuel en: *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I.* Cobo Del Rosal (director). Madrid: Marcial Pons, 1996.

VALLE RIESTRA, Javier: *Despenalización de los delitos contra el honor.* En Revista Gaceta Penal & Proceso Penal. Gaceta Jurídica. Lima, agosto, 2009.

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho Genético.* Grijley, Lima, 2001.

VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara: *Responsabilidad Penal por contagio de Sida.* Grijley, Lima, 2004.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Temis S.A. Bogotá, 2004,

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Derecho Penal. Parte General.* Temis, Bogotá, 1995.

VIDAL MARÍN, Tomás: "*Derecho al Honor, personas jurídicas y tribunal constitucional*". Indret. Revista para el análisis del Derecho. http://www.indret.com/pdf/397_es.pdf.

VILLA STEIN, Javier: *Derecho Penal. Parte Especial.* T. I-B, Ed. San Marcos, Lima, 1998.

VILLA STEIN, Javier: *Derecho Penal. Parte Especial.* T. II.A. Editorial San Marcos, Lima, 2001.

VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal- Parte Especial. I-A.* Editorial San Marcos, Lima, 2004.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho penal especial.* Vol. I, Grijley, Lima, 2014.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho Penal. Parte General.* Grijley, Lima, 2006.

VILLAVICENCIO TERRREROS, Felipe. *Delitos de Homicidio.* G y G Impresores, Lima, 1991.

VIVES ANTÓN-GONZÁLES CUSSAC en Vives Antón (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial.* Tirant lo Blanch, Valencia.

VIVES ANTÓN, Tomás: *Comentarios al Código Penal de 1995.* Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

VIVES ANTON, Tomás: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

WESSELS, Johannes: *Derecho Penal Parte General.* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* T. IV, Ediar, Buenos Aires, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; y SLOKAR, Alejandro: *Derecho Penal. Parte General.* V. I, Ediar, Buenos Aires, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio R; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro: *Derecho Penal. Parte General.* Ediar, Buenos Aires, 2002,

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: *Responsabilidad por riesgo.* Segunda Edición, Editorial Buenos Aires, 1997.

**DERECHO PENAL**
**PARTE ESPECIAL - Tomo II**
*se terminó de imprimir en el mes de marzo de 2017,*
*en los talleres gráficos de Jurista Editores,*
*Jr. Miguel Aljovín N° 201 - Lima.*