



MANUAL DE CASOS PENALES

LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO Y
SU IMPORTANCIA EN EL MARCO
DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

Mario Pablo Rodríguez Hurtado

Ángel Fernando Ugaz Zegarra

Lorena Mariana Gamero Calero

Horst Schönbohm

MANUAL DE CASOS PENALES

**LA TEORIA GENERAL DEL DELITO Y
SU IMPORTANCIA EN EL MARCO
DE LA REFORMA PROCESAL PENAL**

Mario Pablo Rodríguez Hurtado
Angel Fernando Ugaz Zegarra
Lorena Mariana Gamero Calero
Horst Schönbohm

MANUAL DE CASOS PENALES

La Teoría General del Delito y su importancia en el marco de la Reforma Procesal Penal

Derechos Reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio, sin permiso expreso y por escrito de los Editores.

Los autores son responsables de la selección y presentación de los hechos contenidos en este libro, así como de las opiniones expresadas.

Elaboración de Contenidos :

Mario Pablo Rodríguez Hurtado
Angel Fernando Ugaz Zegarra
Lorena Mariana Gamero Calero
Horst Schönbohm

Colaboración de :

Rafael Arnold Vega Llapapasca
Carlos Enrique Ibarra Espíritu
Ivonne Myriam Duymovich Rojas
Juan Antonio Rosas Castañeda
María del Carmen Arango Yamashiro
Cecilia Madrid
Carlos Reinerio Tamani Rafael
Natasha Karenina Gutiérrez Arroyo

Corrección y Estilo

Annie Ordóñez

Supervisión y Revisión :

William Ramírez – Asesor Principal
Proyecto Justicia – AMBERO-GIZ

Responsable de la contribución de GIZ :

Hartmut Paulsen – Director del Programa Buen Gobierno y Reforma del Estado

Tiraje :

1,000 ejemplares – Segunda Edición – Tercera reimpresión – Noviembre del 2012

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú :

No. 2012-13246

Impreso por :

Ediciones NOVA Print S.A.C.
Avda. Ignacio Merino No. 1546 – Lince – Lima 014 – Perú
RUC No. 20505473885

Edición y Revisión de Contenidos :

© AMBERO Consulting Gesellschaft mbH
© Cooperación Alemana al Desarrollo Internacional – GIZ
Por encargo del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo – BMZ
Programa : Buen Gobierno y Reforma del Estado
Proyecto : Apoyo a la Consolidación de la Reforma del Sistema Procesal Penal y de la Administración de la Justicia en el Perú
Pasaje Bernardo Alcedo No. 150 – Piso 5 – El Olivar – San Isidro – Lima 027 – Perú
Teléfono : +51(1) 421-1333, anexo 448
Página Web : www.giz-gobernabilidad.org.pe

CONTENIDO

| | |
|--|----|
| ABREVIATURAS | 15 |
| PRÓLOGO | 17 |
| INTRODUCCIÓN | 19 |
| A. MANUAL DE CASOS PENALES | 23 |
| PARTE PRIMERA | |
| VIGENCIA O APLICACIÓN ESPACIAL, TEMPORAL Y PERSONAL DE LA LEY PENAL | 23 |
| I. VIGENCIA ESPACIAL O TERRITORIAL DE LA LEY PENAL | 23 |
| I.1. Principio de territorialidad | 23 |
| I.2. Principio de ubicuidad | 24 |
| II. APLICACIÓN DE LA LEY PENAL PERUANA A HECHOS COMETIDOS O ACAECIDOS FUERA DE LA REPÚBLICA | 24 |
| II.1. Principio de protección estatal o real (artículo 2º, incisos 2 y 3 CP) | 24 |
| II.2. Infractor funcionario público (artículo 2º, inciso 1 CP) | 24 |
| II.3. Principios de personalidad activa y pasiva (artículo 2º, inciso 4 CP) | 24 |
| II.4. Principio universal o de justicia global (artículo 2º, inciso 5 CP) | 25 |
| II.5. Principio de derecho penal por representación o competencia de reemplazo o de sustitución (artículo 3º CP) | 25 |
| II.6. Excepciones a la aplicación extraterritorial de la ley penal peruana (artículo 4º CP) | 25 |
| II.7. El caso de las naves y aeronaves (artículo 1º, incisos 1 y 2 CP) | 25 |
| III. VIGENCIA TEMPORAL DE LA LEY PENAL | 26 |
| III.1. Momento de la comisión del hecho punible (artículo 9º CP) | 26 |
| III.2. El principio de irretroactividad de la ley penal (artículo 6º CP) | 26 |
| III.3. Retroactividad benigna de la ley penal (artículos 6º y 7º CP) | 27 |
| III.4. Las leyes penales temporales (artículo 8º CP) | 27 |
| IV. VIGENCIA PERSONAL DE LA LEY PENAL | 28 |
| IV.1. El principio de igualdad (artículo 10º CP) | 28 |
| CASOS | 29 |

| | |
|--|-----------|
| PARTE SEGUNDA | |
| TEORÍA GENERAL DEL DELITO: NOCIÓN JURÍDICA DEL DELITO | 35 |
| CASOS | 39 |
| | |
| PARTE TERCERA | |
| LA ACCIÓN PENAL | 44 |
| I. CONCEPTO DE ACCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL | 44 |
| II. AUSENCIA DE LA ACCIÓN | 45 |
| III. ACTIO LIBERA IN CAUSA | 46 |
| IV. LA OMISIÓN | 47 |
| IV.1. La acción omisiva | 47 |
| IV.2. La acción esperada: deber o posición de garante | 47 |
| A) Función protectora del bien jurídico | 47 |
| B) El “deber de control” de una fuente de peligros | 48 |
| IV.3. Clases de omisión | 49 |
| A) Omisión propia | 49 |
| B) Omisión impropia | 49 |
| IV.4. Equivalencia entre acción y omisión | 50 |
| IV.5. Tipo subjetivo del delito de omisión | 50 |
| CASOS | 51 |
| | |
| PARTE CUARTA | |
| LA TIPICIDAD | 55 |
| I. TIPO PENAL | 55 |
| I.1. Concepto de tipo penal | 55 |
| I.2. Funciones del tipo penal | 55 |
| I.3. La tipicidad | 56 |
| I.4. Clasificación de los tipos penales | 57 |
| A) De acuerdo a su estructura | 57 |
| B) De acuerdo a la modalidad de la realización | 57 |
| C) De acuerdo con la afectación del bien jurídico | 57 |
| D) De acuerdo al bien jurídico protegido | 58 |
| E) Por las características del agente | 58 |
| II. ASPECTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL | 58 |
| II.1. Elementos de la estructura del tipo penal | 58 |
| A) Conducta típica | 58 |

| | |
|---|-----------|
| B) Sujetos de la conducta típica | 59 |
| C) Bien jurídico | 59 |
| D) Objeto de la acción | 59 |
| II.2. Elementos descriptivos y elementos normativos de la estructura del tipo | 60 |
| III. RELACIÓN CAUSAL: IMPUTACIÓN OBJETIVA | 60 |
| III.1. Concepto | 60 |
| A) Creación de un riesgo no permitido | 61 |
| B) Prohibición de regreso | 62 |
| C) Principio de confianza | 62 |
| D) Acciones de propio riesgo | 62 |
| E) Supuestos en los que no configura la imputación objetiva | 62 |
| E.1. Disminución del riesgo | 62 |
| E.2. Acción irrelevante penalmente | 63 |
| E.3. Exposición previa a un peligro | 63 |
| E.4. Resultado fuera de la esfera de la protección de la norma | 63 |
| E.5. Riesgo socialmente aceptado | 63 |
| IV. ASPECTO SUBJETIVO DE TIPO | 63 |
| IV.1. El dolo | 63 |
| A) Elementos del dolo | 63 |
| B) Clases de dolo | 64 |
| C) Error de tipo | 65 |
| C.1. Concepto | 65 |
| C.2. Clases de error de tipo | 65 |
| IV.2. La culpa | 67 |
| A) Concepto | 67 |
| B) Infracción al deber objetivo de cuidado | 67 |
| C) El deber subjetivo de cuidado | 68 |
| D) Clases de culpa | 68 |
| E) Exclusión del deber objetivo de cuidado | 69 |
| F) Causalidad e imputación objetiva | 69 |
| CASOS | 70 |
| | |
| PARTE QUINTA | |
| ANTI JURIDICIDAD | 75 |
| I. ANTI JURIDICIDAD FORMAL Y ANTI JURIDICIDAD MATERIAL | 76 |
| II. DESVALOR DE LA ACCIÓN Y DESVALOR DEL RESULTADO | 77 |
| III. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN | 78 |
| A) Efectos de la justificación | 78 |
| B) Elementos subjetivos de las causas de justificación | 79 |

| | |
|--|----|
| IV. LA LEGÍTIMA DEFENSA | 79 |
| A) Agresión ilegítima | 80 |
| A.1. Carácter ilícito de la agresión | 80 |
| A.2. Actualidad de la agresión | 80 |
| A.3. Bien jurídico protegido | 81 |
| B) La necesidad racional del medio empleado | 81 |
| C) Falta de provocación suficiente | 81 |
| D) Elemento subjetivo de la defensa | 82 |
| E) Legítima defensa de terceros | 82 |
| V. ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE | 82 |
| A) Presupuestos del estado de necesidad | 83 |
| B) Elemento subjetivo | 83 |
| C) Estado de necesidad imperfecto | 83 |
| VI. OBRAR POR DISPOSICIÓN DE LA LEY EN EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO | 83 |
| A) Cumplimiento de un deber | 84 |
| B) El uso de la violencia por parte de la autoridad | 84 |
| C) Obediencia debida a un superior jerárquico | 84 |
| D) El ejercicio de un derecho | 84 |
| E) Ejercicio legítimo de un oficio o cargo | 85 |
| VII. EL CONSENTIMIENTO | 86 |
| VIII. ERRORES EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN | 87 |
| CASOS | 87 |
| PARTE SEXTA | |
| LA CULPABILIDAD | 92 |
| I. CONCEPTO | 92 |
| II. DISTINCIÓN ENTRE ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD | 93 |
| III. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD | 94 |
| III.1. Teoría psicológica de la culpabilidad | 94 |
| III.2. Teoría normativa | 94 |
| III.3. Concepción finalista | 95 |
| IV. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD | 95 |
| IV.1. La capacidad de culpabilidad (Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, alteraciones de la percepción y minoría de edad) | 96 |
| V. EL ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO | 99 |

| | |
|--|-----|
| VI. ACTIO LIBERA IN CAUSA | 99 |
| VII. CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD | 100 |
| VII.1. El error de prohibición | 100 |
| A) Clases de error de prohibición | 100 |
| B) La no exigibilidad de otra conducta | 101 |
| VII.2. Estado de necesidad exculpante: colisión de bienes de igual jerarquía | 102 |
| VII.3. Miedo insuperable | 102 |
| CASOS | 102 |
| | |
| PARTE SÉPTIMA | |
| TENTATIVA Y CONSUMACIÓN | 109 |
| | |
| I. ETAPAS DEL <i>ITER CRIMINIS</i> O ITINERARIO DEL DELITO | 109 |
| A) Ideación | 109 |
| B) Actos preparatorios | 109 |
| C) Ejecución | 110 |
| D) Consumación | 110 |
| E) Agotamiento | 110 |
| | |
| II. TENTATIVA | 111 |
| II.1. Fundamentos de la represión de la tentativa | 112 |
| A) Criterio objetivo | 112 |
| B) Criterio subjetivo | 112 |
| C) Criterio mixto | 112 |
| D) Desobediencia a la norma | 112 |
| II.2. Elementos de la tentativa | 113 |
| A) Elemento subjetivo: Resolución criminal | 113 |
| B) Elemento objetivo: Comienzo de la ejecución del delito | 113 |
| C) No realización de la consumación | 114 |
| D) Idoneidad de la acción | 114 |
| II.3. Clases de tentativa | 115 |
| A) Tentativa acabada | 115 |
| B) Tentativa inacabada | 115 |
| C) Abandono de la ejecución por desistimiento voluntario | 116 |
| D) Impedir la producción del resultado | 116 |
| E) Tentativa del sujeto en delitos con pluralidad de agentes | 117 |
| F) Tentativa fracasada | 118 |
| G) Tentativa inidónea | 115 |
| H) Tentativa irreal o supersiticiosa | 119 |
| | |
| III. CONSUMACIÓN | 120 |
| III.1. Definición | 120 |
| III.2. Clasificación | 121 |

| | |
|---|------------|
| A) Consumación formal | 121 |
| B) Consumación material | 121 |
| III.3. La consumación en los diversos tipos de delitos | 122 |
| A) La consumación en los delitos de resultado | 122 |
| B) La consumación en los delitos de peligro | 122 |
| C) La consumación en los delitos continuados | 123 |
| D) La consumación en los delitos permanentes | 123 |
| E) La consumación en los delitos instantáneos | 123 |
| CASOS | 124 |
| | |
| PARTE OCTAVA | |
| AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN | 129 |
| I. AUTORÍA | 129 |
| I.1. El concepto de autor | 129 |
| A) Concepto restrictivo de autor | 130 |
| II. TEORÍAS QUE DIFERENCIAN ENTRE AUTOR Y PARTÍCIPE | 131 |
| II.1. Teoría objetivo formal | 131 |
| II.2. Teoría objetivo material | 132 |
| II.3. Teoría del dominio del hecho | 132 |
| III. CLASES DE AUTORÍA | 133 |
| III.1. Autoría directa | 133 |
| A) Requisito | 134 |
| III.2. Autoría mediata | 135 |
| A) Características | 136 |
| B) Autoría mediata y el iter criminis | 136 |
| C) Casos de autoría mediata | 137 |
| III.3. Co-autoría | 140 |
| A) Elementos | 141 |
| IV. PARTICIPACIÓN | 142 |
| IV.1. Concepto | 142 |
| IV.2. Principios | 143 |
| A) Principio de accesoriedad | 143 |
| IV.3. Formas de participación | 145 |
| A) La instigación | 145 |
| A.1. Requisitos | 146 |
| A.2. Tipos de instigación | 147 |
| B) La complicidad | 148 |
| B.1. Tipos de complicidad | 149 |
| B.2. La complicidad y el iter criminis | 150 |
| B.3. Complicidad y los delitos especiales | 151 |
| CASOS | 151 |

| | |
|---|-----|
| PARTE NOVENA | |
| CONCURSO | 156 |
| I. PROBLEMA DE LA POSIBLE APLICACIÓN DE DIVERSAS NORMAS PENALES A UN MISMO HECHO DELICTIVO | 156 |
| II. UNIDAD Y PLURALIDAD DE ACCIÓN | 156 |
| II.1. Factor final | 156 |
| II.2. Factor normativo | 157 |
| III. UNIDAD DE ACCIÓN Y DE DELITO | 157 |
| IV. UNIDAD DE ACCIÓN Y PLURALIDAD DE DELITOS: CONCURSO IDEAL DE DELITOS | 157 |
| IV.1. Definición | 157 |
| IV.2. Requisitos del concurso ideal de delitos | 158 |
| A) Unidad de acción | 158 |
| B) Vulneración de una pluralidad de tipos penales | 159 |
| IV.3. Concurso ideal de delitos: Subtipos | 159 |
| A) Concurso ideal homogéneo | 159 |
| B) Concurso ideal heterogéneo | 160 |
| C) Concurso ideal propio | 160 |
| D) Concurso ideal impropio | 160 |
| V. PLURALIDAD DE ACCIONES Y PLURALIDAD DE DELITOS: CONCURSO REAL DE DELITOS | 161 |
| V.1. Definición | 161 |
| V.2. Tratamiento normativo | 161 |
| V.3. Tipos de concurso real | 162 |
| A) Concurso real homogéneo | 162 |
| B) Concurso real heterogéneo | 162 |
| C) Concurso real retrospectivo | 163 |
| VI. CONCURSO APARENTE DE LEYES | 164 |
| VI.1. Concepto | 164 |
| VI.2. Principios aplicables al concurso aparente de leyes | 164 |
| A) Principio de identidad | 164 |
| B) Principio de alternatividad | 164 |
| C) Principio de especialidad | 164 |
| D) Principio de subsidiaridad | 164 |
| E) Actos anteriores o posteriores impunes | 165 |
| CASOS | 165 |
| BIBLIOGRAFÍA | 169 |

B. ACUERDOS PLENARIOS DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIA PENAL

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - AÑO 2005

| | |
|---|-----|
| ACUERDO PLENARIO Nº 3-2005/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> Intervención de tres o más agentes. Alcances del Art. 297º.6 del Código Penal. | 173 |
| ACUERDO PLENARIO Nº 4-2005/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> Definición y estructura típica del delito de peculado. Art. 387º del Código Penal | 177 |

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - AÑO 2006

| | |
|---|-----|
| ACUERDO PLENARIO Nº 2-2006/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> Combinación de Leyes o Unidad en la aplicación de las leyes | 182 |
| ACUERDO PLENARIO Nº 3-2006/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información | 189 |
| ACUERDO PLENARIO Nº 4-2006/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> Cosa Juzgada en relación al delito de Asociación ilícita para delinquir. | 196 |
| ACUERDO PLENARIO Nº 6-2006/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> Reparación civil y delitos de peligro. | 201 |

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - AÑO 2007

| | |
|---|-----|
| ACUERDO PLENARIO Nº 6-2007/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia. | 206 |
| ACUERDO PLENARIO Nº 7-2007/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> Violación Sexual: alcance interpretativo del artículo 173º.3 CP, modificado por la Ley número 28704 para la determinación judicial de la pena | 210 |

ACUERDO PLENARIO Nº 8-2007/CJ-116
ASUNTO: Diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrante de una organización criminal. 215

ACUERDO PLENARIO Nº 9-2007/CJ-116
ASUNTO: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los Artículos 80º y 83º del Código Penal. 219

IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIAS Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO Nº 1-2008/CJ-116
ASUNTO: Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena 223

ACUERDO PLENARIO Nº 2-2008/CJ-116
ASUNTO: Alcances de la pena de inhabilitación 235

ACUERDO PLENARIO Nº 3-2008/CJ-116
ASUNTO: Correo de drogas, delito de TID y la circunstancia agravante del artículo 297°.6 del Código Penal 247

ACUERDO PLENARIO Nº 4-2008/CJ-116
ASUNTO: Aplicación del artículo 173°. 3 del Código Penal 255

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO Nº 1-2009/CJ-116
ASUNTO: Rondas campesinas y Derecho penal 262

ACUERDO PLENARIO Nº 2-2009/CJ-116
ASUNTO: Regulación Tributaria 277

ACUERDO PLENARIO Nº 3-2009/CJ-116
ASUNTO: Robo con muerte subsecuente y delito de asesinato. Las Lesiones como agravantes en el delito de robo 290

ACUERDO PLENARIO Nº 4-2009/CJ-116
ASUNTO: Determinación de la pena y concurso real. 298

ACUERDO PLENARIO Nº 7-2009/CJ-116
ASUNTO: Persona jurídica y consecuencias accesoria. 311

| | |
|---|-----|
| ACUERDO PLENARIO N° 8-2009/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> La prescripción de la acción penal en el art. 46 y art. 49 del CP. | 325 |
| ACUERDO PLENARIO N° 9-2009/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> Desaparición forzada | 340 |
| <i>VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS</i> | |
| ACUERDO PLENARIO N° 1-2010/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> PRESCRIPCIÓN: PROBLEMAS ACTUALES | 354 |
| ACUERDO PLENARIO N° 2-2010/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> Concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel y determinación judicial de la pena | 366 |
| ACUERDO PLENARIO N° 3-2010/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> El delito de lavado de activos | 371 |
| <i>VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA</i> | |
| ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> Nuevos alcances de la prescripción | 397 |
| ACUERDO PLENARIO N° 3-2011/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> Delitos contra la libertad sexual y trata de personas | 404 |
| ACUERDO PLENARIO N° 4-2011/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> Relevancia del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186° CP | 413 |
| ACUERDO PLENARIO N° 7-2011/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales. | 422 |
| <i>I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA</i> | |
| ACUERDO PLENARIO N° 01-2012/CJ-116 <i>ASUNTO:</i> Reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, al artículo 170° del Código Penal | 432 |

ABREVIATURAS

| | |
|--------------|----------------------------------|
| art., arts.: | artículo, artículos |
| coord./s: | coordinador /es |
| cfr.: | cónfer (compárese o confróntese) |
| CP: | Código Penal |
| CPP: | Código Procesal Penal |
| D. Leg.: | Decreto Legislativo |
| Dir.: | Director |
| DP: | Derecho Penal |
| ed.: | Edición |
| ed., eds.: | editor, editores |
| Ej.: | Ejecutoria |
| etc.: | Etcétera |
| fasc.: | Fascículo |
| fj.: | fundamento jurídico |
| inc.: incs.: | Inciso, incisos |
| Nº: | Número |
| p./pp.: | página/s |
| par.: | parágrafo |
| PE: | Parte Especial |
| PG: | Parte General |
| R.N.: | Recurso de Nulidad |
| S.P.T.: | Sala Penal Transitoria |
| Supr.: | Suprema |
| T.: | tomo |
| T.P.: | Título Preliminar |
| Tít.: | título |
| trad.: | traducción |
| v.gr.: | verbigracia |
| vid.: | vea |
| v.: | Volumen |

PRÓLOGO

El proceso de implementación del Nuevo Código Procesal Penal, y su aplicación en los casos concretos en los Distritos Judiciales donde se encuentra vigente, constituye un cambio trascendental en el sistema de justicia penal en nuestro país. El nuevo modelo procesal penal permite una mayor y mejor capacidad de actuación de los operadores en la investigación, persecución y sanción de los casos penales.

De igual manera, constituye un hito importante en el sistema pues trae aparejada la cultura de la transparencia, oralidad y publicidad de las actuaciones de las actuaciones de los funcionarios públicos, lo que permite una auditoría social de los mismos.

Por ello, con la finalidad de contribuir al proceso de implementación del código a través del fortalecimiento de las capacidades técnicas de los usuarios, el Proyecto de Consolidación de la Reforma del Sistema Procesal Penal y la Administración de Justicia en el Perú de la Cooperación Alemana al Desarrollo Internacional – GIZ, que ejecuta AMBERO Consulting Gesellschaft mbH, efectúa la reimpresión del Manual de Casos Penales: la teoría general del delito y su importancia practica en el marco de la reforma procesal penal.

Esta reimpresión del manual, se ha dividido en dos grandes bloques. El primero bloque no se ha variado y parte de la premisa que el conocimiento de la teoría del delito es trascendental para el desarrollo del proceso penal ya que mediante ella se logrará determinar si una conducta reúne todos los elementos necesarios para ser considerado un delito, si existen o no causas de justificación o de exculpación, o cualquier otra circunstancia que se debe tomar en cuenta para el análisis de la conducta delictiva; para determinar la formalización de la investigación preparatoria y mucho más aun para establecer la teoría del caso que le permitirá al fiscal determinar cuáles son los medios de prueba necesarios para emitir acusación con la finalidad de atribuirle responsabilidad penal al imputado.

El segundo bloque, que es un añadido a la publicación, contiene una recopilación de los Acuerdos Plenarios de derecho penal sustantivo emitidos por la Corte Suprema

de Justicia de la República desde el año 2005 hasta la fecha, en donde se tocan temas como determinación de la pena en concurso real, prescripción de la acción penal en el art. 46-A y art. 49 del Código Penal, desaparición forzada, entre otros.

Es importante resaltar la labor de los Equipos Técnicos de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de las instituciones del sector justicia y de la Academia de la Magistratura por la labor realizada hasta la fecha, en especial al equipo del Poder Judicial con quién se ha coordinado la presente publicación.

Agradecemos a los autores por colaborar con los esfuerzos para consolidar el proceso de implementación del Nuevo Código Procesal Penal a través de esta publicación, así como a Carlos Tamani Rafael y Natasha Gutiérrez Arroyo quienes colaboraron en la sistematización de los Acuerdos Plenarios.

Proyecto Justicia
Ambero-GIZ

INTRODUCCIÓN

Para cualquier penalista resulta fundamental tener un adecuado manejo de la “teoría del delito”. Mediante la teoría del delito se determina si una conducta es punible; es decir, si reúne todos los elementos de una tipicidad delictiva, si no existen elementos que podrían justificar dicha acción y así eliminar la antijuridicidad (por ejemplo, el caso de la defensa legítima), y si puede atribuirse la culpabilidad al actor.

La teoría del delito también determina en qué forma una persona ha participado en el hecho delictivo, sea como actor, cómplice, etc., y cuándo el intento de cometerlo —no consumado— es punible. Un fiscal necesita contar con estos conocimientos ya desde el inicio de la investigación o cuando le llega la noticia de un posible delito, para saber si el hecho denunciado o del cual ha recibido información podría constituir un delito, de qué tipo y cuáles son los hechos que tendría que investigar para tomar una adecuada decisión, verificar si es aplicable el principio de oportunidad, un proceso inmediato, la acusación directa, etc.

La teoría del delito es también base para la construcción de una óptima “teoría del caso”, que todo fiscal debe realizar antes de decidir si procede acusar o no. La teoría del caso proporciona un orden al fiscal: le permite conocer la información requerida y cuáles son las pruebas necesarias para emitir una acusación que atribuya una responsabilidad al imputado. Una defectuosa teoría del caso no permitiría una eficaz postulación de pruebas, y sería una complicación para el fiscal y los demás litigantes al momento de examinar tanto a los testigos y al acusado como al resto de los órganos de prueba.

Lamentablemente, la experiencia nos demuestra que muchos jueces, fiscales y también abogados defensores con frecuencia no dominan a fondo la teoría del delito, de la cual la mayoría de ellos solamente tienen un conocimiento superficial.

Esto se puede constatar mediante la simple lectura de los fundamentos jurídicos de las sentencias, y también por lo que se dice en los juicios orales, o en cualquier audiencia. Tal como afirmamos, esa situación se comprueba de manera reiterada.

Esta realidad es consecuencia directa del sistema actual de formación de los abogados en las universidades. Las facultades de Derecho desdeñan notablemente la importancia de una cabal enseñanza de la teoría del delito.

Libros y materiales sobre la teoría del delito, existen muchos; pero casi todos se han escrito con un enfoque teórico y muy abstracto, lo que convierte a muchos de ellos (sin incluir a los grandes Manuales que son muestras de importantes esfuerzos dogmáticos) en inútiles para el operador cuando necesita resolver su caso concreto. Hacen falta libros que, tomando como ejemplo casos prácticos, desarrollen y expliquen la teoría del delito en forma clara y precisa, pero al mismo tiempo simplificada; un libro o Manual que posibilite al lector, a través de su casuística, buscar sus propias soluciones y así comprobar si han sido comprendidos realmente los elementos centrales de la teoría del delito.

Además de la necesidad de siempre tener una formación adecuada en estos temas, la coyuntura coloca al operador en medio de un contexto de reforma, que si bien es procesal, lo obliga a adquirir ciertas destrezas que antes no tenía la necesidad de poseer. El nuevo proceso penal peruano se desarrolla principalmente en audiencias, reina la oralidad; nunca más será el papel el que hable por todos en todas las situaciones. Así, los litigantes, y en general los sujetos procesales, deben actuar en forma rápida; pero esto no será posible si no se tiene interiorizados conocimientos de calidad (se debe comprender que no se dispone del tiempo suficiente para revisar en profundidad su biblioteca, encontrar el texto relacionado con su caso, leer su contenido, interpretar lo que quiso decir el autor, vincular esto con el caso concreto, buscar más fuentes, etc., etc...). Cuando todos los operadores sean capaces de responder a estas exigencias, mejorará la calidad de la Justicia penal.

Este pequeño Manual se dirige especialmente a los operadores jurídicos: al juez, fiscal, abogado defensor y policía. Se busca alcanzarles una guía práctica para la solución de casos penales, con la adecuada y correcta aplicación de la teoría del delito.

En él no se tratan todos los aspectos de la teoría del delito; nos limitamos a desarrollar los aspectos más relevantes e importantes del mismo, que son de central importancia para la práctica forense. A eso se debe su practicidad.

La metodología seguida es la siguiente: a guisa de introducción, cada capítulo contará con un breve desarrollo temático, haciendo referencias a casos aplicativos (ideados o jurisprudenciales); ulteriormente, le siguen una serie de casos propuestos, con tareas precisas para el lector. De esta forma se pone a disposición el contenido sustancial, pero no elevándolo a lo abstracto e incomprensible, sino aterrizando, haciéndolo tocar los casos concretos. Finalmente, con los casos para el lector, se busca comprobar si éste ya domina los conceptos. Se sugiere a los lectores, operadores de los distintos distritos judiciales del Perú, conformar grupos de debate para compartir criterios y dar solución a todos los casos.

Se procura no incluir soluciones a todos los casos propuestos en el Manual, porque es de suma importancia que los lectores encuentren, por sí mismos, a través de un camino correcto, la solución. Solamente así podrán estar después en condiciones de incorporar a su trabajo profesional diario la teoría del delito en forma adecuada, como herramienta idónea para la solución de sus casos.

En cada capítulo se resolverá tan solo unos casos, explicando con un enfoque sistemático los pasos a seguir y las técnicas adecuadas a utilizar.

Para el logro de sus fines, este libro exige del lector una cooperación activa. Sin ella no será posible obtener los conocimientos y capacidades que se pretenden transmitir y forjar.

Este es un material de estudio que desarrolla someramente las principales instituciones de la teoría del delito; pero también sirve de estímulo para que el lector profundice la investigación sobre los mismos en textos específicos, a los cuales pueden llegar a través de la abundante referencia bibliográfica que se brinda a lo largo de todo el Manual.

No obstante estar dirigido a los operadores jurídicos, jueces y litigantes, se espera lograr un aporte en la consolidación de los conocimientos de catedráticos y estudiantes avanzados. Y, por su didáctica, puede ser utilizado sin problemas por los estudiantes de Derecho de pregrado y por sus profesores en la formación de éstos.

Sirva esta exposición para presentar ante la comunidad académica nacional este breve Manual de casos penales.

Horst Schönbohm

A. MANUAL DE CASOS PENALES

PARTE PRIMERA

VIGENCIA O APLICACIÓN ESPACIAL, TEMPORAL Y PERSONAL DE LA LEY PENAL

El Derecho Penal positivo, compuesto por un conjunto de disposiciones de orden general y especial, le da gran importancia al asunto de la aplicación de la ley penal, porque entiende que éste es el ámbito en el cual se concretarán las consecuencias sancionadoras para quien incurra en conductas prohibidas por la ley, satisfaciéndose así la finalidad de prevenir delitos y faltas como medio protector de la persona y de la sociedad.

La aplicación de la ley penal puede mirarse desde dos perspectivas: una específica, cuando ante un hecho punible concreto opera determinado dispositivo legal; por ejemplo: ante un homicidio simple, el art. 106º del Código Penal. Pero también con una óptica más amplia o global, que vincula la actuación de las leyes penales con respecto a su vigencia espacial, temporal y personal; esto es, en relación con el territorio en el que tienen vigor, el tiempo en que rigen y las personas sobre las que se imponen.

I. VIGENCIA ESPACIAL O TERRITORIAL DE LA LEY PENAL

I.1. PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

En razón de los imperativos de la soberanía estatal, la ley penal peruana se aplica a todos los hechos punibles acaecidos dentro del territorio de la República (art. 1º CP), en el cual nuestro Estado ejerce plena jurisdicción. Para estos efectos, el concepto de territorio comprende el suelo, subsuelo, dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre (art. 54º de la Constitución).

I.2. PRINCIPIO DE UBICUIDAD

Para determinar cuál es el lugar de comisión de un hecho punible, delito o falta, y de ese modo conocer si nuestra legislación es aplicable o no, se recurre al criterio de ubicuidad (art. 5º CP), que enseña que dicho lugar de comisión es aquél donde el autor o partícipe actuó u omitió la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos. No se trata, entonces, de prestar atención solo al lugar donde se dio inicio a la ejecución del comportamiento o se manifestó la voluntad de actuar, o considerar únicamente dónde se produjo el resultado; pues si cualquiera de estos supuestos hubiese acaecido en el territorio de la República, entonces, será aplicable nuestra legislación. Este es el sentido de la ubicuidad o presencia en todas partes.

II. APLICACIÓN DE LA LEY PENAL PERUANA A HECHOS COMETIDOS O ACAECIDOS FUERA DE LA REPÚBLICA

II.1. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN ESTATAL O REAL (art. 2º, incisos 2 y 3 cp)

Cuando el hecho punible cometido en el extranjero ataca bienes jurídicos colectivos nacionales, como la seguridad o tranquilidad públicas, o constituye un caso de lavado de activos¹, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República o agravie al Estado y la defensa nacional así como el orden constitucional o monetario, nuestra legislación penal es aplicable.

II.2. INFRACTOR FUNCIONARIO PÚBLICO (art. 2º, inciso 1 cp)

Según sostiene Hurtado Pozo², la ley penal peruana es aplicable a todo funcionario o servidor público que, faltando al deber especial que tiene para con el Estado, delinque en el extranjero en el desempeño de su cargo.

II.3. PRINCIPIOS DE PERSONALIDAD ACTIVA Y PASIVA (art. 2º, inciso 4 cp)

Bajo ciertas condiciones, como son: a) que el delito sea susceptible de extradición según nuestra legislación³; b) que también sea punible donde se cometió; y, c) que el agente ingrese a nuestro territorio de cualquier

1 En el texto original del CP no se hacía referencia al delito de lavado de activos (Ley Nº 27765); su inclusión responde a las estipulaciones del Decreto Legislativo Nº 982, de 22 de julio de 2007, lo que trastoca la sistemática empleada, pues de la técnica consistente en referir bienes jurídicos afectados se pasa al señalamiento de un ilícito específico.

2 HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, T. I, 3ª ed., Grijley, Lima 2005, p. 283.

3 Vid. Art. 513º y siguientes del Código Procesal Penal del 2004 (CPP) y D.S. 016-2006-JUS.

manera; a los hechos punibles perpetrados en el extranjero por un peruano (personalidad activa) o contra un nacional (personalidad pasiva), les son aplicables la ley penal peruana.

II.4. PRINCIPIO UNIVERSAL O DE JUSTICIA GLOBAL (art. 2º, inciso 5 cp)

Determinados delitos o crímenes internacionales como el genocidio, la tortura o la trata de personas, habilita a cualquier Estado a encausar y sancionar a sus autores, sin tomar en consideración la nacionalidad del agente o el lugar de comisión del ilícito. Nuestro CP se afilia a esta posición cuando establece que, aun cuando el delito no se haya cometido en la República, el Perú está obligado a aplicar su ley punitiva conforme a los tratados internacionales. De esta manera se busca contrarrestar la impunidad, oponiéndole un mecanismo de persecución mundial.

II.5. PRINCIPIO DE DERECHO PENAL POR REPRESENTACIÓN O COMPETENCIA DE REEMPLAZO O DESUSTITUCIÓN (art. 3º CP)⁴

En circunstancias de una extradición pasiva⁵ en la que el Perú no entrega al extraditable a la autoridad extranjera que lo requiere, es posible que a dicho caso se aplique nuestra legislación nacional.

II.6. EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA LEY PENAL PERUANA (art. 4º CP)

Los principios de defensa estatal, de personalidad activa y pasiva, y de justicia universal, no serán aplicables: a) cuando la acción penal se ha extinguido, conforme a una u otra legislación concernida; b) cuando se trate de delitos políticos o conexos con ellos; y, c) cuando el agente haya sido absuelto en el extranjero o el condenado haya cumplido la pena o ésta se halle prescrita o remitida, haciéndose la salvedad de que si no la ha cumplido totalmente, el proceso podrá renovarse ante los tribunales peruanos, pero se computará la parte de la pena cumplida.

II.7. EL CASO DE LAS NAVES Y AERONAVES (art. 1º, incisos 1 y 2 CP)

Para determinar la aplicación de la ley penal en el caso de naves y aeronaves, se sigue el principio del pabellón o de la bandera a la que pertenecen, o el del

4 HURTADO POZO, José, *op. cit.*, P. 272.

5 Vid. Art. 516º y siguientes del CPP.

país de matrícula. En razón de las particularidades que aquellas ofrecen, nuestra legislación se aplicará a todo hecho punible cometido en naves o aeronaves nacionales públicas, entendidas como las militares o de guerra y las dedicadas en exclusividad al servicio del poder público, como las de correo, aduanas y policía⁶, sea cual fuere el lugar donde se encuentren. También se aplicará a los delitos ocurridos en naves y aeronaves nacionales privadas que se hallen en alta mar o en un espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía; esto quiere decir que, si un delito es cometido en una nave extranjera privada en el dominio marítimo peruano, tendrá vigor nuestra ley, circunstancia que sufre cierta modulación cuando se trata de aeronaves extranjeras que surcan nuestro espacio aéreo, pues resulta aplicable la legislación penal peruana solo en la medida en que el ilícito afecte la seguridad o el orden público del Perú, o cause perjuicio a personas o bienes en nuestro territorio⁷.

III. VIGENCIA TEMPORAL DE LA LEY PENAL

III.1. MOMENTO DE LA COMISIÓN DEL HECHO PUNIBLE (art. 9º CP)

Para los fines de aplicación de la ley punitiva, se considera que el momento de comisión del delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que se produzca el resultado. Este planteamiento deriva directamente de las previsiones constitucionales (art. 2º, inciso 24, literal d) y del Título Preliminar del CP (art. II) que acuñan el principio de legalidad penal, en el sentido de que nadie será procesado o sancionado por acto u omisión que al momento de cometerse no esté previamente calificado en la ley como infracción o hecho punible.⁸

III.2. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL (art. 6º CP)

Por regir el axioma de que no existe delito sin ley, resulta evidente también que cualquier dispositivo penal será aplicable solo a comportamientos o conductas que se susciten a partir de su vigencia, quedando completamente excluidas de esta aplicación situaciones previas o acaecidas en un período anterior. Así lo estatuye la Carta Política, cuando indica que ninguna ley

6 HURTADO POZO, José, *op. cit.*, p. 255.

7 *Ibidem*, p. 254.

8 HUERTA BARRÓN, Godofredo Miguel, *Temas de Derecho Penal general*, Lima: Academia de la Magistratura, 2004, p. 10.

tiene fuerza ni efectos retroactivos (art. 103º), lo que es confirmado por el CP (art. 6º), que indica que la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible.

III.3. RETROACTIVIDAD BENIGNA DE LA LEY PENAL (arts. 6º y 7º CP)

Dada la enorme importancia de los derechos que pueden resultar afectados por la aplicación de la ley penal —sobre todo el de la libertad personal—, tanto el constituyente como el legislador han consagrado también la retroactividad benigna de las disposiciones penales, estipulando, por ello: a) que la irretroactividad admite excepción cuando favorece al reo; b) que cuando existe conflicto en el tiempo de leyes penales se aplicará la más beneficiosa al reo, inclusive cuando se está ante una ley penal intermedia; c) que si durante la ejecución de la pena se dictase una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá aquella por la que corresponda, conforme a la nueva ley (art. 6º CP); y, d) que cuando se produce la decriminalización o detipificación del hecho sancionado —es decir cuando éste deja de ser punible—, la pena impuesta y sus efectos se extinguen plenamente (art. 7º CP). Todo esto se complementa con la ultractividad o prosecución del vigor de la ley penal, bajo cuyo imperio se cometió el delito, si la disposición que la deroga es más gravosa o perjudicial para el reo.

III.4. LAS LEYES PENALES TEMPORALES (art. 8º CP)

Se trata de leyes que están destinadas a regir por un tiempo determinado; es decir, tienen un plazo preestablecido de vigencia, en razón de determinadas circunstancias especiales que una vez superadas acarrearán que tales leyes queden sin efecto. Varias interrogantes suscita esta particularidad; entre otras, las siguientes: a) ¿Se aplica la ley temporal a hechos cometidos durante su vigencia, pero descubiertos luego de vencido su plazo de vigor?; b) ¿Concluida la vigencia de la ley temporal y restablecido el imperio de la ley penal anterior más benigna, los hechos punibles cometidos durante la vigencia de la ley temporal se regirán por ella?

Con el CP responderemos que la ley aplicable a ambos casos será la ley temporal, aunque ya no estuviera en vigor, salvo disposición en contrario. Una respuesta diversa podría promover o incentivar la comisión de los ilícitos que se busca específicamente reprimir y estimular la impunidad, como podría ocurrir si los interesados en delinquir esperaran los últimos días de la vigencia de la ley temporal para cometer los ilícitos en la seguridad que al poco tiempo sus actos ya no resultarían punibles.

IV. VIGENCIA PERSONAL DE LA LEY PENAL

IV.1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD (art. 10º CP)

Nuestra ley penal se aplica con igualdad; es decir, se impone a todo aquél que incurre en un hecho punible sin distinción de nacionalidad o condición. No obstante, ciertas personas que desempeñan determinadas funciones u ocupan cargos específicos, gozan de prerrogativas siempre que éstas se encuentren taxativamente previstas en las leyes nacionales o tratados internacionales. Es el caso, por ejemplo, de los congresistas, que son inviolables porque no les alcanza responsabilidad ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de sus funciones; y, además, gozan de inmunidad pues no pueden ser procesados o presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, salvo por delito flagrante —en cuyo caso son puestos a disposición de los precitados organismos dentro de las veinticuatro horas para que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento (art. 93º de la Constitución).

Encontramos otro ejemplo en el privilegio del antejuicio del que goza un conjunto de personas que ejercen altos cargos del Estado, como el presidente de la República, los congresistas, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional, integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura, vocales y fiscales supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General, quienes para ser penalmente procesados en el Fuero Común por la comisión de algún delito de función, previamente deberán ser acusados ante el Congreso por la Comisión Permanente, correspondiendo al pleno de representantes decidir la emisión o no de una resolución acusatoria de contenido penal (arts. 99º y 100º de la Constitución).

En cuanto a las prerrogativas sustentadas en los tratados internacionales, operan a favor de jefes de Estado y embajadores y ministros plenipotenciarios extranjeros. Así, en el Libro Tercero “Derecho Penal Internacional”, el Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante) de 1928, arts. 296º, 297º y 298º, se indica que si bien las leyes penales obligan a todos los que residen en el territorio, están exentos de las leyes penales de cada Estado contratante los jefes de los otros Estados que se encuentren en su territorio, y que gozan de igual exención los representantes diplomáticos de los Estados contratantes en cada uno de los demás, así como sus empleados extranjeros, y las personas de la familia de los primeros que vivan en su compañía. Lo

propio ocurre, según el artículo 299º del código citado, con los efectivos de un ejército extranjero cuyo paso por nuestro territorio ha sido autorizado.⁹

CASOS

- 1) Cirilo se ha prometido acabar con la vida de Serapio, aunque tenga que seguirlo a cualquier lugar donde éste se desplace. Por esta razón es que Cirilo, detrás de su víctima, viaja a Tacna para darle muerte, presentándosele La mejor oportunidad cuando Serapio traspasa la frontera y descansa en los alrededores del puesto chileno, mientras Cirilo —que permanece en el puesto fronterizo peruano— dispara la pistola que lleva consigo y mata a su víctima.

a) ¿Podrá aplicarse la ley penal peruana a Cirilo, considerando que Serapio falleció en territorio chileno?

Sí. Sin embargo, aplicándose los principios de territorialidad o ubicuidad, no nos queda clara la determinación del lugar de comisión del delito o falta, ya que si bien Cirilo actuó estando aún dentro del territorio peruano, los efectos de dicha conducta (la muerte de Serapio) se producen estando ya en suelo chileno, por lo que se aplicará el principio de personalidad activa y pasiva (art. 2, inc. 4 CP), puesto que el ilícito ha sido cometido por un peruano en contra de otro peruano. En ese sentido, el delito es también susceptible de extradición (en caso que el Estado chileno pretenda intervenir en el caso), dado que el agente ya se encontraba en el territorio de la República.

b) ¿Tendrá vigencia nuestra ley penal si el disparo de Cirilo no consiguió matar, pero sí lesionar, a Serapio?

En aplicación del mismo principio de personalidad activa y pasiva, ello dependerá de si la tentativa de homicidio también es punible en el Estado chileno.

- 2) Manuel, ciudadano español, guarda estrechas relaciones con una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de migrantes y en razón de ello oculta y obstruye la identificación del ilegal origen de una parte de las ganancias generadas con el ingreso ilegal a España de centenares de latinoamericanos, entre ellos varios peruanos.

⁹ Vid. Convenios Internacionales. Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante). Anexos: Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Lima: Ministerio de Justicia, Edición Oficial, 1993, pp. 109-110.

a) ¿Podrá aplicarse la ley penal peruana a Manuel?

Sí. Sería aplicable la ley peruana (si el delito se comete en el extranjero) ya que los delitos contra el orden migratorio están entre aquellos ilícitos que atentan contra la seguridad pública, por lo que se aplicaría el principio de protección estatal o real (art. 2º, inc. 2).

b) ¿Es indiferente para los propósitos de establecer la vigencia de nuestra ley en este caso, que Manuel se encuentre en España o en el Perú?

Según lo establecido por el principio de protección estatal o real, la ley penal sigue vigente ya que el delito atentó contra la seguridad pública (art. 303º - B, 2do. párrafo, inc. 4: cuando el agente es parte de una organización criminal) y, siempre que el delito sea, en aplicación del principio de personalidad activa y pasiva, punible en el Estado español.

- 3) Ricardo, César y Arturo, súbditos colombianos, han adquirido compleja maquinaria de impresión y suficientes insumos para falsificar miles de nuevos soles peruanos.

a) ¿Podrá aplicarse la ley penal peruana a estos ciudadanos colombianos?**b) ¿Tendrá algún significado para los fines de aplicación de la ley penal el hecho de que Ricardo, César y Arturo no habían logrado aún falsificar los billetes, tal como lo tenían en mente?**

- 4) Luis, agregado cultural peruano que labora en nuestra embajada de París, aprovechando una actividad oficial efectuada en el museo del Louvre, sustrae un valioso y antiguo jarrón de porcelana para una vez tenerlo en su poder donarlo y mejorar las pobres colecciones de nuestros museos.

a) ¿Será factible aplicarle a Luis la ley penal peruana, no obstante haber ocurrido el hecho delictuoso en Francia?**b) ¿Constituye un hecho punible el comportamiento de Luis, tomando en cuenta que no sustrajo el jarrón, con el señalado propósito de que permanezca en su patrimonio personal, sino para donarlo a algún museo peruano?**

- 5) Matías, peruano, inmigrante ilegal radicado en Miami, fue muerto por el pandillero salvadoreño Nemesio. Pese al tiempo transcurrido desde la ocurrencia del homicidio, las investigaciones policiales no muestran ningún avance y podría decirse que los agentes a cargo del asunto guardan completa indiferencia por el caso. Paralelamente a esto, Juan, también peruano y residente en Miami, amigo entrañable del occiso Matías, decidió tomar la justicia por su propia mano y cobrar venganza lesionando a la hermana de Nemesio, Luisa.

- a) **¿Podrá aplicarse nuestra ley penal, tanto a Nemesio como a Juan?**
b) **¿Si el encausamiento de Nemesio y Juan se hace conforme a nuestra legislación, podrá superarse el hecho de que ambos se encuentran en Miami, mediante el proceso especial de extradición activa?**
- 6) Miguel, feroz ex tirano de Guatemala, imputado por haber dispuesto La tortura de miles de disidentes, reside tranquilamente en el Perú, país al que se trasladó luego de traspasar el gobierno de su país a un grupo político que le aseguró total impunidad.
- a) **¿Será aplicable nuestra ley punitiva a Miguel?**
b) **¿No imposibilita la vigencia de la ley penal peruana en este caso, el hecho de que ningún acto de tortura imputado haya ocurrido en el Perú o contra algún nacional nuestro?**
- 7) Pese al pedido de extradición pasiva efectuado por Nicaragua al Estado peruano para que se extradite a Florencio, por delito de rebelión, el Perú ha denegado la misma.
- a) **¿Podrá aplicarse nuestra legislación penal al no extraditado Florencio?**
b) **¿Qué ocurriría si la extradición fuera activa, y el Perú fuera el Estado que solicita la entrega de Florencio por actos de rebelión acaecidos en nuestra República?**
- 8) Jeremías, envuelto en Brasil en delito de lavado de activos, algunos de cuyos efectos se han producido en el Perú, es condenado a 10 años de pena privativa de libertad. Transcurridos los cinco primeros años logra fugar de la cárcel en la que purga condena, consiguiendo ocultarse en Madre de Dios, donde es detenido.
- a) **¿Podrá aplicarse a Jeremías la ley penal peruana?**
b) **¿Será posible volver a procesar a Jeremías según nuestro ordenamiento legal, considerando que ya fue sentenciado en Brasil?**
- 9) En un buque de La Marina de Guerra del Perú, acoderado en el puerto chileno de Valparaíso, Juan y Pedro sostienen un fuerte altercado durante el cual Pedro toma un martillo y hiere gravemente a su contraparte.
- a) **¿Cuál es la ley penal aplicable a este caso, la chilena o la peruana?**
b) **¿Existirá diferencia en esta materia si se tratase de una nave privada peruana?**

- 10) Cuando una aeronave boliviana surca espacio aéreo peruano, Ricardo — integrante de la tripulación—, hurta la computadora portátil de un pasajero, siendo descubierto a los pocos minutos del hecho.
- a) ¿Podrá aplicarse la ley penal peruana a Ricardo?**
- b) ¿Será factible hacerlo si desde una avioneta boliviana que surca el cielo puneño el piloto, Miguel, lanza descuidadamente desperdicios que impactan en la cabeza de un pastor y lo matan?**
- 11) Arturo dispara contra Juan para darle muerte. Como el disparo impacta en el tórax de la víctima, ésta no muere instantáneamente sino luego de varios meses de infructuoso tratamiento médico. En el ínterin el CP —específicamente el artículo 106º que regula el homicidio simple— es modificado para incrementar la pena mínima de 6 a 10 años de privación de libertad y la máxima de 20 a 25 años. La muerte de Juan se produce precisamente luego de que entra en vigor esta modificación.
- a) ¿Se aplicará al caso de Arturo el art. 106º del CP no modificado o esta norma, pero atendiendo al ulterior cambio efectuado por el legislador?**
- b) ¿Para efectos de la vigencia temporal de la ley penal, es indiferente tomar en cuenta el momento de comisión del comportamiento o conducta, o el de producción del resultado o efectos de la misma?**
- 12) Se está procesando al periodista Ricardo por apología del delito (art. 316º CP.) a causa de haber elogiado la actitud del presidente de su región de participar en una huelga con el objeto de obtener mejoras para sus representados (art. 200º CP.). En estas circunstancias, debido a las fuertes críticas y en razón de la libertad de expresión, el Congreso deroga el art. 316º, aunque pocos meses después, ante el incremento de las huelgas protagonizadas por funcionarios públicos con poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza o de dirección, se restablece el vigor de la figura de apología del delito.
- a) ¿Cuál de las tres disposiciones referidas a la apología del delito; la inicial, la derogatoria o la que restablece la figura, será de aplicación a Ricardo en el entendido de que su proceso aún no ha concluido?**
- b) ¿Cómo habrá de procederse si la disposición del Congreso no deroga el delito en cuestión sino modifica el artículo 316º para considerar la apología del delito de extorsión no como modalidad agravada sino únicamente simple?**
- 13) A Juan —en razón de su sincera confesión y acogimiento a la terminación anticipada— lo condenaron por tráfico ilícito de drogas a una pena por debajo del

mínimo legal previsto para la fabricación de drogas, modalidad tipificada en el primer párrafo del art. 296º del CP. Concretamente se le impuso 6 años de pena privativa de libertad, que viene purgando en el EP. Castro Castro de Lima.

- a) **¿Qué determinación debería tomar el Juez si por razones de modificación legislativa la modalidad por la cual se condenó a Juan sufre cambios y el nuevo mínimo punitivo conminado se reduce de ocho a siete años de privación de libertad?**
- b) **¿Algún efecto suscitará este cambio en la situación de Juan, considerando que la nueva pena mínima (siete) es aún superior a la que se le impuso (seis) como condena?**
- 14) El 6 de junio de 1998, Arturo fue condenado por delito de malversación de fondos (art. 389º CP) a la pena de dos años de privación de libertad, por el solo hecho de dar al dinero que administraba un aplicación definitiva diferente a la que estaba destinado, y antes de que la Ley Nº 27151, del 7 de julio de 1999, incorporara como elemento morfológico de este tipo penal la afectación del servicio o de la función encomendada al agente.
- a) **¿Se mantendrá vigente la pena impuesta a Arturo luego del ingreso en vigor de la Ley Nº 27151?**
- b) **¿Subsistirá la pena aplicada, aún rigiendo la Ley Nº 27151, si se considera la conducta de Arturo como tentativa de malversación de fondos?**
- 15) Debido a las terribles consecuencias de una epidemia de hepatitis, el legislador dispone que desde el uno de enero del 2010, durante un período de seis meses, con vencimiento al 30 de junio del 2010, todo aquél que venda la vacuna contra esta enfermedad a mayor precio del establecido oficialmente incurrirá en delito de especulación (art. 234º CP). En estas circunstancias, el farmacéutico apolinario decide expender varias cajas de la referida vacuna a precios exorbitantes, que decuplican el valor establecido por la autoridad competente, confiado en que como lo hace el 28 de junio del 2010 —esto es a dos días de que expire el plazo determinado por el legislador—, no tendrá mayores complicaciones si fuera descubierto cuando vuelvan a regir los precios libres del medicamento.
- a) **¿Se aplicará a Apolinario la figura de especulación, si en efecto su ilícita conducta es descubierta luego del 28 de junio del 2010?**
- b) **¿Tiene sentido que todavía se persiga la acción de Apolinario si luego del 28 de junio del 2010 los precios de la vacuna contra la hepatitis han quedado librados a los designios de la oferta y la demanda.**

PARTE SEGUNDA

TEORÍA GENERAL DEL DELITO: NOCIÓN JURÍDICA DEL DELITO

Siguiendo las enseñanzas de los maestros Bacigalupo y Muñoz Conde,¹⁰ indicamos que la Teoría General del delito es el conjunto de herramientas o instrumentos conceptuales que permiten determinar cuándo una conducta humana corresponde al mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de la pena.

El método de esta teoría es analítico, pues desmonta el concepto o noción del delito en un conjunto de categorías jurídicas que habilitan la aplicación de la ley penal por el órgano jurisdiccional.

Comprobar cada una de las notas definidoras del concepto de delito, constituye la tarea de la teoría en cuestión, dirigida a proporcionar mayor seguridad, objetividad y técnica en la aplicación de la ley y, de esta manera, remarcar la consecuencia y respeto del principio de legalidad penal.

¿Qué es el delito y cuál su noción jurídica? Este ha de definirse como una grave perturbación del orden social, realizada por un sujeto responsable, que acarrea responsabilidad penal y sanción. Cuando el sujeto no alcanza los estándares de responsabilidad, la consecuencia será una medida de seguridad, como la aplicada a los que adolecen de enfermedad mental que les impide comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse según esta comprensión (art. 20º 1. CP).

El primer elemento de todo delito es que siempre constituye la infracción de una norma u orden del legislador que dispone, por ejemplo: ¡No violar la libertad

¹⁰ 10 BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires 1989, pp. 1-9. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Editorial Temis, Bogotá, 2001, pp. 1-8.

sexual de los demás! o ¡no tomar los bienes ajenos!, que subyacen, tras el texto de los arts. 170º y 185º del CP. Además, esta infracción de la norma debe ser lesiva para algún interés social digno de protección o bien jurídico merecedor de tutela. No consideramos acertado que el Derecho Penal persiga comportamientos que no son dañinos o por lo menos peligrosos para los bienes jurídicos resguardados. Al respecto, opinamos que es correcto que nuestro CP, en su art. 17º, no reprima la tentativa inidónea o delito imposible, cuando —por decir— alguien intenta matar a otro disparándole con munición de fogeo, en la creencia de que lo hace con balas auténticas.

Al tratarse mandatos o prohibiciones, las normas jurídicas se violan, tanto haciendo (a través de acciones positivas) como no haciendo lo dispuesto; es decir omitiendo. Por esta razón los delitos, considerados perturbaciones graves del orden social, pueden ser delitos de comisión o de omisión.

Cuando la infracción de las normas es voluntaria e intencional; esto es que el autor busca infringirlas, o no es voluntaria pero el agente expresa desprecio objetivo por los bienes tutelados, omitiendo el cuidado exigido para no lesionarlos, se configuran los delitos dolosos y los delitos culposos, respectivamente.

Combinando las referencias a la acción y omisión, así como al proceder doloso y culposo, se tiene el siguiente elenco de hechos punibles: Delitos de comisión dolosos y culposos, y delitos de omisión dolosos y culposos.

El segundo elemento de todo delito es la comprobación de si el hecho o comportamiento infractor de la norma está o no autorizado, pues en el mundo normativo —además de las prohibiciones y mandatos— hay otras normas que autorizan o permiten realizar acciones, verbigracia lesionar a otro cuando ello es necesario para repeler una agresión ilegítima (art. 20º.3 CP. legítima defensa). Otro tanto ocurre con el estado de necesidad justificante (art. 20º.4 CP), que permite afectar bienes de menor jerarquía cuando se trata de salvar la vida, la salud, la libertad u otro bien jurídico relevante.

El tercer elemento de todo delito está relacionado con el autor del hecho, a quien se toma como responsable siempre que haya podido motivarse de modo diferente a como actuó. Quien comete el delito sabiendo el significado de su conducta y tiene la posibilidad de conducirse de otro modo, según las normas, será responsable del delito cometido. Esto admite un matiz: el referido a ciertas circunstancias en las que no es exigible al agente soportar las consecuencias derivadas del cumplimiento de la norma. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el estado de

necesidad disculpante, cuando alguien obra compelido por un miedo insuperable a un mal igual o mayor (art. 20º.7 CP).

Por lo anterior, no hay duda de que la teoría del delito tiene un notable carácter práctico o instrumental, en tanto el bagaje de sus conceptos cobra sentido y supera el ámbito de lo meramente teórico, cuando los juristas y operadores del sistema de justicia penal lo aplican a los casos que les corresponde solucionar, interesados en alcanzar un apropiado nivel de seguridad, objetividad y técnica.

La teoría del delito cumple así una tarea de mediación entre el texto legal y el caso concreto.

En todo este asunto hay tres preguntas esenciales cuyas respuestas remarcan el sentido útil de la teoría del delito, pues es ella la que permite absolverlas.

- a) ¿Es el hecho cometido el prohibido por la norma y descrito por la ley?
- b) Si el hecho es el descrito, el que lo realizó, cuando lo hizo, ¿estuvo autorizado o justificado?
- c) ¿Es responsable o culpable el autor del hecho o conducta prohibida, no autorizada?

Las dos primeras interrogantes se refieren al hecho, a la acción u omisión no autorizada, es decir, al injusto; la última está vinculada con el autor.

La teoría del delito absuelve estas preguntas, respondiendo a la primera con la teoría de la tipicidad, a la que interesa la característica de la acción de subsumirse o calzar en el tipo penal. La segunda pregunta es absuelta con la teoría de la antijuricidad, que contempla aquellos casos en los que la acción típica es contraria a la norma y los que nos revelan que tal comportamiento está justificado. Por último, la tercera cuestión es contestada con la teoría de la culpabilidad, para la cual importan las condiciones en que debe encontrarse el autor de una acción típica y antijurídica, para poder determinar si es responsable del ilícito. Desde esta óptica, no existe mayor problema para acuñar que la noción jurídica del delito sostiene que es la acción o comportamiento humano típico, antijurídico y culpable.

A la mirada especial del profesor Bacigalupo conviene agregar las apreciaciones de Muñoz Conde sobre la teoría del delito, para quien ésta se ocupa de destacar las características comunes que debe tener cualquier comportamiento humano para ser considerado delito.

Así, resulta que delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena, lo que, desde luego, concuerda con el imperativo que trae el principio de legalidad, según el cual no hay delito ni pena sin ley.

Pero la anterior definición meramente formal no dice casi nada sobre los elementos del delito, que ya hemos visto son capitales.

Estos elementos, reiteramos, tienen que ver con una acción u omisión dolosa o culpable que habilita un doble juicio de desvalor, tanto del hecho o acto, de su condición de injusto o de antijuricidad, y desvalor del autor del hecho, de su desaprobación o culpabilidad como atribución a él de su acto.

La teoría del delito trata de dos grandes categorías integradas por varios componentes. En la primera (el injusto) se ocupa de la acción u omisión, de los medios y formas en que se realiza la conducta humana, sus objetos y sujetos, de la relación causal, la imputación objetiva y la relación psicológica entre la acción u omisión y el resultado, así como su relación de contrariedad con el Derecho y la afectación de bienes jurídicos tutelados.

En materia de culpabilidad, se integran las facultades psíquicas del agente o la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el conocimiento por el autor del carácter antijurídico del acto, y la exigibilidad a éste de un comportamiento distinto al exhibido

Esos dos campos, sin embargo, admiten una faz negativa. Así, la fuerza irresistible excluye la acción, la completa imprevisibilidad elimina la relación subjetiva con el resultado, las causas de justificación hacen lo mismo con la antijuricidad del hecho, la falta de facultades psíquicas del autor —como la grave alteración de la conciencia—, excluye la imputabilidad, el error de prohibición y el estado de necesidad disculpante, la culpabilidad.

Son pues, la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad las características más generales de todo delito y su comprobación sucesiva una garantía para la persona. Solo cuando se pueda hablar de la existencia de acción penal en sentido relevante, podrá continuarse con las demás valoraciones; esto es, comprobar que el hecho es típico y, si lo es, si es conforme o no al Derecho o si existe una causa de justificación que lo permita. Una vez realizada esta comprobación, de ser positiva, quedamos habilitados para ver si el autor es culpable o no lo es, para examinar si tiene las condiciones mínimas para atribuirle el hecho: si está sano mental y sensorialmente, y si conoce la antijuricidad del hecho. Solo luego de constatados

todos estos extremos se puede decir que existe delito y que su autor debe ser sancionado con la pena establecida en la ley.

En ciertos casos, además de los componentes indicados, se reclaman elementos adicionales que no pertenecen a ninguna de las categorías ya citadas: se habla entonces de elementos de punibilidad.

Resumiendo, entonces, definiremos el delito, en su noción jurídica, como la acción típica, antijurídica, culpable y punible.

CASOS

16) Eduardo sufre esquizofrenia y son frecuentes los episodios en los cuales cree escuchar, como mandatos de Dios, que debe eliminar a todos los comerciantes porque son los causantes de La pobreza. Pasando de lo “oído” y mandado a La práctica, Eduardo toma un cuchillo de cocina y al grito de “Mueran los hambreadores” mata a dos carniceros que laboran en el mercado cercano a su domicilio.

a) ¿Es Eduardo culpable del delito de homicidio?

No podemos considerar culpable de algún delito a Eduardo, ya que la esquizofrenia importa una anomalía psíquica (art. 20. inc. 1).

b) ¿Tiene Eduardo capacidad de culpabilidad?

No puede considerarse que Eduardo poseyera dicha capacidad de culpabilidad, ya que la enfermedad merma considerablemente sus capacidades psíquicas, lo que le impide entender la ilicitud de su acto.

17) Ricardo, “El amo de las dagas”, artista circense envuelto en una crisis de celos infundados, decide dar muerte a su esposa. Para hacer esto toma La primer arma blanca que tiene a La mano y ataca a su cónyuge, quien no muere porque La daga que Ricardo toma por equivocación no es auténtica sino una de las que emplea en su espectáculo con hoja de plástico y retráctil.

a) ¿Es punible el comportamiento de Ricardo?

No, esta conducta no importa una verdadera lesión o puesta en peligro de bien jurídico alguno.

b) ¿Qué clase de tentativa es aquella en la que ha incurrido Ricardo?

El art. 17º de nuestro Código Penal da la respuesta al tipo de tentativa: tentativa inidónea, que no es punible en razón de que el medio empleado (la supuesta arma) presenta ineficacia absoluta.

- 18) Luis golpea severamente a Juan, dejándolo inconsciente y sangrando en medio de la calle. Ruperto, que pasa por ahí luego de varios minutos, ve a Juan en esta situación y se retira sin hacer nada.
- a) **¿Qué clase de acción ha cometido Luis?**
 - b) **¿Qué clase de acción ha cometido Ruperto?**
- 19) Merardo extrae el revólver que porta en la cintura, apunta a la cabeza de Luis y dispara ocasionando la muerte de su víctima.
- a) **¿Merardo ha infringido voluntaria e intencionalmente la norma que prohíbe matar?**
 - b) **¿Merardo ha buscado faltar dolosamente a la norma prohibitiva?**
- 20) Matías imprime a su vehículo velocidad superior a la permitida por el Reglamento de Tránsito, sin considerar que transita por una zona urbana, a consecuencia de lo cual atropella a un peatón y lo lesiona gravemente.
- a) **¿Matías ha infringido culposamente la norma?**
 - b) **¿Qué actitud ha tomado Matías con respecto a las reglas de cuidado en la conducción vehicular?**
- 21) César, al ver que Luis —su peor enemigo—, que le ha prometido matarlo apenas se encuentren, se acerca portando en la mano lo que parece ser un revólver, reacciona y dispara contra Luis para evitar lo que él cree un ataque ilegítimo e inminente.
- a) **¿Habrá actuado César en legítima defensa?**
 - b) **¿Por qué se dice que la legítima defensa elimina la antijuricidad del acto?**
- 22) Andrés se percató de que el sistema de dirección de un microbús se ha roto y que el vehículo, sin control, está a punto de arrollarlo, razón por la cual —sin encontrar otra salida— rompe la puerta del inmueble más cercano e ingresa a éste para ponerse a buen recaudo, evitando así ser aplastado.
- a) **¿Ha cometido Andrés delito de daños?**
 - b) **¿Ha incurrido Andrés en delito de violación domiciliaria?**
- 23) En una muy concurrida fiesta de discoteca se desata un incendio, circunstancia en la cual Luis —con el fin de tomar primero la puerta de escape— tiene que sobrepasar a las personas que están delante de él, inclusive golpeándolas para evitar escollos en su camino de salvación.

- a) **¿Será culpable Luis por las lesiones que ha infligido a los otros asistentes?**
b) **¿Responderá Luis por la muerte de alguno de los que lesionó si éste quedó inconsciente y fue pasto de las llamas?**
- 24) Bajo hipnosis y por indicación del hipnotizador Ricardo, Jeremías, persona de temperamento muy débil, sustrae la computadora portátil del instituto técnico donde estudia.
- a) **¿Ha cometido acción penalmente relevante Jeremías?**
b) **¿Le alcanzará responsabilidad penal a Ricardo?**
- 25) Pedro ha decidido dar muerte a Estela, anciana muy afectada del corazón cuyo tratamiento comprende evitar cualquier emoción violenta. Por eso es que Pedro, conocedor de tales circunstancias, decide sorprender a la vieja dama dándole la falsa noticia de que su adorado hijo, pescador de ocupación, ha muerto ahogado en el mar. Esta información, como era de esperarse, desata en Estela un ataque cardíaco que la mata.
- a) **¿Responderá Pedro por delito de homicidio?**
b) **¿El medio empleado por Pedro fue idóneo para la acción homicida?**
- 26) Ricardo no sólo comercializa drogas ilegales sino que además hiere a los proveedores que intentan suministrarle sustancias alteradas en calidad y peso.
- a) **¿Cuál es el objeto sobre el que recae la acción de Ricardo, constitutiva de delito contra la salud pública?**
b) **¿Cuál es el objeto sobre el que recae la acción lesiva de Ricardo?**
- 27) Miranda, empleada de una pequeña sociedad anónima, es comisionada para retirar dinero de la empresa depositado en el banco, con el que se pagará el salario del personal. Cuando retorna del banco es atacada, golpeada y despojada del dinero por tres individuos.
- a) **¿Qué delito han cometido los atacantes de Miranda?**
b) **¿Es Miranda sujeto de pasivo del delito en cuestión?**
- 28) Pedro lesiona a su adversario Ricardo, quien conducido al hospital adquiere una infección debido a las malas condiciones en que se encuentra el servicio de emergencia, produciéndosele una septicemia que lo conduce a la muerte.
- a) **¿La conducta de Pedro es causa de la muerte de Ricardo, establecido como está que si la víctima no hubiera sido herida por Pedro no tendría**

por qué haberse expuesto a la infección en los ambientes de la emergencia hospitalaria?

b) ¿Pedro debe responder por la muerte de Ricardo?

29) El médico Matías opera a Manuel, quien en el curso de la operación hace una reacción idiosincrásica a la anestesia que lo conduce a la muerte.

a) ¿Debe responder Matías por haber intervenido quirúrgicamente a Manuel?

b) ¿Debió Matías abstenerse de operar a Manuel si efectuó el riesgo quirúrgico correspondiente y la reacción idiosincrásica fue resultado de una situación imprevisible?

30) César admite ante la policía que debido a su inexperiencia en materia de construcción, al cavar las zanjas para ampliar su inmueble produjo la caída de algunas habitaciones de la casa de su vecino.

a) ¿Responderá César por el delito de daños?

b) ¿Qué elemento falta en la conducta de César para que ésta satisfaga los requerimientos típicos del delito de daños?

31) Desde los 14 años, Raúl acostumbra extorsionar a sus vecinos, indicándoles que si no le pagan un cupo mensual incendiará sus inmuebles. Ahora que tiene 17 años y 11 meses, Raúl ha perfeccionado sus operaciones e intenta extenderlas con el auxilio de otros adolescentes.

a) ¿Tiene Raúl capacidad de culpabilidad?

b) ¿Es Raúl imputable, conforme a las previsiones del CP?

32) Erick, turista holandés, compra algo de marihuana, una parte de la cual consume y otra revende entre sus amigos con los que visita el cusco, en el entendido de que aquí, igualo que en su país, esta conducta no es ilegal.

a) ¿Se aprecia en Erick un caso de error de prohibición?

b) ¿Será Erick culpable de tráfico de drogas?

33) Durante el escalamiento de un nevado, Juan y Ricardo quedan atrapados por una avalancha de nieve; para poder sobrevivir requieren oxígeno y a su alcance sólo tienen un balón casi vacío, suficiente apenas para una sola persona. Juan y Ricardo luchan por tomar primero el balón y en esas circunstancias Juan mata a su compañero.

a) ¿Se aprecia alguna causa de exclusión de culpabilidad en el caso de Juan?

- b) ¿Por qué no calificar esta situación como un estado de necesidad justificante?**
- 34) Debido a los imprevistos ataques epilépticos que sufre, Ernesto cae pesadamente al suelo y al hacerlo aplasta al bebé de María, fracturándole ambos brazos.
- a) ¿Puede atribuirse a Ernesto la realización de una acción penalmente relevante?**
- b) ¿El resultado, las fracturas que sufre el bebé, no son suficientemente importantes para que el Derecho Penal intervenga?**
- 35) Edelmira ha sido amenazada por unos ladrones con no liberar a su hijo que tienen secuestrado si no revela la clave de la bóveda del banco donde trabaja.
- a) ¿Cometerá delito Edelmira si en tal situación revela la clave a los delinquentes?**
- b) ¿La situación en que se encuentra Edelmira constituye una causa de justificación o de exclusión de culpabilidad?**
- 36) Augusto padece una recurrente y muy grave patología sexual que lo impulsa a tener acceso carnal con menores de edad. Según sostiene, su deseo sexual es tan intenso que no puede evitar cometer estos hechos que, por su especial dificultad, planifica cuidadosamente.
- a) ¿Es Augusto una persona inimputable?**
- b) ¿La anomalía que padece Augusto lo exime de responsabilidad?**
- 37) Examinado el delito contra la confianza y la buena fe en los negocios —libramiento y cobro indebidos— previsto en el art. 215º del CP.
- a) ¿Se aprecia alguna condición objetiva de punibilidad?**
- b) ¿Pertenece ese elemento a la tipicidad, antijuricidad o culpabilidad?**

PARTE TERCERA

LA ACCIÓN PENAL

I. CONCEPTO DE ACCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

La acción es considerada como el punto de partida de la teoría del delito y del Derecho Penal. Esta acción es dependiente de la voluntad humana del agente, concluyendo así que solo lo humano es penalmente relevante, excluyéndose elementos de fuerza externa como ataques de animales salvajes y fuerzas de la naturaleza. La norma penal regula todas las conductas humanas (considerando tanto las conductas dolosas y culposas como las de acción y omisión) que tienen una valoración negativa y en consecuencia, por las que se impondrá una pena.

El Código Penal peruano sigue la concepción finalista de la acción, cuyo propulsor fue Welzel, aceptándose que la acción humana penalmente relevante es un ejercicio que está siempre dirigido a un fin u objetivo.¹¹ La acción humana se determina desde la finalidad del agente (es decir, al perseguir un fin previamente elegido) sobre la base de su experiencia causal. Desde la perspectiva finalista, la acción se divide en dos fases:

- a. *Fase interna*: Se desarrolla en la esfera del pensamiento, y es cuando se selecciona los medios adecuados para concretar su finalidad. Esta etapa supone:¹²
 - a) la determinación de la finalidad por parte del agente; b) la selección de los medios a emplear para alcanzar la finalidad; y c) la consideración de los efectos concomitantes.

11 WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán. Parte general*, 12ª ed. alemana, 3ª ed. Castellana, Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 1987, p. 53.

12 VILLAVICENCIO, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Lima: Editorial Cusco, 1990, p. 112.

- b. *Fase externa*: Es la concreción en el mundo exterior, habiéndose ya seleccionado los medios para ello, así como asumido los efectos concomitantes. Se puede considerar penalmente relevante tanto el fin propuesto (v.gr. en el delito de homicidio, cuyo fin es matar) como los efectos concomitantes (v.gr. en el delito de violencia contra la autoridad, la finalidad puede ser que realice una de sus funciones lo cual es lícito, pero para ello se emplea la violencia).

Nuestro Derecho Penal castiga únicamente conductas (sean actos o sean omisiones) que contravienen el orden jurídico o el orden social, por lo que a éste Derecho Penal se le conoce como Derecho Penal de Acto. Cualidades personales tales como la personalidad no pueden ser castigadas, ya que ello conlleva un juzgamiento prejuicioso (Derecho Penal de autor), tomándose únicamente en cuenta en el momento de la individualización de la pena aplicable el hecho cometido¹³ (contenido en el art. 46º del Código Penal).

II. AUSENCIA DE ACCIÓN

El Derecho Penal excluye del concepto de acción determinadas situaciones en las que el movimiento corporal no resulta atribuible al agente ante una ausencia de la voluntad (lo cual incide en toda acción penalmente relevante),¹⁴ no pudiendo ser considerado este hecho como jurídico- penalmente relevante. La ausencia de acción es precisamente la falta de dominio o posibilidad de comportamiento humano voluntario, imprescindible en toda acción penal relevante.¹⁵

Las situaciones comprendidas en este supuesto son:

- a. *Fuerza irresistible*: El inciso 6 del art. 20º del Código Penal señala que está exento de responsabilidad penal el que obra por una fuerza física irresistible. Esta fuerza deberá provenir del exterior, es decir de un tercero o de la naturaleza, pero actuar materialmente sobre él.

La intensidad de esta fuerza exterior debe ser lo suficientemente fuerte como para anular la voluntad del agente, no dejándole opción a otro comportamiento (vis absoluta). En caso de que la voluntad no quede totalmente anulada, la exigente no es procedente, permaneciendo la acción (vis compulsiva).

13 BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal. Parte general, Bogotá: Temis, ANUD, 1996, p. 7.

14 BACIGALUPO, Enrique, ibid. p. 243.

15 PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de Derecho Penal. PG, 3ª edición. Lima: Grijley, 1997. p. 325.

- b. *Movimientos reflejos*: Son propiamente hechos humanos que, al surgir fuera de nuestra voluntad no pueden ser considerados como acciones. Se relacionan directamente con actos inconscientes, carentes de voluntad (como sería una convulsión epiléptica o una reacción refleja ante determinados estímulos). En aquellos casos en que la voluntad asomó, siquiera fugazmente, no se excluye la acción.

Nuestro Código Penal no regula en ninguna norma lo concerniente a este eximente, pero ello se debe a que es innecesaria por la ausencia de acción (y por ende de voluntad), y porque cualquier regulación resultaría superflua.

En cuanto a los casos en que el agente actúa en un estado de alta excitación, como en los actos en cortocircuito y las reacciones explosivas, no se consideran como movimientos reflejos ya que la voluntad aparece siquiera de manera efímera. Sin embargo, sí puede excluirse la imputabilidad, considerándose que se está frente a una grave alteración de la conciencia.

- c. *Estados de inconciencia*: Se excluye la acción cuando el agente realiza movimientos en estado inconsciente: embriaguez letárgica, sonambulismo, acciones bajo el efecto de narcóticos. La falta de conciencia debe ser total, el accionar de la persona debe estar totalmente desligado del mundo, por lo que no puede serle imputado tal acto.

Se advierte, sin embargo, que existen casos en los cuales el agente se coloca él mismo en estado de inconciencia (para delinquir), o por negligencia llega a ese estado. En tales casos estaremos frente a un *actio libera in causa*.

III. ACTIO LIBERA IN CAUSA

En este supuesto, es el agente el que de propia mano provoca el estado de exclusión o disminución de la capacidad de culpabilidad. Se puede, al respecto, establecer dos supuestos:

- a. Se considera imputable a aquel sujeto que al momento de cometer un delito se encontraba en un estado de inimputabilidad, pero que antes de realizar la conducta típica todavía era inimputable; ocurriendo que en ese momento provoca en sí mismo el estado de exclusión de la culpabilidad, siendo previsible para él que bajo dicho estado cometería un determinado delito, fundamentándose así su responsabilidad dolosa.

- b. En el segundo supuesto, el agente se pone en estado de incapacidad pudiendo y debiendo saber que en ese estado no actúa con la prudencia debida, y que posiblemente tendrá que afrontar una situación para cuyo cumplimiento necesita todas sus facultades, por lo que solo podrá imputársele la acción a título de imprudencia.

IV. LA OMISIÓN

IV.1. LA ACCIÓN OMISIVA

Anteriormente se ha mencionado que la conducta es la base de la norma penal. Sin embargo, una conducta no se concentra únicamente en un actuar, sino también en un dejar de actuar. No solo existen en el Derecho Penal conductas prohibidas sino también normas imperativas.¹⁶ El quebrantamiento de estas normas imperativas es la base de las “conductas omisivas”, es el no hacer la acción que la norma ordena (el art. 11º del Código Penal señala que son delitos y faltas tanto las acciones como las omisiones).

IV.2. LA ACCIÓN ESPERADA: DEBER O POSICIÓN DE GARANTE

No basta con la simple comprobación de que el agente omitió la conducta que pudo haber realizado: la omisión penalmente relevante es aquella omisión de un comportamiento esperado por parte del agente cuando está mandado a actuar para impedir un resultado determinado:¹⁷ a eso llamamos posición de “garante”.

Esta posición se da cuando corresponde al agente una determinada función protectora del bien jurídico o una función personal de control de una fuente de peligro.¹⁸

A) *Función protectora del bien jurídico*

- a. *Estrecha vinculación familiar*: comporta una dependencia existencial entre unas personas de otras, no limitándose únicamente a las relaciones familiares sino también a las de una total dependencia

16 MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, p. 237.

17 STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte general*, T. I. (trad. Manuel Cancio Meliá y Gustavo Sancinetti), Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 120.

18 MIR PUIG, Santiago, DP. PG, p. 317.

personal, que caracteriza que la posición de garante se produzca en un resultado concreto (v.gr. puede ser la de un padre con sus hijos, de un hijo con sus padres ancianos, de un tutor con su tutelado, etc.).

- b. *La comunidad de peligro*: se presenta en casos de deportes colectivos con cierto riesgo, como el alpinismo, donde todo depende de una correcta actuación en equipo. Encuentra su fundamento en la posición del garante, al señalar que se basa más en el principio de confianza antes que en una obligación o en un actuar precedente.
- c. *La asunción voluntaria de determinadas funciones protectoras*: que tal como su enunciado señala, un sujeto tiene una posición de garante, y asume la protección, como por ejemplo en determinados casos los médicos, vigilantes y todas aquellas personas que de forma expresa o tácita asumen una obligación de impedir determinados resultados.

B) El “deber de control” de una fuente de peligro

La protección de bienes jurídicos también depende del control de determinadas fuentes de peligro por parte de quien tiene la obligación de vigilarlas. El factor decisivo se basa en que el agente asumiera el control del riesgo que originara mediante su comportamiento.¹⁹

Los casos de comisión por omisión dolosa, se estructuran de la siguiente manera:

- a. Conocimiento de una situación generadora de un deber actuar;
- b. Conocimiento de las circunstancias que fundamentan la posibilidad de obrar;
- c. Conocimiento de si al menos ha sido indiferente respecto a la producción de un resultado.

En los delitos de comisión por omisión, el sujeto activo no puede ser cualquiera que podría evitar un resultado, sino quien tenga el deber específico de evitarlo.

El Código Penal peruano plantea situaciones en las que existe un deber genérico; es decir, que incumbe a cualquier persona por el hecho mismo de la convivencia (v.gr. en el art. 127º CP., cuando se señala que “el que encuentra a un herido...” refiriéndose a cualquiera que lo encuentre). Así también, plantea situaciones que implican un deber específico que obliga

¹⁹ HURTADO POZO, José, *op. Cit.*, p. 761.

a un sujeto en particular (v.gr. art. 149º CP., cuando plantea la obligación de un cumplimiento alimentario por parte de un padre).

IV.3. CLASES DE OMISIÓN

A) Omisión propia:

Esta clase de omisión implica previamente, en la norma penal, una orden de realizar una acción. La omisión propia consta de tres elementos: a) Una situación típica; b) la ausencia de una acción determinada; y, c) la capacidad de realizar esa acción.

En cuanto a la imprudencia (culpa) es considerada por lo general no punible; en los delitos de omisión propia puede surgir tanto de la negligencia en la apreciación de una situación típica como de la actuación del agente ante determinadas situaciones y órdenes.²⁰

B) Omisión impropia:

El art. 13º del Código Penal regula la omisión impropia. Se basa materialmente en la posibilidad de realizar todos los elementos del tipo de un delito comisivo omisivo.

En el tipo de omisión impropia, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, por lo que utilizando el sentido común se considera como equivalente al hacer desde el punto de vista valorativo.

La estructura de la omisión impropia implica:

- a. La relación causal entre omisión y resultado producido.
- b. El deber de evitar un resultado que incumbe al sujeto de la omisión (la llamada posición de garante).

En igual sentido se establece en la jurisprudencia:

“Nuestro Código Penal vigente le confiere relevancia jurídica, tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión; dicha omisión, social y jurídicamente relevante, está referida a la realización de una acción determinada que le es exigida al agente; de allí que estructuralmente los delitos omisivos

20 MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *op. cit.* p. 241.

consistan en la infracción de un deber jurídico; pero no todos estos comportamientos omisivos penalmente relevantes, están descritos por un tipo penal; es por ello que la doctrina reconoce la existencia de delitos omisivos impropios, o llamados también de comisión por omisión; respecto a este tipo de delitos omisivos, el Código Penal en su art. 13º establece una cláusula de equiparación que nos permite adecuar el comportamiento omisivo al comisivo, pero para ello es preciso constatar no solo la causalidad de la omisión sino también la existencia del deber de evitar el resultado por parte el agente frente al bien jurídico o posición de garante”.²¹

IV.4. EQUIVALENCIA ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN

En el concepto de omisión impropia no existe unanimidad en el equiparamiento entre la acción y la omisión respecto de un resultado prohibido. Lo que se plantea en la imputación de un resultado o de una determinada conducta omisiva, es si el sujeto que no actúa para evitar un suicidio, no avisa sobre un ataque, etc., Responde también por ese delito en concreto. La respuesta que se da al problema planteado es que el resultado producido debe ser imputado al sujeto de la omisión, realizándose una constatación hipotética, es decir analizando qué posibilidad tuvo el sujeto de evitar el resultado. En caso sea muy probable, si realizando la acción esperada el agente hubiera evitado el resultado, entonces se procederá a imputar objetivamente un resultado al agente.

IV.5. TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE OMISIÓN

En los tipos de omisión dolosa es (como su nombre indica) el dolo el elemento central: el autor deberá tener conciencia de la situación concreta de peligro o al menos que esta se producirá.²² Sin embargo, se diferencia de la acción dolosa comisiva en que falta la realización de una voluntad de acción, existiendo una “voluntad de no hacer”.

21 Exp. Nº 2528-99-Lima, en: CARO JOHN, José Antonio (dir.)# ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), *Diccionario de jurisprudencia penal*, Lima: Grijley, 2007, p. 433.

22 HURTADO POZO, José, *op. cit.*, p. 767.

CASOS

48. Diego trabaja como rescatista de defensa civil durante una inundación; tiene a su mando a Miguel, Javier y Edwin. La tempestad es tan fuerte que Miguel, Javier y Edwin no quieren continuar sus labores como rescatistas, razón por la cual Julio los amenaza con despedirlos si no continúan, lo que hace que los trabajadores acepten continuar a regañadientes. Horas después, la inundación empeora arrastrando a Javier y a Miguel, que mueran ahogados.

a) ¿Concorre alguna situación en particular para declarar o no al comportamiento de Diego como acción penal?

El análisis de la teoría del delito debe partir de la averiguación, primero, de la existencia de alguna conducta humana; luego, de analizar si esa conducta puede considerarse una acción penalmente relevante. En este caso, la muerte de los hombres no es imputable objetivamente a Diego, ya que fueron fuerzas de la naturaleza las que la ocasionaron (no se creó el riesgo no permitido). Además, los hombres se autopusieron en peligro, puesto que la amenaza de despido no es suficiente para sostener que fue Diego el que los colocó en peligro.

Sin embargo, la teoría del delito no se agota allí. Hay una acción criminal que se verifica, y no precisamente la homicida. Se trata de la acción que se subsume en el delito de abuso de autoridad. En efecto, se llega a lesionar el bien jurídico correcta administración pública cuando el agente utiliza la arbitrariedad para disponer los empleos.

b) ¿Cabría hablar de una fase interna o externa? Fundamente su respuesta.

Respondida la pregunta anterior, no podemos analizar las fases del delito contra la vida, ya que no existe acción homicida. Empero, sí en el delito de abuso de autoridad. En éste, la fase interna está en la ideación de amenazar y la selección de la forma en que se hará eso. La fase externa está en la decisión de la amenaza de despido; allí la consumación, no admitiéndose la tentativa.

49. En una empresa constructora, Carlos maneja maquinas de carga pesada, teniendo 10 años de experiencia como operario de tales maquinas. En el aniversario de la compañía, el dueño (también capacitado para operar dichas maquinas) decide hacer una demostración a sus empleados con las maquinarias al lado de Carlos, el cual en un primer momento no quiere aceptar, pero finalmente accede. Sin embargo, el dueño cometía demasiados errores empujando a Carlos, quien en su caída, termina hiriendo a un empleado.

a) ¿El movimiento resulta atribuible a la conducta de Carlos?

No puede ser atribuible al movimiento de la máquina, ya que ha sido por una fuerza física irresistible proveniente de tercero (en este caso el jefe).

b) ¿Concurre alguna situación que declare la ausencia de la acción penal respecto de Carlos?

La acción proviene de una fuerza física irresistible, que penalmente no se considera acción.

Naohiro, maestro de karate, camina una noche por una muy peligrosa avenida del centro de Lima; dos ladrones se percatan de su presencia y de que se encuentra solo, por lo que tratan de robarle su billetera. Al ser tomado del brazo por uno de ellos, Naohiro se asusta e instintivamente lo golpea en el pecho y en la yugular, causándole la muerte.

a) ¿Lo ocurrido puede considerarse como acto reflejo o acto en cortocircuito?

b) ¿Cuál sería el fundamento a utilizar para sustentarlo?

50. Pedro, médico cirujano del área de emergencias del Hospital Rebagliati, celebra su cumpleaños en su día de descanso de una manera desenfadada, con generosas cantidades de alcohol. Al día siguiente le toca turno en el hospital y, como es costumbre, llega un accidentado a emergencia. Pedro, aún bajo los efectos del alcohol, decide operar al paciente. Este muere posteriormente al no haber estado Pedro en todas sus facultades.

a) ¿El que haya tomado en grandes cantidades en el día de su descanso, sabiendo que al día siguiente concurriría a trabajar, es prudente?

51. Jorge se está bañando cuando de repente ocurre un movimiento telúrico de proporciones. En su desesperación, lo único que encuentra para tapar sus partes íntimas al salir a la calle es la bandera nacional. Apenas termina el temblor, coincidentemente pasa por ahí un reportero televisivo que filma a Jorge vestido únicamente con la bandera.

a) Siendo un ultraje a un símbolo patrio, ¿existe alguna justificación para su comportamiento?

b) ¿La situación cambiaría si Jorge quisiera lucrar con esas imágenes?

52. Andrea es una persona que sufre del Síndrome de Tourette (mal neurológico que le hace decir palabras y frases inapropiadas). Una mañana, una reportera de televisión, haciendo una encuesta oral en vivo y a nivel nacional, se acerca

a ella y le pide su opinión acerca de un político. Ella (que tiene una sólida opinión negativa sobre él) se manifiesta, pero en un determinado momento se descontrola a causa de su enfermedad y suelta una sarta de insultos y groserías. El político, muy molesto, interpone una demanda por injuria.

- a) Admitiendo que su condición no era normal, ¿cómo se puede determinar la justificante de estado de inconciencia?**
- b) ¿Qué pasaría si Andrea hubiera sabido sobre el tema de la encuesta y ella misma se hubiera acercado a la reportera?**

53. Raúl decide terminar su relación amorosa con Roxana por su adicción a las drogas. Ella se golpea, se rasga las ropas, se droga y se dirige a una comisaría a declarar que fue drogada y violada por Raúl. Posteriormente, Raúl puede esclarecer las cosas y probar su inocencia.

- a) Reconociendo que Roxana actuó en un estado de inconciencia, ¿podemos hablar de una ausencia de acción o de actio libera in causa?**
- b) ¿De qué clase?**

54. Alberto es un alto mando del Servicio de Inteligencia del Ejército. Una noche ve entrar a la base a 2 soldados con un hombre al que acusan de pertenecer a un grupo terrorista. El hombre en todo momento niega los cargos, pero los otros dos, al no creerle, empiezan a golpearlo hasta que hable.

- a) El hecho de no dar parte a las autoridades sobre las torturas aplicadas a dicho ciudadano, ¿sería un delito de acción o de omisión?**
- b) ¿En qué modalidad?**

55. Marlon, funcionario de un banco, sospecha que va a ser despedido. Debido a ello ya no tiene mayor interés en su trabajo. Al día siguiente se presenta al banco Tomás a pedir un crédito bastante elevado. Esta persona debe una cantidad considerable de dinero a diversas instituciones bancarias, por lo que este crédito le había sido negado anteriormente. Por las razones anteriormente señaladas, Marlon actúa desidiosamente y le otorga el crédito. Su supervisor, al tomar conocimiento de ello, decide actuar.

- a) Configurándose un delito contra el orden financiero, ¿la conducta de Marlon es comitativa u omisiva? ¿En qué modalidad?**
- b) ¿Qué criterio utilizamos para fundamentar la respuesta?**

56. Tiberio, cobrador de combi que no tiene licencia pero que aprendió a manejar en la empresa de transportes en la que trabaja, se pone a conducir, puesto

que el chofer estaba cansado. Al pasar por una calle muy transitada, pierde el control del vehículo atropellando a dos personas, y escapa para no asumir su responsabilidad.

- a) ¿Tiene Tiberio alguna función protectora de dicho bien jurídico?**
- b) ¿De qué tipo?**

58. Américo, peligroso delincuente, necesita dinero y por eso se decide a robar un banco. Para ello pasea en su carro por las diferentes agencias que él previamente ha clasificado como “más fáciles”. Finalmente se decide por una en el Callao, para lo cual reúne a su banda y compra numerosas armas de fuego. El día escogido, efectivamente realizan el atraco y escapan dejando un policía muerto.

- a) ¿Cuál es la fase interna de la acción de Américo? ¿Cuál es su fase externa?**
- b) Si Américo es atrapado por la policía un día antes de perpetrar el asalto, ¿podríamos considerar que ha cometido el robo?**

59. Harto del mal carácter de su esposa, Pedro decide asesinarla para lo cual compra un arma de fuego. Sin embargo, a lo largo del día reflexiona y para ni siquiera caer en tentación bota las balas del arma. Esa noche su esposa, al llegar, como siempre le grita e insulta. Para asustarla Pedro, saca el arma de fuego (sin balas) y le apunta. Ella en su desesperación por salir corre, rueda por las escaleras y muere.

- a) Del ejemplo, ¿existe una fase interna y una externa? De ser así, señale cada una de ellas.**
- b) ¿Puede ser imputada la muerte de la esposa a Pedro? ¿Cabría hablar de alguna modalidad de la ausencia de acción?**

PARTE CUARTA

LA TIPICIDAD

I. TIPO PENAL

I.1. CONCEPTO DE TIPO PENAL

Las leyes penales utilizan formulas abstractas para señalar una conducta cuyo desvalor la hace acreedora de una pena;²³ esa fórmula es el tipo penal. Por lo general, el tipo está constituido por todos aquellos elementos que caracterizan a una acción humana (antijuridicidad, culpabilidad, etc.) como contraveniente de una norma. Una acción es considerada como típica cuando es prohibida por el ordenamiento jurídico penal.

I.2. FUNCIONES DEL TIPO PENAL

a. *Función de garantía*: Consiste en que la ley contenga descripciones y presupuestos que condicionen la aplicación de una pena. Se deriva del principio de legalidad consagrado tanto en la Constitución en el literal d) del inciso 24 del art. 2º, así como en el art. II del Título Preliminar del Código Penal, que señala que nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta y consagra el principio del nullum crime sine lege. Esta función busca que la ley actúe siempre sometiendo a análisis una conducta que tenga relevancia penal, descartando cualquier otra parecida o análoga. Se garantiza así a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentra previsto en

23 BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal*. Parte General, p. 212.

una norma previa, y que la sanción está contemplada previamente en una conducta jurídica.²⁴

- b. *Función indiciaria*: Señala que habiéndose establecido una conducta como típica, se genera un indicio de la antijuridicidad, más no se puede establecer de plano tal conducta como antijurídica, ya que el injusto penal exige no solo la comprobación de un hecho típico sino una valoración sustancial de la conducta.
- c. *Función motivadora*: Al contener una prohibición, el tipo penal determina a los ciudadanos a no realizar las conductas prohibidas, legitimando el poder punitivo del Estado mediante el Derecho Penal.

1.3. LA TIPICIDAD

Es la adecuación de la conducta concretada en la realidad, que se hace a la ley penal mediante la comprobación de la coincidencia de tal hecho cometido con la descripción abstracta del hecho, que es presupuesto de la pena contenida en la ley. La tipicidad significará solo que la conducta contradice la prohibición o mandato penal, entendiéndose que no nos indica de plano que la conducta ya es antijurídica, sino simplemente que ella podría serlo.²⁵

Asimismo, diversas sentencias señalan que:

“Solo existe tipicidad cuando el hecho se ajusta al tipo, es decir cuando corresponde a las características objetivas y subjetivas del modelo legal formulado por el legislador; por lo tanto, la tipicidad no está limitada solamente a la descripción del hecho objetivo —manifestación de la voluntad y resultado perceptible del mundo exterior—, sino que también contiene la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución del tipo de delito, esto es, la parte subjetiva que corresponde a los procesos psíquicos y constitutivos del delito (dolo, culpa, elementos subjetivos del injusto o del tipo)”²⁶

24 Al respecto, revisar la sentencia del Tribunal Constitucional del 23 de noviembre del 2004, Exp. N° 2578-2004-HC/TC, fundamentos jurídicos del 3 al 8, contenida en: Tribunal Constitucional. Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional, Palestra, Lima 2006, pp. 27- 28.

25 STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal. PG, p. 128.

26 (Exp. N° 2163-97-B, en: CARO JOHN, José Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), Diccionario de jurisprudencia penal, p. 650.

I.4. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

Según la clasificación realizada por Peña Cabrera,²⁷ los tipos se sujetan a ciertos criterios que se derivan de las distintas posibilidades de ordenación de los elementos que los integran, pudiendo clasificarse en:

A) De acuerdo a su estructura:

- a. Tipos básicos:* Son aquellos tipos cuya descripción de una conducta en la norma penal es más general y abierta, conteniendo el mínimo de requisitos para que dicho delito se configure.
- B. Tipos derivados:* Pueden ser agravantes o atenuantes del tipo básico, agregándoseles las circunstancias que pueden caracterizar una figura calificada (v.gr. el homicidio por piedad, el robo agravado, etc.)

B) De acuerdo a la modalidad de la realización:

- a. Tipos de mera actividad:* Implica que el tipo se satisface con la realización del acto u omisión por parte del agente, independientemente de si el resultado se consume o no (la posesión de drogas mayor al mínimo establecido de 2 o más tipos de drogas, art. 299º; la tenencia ilegal de armas, art. 279º). Es por ello que se considera que la imputación objetiva es ajena totalmente a los tipos de mera actividad: la inexistencia de relación causal entre acción y resultado.
- b. Tipos de resultado:* Requiere tanto de la acción, la imputación objetiva y el resultado (v.gr. el asesinato, art. 108º; el robo, art. 188º). Se consume el tipo con la producción de un resultado que trasciende la acción.

C) De acuerdo con la afectación del bien jurídico:

- a. Tipos de lesión:* Para la consumación del tipo se requiere la destrucción o daño (valorativamente hablando) del bien jurídico (v.gr. los daños, art. 205º; las lesiones, etc.).
- b. Tipos de peligro:* La consumación del tipo requiere la sola probabilidad de peligro de un bien jurídico determinado producido por el comportamiento típico.²⁸ Puede dividirse en:
 - *Tipo de peligro concreto:* Cuando el tipo penal establece una inmediata relación entre una situación de peligro con un bien jurídico

27 PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de Derecho Penal. PG, p. 285.

28 BUSTOS, Juan, Obras completas, t. 1, Derecho Penal, Lima: Ara Editores 2001, pp. 799- 800.

determinado (creación de peligro mediante fuego o explosión, art. 273º; exposición al peligro de persona incapaz, art. 129º).

- Tipo de peligro abstracto: De manera determinada, la concreción de alguna acción, pero el resultado se mantiene latente mientras dure la puesta en peligro del bien jurídico.

D) De acuerdo al bien jurídico protegido:

- Tipos simples:* Cuando la tutela recae en un solo bien jurídico (v.gr. en el delito de hurto se protege el patrimonio).
- Tipos compuestos:* Ampara simultáneamente varios bienes jurídicos (v.gr. en el delito de robo se protege tanto la integridad física, el patrimonio, la libertad de tránsito, etc.).

E) Por las características del agente:

- Tipos comunes:* La comisión de estos ilícitos puede ser realizada por cualquier persona, no haciendo falta ninguna condición ni facultad especial (v.gr. hurto simple, homicidio simple, etc.).
- Tipos cuyo agente es calificado:* Estos tipos exigen la existencia de determinadas cualidades y características por parte del agente (v.gr. parricidio, infanticidio, autoaborto, etc.).
- Tipos de delitos especiales propios:* Son aquellos delitos que no tienen correspondencia con la persona común (v.gr. en el delito de tortura, art. 231º, y solo pueden ser realizados por un funcionario o servidor público).
- Tipos de delitos especiales improprios:* Contrario sensu, son aquéllos que sí tienen correspondencia con la persona común; sin embargo, la comisión por parte de un agente cualificado denota un agravante (v.gr. en la extorsión, art. 200º; la extracción ilegal de bienes culturales, art. 228º, etc.).

II. ASPECTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL

II.1. ELEMENTOS DE LA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL

A) Conducta típica

Como se ha mencionado anteriormente, la conducta típica es el elemento principal del aspecto objetivo del tipo.²⁹ Lo que se tratará de comprobar

²⁹ HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal*. PG, p. 413.

es si esta conducta reúne todos los requisitos de un determinado tipo penal;³⁰ es decir, que el resultado es obra atribuible al autor.³¹ Para ello, dentro del tipo penal existe una descripción (el verbo rector) que indica cuál es la acción u omisión que deberá caracterizar a la conducta.

B) Sujetos de la conducta típica

El tipo penal supone la presencia de dos sujetos que intervienen en la relación:

- a. Sujeto activo:* Es quien realiza la conducta prohibida por el tipo penal. En la mayoría de los casos, los tipos penales comienzan con la expresión “el que” (v.gr. art. 106º, 108º, 114º CP.), pudiendo ser cualquiera persona (natural) la que lleve a cabo el ilícito. A su vez, existen en el código tipos cuya realización viene acompañada de ciertas cualidades que se circunscriben a determinado grupo de personas; son los llamados delitos especiales (v. gr. art. 321º del CP.)
- b. Sujeto pasivo:* Es el titular o portador del interés que ha sido ofendido. El sujeto pasivo no necesariamente coincide con el sujeto sobre el que recae la acción (como en el delito de estafa) ni con el perjudicado (que pueden ser, además del titular del bien, todos aquellos que sufren consecuencias perjudiciales más o menos directas).

C) Bien jurídico

Son bienes jurídicos aquellos intereses de la sociedad que tienen una importancia fundamental y merecen la protección del Derecho (v.gr. la vida, el honor, el patrimonio, etc.). Esta protección se brinda mediante las normas penales que califican como delitos aquellos comportamientos prohibidos que lesionan esos bienes jurídicos protegidos. No obstante, respetando el principio de mínima intervención el Derecho Penal, protegerá solamente aquellos bienes jurídicos considerados como fundamentales mediante la represión de aquellas conductas realmente lesivas.

D) Objeto de la acción

Se trata de la persona o cosa sobre la que recae físicamente la acción típica. En ocasiones, puede coincidir con el sujeto pasivo, pero ello no se aplica

30 MIR PUIG, Santiago, *DP. PG*, p. 222.

31 ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, T. I, (trad. Diego Manuel Luzón Peña y otros), Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 305.

en todos los casos (v. gr. en el hurto, el sujeto pasivo es la persona a quien se le hurta, pero la acción recae físicamente sobre el objeto que se hurta).

II.2. ELEMENTOS DESCRIPTIVOS Y ELEMENTOS NORMATIVOS DE LA ESTRUCTURA DEL TIPO

El tipo penal se estructura mediante criterios tanto abstractos (elementos normativos) como generales (elementos descriptivos), para describir la conducta prohibida. A continuación pasaremos a explicar brevemente los elementos del tipo, que son:

- a. *Elementos descriptivos*: Refiere conceptos tomados del lenguaje común que se pueden percibir a través de los sentidos (v.gr. los conceptos de “cosa mueble”, “mano armada”, “muerte”, “lesión”, “daños”, etc.).
- b. *Elementos normativos*: Son aquellos factores que solo pueden ser determinados mediante una apreciación de valor, empleando para ello elementos lingüísticos descriptivos (v.gr. los conceptos de “buenas costumbres”, “insolvencia”, “autoridad”, “engaño”, etc.).

III. RELACIÓN CAUSAL: IMPUTACIÓN OBJETIVA

III.1. CONCEPTO

Esta teoría parte de la premisa según la cual el ámbito de prohibición jurídico penal solo puede comenzar allí donde se constate la realización de una acción que exceda lo jurídicamente permitido. La actuación del agente —en los delitos de acción— genera: a) la creación de un riesgo no permitido, y b) que ese riesgo se concrete en el resultado.

Consideramos necesario destacar, que ya en nuestro medio se están aplicando los criterios de la imputación objetiva, tal como se aprecia en la jurisprudencia que a continuación mostramos:

“La moderna doctrina viene desarrollando la denominada teoría de la imputación objetiva como el fundamento de la nueva teoría del tipo penal. En la sociedad se producen a cada instante contactos sociales, los cuales se derivan básicamente de dos tipos de riesgos: el primero es el riesgo permitido, entendiéndose a éste como concreción de la adecuación social, riesgo que necesariamente deberá ser tolerado por las personas que conforman la sociedad. El segundo es el riesgo no permitido, entendido

como aquella transgresión del rol normativo que debería desempeñarse de acuerdo a lo instaurado, ya sea por una reglamentación expresa o en todo caso sin tal ([reglamentación] expresa, vg. Ley de protección al consumidor, [reglas de tránsito] —reglamentación obedeciendo a las normas de cuidado—, (*lex artis*, en la construcción, en la actividad médica, etc.). De ello se concluye que la creación de un riesgo no permitido se desarrolla cuando una persona no cumple lo estipulado por su rol. La imputación objetiva es aquella teoría que desarrolla actualmente la teoría del tipo desde una imputación objetiva a la conducta y al resultado. Desde la perspectiva de la imputación de la conducta, manifestamos que esta teoría contempla conceptos que funcionan como filtros para determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típica o no: 1) el riesgo no permitido; 2) el principio de confianza; 3) la prohibición de regreso; y 4) la competencia de la víctima. Para comprender la resolución del presente caso debo de manifestar que para determinar la competencia de la víctima se necesita que la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, que la conducta de la víctima no haya sido instrumentada por el autor y que el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima”.³²

A) Creación de un riesgo no permitido

Este criterio exige, además de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, que dicho peligro sea desaprobado jurídicamente. La ausencia de ese riesgo se comprueba mediante un juicio de adecuación, ponderando si el resultado hubiera podido o no ser objetivamente previsible.³³ El resultado únicamente puede imputarse al agente cuando pueda demostrarse que con su acción indebida aumentaron sensiblemente las posibilidades normales de producir el resultado.

Para la determinación de este riesgo se utiliza determinados criterios:

a. *El riesgo permitido*: Todas aquellas acciones riesgosas que permanecen (con el cumplimiento de ciertas normas de cuidado) son consideradas un riesgo permitido.³⁴ La imputación objetiva se excluye cuando

32 Exp. Nº 1219-04-Lima, en: CARO JOHN, José Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), *Diccionario de jurisprudencia penal*, p. 305.

33 ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, (trad. Manuel Abanto Vásquez), Lima: Idemsa, 2007, p. 75.

34 REYES ALVARADO, Yessid, *Imputación objetiva*, 2ª ed., Bogotá: Temis, 1996, p. 92.

no supera los límites del riesgo permitido, siendo que, se considera que estas acciones no son típicas.

*Bacigalupo*³⁵ agrega que la determinación del riesgo no permitido, cuando no existe una causa de justificación expresa, proviene de una ponderación de bienes; es decir, de un juicio por el cual no solo es calculable la magnitud del riesgo, sino también la utilidad o daño como ventaja o pérdida según criterios jurídicamente vinculantes.

B) Prohibición de regreso

Establece que un garante no puede responder por todas las posibles afectaciones del bien jurídico. Es por ello que se excluye la imputación objetiva de aquellos resultados que han sido consecuencia de cursos causales atípicos: la imputación sólo alcanzará a quien es garante de la evitación de un resultado.

C) Principio de confianza

Parte de la idea de que el agente se comporta dentro de lo establecido por el orden social, confiando en que los demás se comportarán de la misma manera.

D) Acciones de propio riesgo

Ocurre cuando el agente, dentro de su ámbito de competencia, se expone a un peligro que puede generar consecuencias negativas para sus propios bienes, teniendo el mismo agente que asumir esa responsabilidad.³⁶

a. Concreción de ese riesgo en el resultado: La imputación objetiva únicamente puede afirmarse cuando el resultado corresponde a lo previamente planificado por el agente. De esta manera se excluyen los resultados causales atípicos, así también en el caso que se produzca por la acción posterior dolosa de un tercero.

E) Supuestos en los que no se configura la imputación objetiva

E.1. Disminución del riesgo: Se basa en el presupuesto de que una acción no es imputable objetivamente cuando conduce a un resultado que, aunque dañoso, disminuye el riesgo corrido por el bien jurídico.

³⁵ BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*. PG, p. 267.

³⁶ REYES ALVARADO, Yessid, *op. cit.*, p. 168.

- E.2. Acción irrelevante penalmente:* Tampoco se considera como imputable objetivamente el resultado producto de una acción que no crea un riesgo no permitido para el bien jurídico.
- E.3. Exposición previa a un peligro:* Sucede cuando el objeto de la acción ya estaba expuesto a un peligro capaz de producir el mismo resultado que el que la acción ha producido.
- E.4. Resultado fuera de la esfera de la protección de la norma:* Si el resultado no es de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado, no le es imputable a quien ha originado el riesgo jurídicamente desaprobado.
- E.5. Riesgo socialmente aceptado:* No es posible imputar objetivamente un resultado que recae sobre un objeto que ya estaba expuesto a una pérdida segura, o de muy posible realización y no meramente posible, ni cuando el resultado sea producto de la conducta del agente.

IV. ASPECTO SUBJETIVO DE TIPO:

El tipo, señala Muñoz Conde, no es un simple proceso causal ciego, se dirige a un fin.³⁷ El injusto tiene tanto una vertiente objetiva (tipo objetivo) como una vertiente subjetiva (tipo subjetivo). Esta vertiente subjetiva abarca las tendencias o disposiciones que se deducen, no se prueban.

IV.1. EL DOLO

Los llamados delitos dolosos suponen la realización consciente (el querer) y voluntaria (el saber) de los elementos objetivos del tipo.³⁸ El dolo es regulado por el artículo 12 del Código Penal, que señala que la ley se aplica siempre al agente de infracción dolosa (por ello es que se utiliza términos como “intencional” o “a sabiendas”).

A) Elementos del dolo

Como ya se ha señalado, el dolo contiene un elemento cognoscitivo y un elemento volitivo.

- a. Elemento cognoscitivo:* El agente actúa consciente de sus actos, conociendo los elementos de su acción como acción típica: sujeto,

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, p. 265.

³⁸ ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, p. 308.

conducta, objetos, relación causal, etc.³⁹ (v.gr. en el delito de hurto, el agente sabe que se apropia ilícitamente de un bien mueble ajeno). Si el agente tiene o no conocimiento de la ilicitud de su acto, ello no tiene importancia alguna.

- b. *Elemento volitivo*: El agente no solo debe haber conocido los elementos del tipo objetivo, sino que además debe haber tenido la voluntad de realizarlos⁴⁰ (v.gr. en el mismo delito de hurto, el agente no sólo conoce la apropiación de un bien mueble ajeno que desea, que busca). Este elemento supone la voluntad incondicionada de realizar algo, requiere que previamente conozca las condiciones para realizar la conducta.

B) Clases de dolo

Según la mayor o menor intensidad del elemento intelectual o volitivo, se dividen en:

- a. *Dolo directo de primer grado*: Consiste en el deseo del agente de realizar el delito (en los delitos de resultado), o de realizar la acción típica (en los delitos de mera actividad).
- b. *Dolo directo de segundo grado*: Conocido también como dolo indirecto o dolo de consecuencias necesarias, el agente en un principio no tiene como meta la realización del tipo, pero se le ha presentado como necesario o de posible realización para alcanzar su finalidad (verdadero efecto concomitante), estando decidido a realizarlo.
- c. *Dolo eventual*: En este tipo de dolo el agente se representa la realización de la lesión del bien jurídico como posible, pero la acepta y se conforma con ella continuando con su accionar.

Este concepto de dolo tiene problemas en cuanto a su diferenciación con la llamada “culpa consciente”; por ello se han desarrollado algunas propuestas para su diferenciación:

- *Dolo cognitivo*: Está basada en el aspecto cognitivo del dolo. Señala que el dolo eventual puede determinarse cuando el agente se lo hubiere representado (de cualquier forma) como de muy probable realización y aún así actúa. En caso la representación sea más lejana, se configurará la culpa consciente.
- *Dolo volitivo*: Esta teoría aparece dando un plus al concepto del dolo cognitivo; no solo considerando la mera representación, sino que le

39 Contenido en R.N. 418-2004-Lima, 2ª S.P.T., 29 nov. 2004; en: *Jurisprudencia penal II*, Trujillo: Normas legales, 2005, pp. 41- 42.

40 BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*. PG, p. 36.

agrega una “aceptación interna”. De esta manera, aun cuando el tipo fuera de segura realización, el agente seguirá actuando.

C) *Error de tipo*

C.1. *Concepto*

De acuerdo con lo establecido por el art. 14º del CP, el error de tipo consiste en cualquier desconocimiento de alguno de los elementos objetivos del tipo por parte del agente (llamada también falsa representación de la realidad), excluyéndose de esta manera el dolo.⁴¹ Si el error recae sobre alguna otra categoría distinta al tipo (causas de justificación, antijuridicidad, culpabilidad), no es relevante para la tipicidad.

Si el error fuera vencible, es decir si se pudiera evitar actuando con la diligencia debida, será considerado como delito culposo (hay que recordar que el error consiste en actuar con ligereza o negligencia). Contrario sensu, el error invencible corresponde a aquellas situaciones en las que a pesar de actuar con la diligencia debida, el resultado igualmente hubiera ocurrido, por lo que se excluye la responsabilidad o la agravación.

C.2. *Clases de error de tipo*

Siguiendo la clasificación realizada por Stratenwerth,⁴² podemos señalar:

- a. *Error de tipo sobre el objeto de la acción (error in objecto vel in persona)*: Es aquel error sobre la identidad de la persona. Adquirirá relevancia cuando dicho sujeto incurra en una confusión sobre las características o sobre la identidad del objeto de la acción, dando lugar a un concurso entre el daño que el sujeto quería realizar y el resultado imprudentemente realizado (vg. cuando creyendo disparar a un animal, erróneamente se dispara a una persona).
- b. *Error de tipo sobre el nexo causal*: El agente debe tener conciencia de las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva (sólo puede plantearse una vez comprobada ésta). Si el resultado aún

41 Al respecto, revisar R. N. Nº 63-2004 - La Libertad, de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. En *Jurisprudencia penal II*, p. 51.

42 STRATENWERTH, Günter, *DP. PG*, pp. 184- 188.

constituye parte del plan de realización del agente, puede ser considerado dolo (v.gr. A dispara a B, muriendo este último días después por la gravedad de la herida). Caso contrario, si el resultado se produce de un modo desconectado de la acción del agente, estaremos ante un caso de tentativa (v.gr., en el caso anterior, si B muere, no a causa del disparo de A, sino por una negligencia médica).

- c. *Error en el golpe (Aberratio ictus)*: Se presenta mayormente en delitos que atentan contra la vida o la integridad física, cuando por inexperiencia o mala puntería se yerra en la dirección del ataque (v.gr. A quería matar a B, pero como no sabe utilizar un arma de fuego termina matando a C).

En este tipo de error podemos incorporar los casos de *errores en la persona*. Se comete el delito, pero el agente ataca a una persona distinta de la pensada. Típicos casos de película, en los que el sicario apuñala el lecho donde debería estar durmiendo su eventual víctima, pero, por casualidad, esa noche se quedó una hermosa mujer en él, mientras que el sujeto a quien se pensaba matar descansó en el sofá.

En caso de que tanto el resultado causado y el buscado tengan la misma significación, la doctrina dominante señala que se debe considerar relevante al error, considerando estar ante un concurso entre tentativa de homicidio y homicidio culposo consumado.⁴³ La doctrina española, sin embargo, considera irrelevante el error, estimando que se está ante un delito doloso consumado.⁴⁴

- d. *Dolus generalis*: Consiste en que el autor cree que ha consumado su delito cuando el resultado se produce por un hecho posterior (por ejemplo, en un homicidio, cuando el agente, creyendo logrado su cometido letal pero estando la víctima aún con vida, la arroja al río, donde muere ahogada). Una forma de resolver este problema lo plantea *Hurtado Pozo* al señalar que con frecuencia la desviación causal no es esencial (en el ejemplo, cuando la finalidad del agente se consume y muere igualmente la víctima). En caso de que la desviación del curso causal sea relevante (volviendo al ejemplo, si la víctima sobrevive), solo podrá imputársele el delito al agente en grado de tentativa.⁴⁵

43 WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*. PG, p. 107.

44 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, p. 277.

45 HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal*. PG. I, p. 479.

IV.2. LA CULPA

A) Concepto

El art. 11º del Código Penal señala que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por ley, con lo cual queda establecido que los delitos imputables al realizar el tipo sin tener esa intención, pero a consecuencia de un actuar negligente, son hechos punibles. El fundamento de la imputación de los delitos culposos es el desprecio de parte del agente respecto de los bienes jurídicos ajenos; ello se debe a que el autor omite su deber objetivo de cuidado.

A pesar de ello, no todos los hechos culposos o imprudentes son castigados en todos los casos, sino solamente cuando la ley expresamente lo establece. Esto se basa en el principio de mínima intervención y en el de menor reproche a este tipo de ilícitos. Este último criterio fundamenta también el porqué las penas en los delitos culposos son menores a las de los dolosos.

Nuestra jurisprudencia señala que en los delitos culposos el agente siempre deberá haber previsto el resultado o, de haberlo previsto, confía en que dicho resultado no se producirá, actuando en consecuencia con negligencia, imprudencia o impericia.⁴⁶

No son admisibles los delitos culposos en la tentativa, ya que no asoma voluntad de realizar el tipo penal. Tampoco admite la participación al no existir dominio del hecho propio.

B) Infracción al deber objetivo de cuidado

El punto de partida del tipo del injusto del delito culposo es la infracción del deber objetivo de cuidado;⁴⁷ es decir, la inobservancia del cuidado debido, sin que medie ninguna causa de justificación.⁴⁸ Este concepto depende mucho de las capacidades y alcances del conocimiento del agente, de acuerdo al desarrollo de una actividad concreta a título de profesión,

46 Podemos revisar la Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 6 de agosto de 1998. Exp. Nº 8653-97, en: ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Lima: Gaceta Jurídica, p. 648.

47 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, p. 285.

48 MIR PUIG, Santiago, *DP. PG.*, p. 286.

ocupación o industria,⁴⁹ delimitándose así si es culpable o no de un delito culposo (se recurre para ello a criterios como “conductor experimentado” o “inteligencia media”). Este deber objetivo de cuidado puede originarse no solo en el código penal sino en diversas normas que contiene la ley (vg. reglamentos de tránsito, del ejército, de la policía, de leyes orgánicas, etc.) Podemos considerar que este deber está configurado de dos formas:

B.1. El deber de cuidado interno: Obliga a advertir determinados peligros que pueden ser percibidos mediante un “examen previo”. Con base en éste criterio se puede castigar la culpa consciente.

B.2. El deber de cuidado externo: Consiste en el respeto de las normas previas de cuidado por parte de la conducta externa del agente. El quebrantamiento de este deber se da en 3 casos:

- a. Impericia:* Cuando la lesión al deber objetivo de cuidado ocurre por una evidente falta de preparación técnica.
- b. Negligencia:* Cuando no se tornan las previsiones mínimas necesarias ante una determinada situación que puede resultar peligrosa.
- c. Imprudencia:* Cuando de manera confiada el agente no actúa con la atención y/o acuciosidad debida para evitar dicho peligro.

C) *El deber subjetivo de cuidado*

Atiende a la capacidad individual y el nivel de conocimiento o previsibilidad de un sujeto en particular. Se evalúa así la aplicación de los conocimientos o el rol que desempeña un determinado individuo ante una determinada situación. La simple inobservancia de las reglas no determina totalmente la culpa; para ello se deberá analizar en qué situación debe ser declarado imprudente y en cuál no.

D) *Clases de culpa*

De acuerdo con su contenido psicológico, se dividen en:

- a. Culpa consciente:* Se presenta cuando si bien el agente no quiere causar lesión a un bien jurídico, ésta se da como una posibilidad, confiándose el agente en que ello no se realizará.⁵⁰

⁴⁹ Ejecutoria Suprema 2/4/98 Exp. N° 2007-97, en: ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, pp. 305-306.

⁵⁰ WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*. PG, p. 245.

- b. *Culpa inconsciente*: El agente no quiere el resultado lesivo ni se lo plantea como posibilidad; sin embargo, actúa inobservando el deber objetivo de cuidado.

E) *Exclusión del deber objetivo de cuidado*

- a. *Riesgo permitido*: Se basa en la tolerancia social de cierto grado de riesgo para los bienes jurídicos. Se estima que en el riesgo permitido debe considerarse también el comportamiento del que ha obrado suponiendo que los demás cumplirán con sus deberes objetivos de cuidado.⁵¹ Se infringe este riesgo permitido cuando el agente crea una contingencia capaz de lesionar o poner en peligro un bien jurídico.
- b. *Caso fortuito*: Toda producción de un resultado que no se deba a un comportamiento siquiera imprudente debe ser considerada como un caso fortuito y como no relevante penalmente.

F) *Causalidad e imputación objetiva*

Las conductas imprudentes solo pueden ser castigadas siempre que se produzcan determinados resultados: un desvalor de la acción (conducta imprudente) y un desvalor del resultado (producción de un resultado prohibido).

Para determinar la imputación objetiva del resultado, se requiere que la relación de causalidad de la causación del resultado esté dentro de la finalidad de la protección de la norma.⁵² Ello es así cuando la acción imprudente supone un incremento notable del riesgo de producción de tal resultado.

Son criterios para determinar la imputación objetiva de los delitos culposos:

- a. De no ser el resultado una consecuencia de la realización del riesgo implícito en la acción imprudente, se niega la imputación objetiva.
- b. Cuando la conducta imprudente cae fuera del ámbito o fin de la norma, se niega la imputación objetiva.
- c. Cuando el resultado se produce de igual forma por un resultado imprudente como por uno que no lo es.

⁵¹ BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho penal*. PG, p. 215.

⁵² Mir Puig, Santiago, *D.P. PG*, p. 298.

CASOS

60. Daniel, dueño de un fundo ganadero, no tiene suficiente espacio para sus reses, por lo que decide apropiarse de una parte del terreno de su vecino Enrique, que no se encuentra en el lugar desde hace varios meses. Para ello procede a destruir la cerca que separaba ambos terrenos, pero cuando iba a empezar a pastear sus reses, Enrique, que había regresado de su viaje, lo detiene.

a) Admitiendo que Daniel comete un delito de usurpación, ¿habrá cometido un delito de resultado o un delito de mera actividad?

El delito de Daniel según el art. 202º inc. 1 nos habla de la “intención de apropiarse de un inmueble (...) para lo que destruye los linderos del mismo”. Ello equivale a decir que no es necesario que haya conseguido apropiarse, sino el simple hecho de destruir los linderos; por esa razón se trata de un delito de mera actividad.

b) ¿Daniel habrá cometido un delito de lesión o un delito de peligro?

La usurpación requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico posesión, por eso es un delito de lesión y no de peligro (como lo sería, por ejemplo, la conducción en estado de ebriedad, en el que se cuida la vida e integridad física de las personas reprimiendo esas conductas, aun cuando del simple hecho de manejar alcoholizado no se desprende un peligro concreto para ese bien jurídico).

61. Arturo practica ciclismo extremo en la calle a pesar de que resulta peligroso para los demás transeúntes. En una de sus acrobacias, pierde el control de la bicicleta empujando a la pista, a un niño que resulta atropellado por una combi que le causa la muerte.

a) ¿La acción de Arturo implica un tipo básico o uno derivado?

El caso de Arturo configura un homicidio culposo, ya que ha actuado de manera imprudente. Por ello se entiende que no es un tipo básico (el homicidio simple) sino uno atenuado, ya que no ha existido dolo.

b) ¿Se puede imputar objetivamente el resultado o concurre algún supuesto para que no configure?

Se verifica la imputación objetiva del resultado muerte. El manejar bicicleta implica un riesgo que la sociedad permite, pero hacerlo temerariamente eleva ese riesgo. La muerte del niño es la constatación del resultado lesivo, estando dentro del ámbito de protección de la norma, que justamente quiere evitar estos hechos causados por conductas imprudentes.

62. Eduardo es un *Hacker*; su mayor reto es tratar de *Hackear* La página web de La Presidencia de La República para poner un fotomontaje del presidente desnudo. Sin embargo, antes de pegar La foto es descubierto por los programadores de La página. Eduardo posteriormente es identificado y arrestado. Manifiesta que solo había ingresado a la parte configurativa de la página para ver cómo funcionaba y nada más.
- a) De acuerdo al tipo penal, ¿en qué consiste la conducta típica de éste delito?**
b) ¿Su conducta configura un delito de resultado o de mera actividad?
63. Justina, mujer a la que no le gusta trabajar obliga a sus dos hijas —de 5 y de 7 años— a cantar en los autobuses hasta altas horas de La noche. Al ver tal situación un representante de la demuna decide quitarle a las niñas.
- a) ¿Cuáles son los elementos descriptivos y cuales los normativos del presente tipo penal?**
b) ¿El presente caso es un tipo común o de autor calificado?
64. Omar, policía honesto de La División Antidrogas, desde hace meses tiene en la mira a Emilio, un famoso narcotraficante. Uno de los contactos de Omar le transmite el rumor de que Emilio tiene un cargamento muy grande en su casa de un barrio residencial. Los superiores de Omar no dan La orden por falta de pruebas, pero éste va solo e ingresa a la casa de Emilio encontrando efectivamente el cargamento.
- a) De acuerdo con las clases de tipos penales, ¿cuál sería la diferencia entre su conducta (allanamiento ilegal de domicilio) y la violación de domicilio? ¿Por qué?**
b) ¿Qué tendría que variar para configurarse un error de tipo?
65. Roberto, persona temperamental, se encuentra furioso ante La ausencia de su hija en casa hasta La noche. Al llegar, ella le dice que no estuvo haciendo nada malo; sin embargo Roberto no le cree; monta en cólera e intenta ahogarla con una cuerda, hasta que, gracias a los vecinos se salva a la muchacha y se somete al padre.
- a) Del ejemplo, ¿ante que clase de dolo estaremos?**
b) ¿Qué parte de su conducta comprende el elemento cognitivo y qué parte el comportamiento volitivo?
66. Henrik, asesino profesional internacional, busca matar a un político en asenso por encargo de sus rivales. El único momento en que su seguridad no

lo flanquea es cuando está en su casa con su familia, no quedándole a Henrik otra opción que poner una bomba en el inmueble, a sabiendas de que ahí viven también los hijos y la esposa del político-objetivo.

a) De acuerdo al comportamiento de Henrik, ¿qué tipo de dolo se configuraría en este asesinato?

¿Configuraría dolo si Henrik no supiera de la concurrencia de la familia?

67. Farid —dueño de un exclusivo centro de esparcimiento— necesita ampliar su local, pero no tiene tiempo para los papeleos por lo que soborna a muchos funcionarios y construye rápidamente nuevos ambientes, sin revisiones de seguridad ni señalizaciones en caso de emergencia. Farid sabe que el local es peligroso; sin embargo, ha invertido mucho dinero y lo inaugura sin importarle lo que pueda ocurrir. Y efectivamente esa noche tiene lugar un leve temblor y la desesperación de la gente (así como la mala señalización) genera confusión, dejando como saldo un cliente muerto.

a) ¿Cabría hablar de dolo en el ejemplo? ¿Por qué? ¿De qué tipo?

b) ¿Habrá un elemento volitivo y uno cognitivo? Señale cuáles.

68. Óscar —famoso ladrón de arte— pretende robar una pintura de la escuela cuzqueña del museo de la nación. Sin embargo, es descubierto por las cámaras de seguridad iniciándose una persecución dentro del museo. Para escapar, Óscar pone como obstáculos unos restos arqueológicos que se encuentran en exhibición dentro del museo, destruyendo varios de ellos.

a) De acuerdo con el ejemplo, ¿en qué modalidad de dolo puede configurarse la conducta de Oscar? ¿Por qué?

b) ¿En qué consiste el elemento cognitivo y en qué el elemento volitivo del presente ejemplo?

69. Javier es el dueño de un terreno en el que se está construyendo; sus trabajadores y albañiles no cuentan con ningún seguro, ni equipo de protección, sólo métodos artesanales. Un día la construcción se derrumba muriendo 5 trabajadores. Se determina que de haber usado protección y equipos, esto no hubiera ocurrido.

a) ¿Cómo podríamos argumentar que la actitud de Javier es dolosa en su modalidad eventual?

b) ¿Cabría hablar en el ejemplo de un error de tipo? ¿Por qué?

70. Manuel, personal de limpieza del Poder Judicial, está pasando la aspiradora cuando de repente observa que un documento había caído al suelo. Este

documento tenía varios sellos muy grandes de “IMPORTANTE” y “ORIGINAL”. A pesar de percatarse de ello, Manuel sigue aspirando y, de un momento a otro, destruye el papel.

- a) **¿Qué podríamos fundamentar para señalar como dolosa la conducta de Manuel?**
- b) **¿En qué modalidad de dolo?**

71. Ricardo y Walter se disputan el amor de una dama. Al considerar que esos asuntos no se resuelven conversando, deciden batirse a duelo. Jorge, hermano de Ricardo, teme por su vida y antes de que salga le aplica un golpe muy fuerte en la cabeza desmayándolo.

- a) **¿Se modifica el riesgo?**
- b) **¿Qué criterio podemos utilizar para no imputarle objetivamente el resultado a Jorge?**

72. Susana alquila cuartos de su casa como mini-departamentos. Uno de sus huéspedes es Ricardo, un traficante de drogas que se hace pasar por vigilante ante ella, con lo que se explica el porqué siempre sale de noche. La policía estuvo haciendo un seguimiento a Ricardo, descubriendo que en su departamento tenía estupefacientes. Al día siguiente la policía interviene la casa de Susana encontrando 2 kg. de droga en la habitación de su inquilino, y la arresta.

- a) **¿Puede imputársele objetivamente un delito a Susana?**
- b) **¿Ha creado algún riesgo al alquilar un cuarto a un desconocido?**

73. Pablo alquila equipos de *Puenting* en un concurrido puente de Miraflores. Uno de sus clientes más asiduos es Edgardo, un hombre de 68 años al que le gusta vivir la vida intensamente. En uno de saltos el anciano cuerpo de Edgardo no resiste y colapsa.

- a) **¿El ámbito de protección de la norma permite o no a Pablo alquilarle los equipos a Edgardo?**
- b) **¿De acuerdo con su conducta, podría imputársele objetivamente la muerte de Edgardo o estaríamos ante un supuesto donde ésta no configura?**

74. Cristian, de 21 años, es enamorado de Paola de 14 años, ellos mantienen relaciones continuamente. Sin embargo, en todo momento Paola le dijo a su enamorado que tenía 19 años. Ella es muy precoz, se viste siempre de manera provocativa, bebe licor y se queda hasta muy tarde en La noche al lado de Cristian.

- a) **¿El error de tipo era vencible o invencible para Cristian?**
- b) **¿Ante qué clase de error de tipo estaríamos?**

75. Claudio es el encargado de la purificación en una fábrica de agua envasada. Todos los días vierte una bolsa con diversos químicos para asegurar la potabilidad del agua. Sin embargo, un día vierte un grupo de químicos nocivos que el día anterior habían sido puestos por el personal de limpieza en una bolsa sujeta a la de los químicos purificadores, resultando contaminado un lote de agua.

- a) **¿Existe falta de diligencia en el actuar de Claudio?**
- b) **¿Ante qué clase de infracción del deber de cuidado estaremos?**

76. José y su padre se disponen a sacar dinero del banco. Al momento en que se retiran de la agencia. José se tarda un poco en el baño y al salir a la calle observa cómo dos ladrones atacan a su padre. José le arrebató al vigilante del banco su metralleta, pero al no saber manejar dicha arma de fuego, termina disparando a tres personas que pasaban por allí.

- a) **¿Podríamos considerar que José actuó en un delito culposo o en error?**
- b) **De acuerdo a su respuesta anterior, ¿de qué clase?**

77. Juana es una vendedora de puerta en puerta de unos utensilios de cocina muy baratos. Indecopi sospecha que los materiales utilizados para confeccionar dichos utensilios podrían ser nocivos para la salud, siendo esa la razón de su módico precio. Juana se entera de ello, pero confía en que no sucederá nada ya que ella misma ha utilizado dichos implementos y no le ha pasado nada. Si alguno de los compradores de Juana resultara intoxicado...

- a) **De acuerdo a la conducta asumida por Juana, ¿infringe algún deber objetivo de cuidado? ¿De qué tipo?**
- b) **¿En el presente caso hablaríamos de una imprudencia, de una negligencia o de una impericia? Fundamente su respuesta.**

78. Durante una fiesta Gino, estudiante para ser *Bartender*, realiza a pedido de sus amigos una demostración con los tragos y con el fuego de unas velas. Gino se da cuenta de que hay muchos materiales inflamables a su alrededor, pero al estar a punto de terminar su carrera y ser el mejor de su clase, confía en su talento. Sin embargo, comete un error y termina quemando parte de la habitación, y provocando cuantiosos daños materiales.

- a) **Admitiendo que su comportamiento fue culposo ¿En qué momento del ejemplo descrito se configura la culpa?**
- b) **¿Qué modalidad de culpa se configuraría?**

PARTE QUINTA

ANTI JURIDICIDAD

La antijuridicidad es la contrariedad del hecho con el Derecho; esto es, comparando el hecho con el ordenamiento jurídico establecer si el Derecho prohíbe o permite la conducta.⁵³ La norma emite mandatos prohibitivos, donde la antijuridicidad lo que hace es excluir la existencia de un permiso para realizar el hecho; por ello, para *Bacigalupo* la antijuridicidad es la teoría de las autorizaciones.⁵⁴

Sin embargo, previamente a la consideración de la antijuridicidad el comportamiento debe ser calificado como típico (según la función indiciaria de la tipicidad, la realización de un hecho típico genera la presunción de que sea también antijurídico). Así, una acción típica será también antijurídica si no media una causa de justificación; por ello, la tipicidad de una acción es un indicio de antijuridicidad.

Averiguar si un hecho es típico supone el primer paso del análisis, pero no es suficiente, pues un hecho típico puede no ser antijurídico. En el ordenamiento jurídico existen supuestos en los que se permite la realización de un hecho típico; son supuestos, por tanto, típicos, en los que no concurre la antijuridicidad.⁵⁵

A las causas que autorizan la realización del hecho, se les denomina causas de justificación. Estamos, por lo tanto, ante una norma y una contranorma, de modo que en la antijuridicidad se utiliza el método de regla-excepción.

53 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho Penal. Parte general*, T. I, Lima: Gaceta Jurídica, Grijley, 2004, p. 181.

54 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte general*, Madrid: Akal, 1998, p. 251.

55 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *DP. PG*, p. 181.

Para *Graf Zu Dohna*, la relación entre la norma y la contranorma no supone que “la acción realizada sea en sí antijurídica y, sin embargo, posteriormente la antijuricidad sea anulada, sino que, en tales casos la antijuricidad falta de antemano y la afirmación de la adecuación típica de la acción no significa de ninguna manera la afirmación de su antijuricidad”.⁵⁶ Entonces, la regla sería que el hecho típico sea antijurídico a la vez, por mandato de la norma, y la excepción es que el hecho típico no sea antijurídico porque fue realizado con una causa de justificación (una contranorma).

De manera que, en realidad, el juicio sobre la antijuricidad supone analizar la concurrencia o no de una causa de justificación. Además, ha de tenerse en cuenta que de la concurrencia de la causa de justificación surge el deber de tolerar la actuación justificada.

I. ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Ahora bien, se ha planteado el problema de distinguir la antijuricidad formal de la antijuricidad material, para establecer el momento y la naturaleza de las causas de justificación que hacen tolerable el comportamiento del autor, aunque este comportamiento sea típico. El concepto de la antijuricidad formal difiere del de la antijuricidad material. Este concepto obedece a la idea de que la antijuricidad tiene un contenido o sustancia real, que no solo consiste en la oposición formal del hecho a una especial norma jurídica.

Así, la antijuricidad formal implica la contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico. Su ámbito se reduce a la contradicción del acto con la norma.⁵⁷ Mientras que la antijuricidad material consiste en el carácter dañino del acto con respecto al bien jurídico protegido por la norma penal.

Se hace para ello un análisis sobre los motivos de desvalorización de estos hechos por parte de Código Penal.⁵⁸ La importancia de la antijuricidad material está señalada en el artículo IV del Título Preliminar del CP, porque la pena precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

En buena cuenta, puede ser que la conducta sea contraria a la norma (formalmente antijurídica), pero que ésta no se encuentre en contradicción con los fines

56 GRAF ZU DOHNA, Alexander, *La estructura del delito*, (trad. Carlos Fontán Balestra), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 44.

57 HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal*. PG. I, p. 515

58 MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 156

del orden jurídico que regulan la vida en común (esto es, que sea materialmente antijurídica). Así, *Graf Zu Dohna* precisa que la falta de antijuricidad material de una acción se produce cuando esta acción “aparece como un medio justo para un fin justo”.⁵⁹

Entonces, no basta con la contradicción formal con el derecho, sino que es preciso que la acción no constituya un medio justo para un fin justo; si la acción constituye medio justo para un fin justo, no puede hablarse de la existencia de contradicción con el derecho.

II. DESVALOR DE LA ACCIÓN Y DESVALOR DEL RESULTADO

Como hemos dicho, la comparación entre el hecho y el ordenamiento jurídico se hace sobre el hecho típico; la contradicción no ha de ser analizada examinando acción y norma ni resultado y norma, sino que es preciso comparar el hecho típico (esto es lo que cada tipo exige normativamente) de manera que, en unos casos, deberá tomarse en cuenta únicamente la acción, en otros el resultado y, por último, en otros casos ambas cuestiones: acción y resultado.⁶⁰

Por ello, la antijuridicidad no se agota en el ataque o amenaza de un bien jurídico. Debe, además, derivar de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de resultado).⁶¹

El desvalor de la acción se debe al peligro que para un bien jurídico, un espectador común puede observar en una acción antes de que se realice. Es por ello que el desvalor de la acción es intersubjetivo *ex ante*.⁶²

En nuestro sistema penal, el legislador confiere mayor o menor preponderancia a estos aspectos al momento de elaborar la norma. Sin embargo, se impone notablemente las normas que otorgan un desvalor a la acción, penándose con mayor frecuencia la simple desobediencia de la norma sin una real puesta en peligro de los bienes jurídicos (delitos de peligro abstracto), desconociéndose tanto el principio de *última ratio* como el de afectación de un bien jurídico.⁶³

59 GRAF ZU DOHNA, Alexander, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

60 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho Penal. Parte general*, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 281.

61 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, p. 304

62 MIR PUIG, Santiago, *DP. PG*, p. 171.

63 HURTADO POZO, José, *op. cit.*, I, p. 517.

III. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de justificación son disposiciones que prevén casos excepcionales en los que se puede violar la norma, excluyendo totalmente la posibilidad de cualquier consecuencia jurídica, no solo penal sino también civil, administrativa, etc.; y no solo respecto del autor, sino de aquéllos que no lo hubieran ayudado o inducido.⁶⁴ En suma, las causas de justificación prevén casos excepcionales; en consecuencia, y de manera excepcional, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.⁶⁵

Se discute en doctrina si las causas de justificación deben estar expresamente contempladas en la ley penal o puede recurrirse a causas de justificación en todo el ordenamiento jurídico. En el caso peruano, el Código Penal establece las causas de justificación en diversos incisos del art. 20°. Así, tenemos:

- a) Legítima defensa (art. 20°, inciso 3 CP);
- b) Estado de necesidad justificante (art. 20°, inciso 4 CP);
- c) Obrar por disposición de la ley (art. 20, inciso 8 CP);
- d) Obrar en cumplimiento de un deber (art. 20°, inciso 8 CP);
- e) Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20°, inciso 8 CP);
- f) Consentimiento (art. 20°, inciso 10 CP).

Todas estas causas responden a un mismo principio según el cual, en un conflicto entre dos bienes jurídicos, debe salvarse el preponderante para el Derecho Positivo. Esa preponderancia debe extraerse teniendo en cuenta el orden jerárquico de las leyes, mediante la interpretación coordinada de las reglas legales aplicables al caso. Todas las causas de justificación, reguladas en la Parte General y en la Parte Especial del Código Penal, tienen su fundamento en la protección del bien jurídico preponderante. Asimismo, en algunas circunstancias la conducta lesiva del bien jurídico no supera el juicio de antijuricidad, porque su propio titular ha dado el consentimiento para vulnerarlo.

a) Efectos de la justificación

Para Velásquez,⁶⁶ los efectos de las causas de justificación se extienden en razón del principio de unidad de lo antijurídico y exceden el ámbito penal. El

64 BACIGALUPO, Enrique, *DP. PG*, p. 340.

65 HURTADO POZO, José, *op. cit.*, p. 519.

66 VELÁSQUEZ, VELÁSQUEZ, Fernando, *DP. PG.*, p. 419.

efecto penal de las causas de justificación es la impunidad del hecho. Salvo el enriquecimiento sin causa, también excluyen la responsabilidad civil. Además:

- a) Contra una conducta justificada, no cabe legítima defensa;
- b) Si no recae una pena sobre el autor, tampoco recaerá sobre los partícipes ni instigadores;
- c) Sí es sancionable la autoría mediata de quien instrumentaliza a otro, que está justificado de actuar; y,
- d) No se aplicará ninguna pena o sanción a quien actúa justificadamente; por ello el juzgador se abstendrá de verificar la culpabilidad del agente.

B) *Elementos subjetivos de las causas de justificación*

Para justificar una conducta típica no basta que se presente objetivamente la situación justificante para el agente: éste debe conocer que su accionar está justificado, que su proceder está permitido.⁶⁷ Sin embargo, antiguamente el acto —por el solo hecho de la simple concurrencia de la causa de justificación— ya se consideraba conforme a Derecho, sin que el autor tuviera conciencia de ello.

En resumen, la no concurrencia de antijuridicidad implica que el agente actúe dentro del marco permisivo del ordenamiento (nivel objetivo), y con conciencia de que su comportamiento está justificado.⁶⁸

IV. LA LEGÍTIMA DEFENSA

Tanto la Constitución Política del Perú (en el art. 2º, inc. 23) como en el Código Penal (art. 20º, inc. 3) comprenden el acto justificante de la legítima defensa.

Una conducta típica no es antijurídica cuando fuese necesaria para neutralizar una agresión antijurídica y actual contra el autor o un tercero.⁶⁹ Para *Maurach* y *Zipf*:

“ La legítima defensa es el caso más unívoco y tangible de causal de justificación. Aquí se puede reconocer notoriamente al ilícito agresor frente al derecho defendido. Dado que la relación valorativa entre el Derecho y la ilicitud

67 VILLAVICENCIO, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal. PG.*, p. 240.

68 HURTADO POZO, José, *op. cit.*, p. 522.

69 STRATENWERTH, Günter, *DP. PG.*, p. 227.

legítima abiertamente la defensa, a diferencia de otros derechos que pueden ejercerse en situaciones de excepción (en especial, el estado de necesidad), básicamente la legítima defensa no depende de una ponderación de intereses en disputa, la defensa se determina según la peligrosidad e intensidad de la agresión y no de acuerdo al valor del bien atacado”.⁷⁰

En esa línea, el Código establece tres requisitos para que pueda configurarse la legítima defensa:

A) *Agresión ilegítima*

Una agresión consiste en una acción u omisión dolosa por parte de una persona natural. Para que exista una agresión no es necesario que se llegue a la consumación de una lesión,⁷¹ basta el intento idóneo de realizar dicha lesión, y no requiere estar basada en una intención de lesionar; es suficiente con que la conducta represente objetivamente una agresión inminente, sin importar si ello es querido o solo previsible por el agresor.⁷²

A.1. *Carácter ilícito de la agresión*

La ilegitimidad de la agresión implica que ésta sea antijurídica, pero esta antijuridicidad no debe ser puramente formal, sino material; es decir, debe darse una efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos defendibles, existiendo un riesgo inminente de ser lesionado. En buena cuenta, una agresión es antijurídica si representa un ilícito de conducta y hace temer la realización de un ilícito de resultado (en un interés accesible de legítima defensa).⁷³

A.2. *Actualidad de la agresión*

El Código Penal señala que la defensa se manifestará mediante el “impedir” o “repeler” la agresión, pudiendo ser ésta “inminente” (cuando el desarrollo del trámite es sobreviniente e inevitable) o “actual” (se da durante el desarrollo de la agresión, por lo que se entiende que esta última desaparece cuando el delito está consumado o agotado).

70 MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general. 1, Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible*, (trad. Jorge Bofill y Enrique Aimone Gibson), Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 437.

71 MIR PUIG, Santiago, *DP. PG*, p. 431

72 MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *op. Cit.*, p. 441.

73 MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *op. Cit.*, p. 443.

A.3. Bien jurídico protegido

La agresión puede recaer sobre un bien jurídico individual perteneciente a una persona natural o jurídica, pudiendo ser bienes jurídicos individuales, como bienes jurídicos de uso común.

Una pelea o riña mutuamente aceptada no da lugar a la legítima defensa, dado que el agente no está obligado a participar en dicha riña, siendo el mismo agente quien pone en riesgo su bien jurídico al aceptar hacerlo.

B) *La necesidad racional del medio empleado*

Otra de las exigencias del Código Penal para que configure una acción como de legítima defensa consiste en la “necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla”. Cuando se menciona “medio empleado”, el verdadero espíritu del artículo más que referirse al simple instrumento o arma con el cual se evita la agresión, tiene como idea central la agresión ilegítima en sí, es decir, la modalidad de defensa. La defensa es necesaria si la acción del agredido era menos dañosa en cuanto a aquellas que estaban a su disposición para rechazar la agresión en una situación concreta.

Se determina la necesidad de la acción considerando las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir la agresión antes de comenzar la defensa, y estableciendo si (el modo en que se ejerce) la defensa emprendida es la que causa menos daño: si bien no está obligado a correr riesgos innecesarios, tampoco debe incurrir en un medio desproporcionado (como matar) si es posible repeler la agresión con medios menos drásticos.

Sin embargo, para la determinación de los medios empleados se utiliza: la razonabilidad de la defensa, la cual se determina mediante el análisis de las situaciones y circunstancias concretas que concurren en el hecho; ya no se requiere, como antes lo indicaba la norma, el criterio de proporcionalidad en el medio empleado.

C) *Falta de provocación suficiente*

Para prevenir futuros abusos de este derecho, el Código Penal dispone que el agresor no haya actuado impulsado por una provocación suficiente por quien ejerce la defensa; por ello es importante determinar si el agente es responsable de la provocación. De darse el caso de una provocación fortuita, el agente no es responsable de ésta, salvo que la desidia o descuido sea lo bastante grave como para considerarlo como suficiente.

D) Elemento subjetivo de la defensa

Consiste en la exigencia de que el agente haya actuado con conocimiento de las circunstancias de la agresión ilegítima y con la voluntad de defenderse (*animus defendi*). En caso de que se desconozca la agresión y se actúe sin voluntad de defenderse, se estará fuera de las causas de justificación.

E) Legítima defensa de terceros

El mismo artículo del Código Penal precisa que está permitido que una persona salga en defensa de los bienes jurídicos de terceros ante una agresión ilegítima, sin necesidad alguna de obligación o deber de garante, y siempre y cuando concurren las mismas condiciones que en la legítima defensa propia.

V. ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

El presente supuesto consiste en un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente pueden conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no dan lugar a una legítima defensa, ni al ejercicio de un deber. Así, existe un interés preponderante, justificándose el sacrificio del otro bien jurídico, por lo que se excluye de esta forma la antijuridicidad.⁷⁴

En esa misma posición de preponderancia de un bien jurídico sobre otro se encuentra el fundamento justificante del estado de necesidad. La necesidad de la lesión, por sí misma, solo determina (bajo ciertas circunstancias) la exclusión de culpabilidad.

Para que se configure un estado de necesidad debe existir:

- a. Situación de peligro:* es el presupuesto del estado de necesidad. La situación de peligro debe ser real, actual, o inminente. El peligro deja de ser actual para ser permanente o continuo. Habrá peligro inminente cuando la afectación del bien jurídico aparezca como segura o muy probable.
- b. Acción necesaria:* la realización del acto típico debe ser el medio para evitar el peligro, no existiendo para ello un camino menos lesivo. El bien jurídico salvado debe ser mayor al que se sacrifica.

74 MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *op. cit.*, pp. 468 y ss.

A) *Presupuestos del estado de necesidad*

El estado de necesidad se presenta de dos formas distintas: ante una colisión de bienes y ante una colisión de deberes.

- a. *Colisión de bienes*: es también conocido como estado de necesidad justificante. Reúne las características de la justificación que surgen del principio del interés preponderante al colisionar dos bienes jurídicos de distinto valor y salvando al principal. Existe así: a) situación de necesidad, que nace del peligro inminente para un bien jurídico, salvándose por otro menos prioritario; y, b) acción necesaria. La decisión no depende de la relación jerárquica entre ambos bienes jurídicos, sino del merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social.⁷⁵
- b. *Colisión de deberes*: cuando el cumplimiento de uno de ellos implica el quebrantamiento de otro. Un sector de la doctrina señala que en la colisión de deberes de igual jerarquía, el cumplimiento de uno de ellos tiene efecto justificante, aunque al mismo tiempo se lesione otro, por el que el comportamiento es antijurídico. Otro sector considera que tal comportamiento excluye únicamente la culpabilidad.

B) *Elemento subjetivo*

El elemento subjetivo que requiere el estado de necesidad es el conocimiento de la situación de peligro y la voluntad de evitar el mal grave.

C) *Estado de necesidad imperfecto*

Se está ante este supuesto cuando se da una situación de peligro imaginaria, a la que deberá aplicarse las reglas del error de prohibición.

VI. OBRAR POR DISPOSICIÓN DE LA LEY EN EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO

El cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho es aquél que se realiza dentro de los límites legales y conforme al Derecho.⁷⁶ En tal sentido, se relaciona éste principio directamente con el art. II del T.P. del Código Penal (principio de legalidad), señalándose que “nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión ”

⁷⁵ STRATENWERTH, Günter, *DP. PG.*, pp. 245-251.

⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, p. 337.

La redacción del inc. 8 del art. 20 del CP comienza con la frase “el que obra por disposición de la ley”, lo cual nos remite a un sentido imperativo del cumplimiento de determinadas normas: se estatuyen deberes y derechos.⁷⁷

a) Cumplimiento de un deber

Cuando se hace mención al “cumplimiento de un deber”, se presupone una obligación de lesionar un bien jurídico, siempre y cuando se reúnan las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico. De esta manera se evita que se considere el cumplimiento de órdenes sin un límite: estará regulado tanto por la finalidad del deber como por la necesidad de realizar el acto típico.⁷⁸

B) El uso de la violencia por parte de la autoridad

La autoridad y/o sus agentes utilizan la violencia provocando lesiones o incluso la muerte siempre y cuando exista una necesidad racional para utilizar dicho medio, no habiendo a su alcance otro tipo de medida no violenta; eso sí, evitándose cualquier exceso.

C) Obediencia debida a un superior jerárquico

Existen situaciones en las que ciertas órdenes deben ser acatadas a pesar de que el agente conozca su carácter antijurídico. El que actúe dentro de los límites del cumplimiento lo hará justificadamente. Existen estos presupuestos que determinan la actuación del agente:⁷⁹

- a. Relación jerárquica cierta;
- b. Competencia del que da la orden para dictarla dentro de sus facultades;
- c. Competencia del subordinado para ejecutar el acto ordenado por el superior;
- d. Que la orden sea expresa y que aparezca revestida de las formalidades legales necesarias.

D) El ejercicio de un derecho

Debe tratarse de un derecho que entrega la facultad de hacer o dejar de hacer a una persona un determinado acto no prohibido,⁸⁰ sin incurrir en

77 HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. PG. I*, p. 571.

78 HURTADO POZO, José, *op. cit.*, P.573.

79 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, p.343.

80 BACIGALUPO, Enrique, *DP. PG*, p. 364.

un abuso del derecho. *Hurtado Pozo* señala que es indispensable determinar si el titular puede ejercerlo directamente o si requiere la intervención de una autoridad competente. Podemos mencionar algunas situaciones que ilustran el presente precepto:

Las vías de hecho: supone el ejercicio de un derecho al margen de la ley, fuera de las causas legales, por lo que se le considera como antijurídico. Que el Derecho conceda una potestad no significa que permita realizarlo de cualquier modo y a costa de lesionar bienes de otro.

Derecho de corrección de los hijos: El art. 423º del Código Civil señala que entre los derechos y deberes de los padres al momento de ejercer la patria potestad está el “corregir moderadamente a los hijos”. Al respecto *Mir Puig*⁸¹ señala que el concepto de moderación es relativo y se encuentra condicionado por las circunstancias culturales, del medio social y especialmente la edad del menor. Los límites de este derecho los impone la Constitución tanto en su art. 1º, que nos habla de la protección de la persona y del respeto a su dignidad; como en el art. 2º, inc. 28, que reprime toda violencia física o psíquica y tratos inhumanos o humillantes. Es inexorable que sin una finalidad educativa, no cabe exención de la antijuridicidad de ningún tipo.

E) *Ejercicio legítimo de un oficio o cargo*

La primera exigencia que se hace para configurar el presente precepto consiste en que el oficio o cargo estén reconocidos por el ordenamiento jurídico y que sean ejercidos según las formalidades y requerimientos establecidos (v.gr. que un abogado ejerza la profesión debidamente habilitado por el Colegio de Abogados).

Se insiste en que la eximente solo configurará cuando los actos profesionales de los que se traten realicen efectivamente el tipo. Se excluyen así las conductas cuya tipicidad pueda negarse por razones previas.

En cuanto a la actividad deportiva, se debe conocer que en determinados deportes de contacto como el fútbol, boxeo, artes marciales, etc., existen ocasiones en las que se producen lesiones jurídico-penales. Sin embargo, se presupone el consentimiento de la víctima, que asume este hecho como probable.

81 MIR PUIG, Santiago, *DP. PG.*, p. 485.

VII. EL CONSENTIMIENTO

El consentimiento es regulado en el inc. 10 del art. 20º del CP, eximiendo de responsabilidad penal a quien actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición. *Jescheck* configura el consentimiento como una causa de justificación, cuando explica que:

...la integridad corporal, la libertad de movimiento, el patrimonio, el honor, la esfera íntima se protegen ante todo con independencia de la voluntad del legitimado, en cuanto bienes vitales para la comunidad que hacen posible la libertad, la autodeterminación y la dignidad humana, y por lo que a menudo se garantizan incluso a nivel constitucional. Si el legitimado deja uno de tales bienes al acceso de un tercero, ello significa que, pese al consentimiento, este hecho sigue siendo significativo para el Derecho Penal y no le es indiferente de antemano. Por ello, la voluntad de aceptación del legitimado no se considera decisiva sin más, sino que se hace depender en su eficacia de ciertas condiciones llamadas a impedir que el titular del bien jurídico se perjudique a sí mismo sin advertir del todo los inconvenientes que implica la renuncia del bien jurídico.⁸²

Este consentimiento debe estar expresamente manifestado, de manera que no quede duda en contrario de que esa es la voluntad del titular.

Para configurarse el eximente del consentimiento, es necesario que se den determinados requisitos:

- a. Facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a una persona de disponer válidamente de determinados bienes jurídicos.⁸³

Nuestra legislación considera en el art. 725º del Código Civil que estos bienes deben formar parte de aquellos que la persona puede disponer libremente, estando fuera de la esfera de la legítima, que es la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos (art. 723º). Esta porción de libre disposición varía dependiendo de si tiene herederos forzosos o no, como hijos otros descendientes o cónyuge (pudiendo solo disponer de un tercio de sus bienes); en caso solo tenga padres u otros ascendientes podrá disponer de la mitad de sus bienes

82 JESCHECK, HANS-HEINRIC, Tratado de Derecho Penal. Parte general. (Trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Madrid: Comare, 1995, p. 516.

83 MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría general del delito, p. 345.

- libremente; y de darse la situación de que no concurra ninguno de los dos vínculos anteriores, la persona podrá disponer de la totalidad de sus bienes.
- b. Capacidad del titular de disponer de sus bienes; es decir, que la persona tenga capacidad de discernimiento para tomar decisiones.
 - c. Ausencia de vicios; caso contrario, cuando concurra cualquier vicio de la voluntad del titular (error, coacción, engaño, etc.) se invalida el consentimiento.
 - d. El consentimiento debe manifestarse antes de la comisión del hecho y ha de ser conocido por quien actúa a su amparo.

VIII. ERRORES EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Para *Stratenwerth*,⁸⁴ se incurre en error sobre una situación objetiva de justificación cuando estén dados los elementos objetivos de la justificación, pero no los subjetivos, lo que implica un caso de incongruencia de ambos lados de la exclusión del ilícito. También puede presentarse la constelación inversa: que solo estén dados los elementos subjetivos de la justificación, pero no los objetivos.

Las consecuencias de estas situaciones dependen de sí, en la situación concreta, la representación y la voluntad del agente fueran decisivas; en ese caso la conducta sería conforme a Derecho. Sin embargo, falta la situación fáctica justificante. Entonces se habla de *justificación putativa* o también de un *error sobre el tipo de permisivo*.

CASOS

79. Aníbal mató a José de un disparo en la cabeza. Aníbal era comerciante y temía ser objeto de un robo por parte de José, que había sido condenado varias veces por ese delito. Aníbal adujo que al estar frente a José había visto que éste, mientras se le acercaba, tenía entre sus manos un objeto “en forma de tubo”, y que temía que José le arrojase dicho objeto o lo golpeará con el mismo. Disparó con la intención de defenderse. En las investigaciones, la policía encontró una gata para automóviles debajo del cadáver de José.

a) ¿Aníbal actuó en legítima defensa?

La conducta de Aníbal no configura una legítima defensa; no es respuesta a una agresión de un bien jurídico, pues ésta no ocurre. Sin embargo, se

84 STRATENWERTH, Günter, DP. PG., p. 265.

podría hablar de una causal de exención de culpabilidad, por miedo insuperable.

b) ¿El medio empleado por Aníbal fue proporcional con la agresión o amenaza de agresión? ¿Era razonable que Aníbal utilizara un arma de fuego para responder a la agresión o para disuadir al agresor?

Partiendo, como se hizo, de la verificación de que no existieron causales de justificación y sí de exculpación, el análisis de los medios empleados pasa a segundo término, puesto que el miedo insuperable supone un momento de irracionalidad en el sujeto.

Sin embargo, para todo caso de eliminación de antijuricidad, se debe buscar que —aún cuando el medio a la mano sea muy dañoso (como el arma de fuego)— la respuesta al ataque sea lo menos grave posible. Así, si se arremete o amenaza con arma blanca, y se posee un revólver, éste debe ser usado, primero para desalentar la consumación del delito; y, de no lograrlo, herir de forma no grave, pero suficiente para evitar el delito. Claro que cada caso admite respuestas imprevistas, como la fugacidad del hecho, etc.

80. Ernesto caminaba por la Avenida 2 de Mayo en el centro de Lima, cuando se le acercaron tres sujetos muy delgados y fumando unos cigarrillos extraños; uno de ellos le pidió un sol. Ernesto observa que, ante su duda, uno de los tres sujetos mete la mano debajo de su polo como si ocultara algo; como Ernesto está seguro de que lo que oculta el sujeto es un cuchillo, decide adelantarse y —Preparado porque tiene que caminar siempre por las calles de Lima y a veces tarde—, saca una pistola y dispara, huyendo los sujetos del lugar. Luego de las pesquisas se conoce que los jóvenes que se le acercaron no tenían arma alguna entre sus pertenencias. Dos de los jóvenes quedaron mal heridos, por impacto de bala en el estómago y tórax. Uno de ellos falleció a causa de desangramiento.

a) ¿Es Ernesto responsable por las lesiones y muerte de los jóvenes? ¿La actitud de los sujetos constituye agresión ilegítima? ¿Fue el medio empleado proporcional a la agresión?

Si bien no hay una amenaza expresa, el solo hecho de presentarse en grupo (tres sujetos) y exigir dinero, por más que sea un sol, ya verifica una amenaza suficiente para poner en riesgo un bien jurídico. Sin embargo, no guarda proporción con la utilización del medio empleado, ya que si suponía que los delincuentes iban a sacar un cuchillo, teniendo él un revólver, debió amenazarlos o hasta reducirlos, antes de usar su arma y provocarles lesiones de esa magnitud.

El acto es antijurídico por no guardar proporción la amenaza del bien jurídico con el medio empleado.

b) ¿Hay provocación suficiente?

Sí hay provocación suficiente. Ya hay una amenaza al bien jurídico patrimonio y al de integridad física.

81. Un grupo de niños manifestantes por una causa ecológica fueron detenidos y fuertemente golpeados por policías. Posteriormente fueron subidos a un carro policial en cuyo interior los agentes arrojaron una bomba lacrimógena, para luego cerrar la puerta. Ante estos eventos, un grupo de ciudadanos, algunos de ellos padres de los niños —que vieron lo ocurrido— decidieron atacar a los policías rociándoles gasolina de uno de los vehículos de los ciudadanos y luego prendiéndoles fuego. Tres policías resultaron con quemaduras de tercer grado en diversas partes del cuerpo y uno falleció a causa de las heridas.

a) ¿Son estos ciudadanos responsables por la muerte y lesiones de los policías?

b) ¿El maltrato a los menores constituye agresión ilegítima? ¿La actuación de los policías se encontraba ajustada a la ley?

c) ¿El medio empleado fue proporcional?

82. Es domingo al mediodía y dentro de 2 horas empezará un partido entre Alianza Lima y Universitario de Deportes en el Estadio Nacional. Pedro y

Tomás son dos aficionados que caminan por La avenida Arequipa rumbo al estadio. En estas circunstancias grupos de hinchas de ambos equipos empiezan a enfrentarse, y justo en ese momento llega la policía. Se escuchan disparos por todos lados; en ese confuso incidente Tomás resulta herido por una bala perdida en el brazo. Al verlo sangrar, Pedro desesperado busca transporte para llevarlo al hospital pero solo encuentra el vehículo de Percy estacionado en una de las calles aledañas, por lo que abre la puerta del vehículo golpea al dueño y lo saca de ahí e introduce a Tomás, llevándolo al hospital a gran velocidad.

a) ¿Actuó Pedro en estado de necesidad justificante? ¿Cuáles serían los bienes jurídicos en disputa?

b) ¿La vida de Tomás estaba en peligro inminente?

c) ¿Las acciones de Pedro de golpear a Percy y quitarle su vehículo eran necesarias para resguardar la vida de Tomás?

83. Rafael es un andinista experimentado y se encuentra explorando las alturas de Cerro de Pasco, pero el mal tiempo lo sorprende y como no dispone del

equipo necesario para resguardarse del frío, decide irrumpir en una morada cercana.

- a) **¿Rafael comete el delito de violación de domicilio o su accionar se encuentra cubierto por un estado de necesidad justificante?**
- b) **¿Rafael creó el estado de peligro en el que se encuentra al no llevar el equipo necesario para el mal tiempo de Cerro de Pasco?**

84. Alberto Luna es el alcalde de La ciudad, y ha ordenado a los empleados de La municipalidad la demolición de un conocido centro de abastos que fue producto de una invasión a los terrenos del municipio; el terreno entró en litigio judicial y Alberto Luna obtuvo una sentencia favorable de desalojo del centro de abastos. En el acto de demolición, destruyen las paredes y casas construidas por los invasores, quienes ya se habían establecido como si el terreno fuera propio.

- a) **¿Es Alberto Luna responsable por los daños producidos a la propiedad privada?**
- b) **¿Quién era la autoridad competente para efectuar el desalojo?**
- c) **¿Actuó Alberto Luna en el ejercicio de un derecho?**

85. El Comandante Sandro dirige el operativo policial contra manifestantes agrarios en una comunidad al interior del país; se le ordena —a él y a su tropa— hacer uso de sus armas de fuego según sea necesario. Producto de los enfrentamientos entre La policía y los pobladores, resultan muertos 5 ciudadanos manifestantes y una transeúnte.

- a) **¿Es el Comandante Sandro responsable de homicidio?**
- b) **¿Actuó el Comandante y la tropa en cumplimiento de un deber?**

86. Federico es esposo de Mara. Ella está a punto de alumbrar a su hijo. Faltando pocas semanas para que ella de a luz, Federico se entera de que su madre está enferma y decide ir a la provincia donde ella se encuentra viviendo por unos días. Mara, molesta y desesperada, decide denunciarlo por abandono en estado de gestación (art. 150º del C. P.)

- a) **¿Existen los presupuestos para que en el presente caso se argumente un estado de necesidad? ¿Cuales serían?**
- b) **¿Cómo debería plantearse el caso para estar frente a un estado de necesidad imperfecto?**

87. Lidia sufre de cáncer terminal; la enfermedad ha hecho metástasis en su organismo y le queda poco tiempo de vida. Aunque está consciente, Vive sujeta a un respirador artificial. Ella ya no quiere sufrir más ni ver sufrir más

a sus padres; le pide a su hermana Carmen que en una oportunidad en que nadie pueda verla le desconecte el respirador por un momento para que pueda dormir para siempre, y luego lo conecte para que nadie se de cuenta. Carmen, al ver el gran sufrimiento de su hermana y de sus padres, acepta su petición y realiza el acto; pero cuando estaba reconectando el aparato entra una enfermera, ve lo que estaba haciendo y la denuncia.

- a) ¿Es la vida un bien jurídico de libre disposición? ¿Podía Lidia disponer de su vida?**
- b) ¿Podría pensarse que Lidia actuó bajo alguna influencia que vicie su voluntad?**

88. Pese a sus 14 años Ángel, es un niño muy problemático; sale de su casa hasta altas horas de la noche en el peligroso barrio donde vive y en ocasiones regresa oliendo a cigarro y a licor. Su padre está cansado de corregirlo verbalmente todos los días, por lo que un día colma su paciencia y le da algunas cachetadas y golpes leves. Ángel, muy molesto y resentido, lo denuncia ante la demuna por maltrato y lesiones leves.

- a) ¿Lo hecho por el padre de Ángel se encontraba justificado?**
- b) ¿Qué criterios tomaremos en cuenta para la moderación de la corrección de los hijos?**

89. El comandante del Ejército Sandro Marín Rivera, está preparando en secreto (con autorización del Gobierno) un escuadrón de aniquilamiento contra los últimos rezagos terroristas en nuestro país. Para ello ha convocado al sargento Antonio Valera y a otros, asignándoles como primera misión aniquilar a varios jefes terroristas en una parrillada en el centro de Lima.

- a) ¿La orden de su superior configura una causa de justificación? ¿Por qué?**
- b) De ser negativa su respuesta anterior, ¿qué presupuestos de su actuación como agente violaría?**

90. Cristian es un ebrio habitual. Harto de su situación, recurre a un centro de rehabilitación a buscar ayuda profesional. Los empleados le explican que de ingresar, él seguiría un estricto régimen que le impediría salir a la calle durante tres meses. Cristian acepta, pero después de una semana se harta del encierro y quiere salir. Los empleados se lo impiden señalando que fue su decisión. Cristian, amenaza con demandarlos por secuestro.

- a) ¿Podríamos señalar que los empleados incurren en el delito de secuestro? ¿Por qué?**
- b) ¿La actuación de los empleados del centro de rehabilitación está justificada?**

PARTE SEXTA

LA CULPABILIDAD

I. CONCEPTO

Una vez que nos encontramos ante un hecho típico y antijurídico, lo que queda por establecer es si ese hecho configura o no un delito; determinar si esa conducta es reprochable. Esto es, hacer un juicio de culpabilidad.

La culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta de una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de otra manera no lo hizo, por lo cual el juez lo declara merecedor de una pena. Es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable.

En buena cuenta, entonces, la culpabilidad es el fundamento para poder responsabilizar personalmente al autor por la acción típica y antijurídica que ha cometido e imponerle la pena estatal. Es, al mismo tiempo, un requisito de la punibilidad y un criterio para la determinación de la pena.

Son necesarias tanto la realización de los elementos objetivos del tipo como la comprobación de la antijuridicidad para la imposición de una pena al autor de tales hechos. Asimismo, la responsabilidad penal depende de que aquél haya obrado culpablemente; es decir, que el autor sea penalmente responsable de lo realizado.⁸⁵

Por ello se dice que la culpabilidad es la posibilidad de atribuir un hecho desvalorado a su autor. En la culpabilidad se examina si se puede atribuir a la persona el

85 BACIGALUPO, Enrique, *DP. PG*, p. 395.

hecho típico y antijurídico. Sus elementos son: la imputabilidad, el conocimiento del injusto y la exigibilidad de la conducta.

Entonces, el concepto de culpabilidad se basa en la existencia de la libertad de decisión del ser humano. Así, para *Michael Köhler* “la culpabilidad es la libre (auto) determinación a favor de una máxima antijurídica; es decir, a favor de la vulneración del Derecho ‘como Derecho’ a través de una forma en cierto modo típica”. El Tribunal Supremo Federal alemán ha sustentado que:

“La razón profunda del reproche de culpabilidad reside en el hecho de que la persona está dotada de facultad de autodeterminación ética libre y responsable, siendo por lo tanto capaz, tan pronto como haya alcanzado la madurez moral, de optar por el Derecho y en contra de lo que sea injusto, de orientar su comportamiento de acuerdo con las normas del deber ser jurídico y de evitar lo que esté prohibido por el Derecho”.

Una persona culpable es aquélla que se encuentra vinculada y que comprende los valores jurídicamente protegidos, pero que los ha desatendido y transgredido; no se trata, por tanto, de buscar en la culpabilidad una ética individual, sino una del hombre medio o ética colectiva, cuyos valores se protegen en los tipos penales.

La imputabilidad es la capacidad psíquica de una persona de comprender la anti-juridicidad de su conducta, y de no adecuar la misma a esa comprensión. La inimputabilidad es el estado de incapacidad para conocer el deber ordenado por la norma y la ineptitud de actuar, por cuenta propia, con arreglo a su mandato.

II. DISTINCIÓN ENTRE ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

Se hace esta división con el propósito de distinguir entre las causas de justificación (que excluyen la antijuridicidad) y las causas de exclusión de la culpabilidad, siendo esto, a decir de *Muñoz Conde*,⁸⁶ uno de los hallazgos más importantes del Derecho Penal:

- Actúa antijurídicamente quien sin estar autorizado realiza un tipo jurídico penal y de ese modo ataca un bien jurídico protegido.
- Actúa culpablemente quien comete un acto típico y antijurídico, pudiendo actuar de un modo distinto.

⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, p. 352.

Entonces, la diferencia entre falta de antijuridicidad y falta de culpabilidad consiste en que una conducta justificada es reconocida como legal por el legislador, está permitida y ha de ser soportada por todos. Mientras tanto, una conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida.

III. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

III.1. TEORÍA PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD

Esta teoría nació al amparo del concepto causal-naturalista de Von Liszt. Implica la existencia de una relación psicológica entre el hecho y su autor, analizándose tres diversos aspectos:

- a. Relación causal entre la voluntad de una persona y un suceso, como causación de un estado lesivo.
- b. Desaprobación de un hecho, por su carácter dañoso.
- c. La conciencia de la contrariedad al deber del autor.

De acuerdo con esta teoría, el injusto penal se define a partir del concepto de causalidad; la culpabilidad se concibe como una relación de causalidad psíquica: el nexa que explica el resultado como producto de la mente de un sujeto. El dolo y la culpa son dos clases o especies de culpabilidad y presuponen la imputabilidad del autor.

Esta teoría: 1) ha sido superada al tener problemas para explicar que la imprudencia se explique como relación psicológica, siendo que en la culpa inconsciente no existe ninguna relación psíquica entre autor y resultado; y, 2) se entiende que en ciertas causas de exculpación donde subsiste el dolo, hay ausencia de culpabilidad aún cuando perviva el dolo.

III.2. TEORÍA NORMATIVA

Reemplazó a la teoría psicológica, partiendo de la premisa según la cual aquél que actúa culpablemente pudo proceder de otra manera a la forma en que actuó. Ello supone que el agente ha decidido actuar violando su deber de acatar los mandatos del ordenamiento jurídico, por lo que el punto de referencia del juicio de culpabilidad lo constituye el comportamiento ilícito. Este “reproche” que se le hace al agente no concierne su carácter o manera de ser; se le reprocha por lo que voluntariamente pudo hacer.

Se plantea que tanto el dolo como la culpa no necesitan ser especies de la culpabilidad, y se les concebirá teniendo en cuenta las circunstancias relevantes que acompañen el hecho y la capacidad de imputación.

Se desarrolla bajo una ausencia de causas de exculpación, cuya presencia impediría la reprochabilidad de la voluntad defectuosa por inexigibilidad de adoptar una decisión conforme a Derecho.

III.3. CONCEPCIÓN FINALISTA

Bajo esta teoría, la culpabilidad deja cobijar la parte subjetiva del hecho, abandonándose todo contenido psicológico de la culpabilidad y convirtiendo la concepción normativa del causalismo en una “puramente normativa”. Para el finalismo, la culpabilidad consiste en aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico. La doctrina y la jurisprudencia nacional han acogido esta teoría. Ejemplo:

“La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, o sea del hecho típico, antijurídico, tiene las facultades psíquicas y físicas mínimas para comprender el carácter delictuoso de ese acto. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener madurez suficiente o por tener graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que éstos sean típicos y antijurídicos”.⁸⁷

IV. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad tiene determinados elementos específicos, sin cuya presencia no podrá formularse el juicio de atribución.⁸⁸ Entre estos tenemos:

Capacidad de comprender la ilicitud de sus actos o capacidad de culpabilidad. Bajo este presupuesto se fundamenta que la norma penal solo puede motivar al individuo cuando tenga la capacidad de comprender la ilicitud y de comportarse de acuerdo a ello.⁸⁹ Por esa razón se excluye a aquellos sujetos que carecen de capacidad para motivarse por razones diversas: edad, grave alteración de la conciencia, etc.

87 (Exp. N° 1400-95-Junín, en: CARO JOHN, José Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), *Diccionario de jurisprudencia penal*, p. 142.

88 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, p. 360.

89 BACIGALUPO, Enrique, *DP. PG*, p. 403.

Ya que la culpabilidad es un reproche personal que solo se puede hacer a las personas poseedoras de capacidad de elegir libremente sus actos conforme con el conocimiento que implican éstos, el Derecho los denomina imputables.

La imputabilidad es la capacidad de culpabilidad, y supone que el agente tenga las condiciones mínimas demandadas para ser culpable y la madurez (física y psíquica) suficiente.

Es imputable:

- Quien tiene facultad de comprender el carácter delictuoso del acto. La comprensión es un concepto que presupone conocimiento, pero excede del mismo; implica *introyección* y presupone también la propia vivencia como personal.
- Quien tiene capacidad de determinarse según esta comprensión.

El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, evaluando la conciencia potencial entre la antijuridicidad y el error de prohibición. Si el sujeto no sabe que su actuar está prohibido, no tiene por qué abstenerse de realizarlo, ya que tendría la plena seguridad de que es lícito.

Para la exigibilidad de un comportamiento distinto, el Derecho exige la realización de determinados comportamientos. Sin embargo, siempre estarán delimitados por un ámbito de exigencia concreto, pues el Derecho Penal no puede exigir comportamientos heroicos.

IV.1. LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD (Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, alteraciones de la percepción y minoría de edad.)

Causas de inimputabilidad son supuestos en los que el agente no tiene conciencia de la antijuridicidad, por lo cual no va a tener responsabilidad por el delito, puesto que éste requiere capacidad psíquica.

Sampedro Arrubia señala que: “La inimputabilidad es la incapacidad del sujeto para ser culpable, siendo determinante la falta de conocimiento de la ilicitud y/o la alteración de la voluntad, siempre y cuando ocurran en el sujeto al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito”.⁹⁰

90 SAMPEDRO ARRUBIA, Julio Andrés, *El problema de inimputabilidad por trastorno mental*, México: Jurídica Mexicana, p. 12.

La imputabilidad es el conjunto de condiciones subjetivas que debe reunir el perpetrador de un delito, suponiendo en él la capacidad de conocer y comprender dicha ilicitud para que sea factible colocar en sus manos las consecuencias de su acto. La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad.⁹¹

La inimputabilidad tiene dos elementos, uno intelectual y otro volitivo. El elemento intelectual consiste en la incapacidad de comprensión, que se sustenta en la incapacidad de juzgar y valorar. La conciencia del acto no implica necesariamente imputabilidad, porque puede ocurrir que una persona sabe que mata pero que no comprenda el significado de la actuación; tal es el caso del paranoico que mata a cualquiera que pasa por su lado identificándolo como su perseguidor. El segundo elemento es el volitivo, que se refiere a una deficiencia en la voluntad, que hace que el sujeto que conoce y comprende la ilicitud del acto no logre regular su conducta.⁹²

En el inciso 1 del art. 20º del Código Penal se señalan tres supuestos de inimputabilidad: a) La anomalía psíquica, b) La grave alteración de la conciencia; y, c) las alteraciones de la percepción.

La anomalía psíquica es el concepto más amplio de este inciso; es el término que reemplazó al anterior “enfermedad mental” del Código de 1924, al no tener esta última un significado unívoco en la psiquiatría. Se hace mención a las anomalías psíquicas cuando el agente sufre una perturbación, un trastorno psiquiátrico que no le permite comprender la ilicitud de sus actos.⁹³

La norma no incide en si esta alteración debe ser permanente o transitoria, y alcanza a ambos sexos.

Entre las patologías que comprende la anomalía psíquica encontraremos tanto las lesiones en un sentido estricto, como las perturbaciones de la conciencia, las diversas formas de oligofrenia y demás perturbaciones psíquicas graves (psicopatologías, neurosis, compulsiones).⁹⁴

91 CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales del Derecho Penal*, México: Jurídica Mexicana, 1959, p. 227.

92 REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Imputabilidad*, Bogotá: Temis, 1989, p. 42.

93 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis, *Código Penal anotado*, Lima: San Marcos, 1998, p. 182.

94 HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal*. PG. I, p. 629.

El siguiente supuesto, la grave alteración de la conciencia, importa una perturbación de la normal relación entre la conciencia del yo (la llamada autoconciencia) y la conciencia del mundo exterior,⁹⁵ circunstancias particulares perturban la reflexión impidiendo darse cuenta de lo que se hace en el momento en que se actúa.⁹⁶

El ámbito de aplicación de este supuesto se circunscribe a las perturbaciones no patológicas, sean de naturaleza fisiológica (v.gr. el agotamiento profundo o la somnolencia) o de naturaleza psicológica (v.gr. estados de semi-hipnotismo y gran intensidad de ciertas emociones).⁹⁷

En cuanto a la alteración de la percepción, se entiende que este precepto atiende a una afectación que sufre el agente de su percepción, lo que no le permite tener conciencia adecuada de la realidad mediante su propio entendimiento. Esto se da en razón de una situación de incomunicación con el entorno social que impide al sujeto conocer la realidad que le rodea y, por tanto, ser motivado por la norma.⁹⁸

Minoría de edad: el Código Penal dispone en el inciso 2 de su art. 20º que están exentos de responsabilidad penal los menores de 18 años. La razón de este supuesto de inimputabilidad se basa en el hecho de que el ser humano no adquiere conciencia ni responsabilidad total de sus actos desde que nace, y experimenta una evolución cronológica que lleva a determinar ciertos rasgos psicológicos, así como de su personalidad.

Sin embargo, el hecho de que no sea responsable penalmente no equivale a decir que se deje de aplicar determinadas medidas.

Actualmente es la Ley Nº 27337 (Código del Niño y del Adolescente) la que determina (en su art. 242º) qué medida de protección se puede imponer al menor que incurra en infracción penal: cuidado dentro del propio hogar, participación en programas oficiales, incorporación a una familia sustituta o internamiento en un establecimiento de protección especial. Así también se determina (en el art. 217º) qué tipo de medida de protección se aplicará a un adolescente: medidas socioeducativas de amonestación, prestación de

95 Bacigalupo, Enrique, *DP. PG*, p. 428.

96 PAVÓN Vasconcelos, Francisco, *Inimputabilidad e inimputabilidad*, México: Purrua S.A., 1993, p. 97.

97 STRATENWERTH, Günter, *DP. PG.*, p. 285.

98 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, p. 370.

servicios a la comunidad, libertad asistida e internación en un centro para su tratamiento.

V. EL ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO

Según la jurisprudencia en el Perú, el art. 15º del Código Penal peruano prevé este supuesto bajo las circunstancias de la comprensión cultural del agente de sus propios actos, que puede eximir de pena a aquéllos que violan la norma penal en virtud de su cultura o costumbres.⁹⁹

El peso del argumento para configurar este supuesto no está en la plenitud de capacidad del agente, sino en que su cultura y sus costumbres no le permiten percibir que no actúa conforme al ordenamiento jurídico, ya que no puede exigírsele comportarse conforme a reglas de conducta que le son ajenas, especialmente en un país tan pluricultural y variopinto como el nuestro.

VI. ACTIO LIBERA IN CAUSA

En este supuesto, el agente es el que de propia mano provoca el estado de exclusión o disminución de la capacidad de culpabilidad.¹⁰⁰ Se puede, al respecto, establecer dos supuestos:

- a. Se considera imputable a aquel sujeto que al momento de cometer un delito se encontraba en un estado de inimputabilidad, pero que antes de realizar la conducta típica todavía era imputable, ocurriendo que en ese momento provoca en sí mismo el estado de exclusión de la culpabilidad, siendo previsible para él que bajo dicho estado cometería un determinado delito, fundamentándose así su responsabilidad dolosa.
- b. En el segundo supuesto, el agente se pone en estado de incapacidad, pudiendo y debiendo saber que en ese estado no actúa con la prudencia debida, y que posiblemente tendrá que afrontar una situación para cuyo cumplimiento necesita todas sus facultades, por lo que solo podrá imputársele a título de imprudencia.

99 Sala penal Permanente R.N. Nº 1037- 2004-Amazonas, ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos / ROBLES BRICEÑO, Meri, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p.114.

100 STRATENWERTH, Günter, *DP. PG.*, p. 290.

VII. CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD

VII.1. EL ERROR DE PROHIBICIÓN

En su art. 14º, el Código Penal señala que “el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible atenuará la pena”. En tal

sentido, se configura el error de prohibición no solo cuando el agente cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho.

A) Clases de error de prohibición

Error de prohibición directo: se presenta cuando un autor desconoce que una norma prohíbe el acto, la cree derogada o la interpreta de tal modo que cree que su comportamiento está permitido.¹⁰¹ Para que ello configure un error de prohibición directo, el autor debe pensar que su actuar es lícito.

Error de prohibición indirecto: Conocido también como error de permisión, se da cuando el autor sabe que su comportamiento contraviene el ordenamiento jurídico, pero erróneamente supone que concurre una causa de justificación.

Error sobre las circunstancias objetivas de una causa de justificación: Como su nombre lo indica, esta clase de error se configura cuando el agente actúa creyendo erróneamente que está amparado por una causa de justificación.

Bajo este concepto, el mismo error se configura tanto cuando: a) el agente mata a alguien creyendo que es un animal, como cuando b) el agente mata a otro creyendo que es su agresor. En este último caso, los defensores de la teoría limitada de la culpabilidad señalan que si el error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación se debe a desidia o falta de atención, el agente debe ser reprimido según las reglas del error de tipo. Por otro lado, los llamados partidarios de la culpabilidad estricta señalan que en la misma situación, si el error es evitable, el agente podrá ver su pena atenuada conforme a las reglas de individualización de la pena.

101 HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal*. PG. I, p. 662.

Error de prohibición vencible e invencible: Como ya se ha mencionado, en el caso de un error de tipo invencible se excluye la responsabilidad; de no ser así y configurarse un error de prohibición vencible, la pena se atenuará. *Hurtado Pozo*¹⁰² señala que cuando el agente no tiene acceso al mandato de la norma, no conoce la ilicitud de su acto, por lo que no puede actuar culpablemente. Pero la decisión del reproche del comportamiento ilícito ejecutado se condiciona a las circunstancias que en su caso no le permiten tener conciencia de su prohibición, por ello la distinción de ambas categorías.

Por su parte *Muñoz Conde*,¹⁰³ citando a *Nieto María*, agrega que para determinar el grado de vencibilidad o invencibilidad del error, no habrá más remedio que recurrir a criterios basados en la vida anterior del autor (es decir, se evaluará tanto su conocimiento previo como su formación cultural), no implicando ello culpabilidad previa, sino siendo una forma de determinar hasta qué punto fue o no fue vencible su error.

B) *La no exigibilidad de otra conducta*

La motivación del cumplimiento de una norma abarca a todos los ciudadanos. Sin embargo, existen supuestos donde la responsabilidad se excluye, como cuando el sujeto no se encuentra en condiciones psíquicas normales, pero también cuando —a pesar de contar con la capacidad y el dominio de sus facultades— se encuentra en determinadas situaciones y circunstancias que regularán la exigibilidad o no de ciertos comportamientos.

Dentro de la culpabilidad debe comprobarse si el agente con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuridicidad de su hacer que realiza un hecho típico y antijurídico, se encontraba o no en una situación tan extrema que no fuera aconsejable, desde el punto de vista de los fines de la pena, la imposición de una sanción penal.

El ordenamiento jurídico marca los niveles de exigencia de los comportamientos (exigibilidad objetiva): más allá de esa exigibilidad, el ordenamiento jurídico no puede imponer el cumplimiento de sus mandatos.

Que una conducta no sea exigible no quiere decir que no sea antijurídica, y que no esté prohibida: lo único que se excluye es la responsabilidad penal del agente.

102 HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. PG. I*, p. 667.

103 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, p. 390.

VII.2. ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE: COLISIÓN DE BIENES DE IGUAL JERARQUÍA

Está contemplado en el inciso 5 del art. 20º del Código Penal que se relaciona con el estado de necesidad exculpante. En la colisión de bienes jurídicos de igual jerarquía importa únicamente “que el mal causado no sea mayor que el que se quiere evitar”.¹⁰⁴

Presupone una situación de peligro actual y no evitable de otro modo para la salvaguarda de la vida e integridad corporal de uno mismo, o de un tercero con el que se guarda estrecha vinculación. De ese modo, se entiende que dicho peligro no puede ser evitado mediante un acto conforme a Derecho, y que el ámbito de aplicación de esta eximente de la culpabilidad está restringido a ciertas personas que pueden ser protegidas (además del propio agente). Esta estrecha vinculación no refiere a un origen específico (podría ser familiar, amical, amoroso, etc.), por lo que su existencia debe ser comprobada en cada caso concreto.¹⁰⁵

VII.3. MIEDO INSUPERABLE

Está regulado por el inciso 2 del art. 20º del Código Penal, siendo que el agente expresará temor de sufrir un perjuicio, afectándolo emocionalmente, no dejándole una posibilidad de actuación distinta o impidiéndole o que tome decisión adecuada.

Un requisito objetivo de esta eximente es el carácter insuperable del miedo, no pudiendo el agente sobreponerse a su presión, teniendo que ser este miedo serio, real e inminente.¹⁰⁶

CASOS

91. Jorge Ramos Sufre de esquizofrenia paranoide acompañada en los últimos tiempos por delirios en los que viene a imaginar que es hijo de Dios y debe unir a Dios con el mundo cometiendo un grave pecado, como sería matar a un ser humano para salvar al mundo y salvarse él mismo. Un día, casi a las 8 de la noche, cuando se encontraba en la estación del tren, propinó un fortísimo empujón a Miriam, quien cayó a las vías del tren justo cuando éste

104 BACIGALUPO, Enrique, *DP. PG*, p. 365.

105 HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. PG. I*, pp. 614- 615.

106 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, p. 395.

pasaba y le cercenó una pierna. Jorge salió corriendo de la estación y fue a un hospital cercano, donde se dirigió al guardia de seguridad y le pidió que lo detuviera porque había arrojado a una muchacha a las vías del tren.

a) ¿Jorge es culpable de la grave lesión a Miriam, porque se dio cuenta posteriormente de su acción?

La esquizofrenia paranoide es una causal de inimputabilidad. Quién padece de ella pierde contacto con la realidad, para vivir en un mundo donde gobierna la fantasía. Si se comprueba que el individuo padecía realmente este mal, su conducta típica, antijurídica no es culpable, ya que no es responsable por sus actos. El tratamiento de acuerdo a su peligrosidad es una medida de seguridad.

El hecho de entregarse a la policía puede obedecer a sus delirios. El sujeto se entrega porque necesita ser castigado por su pecado, que tuvo que cometer para reconciliar a la humanidad con Dios, su padre.

92. Pedro, quien padece de trastornos obsesivo compulsivos con rasgos neuróticos, llegó a su casa ebrio; en el domicilio se encontraba su madre, quien con la intención de que no volviera a salir le quitó 50 soles que tenía en el bolsillo. Pedro reaccionó mal, empujó y abofeteó a su madre, y la golpeó diciendo que era una gran ladrona y que la tenía que matar. posteriormente fue a la cocina y tomó un cuchillo que pasó por el cuello de su madre y la hirió haciéndola sangrar. Realizados estos actos, Pedro arrancó los cables telefónicos y volvió a salir, dejando a su madre con una crisis nerviosa.

a) ¿Pedro es culpable a pesar de los trastornos que sufre?

A diferencia de los trastornos psicóticos, la neurosis no provoca arranques criminales. No se puede escudar en el padecimiento de una neurosis la violación y asesinato de un menor, por ejemplo.

Los trastornos obsesivo-compulsivos, como su nombre lo sugiere, consisten en la fijación en la mente del enfermo de ideas, ideas que pueden aparentar normalidad, pero que son llevadas hasta extremos irracionales; por ejemplo, la idea de tener las manos sucias, pese a no ser así. Estas ideas obsesivas generan en el individuo lo que se llama "angustia", angustia por complacer la obsesión. El único modo de complacer estas ideas obsesivas mediante la realización de ritos, en el ejemplo sería lavarse las manos. El trastorno es percibido con facilidad: el sujeto se lava y relava las manos y, cuando ya termina, tiene que volver a hacerlo porque siempre toca algo "contaminante". Los ritos pueden durar horas y acarrear consecuencias perjudiciales: trombosis en las piernas por el tiempo pasado de pie, autolesiones que ocasionen llagas en las manos, etc.

Una característica de la neurosis es que quien la padece no pierde contacto con la realidad y no tiene mellada la capacidad intelectual, sino solo durante la angustia obsesiva, y para estos efectos comprende que lo que hace está mal, pero debe hacerlo.

Estos sujetos no son inimputables porque tienen consciencia plena de sus actos. Su enfermedad va por otro sentido. Sin embargos, el índice de incidencia delictiva de ellos es bajo; la enfermedad frustra generalmente cualquier proyecto que se tracen, sea para bien o para mal.

Como se dijo, son pasibles de una sanción penal, pero la condena no debe descuidar su estado y debe ordenarse tratamiento especial (que no es igual a medida de seguridad).

En el caso que motiva estas líneas, debemos responder, por todo lo expuesto, que Pedro responde por sus actos.

93. Hollman padecía de tristeza permanente, insomnio y fatiga constante; a los trece años presenció el asesinato de su padre, también intentó ahorcarse siendo adolescente, además vio morir a varios de sus compañeros en el servicio militar. A pesar de esto, estaba felizmente casado y tenía dos hijos adolescentes. Había tenido muchas discusiones últimamente con Ana, su hija menor, y ya llevaba tres días sin poder dormir. Ese mismo día le dijeron que habían visto a ana salir de un hostel con un muchacho de mal vivir llamado Carlos. Lleno de ira fue a buscar a Carlos y le disparó, luego llevó el cuerpo en su camioneta a un lugar descampado y le echó gasolina para prenderle fuego; como el cuerpo del joven no se quemó completamente y ya amanecía, Hollman tiró el cuerpo a una letrina pública, lavó su camioneta y volvió a su casa. Después de ese evento, y ya detenido Hollman, no deja de percibir el olor a sangre a su alrededor, no puede dormir y ha intentado innumerables veces quitarse la vida.

- a) ¿Actuó Hollman bajo el supuesto de grave alteración de la conciencia?**
b) ¿Se puede considerar a la perturbación de Hollman de naturaleza psicológica o patológica? ¿Es imputable?

94. Jaime Alfaro había sido secuestrado, torturado y dejado sin alimentos por los menos dos días; en un descuido de sus secuestradores, pudo coger un cuchillo y consiguió huir. Lo primero que hizo fue dirigirse a su casa, caminando llegó por inercia a su hogar y usó sus propias llaves —que aún conservaba— para entrar en a casa. Cuando subió a su cuarto, ya emocionado de ver a su familia, encontró a su conviviente yaciendo con su primo Enrique; tomó aire y se dio fuerzas, luego fue directamente hacia su primo y cogiendo el cuchillo lo apuñaló 38 veces.

- a) **¿Jaime sufría de una grave alteración? ¿De qué tipo?**
- b) **¿Es inimputable?**

95. Paul Ama el vértigo de la velocidad; siempre que se pone delante del volante siente que la velocidad es lo suyo y que debe ser un corredor profesional; para poder hacerse notar en el círculo automovilístico de piques, práctica con un grupo de amigos en la Costa Verde a altas horas de la noche. En una ocasión en la que no estaba *picando*, pasó por La Costa Verde y sintió mucha adrenalina, por lo que aceleró su auto; mientras cruzaba por Barranco, muy cerca de un tico y a causa de una mala maniobra, choca contra éste haciéndole dar varias vueltas de campana. Fallecieron en este accidente el chofer del tico y dos trabajadores municipales que se encontraban en la zona de parqueo. Paul salió ileso.

- a) **¿Se podría decir que Paul es inimputable por sufrir de alteración en la percepción del riesgo?**

96. Ramón tiene 13 años y trabaja haciendo malabares y vendiendo caramelos en las inmediaciones de la avenida Salaverry. Su madre Carmen, siempre le reclama por dinero para los gastos de la casa; por este motivo Ramón regresa muy poco a su casa y prefiere dormir en la calle. Un día Ramón llega a casa y su madre le reclama dinero para el almuerzo; le dice que él tiene plata porque trabaja y ella no lo hace, además que tiene que cuidar a sus hermanos. Ramón, que ha llegado cansado y acababa de inhalar terocal con sus amigos, responde violentamente: coge varias piedras grandes y se las tira a su madre en la cara fracturándole la nariz y mandíbula, entre otras lesiones.

- a) **¿Qué grado de responsabilidad tiene Ramón frente a este delito por ser menor de edad?**

97. Esteban, que se encuentra de visita en una comunidad campesina de la sierra peruana, es sorprendido robando ganado de la comunidad y es detenido por cinco pobladores que lo llevan ante las autoridades del pueblo. Esteban es juzgado según las normas consuetudinarias de la comunidad; es condenado a recibir cincuenta azotes y a trabajar durante dos semanas en las tareas comunales del pueblo. Sin embargo, Raúl, hermano de Esteban, denuncia los hechos ante un puesto de La Policía Nacional fuera de la comunidad; entonces las autoridades de la comunidad son detenidas y acusadas de lesiones y secuestro en agravio de Esteban.

- a) **¿Se puede sostener que las autoridades de la comunidad obraron bajo un error de comprensión culturalmente condicionado?**

98. José va a la celebración del cumpleaños de su primo Miguel con Juana, su esposa; durante la fiesta José ve a Juana bailar con Miguel y celoso se dispone a beber más alcohol, piensa recriminar a Juana cuando lleguen a su casa. En anteriores ocasiones, José ha recriminado a Juana golpeándola y luego se ha reconciliado con ella, afirmando que su violencia era producto de su borrachera. José bebe alcohol al punto de casi no poder caminar, pero ve a Juana bailando nuevamente con Miguel e incluso le parece que se besan; enfurecido la jala de los cabellos y la lleva a su casa donde la golpea sin piedad, luego se queda dormido. Al despertar busca a Juana para que le sirva un café y para comentar lo animada que estuvo la fiesta; La encuentra inconsciente en un charco de sangre. La golpiza le había causado graves lesiones que la dejaron en estado de coma.

a) ¿Es José un inimputable?

b) ¿Será José culpable por haberse emborrachado por celos y, en ese estado, vengado de Juana?

c) ¿Será culpable directamente por las lesiones causadas a Juana a pesar de que no recuerda lo que sucedió?

99. Jessica está embarazada hace 6 meses; sin embargo, se siente deprimida porque Jorge, su pareja y padre de su hijo, la ha abandonado. Jessica ya no quiere tener al niño y toma una pastilla de *éxtasis*, con el propósito de sentir mayor fuerza y valentía para tirarse de las escaleras y perder al niño. Al haber tomado la pastilla de *éxtasis*, efectivamente Jessica se pone eufórica y valiente, y sintiendo que no dependerá más de sus padres ni de Jorge, piensa en su vida futura llena de diversiones sin un hijo que cuidar. Se lanza por las escaleras imaginando que está haciendo un salto hacia la libertad y despierta en el hospital con moretones, y le anuncian que ha perdido a su hijo.

a) ¿Se podría decir que Jessica no es culpable porque estaba bajo los efectos del *éxtasis*?

b) ¿Se podría decir que Jessica es culpable, y por tanto responsable de la muerte de su hijo?

100. Miguel, de veintiún años —miembro de una comunidad nativa de la selva peruana— viene a estudiar a Lima. Teniendo pocos días en Lima concurre a una fiesta donde conoce a Magda de 15 años y esa noche tiene relaciones sexuales con ella. Al día siguiente los padres de Magda, enterados de lo sucedido, denuncian a Miguel que es detenido y acusado de violación de menor de dieciocho años. En su defensa Miguel aduce desconocer la ley que prohíbe tener relaciones sexuales con una menor de dieciocho años e indica que en su comunidad nativa las mujeres tienen relaciones sexuales desde los trece años.

a) ¿Es atendible el argumento de Miguel de desconocer la norma que prohíbe las relaciones sexuales con menores de dieciocho años?

101. Leo y Patricia celebraron un contrato de arrendamiento mediante el cual el primero le arrendó a la segunda un local para establecer una panadería. *Al poco tiempo de inaugurarlo, Patricia cerró el negocio de panadería y se fue del lugar, dejando dentro del mismo los equipos y la materia prima existente. Además, omite pagar el respectivo monto por concepto de alquiler; ante esto leo, mediante notario, constata la existencia dentro del local de algunos bienes que retiró del local para luego reabrir el mismo, bajo su administración. Leo se quedó en poder de los mencionados artículos según recomendación del notario público que lo asistió durante el levantamiento del acta de inventario de bienes, siendo que dichos bienes no eran de él. Creía que estaba protegido por una causa de justificación que lo autorizaba a actuar como lo hizo, al creer erróneamente que le asistía un permiso de quedarse con el material mientras no le pagaran los montos por derecho de alquiler.*

a) ¿Puede considerarse la suposición de Leo como una causa de justificación?

b) ¿Cometió Leo el delito de usurpación?

102. Daniel, vendedor ambulante desde hace algunos años, decide formalizar su negocio y alquila un local en un centro comercial de Lima. Se entera por sus colegas de que es necesario tramitar una licencia de funcionamiento ante la municipalidad. Ahí le piden que llene una declaración jurada; como no tiene tiempo y no cumple con todos los requisitos, Daniel decide entregar la declaración jurada incompleta y con algunos datos falsos. Luego los funcionarios de la municipalidad detectan los datos falsos y denuncian a Daniel por delito de falsedad genérica. Daniel aduce que no sabía que era delito equivocarse en una declaración jurada y proporcionar datos falsos.

a) ¿Daniel obró en error de prohibición al no saber que llenar una declaración jurada con datos falsos era delito?

b) ¿Daniel toma las previsiones para superar la idea de que no cometía delito?

103. Carlos es ingeniero agrónomo y tiene un pequeño negocio agrícola; para pagar menos impuestos simula una situación para así poder acogerse a un beneficio tributario. Es denunciado por La SUNAT por la comisión de un delito de dicha índole. Sin embargo, Carlos aduce que antes de simular La situación consultó con su abogado y éste le dijo que existían casos en los que el Tribunal Fiscal había avalado situaciones semejantes a la suya y por eso procedió de tal manera.

a) ¿La opinión de su abogado y el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Fiscal hicieron que Carlos actuara bajo error de prohibición invencible?

104. Nelson y un grupo de compañeros de su colegio se encuentran en un avión rumbo a Arequipa, pero cuando el avión sobrevuela el océano pacífico surge un desperfecto y el avión se estrella en el mar. Nelson y algunos otros logran sobrevivir al impacto, pero luego de varias horas sin ayuda y cansados, los sobrevivientes tratan de aferrarse a pedazos flotantes del avión, siendo éstos insuficientes. Entonces Nelson, que es más corpulento, despoja a uno de sus compañeros del objeto en el que éste se sostenía y el sujeto muere ahogado a los pocos minutos.

a) ¿Nelson obró en estado de necesidad exculpante?

b) ¿Le era exigible esa conducta?

105. Los hermanos Miguel Angel y Salvador Latasa se dirigían en coche a un campo de tiro para participar en una competencia. Al llegar oyeron unas voces, y dieron marcha atrás al pensar que les llamaba algún conocido, pero se encontraron con José Antonio, que al parecer influenciado por el consumo de alcohol y estupefacientes, introdujo parte de su cuerpo por la ventanilla del coche de los hermanos Latasa y sustrajo las llaves de arranque del vehículo, sin que se diera cuenta el conductor. Al intentar marcharse, el conductor no pudo arrancar el coche, que se fue cuesta abajo. José Antonio abrió la puerta trasera y se apoderó del arma de Miguel Angel, quien al ver que le quitaban su pistola salió del coche e intentó recuperarla, de manera que se entabló un forcejeo.

Entonces, uno de los hermanos, Salvador, salió del vehículo y cogió su pistola, montando el cargador. Dirigiéndose a José Antonio, le gritó que se estuviera quieto, pero este le amenazó. Entonces, al sentir temor ante la posible agresión, Salvador efectuó unos disparos de advertencia al aire, utilizando la pistola con la que iba a participar en la competición, pero como el otro no cesó en su conducta, disparó a una distancia de entre 1,5 y 2 metros hacia el agresor.

De esta manera, José Antonio recibió dos disparos, uno de los cuales le lesionó el corazón y le causó la muerte. Su amigo José Ángel —que también se encontraba en el lugar de los hechos— se dirigió a los hermanos Latasa gritando que los iba a matar. Los hermanos hicieron varios disparos al aire como advertencia, pero al ver que José Ángel Sánchez se acercaba, dispararon contra él, causándole varias heridas.

a) ¿Se podría decir que ante la agresión de José Antonio a los hermanos Latasa se les nubló la mente y no tuvieron dominio de la voluntad?

PARTE SÉPTIMA

TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

I. ETAPAS DEL *ITER CRIMINIS* O ITINERARIO DEL DELITO

El delito se desarrolla por etapas que a veces no son muy fáciles de diferenciar. Tenemos así, el recurso de nulidad N° 4804-98-Huaura, que nos precisa que:

“En el proceso del delito, se destacan dos fases: la fase interna, que comprende la ideación, y la fase externa, que abarca los actos preparatorios, la tentativa, la consumación y el agotamiento del delito”.¹⁰⁷

A) *Ideación:*

Es el proceso mental del sujeto que termina con la toma de decisión de cometer el delito. Esta fase de ideación del delito, aun cuando sea comunicada a terceros, no es punible. Rige el aforismo de Ulpiano: “*Cogitationis poenam nemo patitur*” (el pensamiento no delinque).¹⁰⁸

Por ejemplo, en esta etapa se encuentra el hombre que, aprovechando la salida al cine de sus vecinos, decide robar las joyas que él sabe hay en la caja fuerte.

B) *Actos preparatorios:*

En esta etapa se reúnen los materiales que se necesitará para lograr los fines propuestos: el sujeto se prepara para el delito. Como regla general, estos

107 CARO JOHN, José Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), *Diccionario de jurisprudencia penal*, Lima: Grijley, 2007, pp. 351-352.

108 PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Grijley, 1997, p. 381.

actos aún no son penados; en tal sentido se pronuncia la Corte en su Recurso de Nulidad N° 4753-98-Lima:

“Los actos preparatorios vienen a ser la etapa del proceso en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar el fin que se propone, los que generalmente, también son atípicos y, por ende, impunes”.¹⁰⁹

Sin embargo, hay excepciones, como el caso de la conspiración (art. 349º), en que se sanciona el hecho de agruparse “para” cometer el delito.

El caso expuesto se da cuando el hombre consigue una pata de cabra para abrir la puerta, compra el veneno para matar al perro guardián, etc.

C) Ejecución:

El agente empieza a utilizar los medios previstos para lograr cometer su plan delictivo. Aquí es donde se presenta la tentativa. Estos actos son sancionados, salvo las excepciones que se puntualizarán.

En el ejemplo, el vecino mata al perro y fuerza la puerta para entrar a la casa.

D) Consumación:

Se verifica la realización completa de todos los elementos del tipo penal.

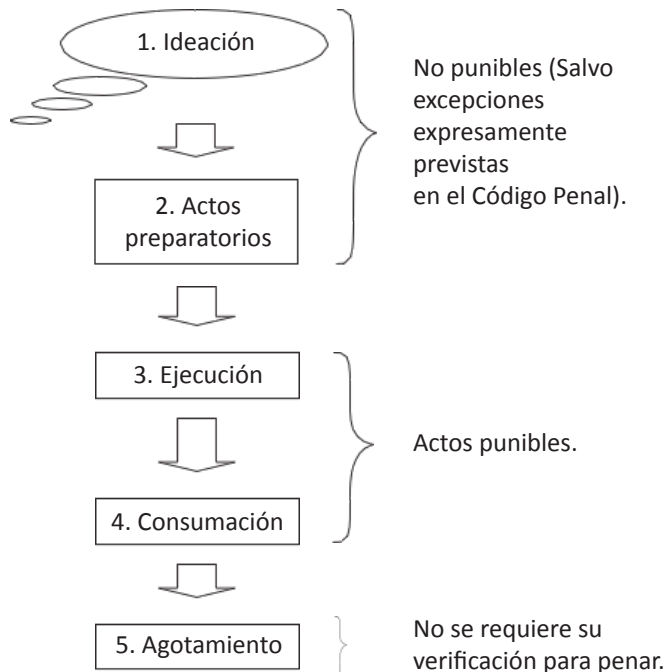
En nuestro caso, ocurre cuando el individuo se apodera de las joyas. Se cumplen los elementos del hurto (art. 185º CP), agravados por las circunstancias de haberse cometido el delito en casa habitada, durante la noche y mediante la rotura de obstáculos (art. 186º CP).

E) Agotamiento:

Se denomina de esta manera a la fase posterior a la consumación. El autor logra satisfacer fines específicos.

En el caso del vecino, ocurre cuando el agente vende las joyas y obtiene así el “provecho” del que habla la norma (art. 185º CP).

¹⁰⁹ CARO JOHN, Jose Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), *Diccionario de jurisprudencia penal*, Lima: Grijley, p. 352.



II. TENTATIVA

La tentativa se presenta cuando el agente empieza la fase ejecutiva del delito, sin consumarlo, ya sea por causas voluntarias o extrañas a él. Existe el delito en una menor intensidad.

Hay tentativa desde que se inicia la ejecución hasta que se consuma el delito.¹¹⁰ Al respecto nuestro Código Penal nos dice:

“Artículo 16º.- En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo (...)”

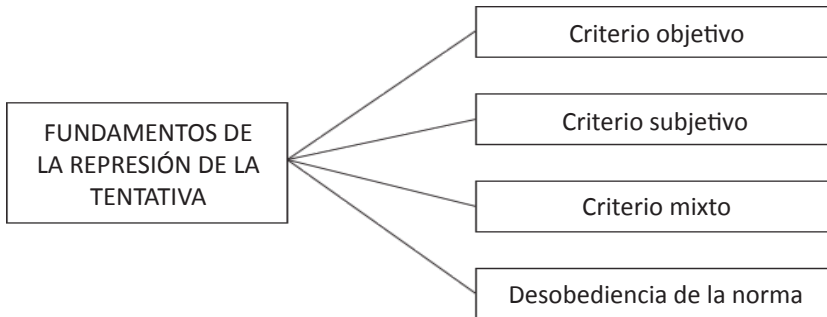
Asimismo, nuestros tribunales señalan que:

“La tentativa no solo comprende el comienzo de los actos ejecutivos, es decir la exteriorización de los actos tendientes a producir el resultado típico, sino

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, t. II, Lima: Ediciones Jurídicas, 1998, p. 763.

también requiere que el agente quiera los actos que objetivamente despliega, aún teniendo conocimiento de su peligrosidad, teniendo además la intención de proseguir en la ejecución de los actos necesarios para la consumación del delito”.¹¹¹

II.1. FUNDAMENTOS DE LA REPRESIÓN DE LA TENTATIVA



A) *Criterio objetivo:*

Se castiga la tentativa porque la conducta delictiva lesiona, o por lo menos pone en peligro un bien jurídico.

B) *Criterio subjetivo:*

Lo determinante para sancionar la tentativa es la voluntad criminal. No importa que los actos realmente pongan o no en riesgo los bienes jurídicos, sino la manifiesta voluntad de quebrantar el ordenamiento jurídico.¹¹²

C) *Criterio mixto:*

Este criterio, también llamado “de la impresión”,¹¹³ considera que como base de la represión debe estar la voluntad, pero debe concretarse en la realidad.

D) *Desobediencia a la norma:*

Tesis postulada por el funcionalismo. Se sanciona la tentativa porque manifiesta una deliberada desobediencia de la norma.

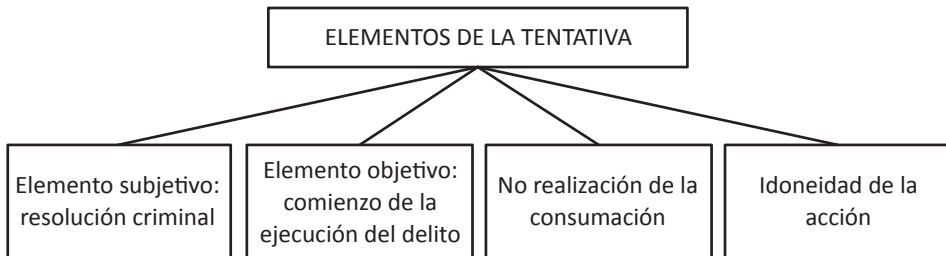
111 R.N. Nº 1065-2000-Arequipa, en: CARO JOHN, José Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), *Diccionario de jurisprudencia penal*, p. 641.

112 WESSELS, Johannes, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 173.

113 HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, p. 804.

II.2. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA

En nuestro medio, diversas sentencias nos señalan que: “Penalmente, la tentativa se da cuando el sujeto da inicio a la ejecución de la acción típica mediante hechos directos, pero faltan uno o más para la consumación del delito, exigiéndose la concurrencia de tres requisitos: resolución criminal, comienzo de la ejecución y falta de consumación (elemento negativo)”.¹¹⁴



A) Elemento subjetivo: Resolución criminal

El agente debe haberse decidido a cometer el delito y consumarlo. Este elemento subjetivo es similar al dolo del delito consumado.¹¹⁵

Esta resolución debe comprender exigencias especiales del tipo. De tal forma que, para hablar de tentativa de delito de hurto, no basta con que el agente quiera apoderarse del bien, sino que lo haga para “obtener provecho”.

B) Elemento objetivo: Comienzo de la ejecución del delito

Respecto al comienzo de la ejecución del delito, se han elaborado algunas teorías que obedecen a determinados criterios. En este sentido, se dice que empezó la ejecución del delito cuando el agente realiza alguno de los actos descritos en el tipo penal (criterio formal objetivo). También se postula que existe un “principio de ejecución en todos los momentos de actividad que, en virtud de su necesaria conexión con la acción típica, aparecen como partes integrantes de ellas, según la concepción natural” (Frank),¹¹⁶

114 Exp. Nº 889-98-P/APL-Camaná, en: CARO JOHN, José Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), *Diccionario de jurisprudencia penal*, p. 641.

115 WESSELS, Johannes, *Derecho Penal. Parte general*, p. 174. Del mismo modo Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal: Parte general*, T. II, Lima: Ediciones Jurídica, 1998, p.

116 Cfr. HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, p. 813.

comprendiendo así actos no descritos expresamente en el verbo rector (criterio material objetivo). Hay teorías que no atienden al acto mismo, sino a lo que éste significa para su autor (criterio subjetivo). Finalmente, se ha intentado recuperar la importancia de los actos, pero partiendo de la voluntad del autor, admitiéndose la tentativa solo con la realización de un acto destinado a la comisión delictual (criterios mixtos).¹¹⁷

El texto del art. 16º del Código Penal está notoriamente influenciado por criterios mixtos. En este sentido, se debe considerar comenzada la ejecución del delito con los primeros actos destinados a su consumación, verificándose siempre la decisión del agente, es decir que éste quiera realizar el delito.

C) *No realización de la consumación*

La tentativa exige que la conducta no complete los elementos del tipo penal. La referencia doctrinal para considerar no realizado el delito es la ausencia de consumación, no la de agotamiento.

Este elemento se puede verificar por desistimiento del imputado o por causas totalmente ajenas a él.

En este punto es importante anotar que hay un grupo de delitos que no admiten tentativa. Nos referimos a los delitos de mera actividad y los de peligro, donde la tentativa y la consumación se identifican.¹¹⁸

D) *Idoneidad de la acción*

La realización de un delito puede resultar imposible por razón de la naturaleza del objeto sobre el cual recae o por la absoluta impropiedad del medio empleado para cometerlo. Es lo que se ha venido a denominar “delito imposible”.

En vista de que no hay una concreta lesión o puesta en peligro de bien jurídico alguno, en observancia del principio de lesividad, estas conductas, no obstante ser consideradas como tentativas, son impunes (art. 17º CP).

De este modo, quien guarde dinero cuya procedencia esté convencido es

117 A esta teoría se adhieren WOLFGANG SCHÖNKE, Hans-Heinrich JESCHECK, Thomas WEIGEND, entre otros. Por todos ver: HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, p. 815.

118 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico: Parte general*, 1era ed., pról. Jesús-María Silva Sánchez, Lima: ARA Editores, 2003, p. 735.

de una defraudación al Estado, no consuma ningún delito (de receptación, art. 194º CP) si en realidad ese dinero proviene de actividades lícitas.

II.3. CLASES DE TENTATIVA

A) *Tentativa acabada:*

Se da cuando el agente realiza todos los actos que considera necesarios para la consumación del delito. En tal sentido se pronuncia nuestro tribunal:

“La tentativa acabada, llamada también delito frustrado, tentativa perfecta, agotada o delito fallido, comprende el caso de quien conforme a su plan personal ha realizado todos los actos necesarios para que se consume el delito, faltando solamente a partir de ese momento la producción del resultado; nuestro Código pasa por alto la tesis del delito frustrado y tanto la tentativa acabada e inacabada, la trata como una sola mera tentativa, la cual según nuestro ordenamiento jurídico es penada según su gravedad y la afectación del bien jurídico protegido por la ley penal y en relación con la voluntad del autor”.¹¹⁹

Es el caso de quien, en venganza por el robo sufrido en su hogar, busca al ladrón, su vecino, y lo hiere mortalmente, huyendo luego de dispararle tres tiros en el pecho. El agente nunca vio morir efectivamente al otro sujeto, y éste se salva gracias a la intervención oportuna de la policía. Se cometió un homicidio en grado de tentativa (art. 106º CP).

B) *Tentativa inacabada*

En la tentativa inacabada, el agente no termina de realizar los actos que considera necesarios para consumir su delito.

Verbigracia, el funcionario público que no acude a la cita acordada donde se encontraría con representantes de una empresa interesada en concertar con él los resultados de unas licitaciones públicas que tiene bajo su cargo. El autor se arrepiente y no llega a concertar, verbo rector del delito de colusión desleal (art. 384º CP.), pese a haberse comprometido a asistir para negociar.

119 R.N. Nº 733-2004-Ucayali, en: CARO JOHN, José Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), *Diccionario de jurisprudencia penal*, p. 643.

C) *Abandono de la ejecución por desistimiento voluntario*

El agente no continúa realizando las conductas tendientes a concretar el delito: “Se desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito” (art. 18º CP).

No importa cuáles sean las motivaciones que tenga, basta que por propia voluntad no consume el delito que se había dispuesto perpetrar. Puede que sienta un repentino miedo de ser atrapado, que le sobrevenga un sentimiento irrefrenable de culpa, o cualquier causa interna de voluntad que lo determine a renunciar a su cometido. No debe tratarse, en ningún caso, de una tentativa fracasada. Es decir, tal como lo señalan nuestros magistrados: “los dos requisitos de la misma [son]: Evitación de la consumación y voluntariedad del desistimiento”.¹²⁰

El desistimiento voluntario debe ser definitivo; no debe ser solo una pausa en el *iter criminis*, condicionada por eventos temporales. Sin embargo, si el agente declina de su intento delictivo, pero vuelve a intentarlo días después, se entiende que hubo desistimiento voluntario de la primera acción, que no involucra las subsiguientes.

No hay abandono voluntario cuando el agente se desiste de violar a su víctima menor de edad debido a los fuertes gritos de la niña, que podían ser oídos por los vecinos.

D) *Impedir la producción del resultado*

Ocurre el denominado “arrepentimiento activo” y se presenta en los casos de tentativas acabadas. El agente ya realizó todo lo que consideró necesario para consumir su delito, pero se interpone en la producción del resultado y lo evita.

La redacción del art. 18º del CP, exige que no se materialice la lesión del bien jurídico contra el que atenta el delito. En cambio, el art. 96º del código derogado ponía de relieve la conducta del agente, a la letra decía: “Hubiese actuado de mutuo propio para impedir la producción del resultado”.

De cualquier forma, puede impedirse la realización del resultado directamente o por intermedio de terceros. Por ejemplo, el que transmite información secreta de defensa del país a un Estado extranjero (cometiendo

120 R.N. Nº 2132-2004-Cañete, en: CARO JOHN, José Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), *Diccionario de jurisprudencia penal*, p. 185.

espionaje, art. 331º CP.); pero, arrepentido, gestiona con la empresa postal y un familiar en el país de destino para que su mensaje no sea recibido por el contacto originario y sea incinerado en el acto.

Hay que anotar que solo se puede abandonar la ejecución de un delito o impedir la producción de sus resultados cuando el autor estima que el delito es posible.

E) Tentativa del sujeto en delitos con pluralidad de agentes

Reza el art. 19º del Código Penal: “Si varios agentes participan en el hecho, no es punible la tentativa de aquél que voluntariamente impidiera el resultado, ni la de aquél que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación”.

Esto nos coloca en dos supuestos. Primero, estamos ante una tentativa acabada, pese a la cual uno de los agentes impide el resultado lesivo, similarmente a los casos de impedimento de resultado del delito cometido por un solo agente.

El segundo supuesto nos coloca frente a una variedad de posibilidades: un agente que busca no continuar con la ejecución del delito (tentativa inacabada), o impedir su consumación (tentativa acabada), pudiendo lograr su cometido o, pese a los esfuerzos desplegados, no lograrlo, debido a la conducta de los demás agentes.

Un buen ejemplo lo encontramos en la escena de la película “Caracortada”, donde Tony Montana impide que se active la bomba colocada en el automóvil del político boliviano porque había niños adentro, lo que no estaba en los planes. Intentó disuadir a quien tenía la función de hacer detonar los explosivos, pero al ver en él la voluntad de proseguir con el delito, lo mató, evitando la realización de los homicidios (uno con dolo directo y los demás con dolo de consecuencias necesarias).¹²¹

La situación del cómplice de un delito en grado de tentativa es distinta a la del sujeto que intentó ayudar en el delito, pero no pudo hacerlo. Es el caso de quien, según el acuerdo previo, debía llegar con el automóvil al banco

¹²¹ Hasta aquí sirve como ejemplo a nuestros propósitos. El análisis de la responsabilidad por la muerte del especialista en bombas no viene al caso, aunque bien se puede decir que encuentra causas justificantes.

para la fuga; pero, no recordando bien las calles de la ciudad, no está a la hora indicada, ante lo cual los demás deciden hurtar un carro y salir a toda marcha, porque la policía ya está muy cerca. Debe recordarse que no hay tentativa de complicidad, ni de instigación. Las conductas coincidentes con éstas son impunes.

F) Tentativa fracasada

Se da cuando el autor no logra consumar su delito por encontrarse con circunstancias que lo llevan a la convicción de que no podrá terminar con éxito la empresa iniciada. El reproche penal a esta figura es el del art. 16º, y el juez disminuirá prudencialmente la pena. No corresponde la impunidad del art. 18º, porque no es un desistimiento.

Hablamos de tentativa fracasada propia cuando el autor no insiste en la perpetración del delito, pues ha llegado a convencerse que aunque siga intentándolo, no logrará su objetivo. En cambio, cuando pese a su primer intento fallido, aún cree conseguir su meta con perseverancia o utilizando otros medios, y así lo hiciere, estamos ante lo que la doctrina denomina tentativa fracasada impropia.¹²²

Vemos tentativa fracasada en el proceder del joven que en la central de un banco indebidamente intenta ingresar a la base de datos del mismo (espionaje electrónico, art. 207º-A). Si el muchacho se rinde ante la imposibilidad de lograr su cometido por desconocer las contraseñas requeridas, estaremos ante una tentativa fracasada propia. Empero, si encontrándose esta dificultad, decide apoyarse en programas especiales de Internet, accediendo así en ulteriores intentos, se da la tentativa fracasada impropia.

G) Tentativa inidónea

La idoneidad del medio empleado y del objeto sobre el que recae la acción criminal son elementos constitutivos de la tentativa. Sin embargo, la doctrina se refiere a una tentativa inidónea cuando se utilizan medios inapropiados para conseguir los resultados del delito, o cuando el objeto que soporta la acción no puede sufrir el delito (típico caso del “homicidio” de persona muerta).

122 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Bogotá: Temis, 2001, p. 191.

Se trata de errores en los medios o en los objetos que, no comprometiéndolo la integridad del bien jurídico específico, por lo general no son sancionables. Tal es el caso de que: “No son punibles las maniobras ginecológicas practicadas con fines abortivos a una mujer que al momento de los hechos no se encontraba en estado de gestación”.¹²³

El legislador nacional ha preferido optar por considerar estas acciones como tentativas, pero mantenerlas impunes (art. 17º CP), notándose de esta manera la influencia alemana y del subjetivismo en materia de tentativa. Sin embargo, en la legislación comparada, hay países que siguen al positivismo italiano, como Argentina, Cuba o Uruguay, en los que se sanciona la tentativa inidónea considerando la peligrosidad demostrada.¹²⁴

H) *Tentativa irreal o supersticiosa*

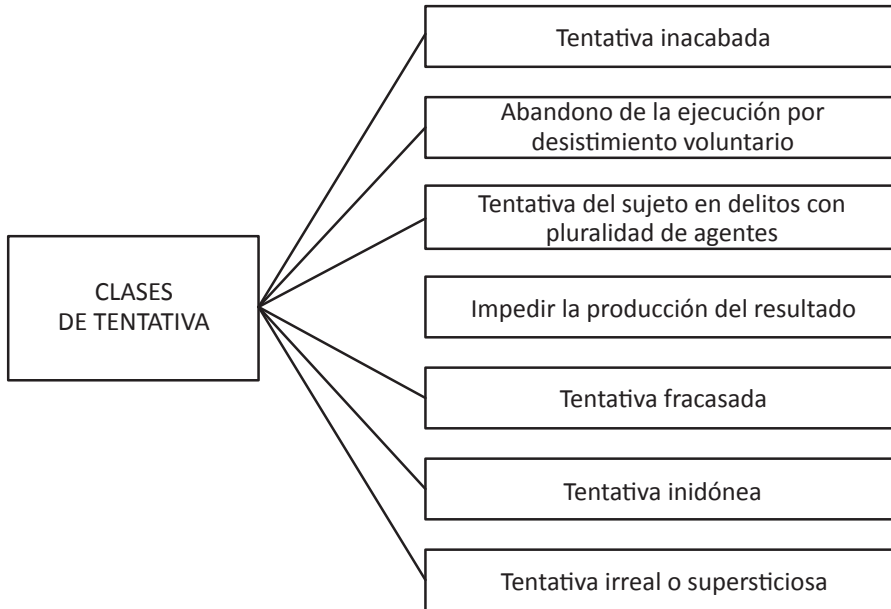
En verdad, estamos ante una tentativa inidónea. La tentativa irreal se presenta cuando el sujeto pretende cometer un delito recurriendo a métodos totalmente inapropiados relacionados con creencias mágico-religiosas.

Es el caso de quien recurre a la brujería con el fin de matar a un hombre mediante la utilización de conjuros. A los días éste cae gravemente enfermo, pero se recupera luego de un largo tratamiento.

Desde ningún punto de vista es perseguible la tentativa supersticiosa. La teoría de los bienes jurídicos no encuentra siquiera puesta en peligro alguno en estos actos; no verificando una adecuación de las conductas con los eventuales resultados, no existe nexo causal. La postura funcionalista tampoco la admite por no configurarse una real desobediencia a la norma; además, dejando de sancionarlos no se defrauda la confianza de la comunidad en la vigencia del ordenamiento.

123 Exp. Nº 818-90, CARO JOHN, José Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), *Diccionario de jurisprudencia penal*, p. 645.

124 Vea. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, pp. 194 y 195.



III. CONSUMACIÓN

III.1. DEFINICIÓN

La consumación es la etapa del *iter criminis* en la que se verifica la realización de todos los elementos del tipo penal. De igual manera se pronuncia el juez en la sentencia N° 1182-97-Lima:

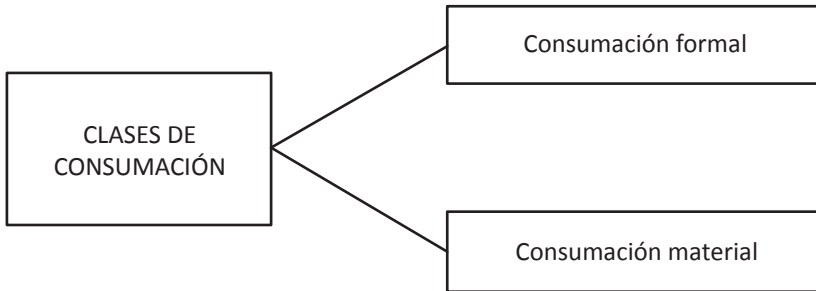
“El momento de la comisión del delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del resultado que se produzca”.¹²⁵

Es el factor que permite ordenar la estructura del proceso delictivo. Junto con la tentativa, son de primera relevancia penal y pasibles de sanción; contrariamente a la ideación y los actos preparatorios, que no son punibles.

¹²⁵ CARO JOHN, José Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), *Diccionario de jurisprudencia penal*, p. 123.

III.2. CLASIFICACIÓN

Se suele distinguir la consumación en dos vertientes: la formal y la material.



A) *Consumación formal:*

La consumación formal (o legal) coincide con la plena realización de todos los elementos del tipo penal. No exigiéndose la satisfacción de ningún elemento adicional.

El ejemplo más ilustrativo es el delito de hurto (art. 185º). No se requiere verificar si el agente logra obtener el provecho buscado (pero sí que ésta sea su motivación delictiva); basta con que se apodere del bien.

Las veces que el Código Penal se refiera a la “consumación”, debe entenderse que hace referencia a los de este tipo, no a los de consumación material. De este modo, cuando el art. 16º define la tentativa, diciendo que se configura solo si el agente “comienza la ejecución de un delito (...), **sin consumarlo**”, exige que con el comienzo de la ejecución del delito todavía no se hayan realizado todos los elementos del tipo penal, siendo indiferente si logra agotarse o no.

Es el caso del muchacho, empleado de la Caja Municipal, que se apodera de unas joyas que le habían sido entregadas para que las administre, todo para regalárselas a su muy hermosa novia. Se cumple con todos los elementos del tipo de apropiación ilícita (art. 190º CP.).

B) *Consumación material:*

La consumación material (terminación o agotamiento del delito) es una etapa posterior a la consumación propiamente dicha (o consumación formal).

En esta fase, el autor no solo realiza con su conducta todos los elementos del tipo, sino que, además, logra conseguir los fines que perseguía con la

comisión del delito. Aún, estando fuera del tipo legal, mantiene la unidad de acción.¹²⁶

En el caso del empleado de la Caja Municipal, la consumación material se verifica cuando le entrega las joyas a su novia, en medio de serenatas, por su cumpleaños. El elemento del tipo de apropiación ilícita “en provecho propio o ajeno”, que estaba en la motivación del autor, se materializa con sus conductas posteriores al apoderamiento: agota el delito.

El agotamiento no es relevante a efectos de configurar el delito. Sin embargo, sí puede tener importancia para efectos de admitir o rechazar circunstancias agravantes, para definir la participación, el concurso o la prescripción.

III.3. LA CONSUMACIÓN EN LOS DIVERSOS TIPOS DE DELITOS

A) *La consumación en los delitos de resultado*

En estos delitos, la consumación coincide con la lesión efectiva del bien jurídico. Por ejemplo, el funcionario público que acepta dinero para realizar un acto al que estaba obligado en razón de su función, consume el delito en el momento en que acepta este donativo, porque en ese momento se lesiona el bien jurídico “correcta administración pública”.

B) *La consumación en los delitos de peligro*

Para estos delitos, el legislador ha decidido adelantar la consumación a un momento anterior a la vulneración efectiva de bienes jurídicos.¹²⁷

Sucede esto en los muy frecuentes casos de madres que abandonan a sus hijos recién nacidos en basurales, colocando en serio riesgo la vida de los neonatos (abandono de menor de edad en peligro, art. 125º CP.). Aún cuando el solo hecho de dejar al bebé en esos lugares no lesiona directamente los bienes jurídicos vida e integridad física, el peligro patente que corre y su inminente vulneración fueron determinantes para justificar una sanción penal, digámoslo así, anticipada.

¹²⁶ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico: Parte general*, p. 739.

¹²⁷ MUÑOZ CONDE habla de una “consumación anticipada”, Vid. *Teoría general del delito*, pp. 180 y

C) La consumación en los delitos continuados

Basta con la realización parcial del resultado para considerarse consumado un delito continuado. No se necesita verificar otros elementos extratípicos. Consideraciones contrarias descuidarían la conexión que se tiene con la tipicidad de la conducta.

Una empleada bancaria fue descubierta sustrayendo sistemáticamente dinero de la caja del banco. La cantidad de lo hurtado era mínima en cada ocasión; sin embargo, al momento de su captura ya se había apoderado de cientos de miles de nuevos soles. Sería absurdo, en este caso, condicionar la consumación del delito continuado a que haya terminado de ejecutar su plan de llegar a cierta cantidad de dinero, condenándola por varias conductas que, por la cuantía, no se subsumirían siquiera en los tipos de hurto, sino como faltas. El delito continuado se consumó, pese a su descubrimiento, y se le debería sancionar por todo el dinero sustraído, en todo el tiempo que le tomó recaudarlo, como si se tratase de una misma acción criminal.

D) La consumación en los delitos permanentes

No hay mayores inconvenientes en cuanto a la determinación de la consumación en los delitos permanentes. Éstos se consuman desde que se cumple con los elementos del tipo penal, pero esta consumación legal puede prolongarse durante algún tiempo.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de la República, a propósito del delito de secuestro: “La consumación en el delito de secuestro, se produce cuando el sujeto pasivo queda privado de su voluntad para movilizarse, ya sea mediante violencia, amenaza o engaño, requiriendo necesariamente el dolo o el conocimiento y la voluntad de impedir el ejercicio de la voluntad ambulatoria, sin que mediara para ello motivo de justificación o propósito; además **la conducta delictiva continúa mientras dura la privación de la libertad, puesto que se trata de un delito permanente**”.¹²⁸ (el resaltado es nuestro).

E) La consumación en los delitos instantáneos

Los delitos instantáneos son los que no requieren de un resultado material, puesto que la sola conducta consuma el delito, no siendo indispensable

¹²⁸ Ej. Supr., recaída sobre el Exp. N° 1330-99-Lima, 17 may. 1999. Trujillo: Editorial Normas Legales, T. 284, enero 2000, p. A-29.

que el autor siga realizando la conducta o efectúe otras. Por ejemplo, el delito de cohecho activo (art. 398º) no requiere que el agente, en efecto, llegue a entregar el donativo ofrecido al funcionario para que se configure.

CASOS

38. Un hombre quiere matar a su hijo de 5 meses abriéndole las arterias. Dado que se siente incapaz de atentar contra su hijo sin narcotizarlo antes, concibe el plan de suministrarle morfina. Se la suministra, pero queda impedido para realizar lo otro.

a) ¿Se configura el delito de parricidio en grado de tentativa?

De hecho, el *iter criminis* ha comenzado, siendo la narcotización del niño parte del plan delictivo; se puede estar hablando de tentativa, porque no se llegó a consumir el homicidio.

b) De ser el caso, ¿qué tipo de tentativa es?

Estamos ante el caso de una tentativa inacabada: el agente no terminó de realizar todos los actos que hubiera considerado necesarios para consumir la muerte de su hijo.

39. Aprovechando la oscuridad de la noche, “Los malditos de Independencia” colocan piedras en la carretera para asaltar a quienes pasen por allí. Rafael se encuentra conduciendo por ese lugar y se percata de la trampa, por lo que decide acelerar y pasar los obstáculos a toda velocidad. En vista de ello, los delincuentes cogen sus armas y saltan a la pista, pero Rafael no se detiene, aún cuando ve que uno de ellos se atraviesa en el camino. Como resultado, el carro de Rafael resulta con las lunas rotas y la suspensión malograda. Él sintió haber atropellado a uno de ellos (que muere en el acto), pero nunca regresa para ver su estado; solo espera que haya sobrevivido.

a) ¿Es un caso de tentativa acabada o inacabada? ¿Por qué?

b) ¿Se puede decir que Rafael consumió el delito de homicidio simple?

c) En el supuesto de que, por obras en la misma avenida muchas cuadras más abajo, cosa no advertida por los asaltantes, ningún automóvil pase por su trampa, ¿sería el caso de una tentativa inidónea?

40. La señora Dorotea, mujer de Juan Simeón, un acaudalado comerciante, decide enviudar pronto para ser su única heredera. Para eso acude a un “chamán”, experto en “amarres” y “conocedor de las más eficaces artes de la hechicería negra”. Este sujeto le entrega una pócima mágica, que ella deberá verter en

su sopa. Dorotea hace lo indicado. Su marido enferma repentinamente y se encuentra muy delicado en el sanatorio, a causa de envenenamiento. Mientras la policía sospecha de otro comerciante, competidor de él en el rubro, la señora regresa al brujo, quien le celebra unos ritos “maleros”. Al mismo tiempo, Juan Simeón recae gravemente, entrando en un coma profundo, del que no saldría más, pero no muere.

- a) **¿Hubo comienzo de la ejecución del delito o el hecho quedó en meros actos preparatorios?**
- b) **En vista de que el hombre sigue vivo, no se puede hablar de un delito de homicidio consumado. Sin embargo, ¿estamos ante un caso de tentativa? De no ser así, ¿qué es lo que tenemos?**
- c) **Si se considera tentativa, ¿se trata de una tentativa supersticiosa? Si no es así, ¿qué tipo de tentativa es?**

41. Tulio, goleador histórico del club aleación Lima, suele celebrar sus victorias en una conocida discoteca del distrito de La Victoria, siempre acompañado por las bailarinas del espectáculo popular televisivo y colegas deportistas.

Tulio no es tan negligente, y en todas estas ocasiones lleva a su chofer para que lo conduzca de vuelta a su casa (o a la concentración, dependiendo del momento). Sin embargo, el día de ayer tuvo una fuerte discusión con él y lo despidió cuando iban de regreso a su casa, ellos y siete amigos más, todos muy ebrios. En medio de la vía expresa, Tulio se sentó al volante e intentó hacer arrancar el automóvil, pero este no arrancó. Es que, si bien la embriaguez de Tulio era extrema, el carro solo encendía sus motores de un modo especial, que únicamente lo conocían el chofer y su mecánico. No obstante, insistió sin éxito por media hora, hasta que fue descubierto por la policía.

- a) **¿Puede hablarse de tentativa?**
- b) **¿Se puede hablar de tentativa acabada en delitos de mera actividad?**
- c) **Si el policía, al percatarse de que se trataba de una figura pública, llamaba a un periodista de escándalos de la farándula con el fin de cobrar el premio que se ofrece por estos datos y termina el diálogo con ellos convencido de cobrar la suma, pero no es tomado en serio, por considerarlo una “falsa alarma”, ¿incurriría en tentativa de difamación?**

42. Pablo es un hombre relativamente joven; solo tiene 38 años, es muy apacible, pero sufre de síndrome de Parkinson. Pese a ello, un mal día, mientras untaba su pan de mantequilla, tuvo una fuerte discusión con Joseph, su hijo de veinte años, quien estaba muy rebelde por esos días. Esta discusión fue nunca antes vista en el hogar, llegándose a calificativos inusuales entre ambos. Joseph

estaba dejando a su padre con la palabra en la boca y se disponía a irse “para nunca volver”. Las manos de Pablo le temblaban más que nunca, pero, en su desesperación e ira, le arrojó el cuchillo de mesa, que se fue a incrustar en el pecho de su hijo. Joseph nunca pudo soportar ver su propia sangre. Si bien la herida causada no comprometía ningún órgano vital, ocasionó una ligera emanación de sangre y, al verla, el muchacho sufrió una baja de presión repentina y empezó a vomitar. Joseph entró en shock y fue ahogándose con su propio vómito hasta morir. Pablo se pasmó ante la escena y fue incapaz de ayudarlo.

- a) **Teniendo en cuenta la improbabilidad de que Pablo acertara un blanco a más de diez metros de distancia (como lo estaba su hijo), ¿podemos hablar de inidoneidad en los medios?**
- b) **¿Se trata de un delito de lesiones seguidas de muerte, homicidio en grado de tentativa o de ninguno de los dos?**
- c) **¿Podemos atribuirle a Pablo más de uno de los siguientes delitos: lesiones, homicidio y omisión de socorro?**

43. Evaristo tiene fotos comprometedoras de Susana con su amante en plenas relaciones íntimas. Decide chantajearla con mostrárselas a su marido y publicarlas por internet. Entonces, se consigue su número telefónico y su rutina diaria. La llama, pero no se percató de que el “aló...” que escuchó es lo único que por error grabó Susana en su contestadora automática; entonces se apresura a decirle las cosas que tiene, cuánto pide por no publicarlas y dónde, y cuándo se efectuaría el pago, todo en los términos más soeces que pudo. Para incrementar la amenaza, cree que sería ideal no dejarla contestar a los requerimientos, por lo que apenas acabó de hablar colgó el teléfono.

El tiro le salió por la culata, Susana tiene una avería en su línea telefónica y no puede escuchar los mensajes recibidos. Además, la mujer de Evaristo encuentra las fotos y, como no conoce a Susana, piensa que él está viendo pornografía, motivo por el cual las quemó en el acto.

- a) **¿Comenzaron los actos ejecutivos del delito o todo quedó en grado de preparación?**
- b) **Evaristo aún no sabe del destino de las fotos y cree haber intimidado lo suficiente a Susana como para que acceda a su pedido. O sea, el autor considera haber realizado los suficientes actos como para consumar su delito de extorsión, ¿estamos ante una tentativa acabada?**
- c) **¿Se consumó el chantaje?**
- d) **¿Es el caso de una tentativa inidónea?**

44. Fulgencio (después de contarle a Jaime su intención de robar la tesorería de la universidad): “Amigo, te conozco muy poco, pero sé que tienes grandes habilidades ¡Créeme que es posible, y sería muy fácil dar el golpe! pero voy a tener un problema en desactivar el sistema... Si tan solo tú me apoyaras en esto, sería capaz hasta de reconocerte con el 60% de lo conseguido! pero no sé si proponértelo, no sé si aceptarías el desafío”.

Jaime (luego de escuchar muy atentamente): “Es un negocio muy provocador, y veo que todo lo tienes bien armado, no tiene pierde... ¡Arriba las manos! (saca un arma y apunta a Fulgencio con ella, mientras le enseña una placa de policía) soy capitán pnp, no se mueva...” (a La escena ingresan más agentes de civil. Era una redada).

- a) Obviamente el delito no se consumó. No obstante, ¿se interrumpe el *iter criminis* en etapa de ideación, de actos preparatorios o de tentativa?**
- b) De acuerdo a lo contestado en la pregunta anterior, si es tentativa, ¿de qué tipo es?**
45. Ricardo, administrador de una empresa, ofrece informes falsos sobre la situación financiera a los accionistas en un reporte a la junta general. Sin embargo, en la misma reunión admite la verdad: La empresa se encuentra al borde de la bancarrota.
- a) La conducta de Ricardo se subsume en uno de los tipos de fraude en la administración de personas jurídicas. Pero, ¿puede afirmarse que hubo un desistimiento voluntario?**
- b) ¿En verdad, se trataría de unos actos que buscan impedir el resultado lesivo?**
- c) ¿Se consumó el delito de ofrecimiento de datos falsos relativos a la situación económica de la empresa (art. 198º. 2 CP.)?**
46. Rafael se apodera ilícitamente de dinero público, que estaba bajo su custodia, con el fin de darle una sorpresa a su muy querida novia Erika. Entrando a la joyería donde se disponía a gastar los trescientos mil dólares sustraídos, es capturado por la policía.
- a) Considerando que el tipo de peculado expresamente dice “el que se apropia o utiliza” “para sí o para otro” y que Rafael no llegó a destinar el dinero “para Erika”, ¿el delito se consumó?**
- b) Tomando en cuenta las notas de la pregunta anterior, ¿hubo agotamiento del delito?**
47. Rochita, reconocida bruja del medio, presagia la muerte de “un artista de la farándula, portador del VIH, antes de fin de año”. El único que responde a esas características es Néstor.

Llegando a diciembre, la salud de Néstor está mejor que nunca. Pero se entera que que Rochita viene reuniéndose con más brujos para hacer que, mediante conjuros, él muera antes del 31. Esto angustia tanto a Néstor (que es muy supersticioso) que le ocasiona una severa crisis nerviosa. Un buen día fue a la comisaría a sentar una denuncia porque “estaban atentando” contra su vida. Sin embargo, no le hicieron caso por considerar absurda la denuncia, y así se lo hicieron saber. Néstor permanecía meditabundo frente a estos sucesos; por momentos se mostraba alejado de la realidad. Saliendo de la comisaría, no se dio cuenta siquiera de que se encontraba cruzando la avenida y es embestido por un camión trailer, muriendo en el acto.

- a) ¿Se puede decir que hubo una tentativa supersticiosa? De ser afirmativa la respuesta, ¿sería punible dicha tentativa?**
- b) ¿Hubo consumación de algún delito?**

PARTE OCTAVA

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

I. AUTORÍA

I.1. EL CONCEPTO DE AUTOR

En este punto pasaremos a examinar las formas de participación del sujeto activo respecto al hecho delictivo. En sentido lato, autor es quien realiza el hecho y del que se puede afirmar que es suyo.¹²⁹

La noción de autor se cobija en el art. 23° de nuestro Código Penal, esbozando una idea general de la autoría con la expresión “el que realiza por sí”, queriendo de este modo individualizar al sujeto sobre quien recaerá el título de la imputación.¹³⁰

De tal afirmación resulta que el autor debe obrar con dominio en la realización del hecho, lo cual supone una acción típica y antijurídica como mínimo; la sola realización de los elementos objetivos y subjetivos de la descripción típica fundamenta únicamente el título de “sujeto activo”. En sentido parecido, los presupuestos generales que solventan la participación, pueden extraerse de los numerales 24° y 25° del mismo cuerpo normativo.

Empero, cabe precisar que el concepto de autor y el de sujeto activo del delito no son conceptos estrictamente equiparables. Así, la noción de autor

129 MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte general, 7ª ed., Barcelona: Editorial Reppertor, 2005, p. 365.

130 PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de Derecho Penal. Parte especial I. De acuerdo al nuevo Código Penal, Vol. I, Lima: Ediciones Jurídicas, 1992, p. 85.

contiene la responsabilidad criminal por el hecho cometido, en tanto que el sujeto activo es exclusivamente la persona que realiza la conducta típica; persona, que como anota el profesor *Quintero Olivares*, puede ser o no ser catalogada como autor en el sentido indicado.¹³¹

Desde esta perspectiva, al no existir un concepto específico de autor, serán las descripciones de los hechos punibles de los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal los que ayudarán a dilucidar, caso por caso, cuándo es que nos encontramos ante la presencia del autor en cada uno de ellos, teniendo como baremo para la diferenciación de los sujetos partícipes, en sentido estricto, las diferentes teorías que abordan su diferenciación, trataremos más adelante.

Sin embargo, podemos definir en forma preliminar al autor, según el maestro *Jiménez de Asúa*, como aquella persona que ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito *in species*, imputándosele por esas consideraciones un hecho delictivo como suyo, con dominio final sobre su acontecer.¹³²

Entonces, en el caso de los delitos dolosos es autor solamente aquél que mediante una conducción consciente del fin del acontecer causal logra dirigir el resultado típico, convirtiéndose en el *señor* sobre la realización del tipo.¹³³

A) *Concepto restrictivo de autor*

Contrariamente, la posición que contempla distinciones entre autores y partícipes considerará que la teoría de la autoría y participación tiene como finalidad diferenciar, en el nivel de la tipicidad, diferentes formas de participación de más de una persona en un hecho punible, lo cual trae como contrapartida diversas consecuencias jurídicas, dado que algunas son más punibles que otras.¹³⁴

Nuestro sistema sigue un concepto restringido de autor, contrario a lo que postula el concepto unitario del mismo (para el que todo el que interviene

131 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Los delitos especiales y la teoría de la participación, Barcelona: Cymis, 1974, p. 526.

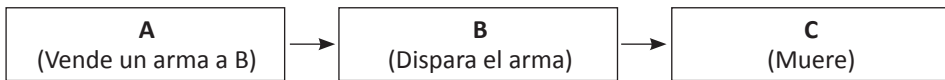
132 JIMENEZ DE ASÚA, Luis, Los principios del Derecho Penal. La ley y el delito, Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1990, p. 501.

133 Peña Cabrera, Raúl, Tratado de Derecho Penal. Estudio pragmático de la parte general, 3ª ed., Lima: 1999, p. 329. Cit. a Welzel.

134 Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal. Parte general, Lima: Ara Editores 2004, p. 460.

en el delito es autor), distinguiendo, según su intervención en el delito, entre autores y cómplices. En consecuencia, siguiendo el concepto restrictivo de autor, la realización del tipo penal será diferente a la aportación de una causa del hecho delictivo, siendo resultante de ello que no toda persona que aporta una causa al resultado delictivo realiza el tipo.

Así, por ejemplo, tenemos que sí:



¿Quién comete el tipo penal: **B** o **A**? **B**, porque es quien mata a otro, aunque la acción de **A** haya aportado al resultado delictivo.

II. TEORÍAS QUE DISTINGUEN ENTRE AUTOR Y PARTÍCIPE

Tal como lo referimos anteriormente, existen diferentes opiniones a la hora de precisar el criterio que debe decidir cuándo concurre una contribución de autor y cuándo una de partícipe, distinguiéndose tres de ellas:

II.1. TEORÍA OBJETIVO FORMAL

Para los que propugnan esta teoría, lo decisivo es la realización de la conducta de todos y cada uno de los actos ejecutivos previstos literalmente en el tipo penal.¹³⁵ Así, por ejemplo, se consideraría autor a quien se apropia ilícitamente de un bien que tiene bajo su cuidado, o a aquél que le dispara con un arma a la víctima causando su muerte.

Empero, dicha teoría resulta limitada en los delitos de medios determinados, pues confunde nuevamente la causación con la realización del tipo, tal como es el caso de la persona que presta su arma para realizar un crimen pero no dispara, o en el caso de la autoría mediata (el autor mediato no realiza la acción típica, sino que lo hace a través de un instrumento).

¹³⁵ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte general, p. 370.

II.2. TEORÍA OBJETIVO MATERIAL

Esta teoría intenta evitar los defectos de la teoría objetivo formal, yendo más allá de la descripción típica, al basarse en un criterio material, que es la importancia objetiva de la contribución. En consecuencia, considera como autor a quien tuvo la contribución más importante en el hecho delictivo.¹³⁶

Así, en el ejemplo anterior será autor quien realiza el disparo a la víctima, pues es la contribución más importante y determinante del resultado. Sin embargo, esta teoría también está sujeta a críticas, puesto que resulta cuestionable abordar la contribución más importante en aquellos casos en que concurre autoría mediata.

II.3. LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Por dominio del hecho debe entenderse la voluntad y poder de disposición sobre el curso del suceso típico. Este requisito, a pesar de basarse en el dolo, es de naturaleza objetiva: lo decisivo no es la simple voluntad del dominio del hecho, sino el voluntario moldeado del hecho. De acuerdo con esta teoría se puede calificar como autor a la persona que sabe el qué, cómo y cuándo se va a realizar el delito; contribuye objetivamente al hecho (dominio funcional del hecho); y, en el caso en que intervengan varias personas, es quien haya acordado previamente la realización del hecho delictivo (plan delictivo).

Constituye la teoría dominante y es la que debe aplicar el operador actual. Tiene su origen en lo expuesto por *Welzel* en el ámbito de la Teoría Finalista, dando lugar al concepto final de autor, siendo *Roxin* quien la desarrolla con mayor profundidad.¹³⁷

Es común clasificar a esta teoría como objetivo material, pues la realización del tipo está basada en un criterio material y carece de criterios formales, siendo ese elemento material el control del suceso típico por parte del autor.¹³⁸ Por lo tanto, será autor quien tiene el dominio del hecho; esto es, aquél que consciente y dolosamente controla el curso del hecho (quien tiene señorío). En igual sentido se pronuncia la Corte Suprema; un ejemplo de ello es el R.N. Nº 23-2004- Lambayeque, al establecer que:

136 MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 371.

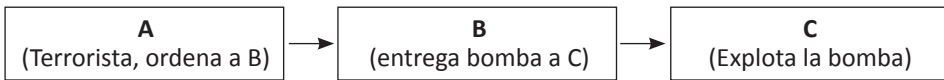
137 HURTADO POZO, José, Manual de Derecho Penal. Parte general, p. 860-861.

138 HURTADO POZO, José, Op. Cit., p. 859-861.

“En la teoría del dominio del hecho, que sirve para determinar la diferenciación entre autores y partícipes, el criterio diferenciador sería justamente del dominio del hecho. Autor, según esta teoría, sería el que tenga el dominio del hecho, aquél que pueda decidir los aspectos esenciales de la ejecución [...], por lo que somos de la opinión que respecto al antes citado procesado, se ha dado la coautoría ejecutiva directa, que surge cuando los autores realizan los actos ejecutivos, ya que el procesado tuvo dominio respecto de hacer, continuar o impedir el hecho, la posibilidad de dar al suceso el giro decisivo, el poder sobre el hecho”.¹³⁹

En esta línea se pueden distinguir dos elementos: uno **subjetivo** (que consiste en la orientación del dominio del hecho) y otro **objetivo** (que consiste en la posibilidad real de cortar el curso causal del hecho).

Ejemplo: El caso del terrorista



A ordena a **B** que entregue a **C** una bomba, para que éste a su vez la explote. **A** sería considerado autor, pues podría en cualquier momento cortar el curso causal del hecho.

Por consiguiente, el dominio del hecho se expresa de tres maneras, que se manifiestan en las clases de autor:

- a) Dominio de la acción (cuando el autor realiza él mismo la acción típica);
- b) Dominio de la voluntad (se da en la autoría mediata); y,
- c) Dominio Funcional del hecho (caso de la coautoría).

III. CLASES DE AUTORÍA

III.1. AUTORÍA DIRECTA:

El supuesto se presenta cuando el agente realiza directamente un delito; es decir, aquél que de un modo directo y personal realiza el hecho típico,

¹³⁹ CARO JOHN, José Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), Diccionario de jurisprudencia penal, p. 70.

pudiendo imputársele objetivamente el hecho como suyo. Se encuentra regulado en el art. 23º del CP: Que prescribe: "...el que realiza por sí mismo...".

Ejemplo: El caso en que un sujeto, que compra un arma y con ésta amenaza al encargado de una tienda, tomando el dinero de la caja.

Además, la autoría directa posee elementos. El siguiente fallo se pronuncia en igual sentido:

"En el proceso ejecutivo del delito, es autor aquél que ha realizado de propia mano todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo, lo que permite afirmar, a la luz de la moderna teoría del dominio del hecho, que el sentenciado ha sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección final del acontecer, habiendo tenido a la vez la posibilidad de evitar el resultado".¹⁴⁰

A) *Requisito:*

- a. Dominio del hecho: La autoría directa o inmediata, tiene como único requisito la posibilidad que tiene el agente de decidir el inicio, desarrollo, interrupción o finalización de la conducta delictiva.

El autor tendrá dominio del hecho, cuando sea aquél que realiza el hecho en forma final, en razón de su decisión volitiva. En consecuencia, la conformación del hecho mediante la voluntad de ejecución que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho.¹⁴¹

Sin embargo, no debe confundirse "dolo" con "dominio del hecho". El dominio del hecho es expresión de la finalidad dolosa del autor; por esa razón es solo un criterio de imputación objetiva al autor en los delitos dolosos; de allí que los partícipes, si bien actúan dolosamente, sin embargo no alcanzan a dominar el hecho.

- b. Casos especiales de autoría directa: Ocurre cuando se trata de delitos especiales o delitos de propia mano, en los que la norma limita la esfera de los autores, pues para alcanzar dicha denominación se exige

140 R.N. Nº 4354-97-Callao, en: CARO JOHN, José Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), Diccionario de jurisprudencia penal, p. 71.

141 WELZEL, Hans, Derecho Penal alemán, Santiago: Ediciones Jurídicas de Chile, 1976, p.145.

un requisito adicional al dominio del hecho, previsto en la ley, siendo los siguientes casos:

- I. Delitos especiales:** Reciben el nombre de delitos especiales aquellos que solamente pueden ser cometidos por una determinada categoría de personas que el tipo indica. En tales casos se produce una limitación de la esfera de autores; por ejemplo: funcionarios, jueces, depositarios, eclesiásticos, etc.¹⁴²

Consecuentemente, será considerado autor el sujeto que practique finalmente el supuesto de hecho de la norma con la calificación objetiva especial. Esto quiere decir que el solo dominio del hecho no basta, siendo necesario que el autor reúna además todas las condiciones exigidas por el tipo penal.

Ejemplo: En el delito de prevaricato (art. 418º CP.), el dominio del hecho no es suficiente para ser autor, pues para “dictar resolución o emitir dictamen contrario al texto expreso y claro de la ley, o citar pruebas inexistentes, o hechos falsos...” es primordial tener la calidad de juez o fiscal.

- c. Delitos de propia mano: Son aquellos delitos en los que la ley exige, además del dominio del hecho, la realización física y corporal de la conducta prohibida por parte del propio sujeto activo.

Ejemplo: En el delito de violación de la libertad sexual, se exige que el sujeto activo sea quien mediante amenaza o violencia tenga acceso carnal con la víctima.

- d. Delitos que poseen un especial elemento subjetivo: Son los ilícitos penales que, además del dominio del hecho, requieren un propósito especial y trascendente que se encuentra prescrito en el tipo penal.

Ejemplo: En el art. 108º. 2 CP., se requiere que el que mata a otro lo realice con la finalidad de facilitar otro delito.

III.2. AUTORÍA MEDIATA:

A diferencia del autor directo, en la autoría mediata el agente se vale de otro para la realización del tipo. Equivale a decir que el agente tiene el dominio

142 HURTADO POZO, José, Manual de Derecho Penal. Parte general, p. 870-871.

de la voluntad de ese otro, instrumentando a esa otra persona que ejecuta la acción, generalmente sin que éste lo sepa, por lo que la responsabilidad penal recae sobre aquél que tenía el dominio de la voluntad.¹⁴³ Se encuentra prescrito en el art. 23º del CP, cuando señala que: "...el que realiza...por medio de otro el hecho punible..."

En este sentido, en los casos de autoría mediata, el dominio del hecho requiere que todo el proceso se desenvuelva como obra de la voluntad rectora del "hombre de atrás".¹⁴⁴

Ejemplo: Cuando un sujeto **A**, ordena a **B** que mate a **C**, bajo amenaza de matar a su familia.

A) Características

- a. La conducta se realiza a través de una tercera persona o intermediario, que actúa como instrumento. El accionar de este último está subordinado a la voluntad y dominio del autor mediato.
- b. La ley se aplica al autor real (el que tiene el dominio del hecho) y no a quien actuó como instrumento.
- c. Dominio del hecho por parte del autor mediato.
- d. Subordinación del instrumento: Dependencia material entre el ejecutor material y el autor mediato. Las características típicas deben concurrir únicamente en el "hombre de atrás".
- e. Solo está presente en delitos dolosos: en figuras culposas no existe dominio del hecho.
- f. La autoría mediata se da únicamente en los delitos que no requieran la realización personal o corporal del agente; esto es que en el caso de los denominados delitos especiales y delitos de propia mano, donde la calidad especial del sujeto activo o su necesaria actuación física, respectivamente, es imposible la presencia de un sujeto intermediario.

B) Autoría mediata y el *iter criminis*

- a. **Tentativa:** La tentativa del autor mediato comienza siempre y cuando éste ponga en marcha el proceso que incide o ha de incidir definitivamente en la voluntad del instrumento, de manera tal que éste inicie el hecho delictivo.

143 COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTON, T., Derecho Penal. Parte general, 3ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1991, p. 574.

144 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, Derecho Penal. Parte general, Santa Fe de Bogotá: Temis, 1995, p. 556.

Ejemplo: En el caso en que A amenaza a B con matar a su familia si B no envenena a C, la tentativa del autor mediato comenzará desde que éste empiece a ejercer la amenaza contra B, de manera que B comience a iniciar la conducta delictiva.

- b. Consumación:** En este caso, la consumación del hecho delictivo se dará con la realización de la conducta delictiva por parte del instrumento, la misma que incide en la obtención del resultado delictivo.

Ejemplo: En el caso anterior, la autoría mediata se consumará cuando Benito envenene a Carlos causando su muerte.

C) Casos de autoría mediata

- a. Cuando el instrumento ejecutor carece de capacidad de culpabilidad:**

En este caso, la autoría del hombre de atrás se produce si ha creado la situación de inimputabilidad (vale decir, que ha ocasionado la incapacidad de culpabilidad del instrumento).

Ejemplo: El sujeto que embriaga a su amigo para que éste golpee a un tercero; o si, conocedor de la incapacidad de culpabilidad de otro, se sirve de su condición como instrumento para la perpetración de hechos delictivos, como es el caso del menor de edad que por encargo de un extraño coloca una bomba en el banco.

En estos casos, la doctrina discute si estamos ante un autor mediato o ante un instigador, ya que la acción del ejecutor directo es típica y antijurídica, aunque no culpable, y eso es precisamente lo que se exige para la inducción. Sin embargo, cuando esta falta de culpabilidad ha sido provocada específicamente por el hombre de atrás, se debe optar entonces por la autoría mediata; de lo contrario, se trataría de un instigador, pues éste no domina el hecho mediante el dominio de la voluntad del otro, aunque haya hecho nacer la voluntad delictiva en él.¹⁴⁵

- b. Cuando el instrumento obra sin dolo (error de tipo):** Ocurre cuando el hombre de atrás domina la voluntad del ejecutor directo, careciendo de dolo, siempre que obre con error o ignorancia de los elementos objetivos del tipo. En estos casos, el dominio de la voluntad se funda

¹⁴⁵ GOMEZ BENITEZ, José Manuel, Teoría jurídica del delito, reimpresión de la 1ª ed., Madrid: Civitas, 1988, p.143.

en el mayor conocimiento que tiene el autor mediato de las circunstancias del tipo con respecto al instrumento.¹⁴⁶

Ejemplo: El caso en que el autor mediato introduce en el vehículo de un amigo una importante cantidad de drogas, sin su conocimiento, con el objeto de aprovechar el hecho de que el vehículo ha de pasar la frontera y proceder así al tráfico ilícito, que es descubierto en el control de aduana.

- c. **Cuando el instrumento actúa con causa de justificación real:** Es una condición básica que en estos supuestos el instrumento de la voluntad de otro actúe amparado por una causa de justificación real y no solo putativa.

Ejemplo: Actúa en una causa de justificación real el policía que detiene, en perjuicio de otro, por orden de su superior jerárquico (art. 376º CP.).

Es evidente que la orden de cometer un delito no tiene que obedecerse, pero si dicha orden viene cubierta de todos los requisitos necesarios —de tal forma que genere la apariencia de que debe ser obedecida— entonces no queda otra opción que ejecutarla.¹⁴⁷

En tal sentido, el instrumento actúa mediante obediencia debida (art. 20º, inc. 9 CP.); por lo tanto, justificadamente, ya que en caso contrario cometería delito de desobediencia o resistencia (art. 368º CP.), resultando autor mediato el superior que ordena la detención arbitraria (art. 376º CP.).

- d. **Cuando el instrumento obra coaccionado:** Se admite la autoría mediata cuando la intensidad del efecto de la coacción que ejerce el autor mediato sobre el instrumento es decisiva para reducir la libertad de éste hasta el extremo de perder la posibilidad objetiva de dominar su propia acción. Por el contrario, cuando el efecto de la coacción no es decisivo permitiendo entonces al coaccionado tener la “posibilidad de obrar de otra manera”, la acción del coaccionador será la de un instigador.

Ejemplo: Caso de la secretaria particular que, amenazada de muerte por parte del gerente, destruye unos documentos reveladores de fraude en la administración de una persona jurídica (art. 198º CP.).

146 BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal. Parte general, Bogotá: Temis, ANUD, 1984, p. 192.

147 GOMEZ BENITEZ, José Manuel, Teoría jurídica del delito, p. 147.

Los efectos prácticos de la cuestión planteada se asemejan a los del caso en que el instrumento actúa dentro de una causa de justificación.

- e. Cuando el instrumento obra mediante error de prohibición:** Se presenta cuando el hombre de atrás se vale de un instrumento que obra en error de prohibición invencible. Es autor mediato si crea o aprovecha del estado de error invencible sobre la prohibición del instrumento. Mientras éste último, por carecer de una capacidad de determinación para responder por su actuación, resultaría excluido de responsabilidad penal (art. 14º, segundo párrafo).¹⁴⁸

Ejemplo: A, conocedor de que B es deudor de C, crea en éste la idea de que golpeando a B puede recuperar rápidamente su dinero.

- f. Cuando el instrumento obra con insuficiencia de calificación e insuficiencia de los elementos subjetivos del tipo:** Cuando el llamado “instrumento” realiza la acción del supuesto de hecho, careciendo de la calificación exigida por el tipo legal, a pesar de dominar el suceso, no podría ser autor del delito sino solamente cómplice.

Ejemplo: El sujeto que sin ser juez, pero por determinación de éste, firma una sentencia judicial para favorecer a un amigo, es cómplice del delito de prevaricato (art. 148º CP.), mientras el autor mediato es propiamente el juez.

En la doctrina se conoce a quienes poseen la calificación especial como “intraneus”, y “extraneus” a quienes no la poseen.

En principio, la cualificación especial contenida por el delito se constituye por la violación del “deber” que se manifiesta cuando el sujeto especial determina la voluntad típica.

El dominio del hecho se presenta propiamente como el dominio de la acción antes que el dominio de la sola voluntad del otro. En este orden de ideas, el dominio del hecho de la infracción del deber solo puede tenerlo el sujeto del deber y no quien carece del deber.¹⁴⁹

Discutible es el caso del instrumento que obra dolosamente, pero sin poseer el elemento subjetivo especial requerido por el tipo, por ejemplo, ánimo de lucro en el hurto (art. 185º CP.).

148 GOMEZ BENÍTEZ, José Manuel, Teoría jurídica del delito, p. 144.

149 BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho penal. Parte general, p.191.

Ejemplo: El sirviente que, por determinación de su amo, lleva a su corral gallinas del vecino. En este caso, el sirviente domina el hecho pero no posee el elemento subjetivo especial —“ánimo de lucro”— que, caso contrario, sí tiene el amo, pero sin dominar el hecho.

En este supuesto, recae en el sirviente la autoría directa, actuando su amo como instigador.

III.3. CO-AUTORÍA

Es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente, por lo que se señala que el dominio del hecho es común a varias personas, interviniendo cada una de ellas de forma relevante, asumiendo por igual la responsabilidad de la realización del hecho delictivo. Se encuentra regulada en el artículo 23º del CP. que señala: “...los que lo cometan conjuntamente...”.

Se requiere un reparto de funciones (principio de reparto funcional de roles) entre los que intervienen en la realización del delito (dominio funcional del hecho), dándose casos en que algunos coautores no están presentes al momento de la ejecución, hecho que no los descalifica como autores.¹⁵⁰

Ejemplo: El caso de la banda que asalta un banco, donde uno abre la caja fuerte, otro saca el dinero, otro resguarda la puerta, otro desactiva las alarmas y otro conduce el vehículo de escape.

Desde el plano subjetivo, la co-autoría implica una comunidad de intencionalidad y, desde el plano objetivo, supone una distribución de roles en el momento de la comisión del delito. En esas líneas, señala Quintero Olivares que:

“...La coejecución implica tomar parte ‘material’, y por eso no puede bastar un mero concurso de voluntades, sino que se requiere una intervención ‘objetiva’, aunque “parcial”, en la realización del tipo”.¹⁵¹

150 MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. Parte especial, 9ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993, p. 389.

151 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Los delitos especiales y la teoría de la participación, p. 481.

A) *Elementos:*

- a) El acuerdo común: Implica una decisión y un planeamiento en conjunto; en los que previamente al hecho, cada interviniente se compromete a asumir determinada tarea o a desarrollar una parte del hecho delictivo, asumiendo por ello la responsabilidad del acuerdo común. Este elemento subjetivo, caracterizado por el previo acuerdo, hace que la coautoría esté presente únicamente en los delitos dolosos de comisión, no siendo posible su presencia en los delitos culposos.

Stratenwerth señala por eso que es la decisión mancomunada la que determina la conexión de las partes del hecho ejecutada por cada uno de los intervinientes, y la que permite imputar a la persona respectiva la parte de las otras.¹⁵²

Además, la presencia del acuerdo previo sobre el alcance de la ejecución de la conducta típica tiene como consecuencia atribuir a cada coautor la responsabilidad solo por el hecho acordado, de tal manera que los excesos o conductas delictivas ejecutadas al margen del plan programado solo pueden afectar y hacer responsable a quien los haya realizado.

Ejemplo: Este es el caso del asalto a un vehículo de transporte público planeado por cinco sujetos, cuyo plan de ejecución previo solo comprendía robar las pertenencias de los pasajeros. Sin embargo, en el momento de los hechos uno de los asaltantes "X", decide violentar sexualmente a una mujer, dándole al mismo tiempo muerte al esposo de ésta cuando intentaba impedir dicha violación. Como puede notarse, la coautoría solo podrá hacerse valer para la conducta correspondiente al tipo de robo agravado (art. 189º.5 CP.), porque de la violación y el homicidio solo podrá ser responsable "X".

- b) La realización común del hecho: Como segundo elemento de la coautoría, implica el co-dominio del hecho en el que cada uno de los intervinientes realiza un aporte objetivo al hecho, es decir un aporte

152 Citado por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, DP. PG, p. 560.

esencial o imprescindible según las circunstancias para llevar adelante el plan acordado. El co-dominio del hecho ha sido, por ello, caracterizado por Roxin como un dominio funcional del hecho en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho mediante la parte que le corresponde en la división del trabajo.¹⁵³

Ejemplo: En ese sentido deben ser considerados como coautores en el caso de un secuestro el que retiene a la víctima, el que resguarda el local donde ésta se encuentra, el que hace los contactos con la familia con el fin de obtener el dinero a cambio de la liberación, así como el que acude a recibir el dinero exigido.

IV. PARTICIPACIÓN

IV.1. CONCEPTO

La participación es intervención en un hecho ajeno,¹⁵⁴ puesto que éste le pertenece al autor; de ahí que la posición del partícipe frente al hecho sea secundaria en términos de cooperación determinante.¹⁵⁵

Dicho esto, la participación constituye el segundo nivel de amplificación de la concurrencia de personas en la realización de un ilícito penal, y puede entenderse como la contribución o colaboración a la comisión del delito prestada por personas que no poseen el dominio del hecho, pues su actuación en el delito es accesoria al comportamiento del autor directo.

De igual manera se pronuncian nuestros tribunales. Claro ejemplo es la sentencia Nº 2270-2004:

“El tipo de participación requiere que el sujeto, objetivamente, realice un aporte cocasual —psíquico, o por medio de consejos y/o material, mediante la ejecución de los hechos concretos—, según las reglas de la imputación objetiva, respecto del hecho del autor principal, y que lo haga en la etapa de preparación o, según el caso, en la etapa de ejecución

153 Roxin citado por BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal. PG, p. 197.

154 MIR PUIG, Santiago, DP. PG, p. 396.

155 ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, Madrid: Marcial Pons, 1994, p. 514.

del delito; y, subjetivamente, que su actuación sea dolosa, esto es que conozca que presta aporte a la realización de un hecho punible; que a los efectos de delimitar el aporte propiamente típico del partícipe es [de] tener presente".¹⁵⁶

En este sentido, la principal característica de la participación radica en su accesoriedad con respecto a la autoría; esto es su relación de dependencia, dado que un acto de cooperación solo puede ser realizado en la medida que exista un hecho principal.

IV.2. PRINCIPIOS

A) Principio de accesoriedad

Tal como lo sostuviéramos inicialmente, la participación es una intervención en hecho ajeno; el partícipe no realiza un tipo delictivo autónomo, sino realiza una actividad accesoria de un hecho principal ajeno.

El principio de accesoriedad significa que la participación requiere para su existencia de un hecho principal, que es realizado por el autor.

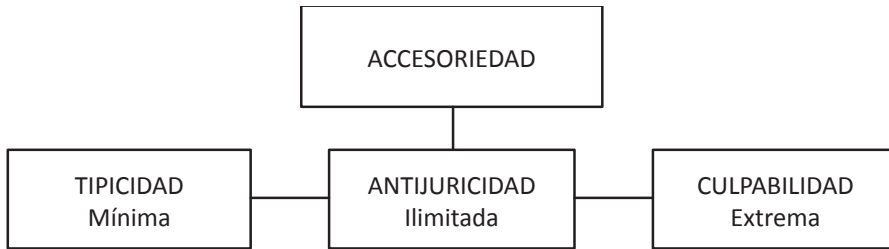
La llamada accesoriedad, puede ser planteada en dos sentidos diferentes. En primer lugar, respecto a la etapa delictiva que debe alcanzar el hecho principal para someter también a los partícipes a una determinada pena,¹⁵⁷ en cuyo caso podemos hablar de accesoriedad cuantitativa. En segundo lugar, cuando se analiza la cuestión referente a los elementos del delito que deben concurrir en la conducta del autor, a fin de que los partícipes puedan ser sancionados, es la denominada accesoriedad cualitativa.

a. Accesoriedad cualitativa de la participación:

Respecto a la fase del delito, que debe tener como mínimo al autor principal, para poder sancionar a los partícipes. Se han planteado cuatro posiciones diferentes:

156 CARO JOHN, José Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), Diccionario de jurisprudencia penal, p. 438.

157 MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. , Barcelona: Ariel 1962, p. 385.



- **Accesoriadad mínima**, plantea que el hecho principal solo requiere ser típicamente adecuado;
- **Accesoriadad ilimitada**, para la cual el hecho principal debe ser típico y antijurídico;
- **Accesoriadad extrema**, que sostiene que el hecho principal debe ser típico, antijurídico y culpable; y
- **Hiper accesoriadad**, que establece que la punibilidad de los partícipes depende también de que en el hecho concurren las condiciones objetivas de punibilidad, o no esté presente una excusa legal absoluta.

De todas estas tesis, la posición dominante y la que nuestra norma adjetiva recoge se inclina por la accesoriadad ilimitada; según ella, basta que el hecho principal sea típico y antijurídico, no siendo necesario que sea culpable. Esto se debe a que se considera que la culpabilidad es de carácter personal e individual, por lo que cada interviniente en el delito debe ser sancionado según su culpabilidad, sin tomar en cuenta la culpabilidad de los demás.

b. Accesoriadad cuantitativa de la participación:

Denominado también por la doctrina como Principio de exterioridad,¹⁵⁸ o ejecutividad.¹⁵⁹ Bajo dicho principio se requiere que el hecho principal haya alcanzado por lo menos la etapa de tentativa, vale decir que el autor principal haya iniciado la ejecución del hecho delictivo, para que la participación en sentido estricto, pueda ser punible. Ello va de la mano con la accesoriadad cualitativa, pues comenzará a ser típica la participación cuando comience a ser típico el hecho principal.¹⁶⁰

158 CURY URZUA, Enrique, Derecho Penal. Parte general, Santiago: Ediciones Jurídicas de Chile, Chile 1982, p. 239.

159 BATISTA, NILO, Concurso da agentes, Río de Janeiro: 1979, p. 127.

160 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Buenos Aires: Ediar, 1982, p. 366.

IV.3. FORMAS DE PARTICIPACIÓN

A) La instigación

La instigación o inducción, como modalidad de participación, consiste en la conducta que realiza el instigador al inducir o motivar a otro sujeto (tercera persona) a fin de que cometa un delito; esto es, hacer generar en otro la voluntad criminal.¹⁶¹

En esta línea podemos observar del texto del artículo 24º del Código Penal, cuando señala que **“el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible (...)”**.

Empero, su redacción no es afortunada, pues en puridad no se trata de **“determinar a otro”**, cosa que sí ocurre con la autoría mediata. Aquí, la figura de la instigación exige solamente hacer surgir la determinación delictiva en alguien, lo que no es lo mismo que “determinar a otro”. En síntesis, el protagonista principal es el instigado —autor—, y al instigador le alcanza el castigo en tanto que la conducta del instigado se subsuma en cualquiera de los tipos legales.

Nuestros jueces siguen lo señalado: “El artículo. 24º del Código Penal referido a la instigación, reprime al que dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible con la pena que le corresponda al autor; que mediante la instigación el instigador hace surgir en otra persona —llamada instigado— la idea de perpetrar un delito, siendo éste último el que ejecuta materialmente el medio típico; además, el instigador debe actuar intencionalmente a fin de lograr el hecho delictivo”.¹⁶²

De esta forma el instigador se puede valer de diversos medios para inducir a otro a cometer el delito, entre los que se encuentran, por ejemplo, las promesas o recompensas económicas o laborales, los regalos, etc. Lo importante es que cualquiera de los medios utilizados por el instigador esté revestido de idoneidad.¹⁶³

Cabe resalta que no habrá instigación si el ejecutor material estaba con anterioridad decidido a cometer el delito,¹⁶⁴ pero sí habrá instigación si el ejecutor tenía la idea vaga e imprecisa de la comisión del hecho delictivo.

161 BACIGALUPO, Enrique, DP. PG, p. 493.

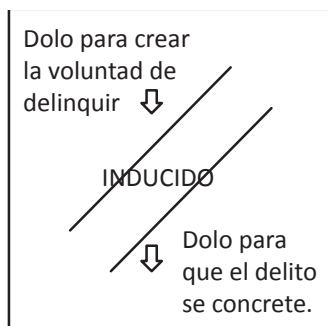
162 R.N. Nº 1552-2003-Del Santa, en: CARO JOHN, José Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), Diccionario de jurisprudencia penal, pp. 336-337.

163 GIMBERNART ORDEIG, Enrique, Autor y cómplice en el derecho español, Madrid 1966, p. 276.

164 NUÑEZ, Ricardo C., Temas de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires: Jurídicas Europa - América, 1958, p. 300.

Finalmente, en el caso de delitos preterintencionales (lesiones seguidas de muerte, por ejemplo), el instigador será responsable por el resultado más grave, si de acuerdo a las circunstancias se le puede imputar el resultado muerte a título de culpa.¹⁶⁵

La instigación es una forma de participación, pero por su entidad cualitativa, a efectos de la dosimetría penal, la ley la considera equiparable a la autoría.



A.1. Requisitos

- a. Que el inductor no posea el dominio del hecho, puesto que éste le pertenece al sujeto inducido en su calidad de autor. Esta caracterización es notable, porque de lo contrario el instigador aparecería como autor mediato.
- b. Es imprescindible que la conducta desplegada por el sujeto instigado (autor) sea producto de la inducción, debiendo existir una relación personal entre inductor e inducido. De ahí que, asimismo, sea necesario que la voluntad delictiva del autor se haya originado recién con la intervención del instigador. Si el autor ya poseía la intención criminal, la instigación será técnicamente imposible, existiendo una relación de causa-efecto entre su inducción al autor y la conducta de este.
- c. Los actos que despliega el instigador deben tener la suficiente potencialidad como para lograr en el sujeto instigado una materialización de la voluntad criminal, que mínimamente alcance el grado de tentativa; esto es, que por lo menos se haya dado inicio a los actos de ejecución.¹⁶⁶

¹⁶⁵ HURTADO POZO, José, Manual de Derecho Penal. PG, p.189.

¹⁶⁶ MIR PUIG, Santiago, DP. PG, p. 497.

- d. El delito cuya ejecución debe materializar el instigado debe ser aquel delito querido por el instigador. Si ejecuta un delito distinto, la responsabilidad del partícipe desaparecerá, ya que no sería posible establecer una conexión causal.
- e. El inductor debe actuar intencionalmente, a fin de lograr el hecho delictivo. La instigación culposa no es punible.
- f. No es posible la instigación general a la producción de un “delito cualquiera” o a “comportarse delictuosamente”; debe estar dirigida a la realización de un delito concreto.

A.2. Tipos de instigación

- a. **Instigación tácita o expresa:** Hemos tocado estos dos tipos de instigación en un solo punto por tratarse de dos caras de la misma moneda al momento de llevar a cabo la inducción por parte del instigado. Será instigación expresa cuando el agente inductor convenza al autor del delito, expresando en forma directa la idea de cometer un determinado delito y convenciéndolo de su realización; mientras que estaremos en un caso de instigación tácita cuando la formación de la idea de materializar un determinado delito y del convencimiento de ello en el autor, se haga de manera indirecta, sin expresar dicha intención. Así, por ejemplo, Yago es instigador tácito al entregar a Casio el pañuelo que Otelo había obsequiado a Desdémona, para que crea que lo engaña con Casio y, consecuentemente, resuelva dar muerte al traidor.
- b. **Instigación de una o más personas:** La actividad persuasiva del instigador puede dirigirse a una o más personas determinadas; y esto no significa que las conozca o tenga estrechas relaciones con ellas. Los casos más claros de instigación son aquellos en que el instigado es un solo individuo; no obstante, es muy frecuente que el instigador persuada y determine a varias personas para que cometan un delito. Pero, en éste último caso, debe tratarse de un círculo reducido, a fin de que sea posible la acción persuasiva del instigador.

Si el agente desarrollase su actividad públicamente y ante un número indeterminado de personas, podrá ser reprimido como autor de un atentado contra la “tranquilidad pública”.
- c. **Instigación en los delitos especiales:** En cuanto a la persona del instigador, es importante señalar que no es necesario que reúna las características que debe tener el instigado para la comisión de este tipo de

infracciones; por ejemplo, ser funcionario o médico. Es decir que es posible la instigación a un delito especial por un “*extraneus*”.

En este sentido, también es factible la instigación a la comisión de un “delito de propia mano”; pues estos requisitos especiales la norma los exige respecto del autor, como cualidades personales, escapando de la esfera del instigador.

- d. La instigación y el *iter criminis*:** mediante la sanción de la instigación, no se pretende reprimir simplemente la persuasión, creación en otra persona de la resolución criminal; es necesario que esta voluntad se manifieste y concrete. Por esta razón solo es punible el instigador cuando el instigado haya consumado la infracción o, por lo menos, haya intentado hacerlo; en este último caso, será reprimido como instigador de tentativa de tal delito. De no reprimirse la tentativa, el instigador permanecerá impune.¹⁶⁷

B) La complicidad

La complicidad es una forma de participación que se encuentra establecida en el art. 25º del CP. En principio, la contribución anterior o simultánea a la realización del delito es común en toda clase de complicidad; lo que destaca es su mínimo soporte material, permitiendo que la pena sea inevitablemente inferior a la que merezcan los autores del delito. En consecuencia, el cómplice ayuda o coopera —en forma auxiliar o secundaria— a la ejecución, a diferencia de los coautores que ejecutan directamente el delito.

Estos actos de cooperación son variados: pueden ser materiales o intelectuales. Entre los primeros encontramos, por ejemplo, facilitar medios, vigilancia, supresión de la capacidad defensiva de la víctima; entre los intelectuales, informes o consejos sobre disposiciones, personas, momentos favorables, etc.

La posición dominante no admite la complicidad negligente. En todos los casos debe ser dolosa, como se desprende del art. 25º del CP. En consecuencia, solo será cómplice el que ayuda o coopera en la ejecución delictiva en forma consciente y voluntaria. Por ejemplo, si Juan presta a Pedro su revólver sin saber que con él matará a otra persona, Juan no podrá ser penado como cómplice.

¹⁶⁷ HURTADO POZO, José, Manual de Derecho Penal. PG, p. 190.

Un problema que con frecuencia se discute en la doctrina se encuentra en saber si es posible una complicidad intencional para un delito por negligencia. La respuesta más frecuente prefiere ubicar con mayor exactitud este caso como autoría mediata; de esto se desprende que la complicidad solo es posible en la comisión de un delito intencional.

B.1. Tipos de complicidad

El Código Penal, en cuanto a la utilidad o grado de aportación de los cómplices a la realización del delito, ha diferenciado en su art. 25º a la complicidad como primaria y secundaria.

a. Complicidad primaria: La complicidad primaria, conocida también como complicidad necesaria, consiste en la contribución cuya presencia es determinante para la ejecución del delito; es decir, son actos de cooperación de tal magnitud que —a pesar de no poseer un dominio del hecho— sin su presencia no sería posible la comisión del delito.

La complicidad primaria se encuentra regulada en el art. 25º del Código Penal, cuando dispone “el que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado (...)”.

Para distinguir entre actos primarios y no primarios (necesarios o no necesarios), ha de partirse del grado de eficacia de los mismos apuntando al resultado concreto, pero vinculado a los realizados por el autor. Tal como lo refiere *Gimbernart*, si la necesidad se mide en abstracto, ningún cooperador es necesario y, si se mide en concreto, prácticamente todos lo son.¹⁶⁸

Es por ello que resulta recomendable un criterio intermedio entre lo abstracto y lo concreto. La actividad desplegada por un cooperador en el delito, será necesaria (imprescindible) cuando ninguno de los que interviene hubiera podido realizarla. Si el acto realizado hubiera podido ser efectuado por cualquiera de los demás que intervienen, su cooperación habría de calificarse de complicidad no primaria.

168 GIMBERNART ORDEIG, Enrique, Autor y cómplice en el derecho español, pp. 139-140.

Ejemplo: El médico miembro de un grupo criminal que extiende una receta para comprar el veneno, conociendo que ha de emplearse para matar; obrará con participación necesaria en razón de que ésta no puede ser sustituida. En cambio, el que se desplaza a la farmacia llevando la receta del veneno que sabe que está destinado a matar, cumple un rol secundario.

En consecuencia, los actos de cooperación necesaria son aquellos actos sin los que el autor no hubiera podido realizar el hecho. La tesis de la necesidad es matizada en relación a las circunstancias que rodean al autor del delito y a las circunstancias en las que se lleva a cabo el hecho delictivo.¹⁶⁹

- b. Complicidad secundaria: En la complicidad secundaria, estamos ante el auxilio o colaboración del partícipe a la conducta típica del autor no necesario; esto es, si el autor prescinde de la participación (secundaria), la comisión del delito no será afectada.

Esta modalidad de complicidad la encontramos regulada en el art. 25º, segundo párrafo, del Código Penal, al señalar que “a los que de cualquier modo hubieran dolosamente prestado asistencia (...)”.

Una vez más, para diferenciar a la complicidad secundaria de la primaria, se deberá analizar la importancia del aporte del partícipe; importancia que no se deduce de la naturaleza misma de tal contribución, sino que deberá apreciarla el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular.

B.2. La complicidad y el *iter criminis*

El acto de complicidad puede tener lugar desde los actos preparatorios de la infracción hasta su consumación. Esto implica que toda ayuda o contribución brindada al agente antes de que comience a ejecutar el delito ha de ser considerada como complicidad, porque no puede entenderse que se ayude a la comisión de un hecho que ya ha sido ejecutado.¹⁷⁰

De otro lado, no debe olvidarse que la posibilidad de que se dé la complicidad durante la ejecución de la infracción, no implica la comisión de actos ejecutivos de parte del cómplice.

¹⁶⁹ GIMBERNART ORDEIG, Enrique, Autor y cómplice en el derecho español, p.155.

¹⁷⁰ HURTADO POZO, José, Manual de Derecho Penal. PG, p. 194.

B.3. La complicidad y los delitos especiales

La complicidad en la comisión de delitos especiales (propios e impropios) y de delitos de propia mano es posible. En el caso de los delitos especiales, la circunstancia que fundamenta la represión o que la agrava debe ser conocida por el dolo del cómplice.¹⁷¹

CASOS

106. *Roberto, Gustavo y Miguel son tres estudiantes universitarios que decidieron robar un Banco en el distrito de San Miguel. En circunstancias en que se encontraban realizando el asalto a mano armada, intervino la policía y se produjo una balacera. Roberto y Gustavo lograron huir, pero a Miguel lo alcanzó una bala en la pierna y no pudo escapar, razón por la que fue atrapado por la policía y llevado al Hospital Central.*

Roberto y Gustavo, preocupados por que Miguel los delate, deciden silenciar para siempre a Miguel. Para ello, Roberto decide matarlo cambiándole el frasco de una sustancia que le suministraban cada dos horas por un frasco de veneno.

Roberto logró ingresar al Hospital Central, disfrazado de enfermero, uniforme que le había proporcionado Marcela, quien trabajaba en el nosocomio y conocía del hecho. Una vez que llegó al cuarto de Miguel efectuó el cambio de frascos. Finalmente, al cabo de una hora la enfermera que atendía a Miguel —desconociendo lo sucedido le suministra la dosis de la sustancia del frasco que Miguel había cambiado, causándole instantáneamente la muerte.

a) Respecto a la muerte de Miguel, ¿quiénes de los intervinientes del hecho delictivo (homicidio), tuvieron el dominio del hecho?

Roberto, Gustavo y Marcela participan del delito, pero solamente Roberto tiene el dominio funcional del hecho.

b) ¿Quiénes fueron solo partícipes del hecho? y ¿por qué?

Gustavo es solo instigador, por cuanto participa del plan previo, pero no en las acciones mismas. Marcela es una cómplice secundaria, ya que su conducta no era determinante; fácilmente hubiera podido realizarse el delito en su ausencia, solo contribuye allanando un poco el camino. La enfermera que suministra la dosis es utilizada como instrumento del autor mediato, Roberto.

¹⁷¹ HURTADO POZO, José, op. cit., p. 194.

107. Guillermo, alias “Memin”, cansado de buscar trabajo y no encontrarlo, decide iniciar su próspero negocio de venta de autopartes de autos; empero, al no contar con mucho capital decide robar un automóvil y vender sus partes, para lo cual alquila un almacén para poder guardar el automóvil y desmantelarlo.

Al día siguiente, Memin toma un taxi y aprovechando que el taxista se encontraba distraído, lo sorprende inesperadamente y lo amenaza con un arma para que detenga el auto, amenazándolo con matarlo si no le entrega su carro, por lo que al taxista no le queda otra opción que detener el auto y entregárselo a Memin.

Seguidamente Memin, conduce el automóvil hasta el almacén y empieza a desmantelarlo, para iniciar así su negocio.

- a) **¿Cuál es el grado de participación de Memin?, ¿tiene dominio del hecho?**
- b) **¿Estamos ante un caso de delito de propia mano? ¿Por qué?**

108. Brian, ciudadano argentino, que se encontraba en el Perú, estaba sumamente molesto porque Brasil había eliminado a su equipo del mundial de fútbol “Corea-Japón”, al haberle ganado a la selección argentina por cuatro tantos a uno. Para vengar a su país, Brian le pide a Carlitos —su hijo de 17 años— que vaya al pub “La Media Naranja” y dispare contra Junino, ciudadano brasileño, dueño de ese local miraflorentino. Al llegar al lugar Carlitos dispara contra Junino y la bala lo atraviesa causándole la muerte.

- a) **¿Qué grado de participación ha tenido Brian en el homicidio de Junino?**
- b) **¿En cuál de los casos de autoría mediata nos encontramos? ¿Por qué?**

109. Al enterarse que su enamorada Martita salía a escondidas con su hermano Joaquín, Luciano decidió darle un escarmiento. Así, cuando Martita fue a visitarlo a su casa, amenaza a Joaquín con un cuchillo, obligándolo a que pegue a Martita, causándole lesiones graves.

- a) **¿Es Joaquín autor del delito de lesiones graves?**
- b) **¿Cuál es el grado de participación de Luciano?**

110. Rosa es jueza, y se encuentra conociendo el caso en el que se ha acusado a Luis por tráfico ilícito de drogas. Conocedora del poder adquisitivo de Luis, y necesitando dinero para salir de vacaciones, envía a pepita (su sobrina) para que visite a Luis en su domicilio y le entregue un sobre cerrado; en el sobre hay una nota en la cual Rosa solicita a Luis US\$ 30,000 dólares a cambio de absolverlo.

- a) **¿Comete Pepita delito de cohecho?**
- b) **¿Qué pasa con la calificación especial que exige el tipo penal?, ¿posee Pepita esta calificación?**

111. Gonzalo, que es un hincha acérrimo del Club Alianza Lima, cansado de los problemas ocasionados por hinchas del Club Universitario en el último clásico realizado en el estadio de Matute, decide convencer a Lucrecia, ciudadana Holandesa, enamorada de Gonzalo, para que denuncie a Carlos Carranza (dirigente de universitario) por violación bajo amenaza, haciéndole creer que ello no es delito en nuestro país, y asegurándole que se trataría solo de una broma y que no ocurrirá ningún problema.

Acto seguido, Lucrecia se dirige a la comisaría e interpone la denuncia.

- a) **¿Es Lucrecia autora de delito de denuncia calumniosa?**
- b) **¿Cuál es la situación de Gonzalo?**

112. Federico decide vengarse de Cucho, experto en artes marciales, por haberle quitado la novia. Le pide ayuda a su amigo Pedro para, según le dice, jugarle una broma a Cucho; con este fin le da una pistola de juguete y le pide que lo asuste.

Pedro, bromista por naturaleza, acude a la casa de Cucho y le apunta con la pistola, ante lo cual Cucho, desconociendo todo lo acontecido y advertido por Federico de la supuesta intención de Pedro de matarlo esa noche y convencido de que actúa en legítima defensa, responde el ataque de Pedro, desarmándole y causándole lesiones graves.

- a) **¿Son imputables las lesiones graves a Federico?**
- b) **¿Cuál es la situación de Cucho?**

113. Bruno, Carlos y Diego, amigos de la infancia, acuerdan asaltar el banco “El Premio Mayor”, para lo cual los tres acuden a la cachina a adquirir las armas necesarias, y planifican cómo llevar a cabo el ilícito penal. Llegado el día previsto, y según lo planificado, Bruno reduce al administrador, luego —mientras que Carlos y Diego controlaban a los clientes y cajeros del banco amenazándolos y obligando a todos a tirarse en el suelo—, Bruno fuerza a la cajera principal a que le entregue el dinero de la caja fuerte. Finalmente, los tres huyen llevándose consigo el dinero, con la ayuda de un taxista que habían contratado para que los espere afuera.

- a) **¿Cuáles son los grados de participación en éste delito?**
- b) **¿Cuál es la situación del taxista?**

114. Richy, harto de los desplantes de Luciana, decide convencer a Julio para que viole a Luciana, aprovechando que Julio (ex enamorado de Luciana) vivía enamorado de Luciana desde que ella lo dejó. Richy lo convence, diciendo que luego de eso a Luciana no le quedará otra salida que regresar con él, y si no, por lo menos se habrá vengado por haberlo dejado.

Julio decide seguir los consejos de Richy y pide ayuda a su mejor amigo para que le preste su departamento; a su vez, solicita a Rosita que lleve con engaños a Luciana al departamento, aprovechándose que Rosita le tenía mucha envidia a Luciana y siempre buscaba hacerle daño.

Finalmente, Rosita conduce a Luciana al departamento, donde Richy la amenaza con un cuchillo para que tenga relaciones sexuales con él, no haciendo caso de las suplicas de Luciana para que la dejara en paz.

a) ¿Quiénes son los partícipes del delito de violación, siguiendo el principio de accesoriadad?

b) ¿Qué hubiese sucedido con estas intervenciones si Richy, luego de amenazar a Luciana y de hacer que se desvista, se hubiese arrepentido de cometer tal acto?

115. Rafael, que se encontraba desesperado porque tenía un juicio por usurpación que venía durando cerca de 5 años, se encuentra en forma casual con un amigo de la infancia, Luchito, de ocupación tramitador. Rafael le comenta su situación y Luchito le recomienda ir a visitar a un amigo suyo, Eduardo, secretario en el poder judicial.

Al cabo de dos días van a la oficina de Eduardo y le cuentan el asunto, ante lo cual Eduardo ofrece ayudar, pero a cambio de US\$ 1.000.00, para ser entregados a los vocales que deben resolver el caso. En ese acto, Luchito aprovecha y le comenta un problema que tenía en el Segundo Juzgado Penal, y Eduardo también promete ayudarlo.

a) ¿Qué grado de participación tienen Rafael y Luchito en el delito de tráfico de influencias?

b) ¿Ante qué clase de instigación nos encontramos?

116. Roberta, Rebeca y Mariela, cansadas de que sus esposos no les den dinero, deciden dar un gran golpe, y planean robar el casino Aladin, donde trabaja la hija de Roberta, para lo cual Roberta le pide a su hija que le informe sobre las instalaciones de su trabajo, los movimientos de las personas y sobre todo donde se encuentra el dinero. Su hija, sorprendida y contenta por el interés de su madre por su trabajo, le informa detalladamente.

Luego Rebeca, casada con un ingeniero de sistemas, le comenta el plan al asistente de su esposo para que éste las ayude a desactivar la alarma de la caja fuerte, pues había hecho su tesis sobre este tema. Ernesto acepta a cambio de una bonificación. Asimismo, Mariela utiliza sus encantos para convencer a su enamorado Daniel, para que las espere en su carro en las afueras del casino el día del golpe.

Roberta compra las armas de un antiguo compañero de colegio, Agustín, que se dedicaba al negocio, comentándole que las necesitaba para dar un gran golpe.

Llegado el gran día, Roberta, Rebeca y Mariela ingresan al casino con máscaras y amenazan a todos los presentes, forzándolos a tirarse al suelo. Mientras Roberta y Mariela vigilan a la gente apuntándoles con sus armas, Rebeca llama por celular a Ernesto que le da las indicaciones para abrir la caja fuerte, recogen el dinero y huyen en el carro de Daniel que las espera afuera.

- a) ¿Cuál ha sido la participación de cada uno de los intervinientes en el robo agravado en perjuicio del Casino Aladín?**
- b) ¿Quiénes son cómplices? ¿Qué grado de complicidad?**
- c) ¿Cuál es la situación jurídica de la hija de Roberta?**

PARTE NOVENA

CONCURSOS

I. PROBLEMA DE LA POSIBLE APLICACIÓN DE DIVERSAS NORMAS PENALES A UN MISMO HECHO DELICTIVO

El operador del Derecho frecuentemente se encuentra con hechos de difícil subsunción en el tipo penal correcto. En primer lugar se le presenta el problema de determinar si se encuentra ante una sola acción o, por el contrario, se trata de varias acciones delictivas. La situación se complica más cuando requiere definir qué delitos se ha cometido y cuál es la norma penal aplicable al caso.

Este problema es abordado con el estudio de la unidad y pluralidad de acciones, el concurso de delitos y el concurso aparente de leyes.

II. UNIDAD Y PLURALIDAD DE ACCIÓN

Definido en su momento el concepto de acción, nos queda delimitar el concepto de unidad de acción en base a sus factores constitutivos.¹⁷²

II.1. FACTOR FINAL

Es la voluntad criminal misma. La consecución del delito muchas veces requiere de una secuencia de actos físicos aislados, pero motivados por una misma intención.

¹⁷² VID. MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 531-532.

De este modo, el ejemplo del marido celoso que decide acabar con su mujer y su amante, para lo cual compra una granada de guerra y la hace explotar dentro de la habitación de este último (para lo cual tuvo que entrar a la casa), nos permite afirmar que tener armamento de guerra sin licencia e ingresar a una casa sin permiso, constituyen delitos independientes, pero que, en vista de que fueron movidos por una misma motivación, evidencian el factor final de la acción única.

II.2. FACTOR NORMATIVO

Este factor tiene que ver con la estructura del tipo penal en cada caso concreto. Puede haber una misma motivación para realizar los diversos actos, pero a la vez ser alguno de ellos de relevancia penal particular.

En el caso citado del marido celoso, notamos que el Código Penal reviste de importancia particular los actos realizados por el agente. De este modo, la tenencia ilegal de armamento de guerra y la violación domiciliaria se encuentran castigadas en los arts. 279º y 159º del mismo cuerpo normativo, respectivamente.

III. UNIDAD DE ACCIÓN Y DE DELITO

Constituyen casos simples, no hay mayores dificultades en su estudio. De acuerdo a los criterios expuestos, se presenta cuando una sola acción es suficiente para verificar los elementos de un único tipo penal, se corresponden.

Uno de esos casos es el del hombre que llega a su casa muy cansado por el arduo trabajo y, sobrecogido, encuentra en su alcoba a su mejor amigo yaciendo con su mujer y usando su bata nueva, ante lo cual y sin pensarlo, arremete contra él y lo estrangula hasta matarlo. Su única acción fue el estrangulamiento, a lo que le corresponde el tipo de homicidio por emoción violenta excusable (art. 109º CP).

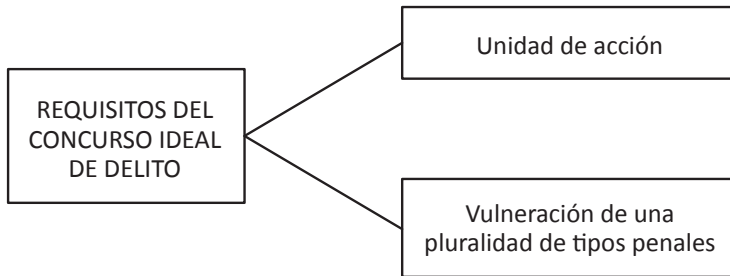
IV. UNIDAD DE ACCIÓN Y PLURALIDAD DE DELITOS: CONCURSO IDEAL DE DELITOS

IV.1. DEFINICIÓN

El concurso ideal de delitos se produce cuando con una sola acción se infringen varias disposiciones legales. También es posible la infracción de una

misma norma más de una vez¹⁷³ (como la que prohíbe matar a otra persona, pero es quebrantada por la explosión ocasionada por el autor que cobra varias víctimas).

IV.2. REQUISITOS DEL CONCURSO IDEAL DE DELITOS



La norma penal dice que “cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho, se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años” (art. 48° CP).¹⁷⁴

A) *Unidad de acción*

Hay que entender bien a lo que la norma se refiere por “[el] mismo hecho”. Según los criterios expuestos líneas arriba, la unidad de hecho o acción debe obedecer a una misma voluntad criminal (factor final), producir más de un tipo de delito y ser valorada unitariamente en un tipo penal (factor normativo).

Verbigracia, para sustraer los electrodomésticos de una casa, los malhechores entran al inmueble a medianoche, forzando las puertas y rompiendo algunos cercos. Sin embargo, la norma ha previsto estas circunstancias como elementos de un mismo delito. Es así que se presentan como

173 Aclaramos que no es el supuesto del delito continuado, al que nos referiremos más adelante. HURTADO POZO opina que sí puede incluirse el delito continuado en el concurso ideal (Ver. HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal*. PG, p. 21). No somos de la misma opinión, porque en el delito continuado no se comete varias veces el mismo delito, sino solamente un delito una vez, aunque con una acción dilatada en el tiempo, pero considerada como única.

174 Norma modificada por el art. 3° de la Ley Nº 28726, del 9 de mayo de 2006. La norma anterior, en su primera parte, no permitía aumentar la sanción a la pena más grave: “Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho, se reprimirá con la que establezca la pena más grave”.

agravantes del delito de hurto —art. 185° CP, los agravantes a que nos referimos son: haberse cometido en vivienda habitada, durante la noche, destruyendo obstáculos y con la participación de más de una persona (art. 186° CP, incs. 1, 2, 3 y 6, respectivamente)—.

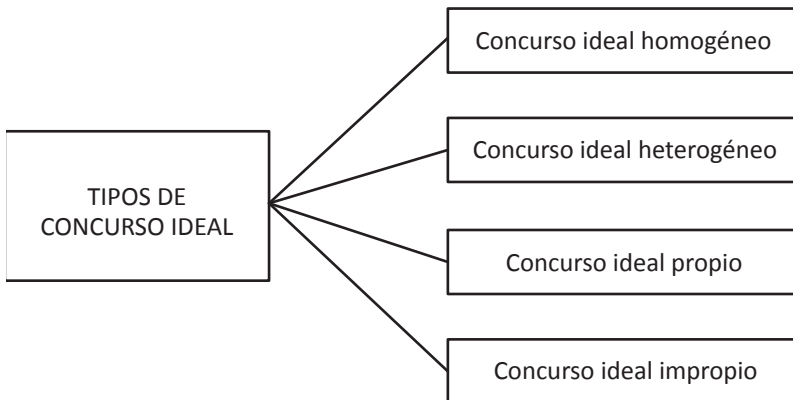
B) *Vulneración de una pluralidad de tipos penales*

En el concurso, “varias disposiciones son aplicables” a la misma acción.

A decir de *Muñoz Conde*, lo que pretende el legislador con ello es evitar que la producción de varios delitos equivalga automáticamente a la realización de varias acciones (*quod actiones, tot crimina*).¹⁷⁵

En el ejemplo del hurto agravado propuesto, las destrucciones ocasionadas configuran per se el delito de daños (art. 205° CP.) y la intromisión en la vivienda constituye una violación de domicilio (art. 159° CP.). El factor normativo se refleja en cada tipo penal de la misma conducta.

IV.3. CONCURSO IDEAL DE DELITOS: SUBTIPOS



A) *Concurso ideal homogéneo*

Se presenta cuando la misma acción viola repetidamente la misma norma legal. Por lo que, siendo ésta la única aplicable, aunque varias veces, éste tipo de concurso no trae más complicaciones.

¹⁷⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, p. 222.

El ejemplo clásico para este tema es el de la explosión de una bomba que deja varios muertos. El autor ha matado a más de una persona, cometiendo varias veces el delito de homicidio, bajo la forma de asesinato por medios estragosos (art. 108° CP.).

B) *Concurso ideal heterogéneo*

Se hace presente cuando con una acción se realizan varios delitos. Sobre la misma conducta recaen diferentes delitos.¹⁷⁶

La jurisprudencia establece que en el concurso ideal de delitos heterogéneos:

“Importa que haya unidad de acción aunque no de fines, debiendo sancionarse solo con la figura que tiene mayor pena, de acuerdo al principio de absorción”.¹⁷⁷

Este es el caso de las lesiones ocasionadas durante la violación sexual, donde se verifican los elementos de las lesiones (art. 122° CP.) y de la violación sexual (art. 170° CP.).

C) *Concurso ideal propio*

No hay una relación de dependencia necesaria entre los delitos. Puede, en apariencia, que éstos sean totalmente independientes.

Es el caso de quien, para matar a su víctima, previamente se agencia de un arma de fuego sin tener licencia para usarla. Como se ve, no es que el delito de tenencia ilegal de armas sea indispensable para poder cometer el homicidio, pero se vinculan a éste en razón de la acción única.

D) *Concurso ideal impropio*

Nos encontramos ante un concurso ideal impropio cuando uno de los delitos cometidos es medio indispensable para cometer el otro.

*Muñoz Conde*¹⁷⁸ nos dice que en verdad: “No hay un solo hecho, sino dos perfectamente diferenciados”, pero es debido a su íntima conexión (teleológica) que se los equipara.

176 PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal*. PG, p. 542.

177 Exp. Nº 573-97-Huari, en: CARO JOHN, José Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), *Diccionario de jurisprudencia penal*, p. 112.

178 PEÑA CABRERA, Raúl, op. cit., p. 223.

Es el caso del hurto agravado expuesto anteriormente, donde se verifica el delito de daños y el de violación domiciliaria.

V. PLURALIDAD DE ACCIONES Y PLURALIDAD DE DELITOS: CONCURSO REAL DE DELITOS

V.1. DEFINICIÓN

Se da cuando el sujeto realiza dos o más conductas jurídicamente relevantes,¹⁷⁹ cada una de ellas constitutiva de un delito autónomo. Para ello, el mecanismo procedente es el de la acumulación, pero respetando el principio de proporcionalidad de la sanción penal.

Un microcomercializador de drogas primero busca quien le provea de mercancía, realiza negociaciones para acordar la forma de trabajo y pago. Luego, con la droga en su poder, busca un mercado y público objetivo. Para su seguridad se consigue un arma, documentos falsificados y contrata agentes de seguridad. Así continúa sus actividades, hasta que es intervenido por la policía. Como se aprecia en el ejemplo, existen varios actos físicos. Cada uno *per se* constituye un delito. Los actos independientes de portar armas de fuego sin licencia y comprar documentos falsificados son importantes en el análisis de la comisión de los delitos de tenencia ilegal de armas (art. 279° CP.) y falsedad material (art. 427° CP.), respectivamente.

V.2. TRATAMIENTO NORMATIVO

| Redacción original del Código Penal (1991) | Modificación por el artículo 3° de la Ley N° 28730 de 13 de mayo de 2006 |
|---|--|
| Artículo 50°. - Cuando concurren varios hechos que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el juez tener en cuenta los otros, de conformidad con el art. 48°. | Artículo 50°.- Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente ésta. |

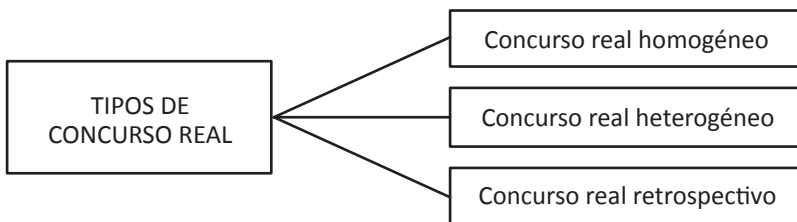
¹⁷⁹ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Controversias sobre la determinación del concurso de leyes y concurso de delitos*, en: "Diálogo con la Jurisprudencia", *Gaceta Jurídica*, N° 18, Lima, marzo, 2000, p. 22.

Como se puede apreciar, el cambio ha sido sustancial.¹⁸⁰ Se ha pasado de la valoración del concurso real en la pena del delito más grave, al principio de acumulación.

Pero, ciertamente resulta riesgoso aplicar la acumulación sin un criterio orientador. Puede llegarse a absurdos de imponer una condena durísima a un muchacho que ha realizado varios robos pequeños, o sentenciar a sujetos por demasiados años, cuando el delito sea gravemente penado.

Por esa razón es que se han fijado límites. No puede sentenciarse más allá del doble de la pena más alta. Y si esta sumatoria resultase en una importante cantidad de años, en ningún caso deberá excederse de los 35 años.

V.3. TIPOS DE CONCURSO REAL



A) Concurso real homogéneo

De modo similar que el concurso ideal homogéneo, el concurso real homogéneo consiste en la comisión de delitos de la misma naturaleza. Pero aquí no estamos ante una sola acción, sino ante varias.

Así, el único delito que ha cometido un muchacho en su vida es hurto simple (carterista). Encuadra su conducta en el concurso real homogéneo porque se trató de acciones distintas, recaídas sobre distintas víctimas, pero los delitos son de la misma naturaleza.

B) Concurso real heterogéneo

Se trata de diferentes acciones que implican diversos delitos.

¹⁸⁰ La modificatoria ha sido inspirada por la legislación española. En su art. 70°. 2 la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que: "(...) el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas (...) que no podrá exceder de 30 años".

El funcionario público es encontrado culpable de haber cometido los delitos de cohecho, colusión, malversación de fondos y peculado, desde que empezó sus funciones, por un período de 10 años. El autor cometió distintas acciones, a las que le corresponde distintas penas.

C) *Concurso real retrospectivo*

El concurso real retrospectivo consiste en el descubrimiento, luego de la sentencia condenatoria del agente, de otro delito cometido antes de dictarse la misma.

El Código Penal dispone que, conocido el nuevo delito, procede un nuevo proceso penal. Las penas obtenidas en este proceso deberán sumarse.¹⁸¹

Al respecto, el art. 51° del CP, preceptúa:

“Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente ésta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito”.

Los magistrados de la Corte Suprema se han pronunciado respecto a este tema en el R.N. Nº 367-2004:

“El denominado concurso real retrospectivo, contemplado en el art. 51° del Código Penal, se produce cuando los delitos que componen concurso no han sido juzgados simultáneamente en un solo proceso. Esto es, el procesado ha sido autor de varios delitos, pero inicialmente fue juzgado y condenado solo por uno o algunos de los delitos cometidos. De allí que al descubrirse con posterioridad a tal juzgamiento (sic). Sin embargo, tal anomalía procesal no afecta la integridad del concurso real de delitos que cometió el agente”.¹⁸²

181 Ya no se toma en cuenta si se trata de un delito con mayor o menor pena, para saber si se sobresee o si se abre un proceso para aumentar la pena.

182 CARO JOHN, Jose Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), *Diccionario de jurisprudencia penal*, p. 114.

VI. CONCURSO APARENTE DE LEYES

VI.1. CONCEPTO

Estamos ante el caso de una acción que aparentemente es pasible de ser sancionada por varios delitos.

Nos dice *Muñoz Conde* que aparentemente son aplicables varios preceptos penales, pero que luego de interpretar correctamente, se deduce que solo uno de ellos es realmente aplicable.¹⁸³

VI.2. RINCIPIOS APLICABLES AL CONCURSO APARENTE DE LEYES

A) Principio de identidad

El ordenamiento jurídico no sanciona dos veces el mismo hecho.

B) Principio de alternatividad

Carlos Santiago Nino nos dice que “lo mínimo que puede exigirse para hablar de concurso entre dos leyes es que haya un ámbito en que ambas se puedan superponer; en la llamada alternatividad esa posibilidad está excluida por razones lógicas”.¹⁸⁴

C) Principio de especialidad

Se aplica la ley penal especial sobre la general.

Debido a este principio es que se sanciona como parricida (art. 107° CP.) y no como homicida simple (art. 106° CP.) al hijo que mata a su madre.

D) Principio de subsidiaridad

Si la conducta no se subsume en las normas penales más drásticas, es posible que haya otra, aun con una penalidad menor, pero que comparta elementos típicos, donde sí pueda encajarse la acción.

Se pone como ejemplo el caso de la atribución del delito de difamación, pero éste no satisface todos sus elementos típicos, lo que sí hace el delito de injuria.

183 MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *DP. PG*, pp. 221 y 222.

184 NINO, Carlos Santiago, *El concurso en el Derecho Penal. Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la clasificación penal de una conducta*, Buenos Aires 1972, p. 64. Ver también: BELING, Ernst Von, *Esquema de Derecho Penal: La doctrina del delito tipo*, tr. Sebastián Soler, Buenos Aires: Ed. Depalma, 1944, p. 133.

E) Actos anteriores o posteriores impunes

Se debe analizar si a la conducta punible la precede o sigue otra, también punible, pero que debemos elegir para la persecución penal por comprender la acción total del agente en ella.

Es el caso de los daños ocasionados por la destrucción (art. 205° CP.) del bien mueble hurtado (art. 185° CP.). Se toma el primero porque el reproche del segundo ya se encuentra en el primer tipo penal.

CASOS

117. A la semana de haberle robado con mucha violencia a Faviola, John decide venderle al conocido delincuente apodado "Nash" la cámara filmadora que le correspondía del delito que ambos perpetraron.

a) Al aceptarlo, ¿además de ya haber cometido un robo agravado, comete Nash el delito de receptación?

No, el autor de robo no puede ser autor de receptación por el mismo bien sustraído en coautoría.

b) ¿Hay concurso de las figuras delictivas?

No habiéndose cometido el delito de receptación, no existe concurso con el robo.

118. Fernando y Lucho se ponen de acuerdo en matar a José Luis. Para esto, Fernando crea un pequeño incendio y alarma a todos en el edificio. Aprovechando el alboroto, Lucho (aficionado al tiro al blanco) acierta un disparo en el rostro de José Luis.

a) Siendo partícipes del delito, ¿responden ambos por homicidio y además por daños (debido al incendio)?

b) ¿Hay concurso de delitos entre daños y estragos (arts. 205° y 273° del CP.)?

c) Si José Luis se queda en el edificio, porque para él Fernando siempre miente, y muere no por el disparo de Lucho (falla el plan) sino por el incendio provocado, ¿se aplica el delito de homicidio simple (en grado de tentativa), homicidio calificado por medios estragosos o daños agravados por muerte de personas? ¿O, por último, todos los delitos a la vez?

119. A Enrique siempre le ha fascinado la genética. Dispuesto a ser el primer sudamericano en hacer clonaciones humanas, invierte todo su dinero en un laboratorio personal. Sin embargo, Enrique fue un frecuente aplazado en los cursos

de la universidad, llegando a terminar la carrera de Biogenética diez años después que sus compañeros de promoción. Así, con ayuda de su mujer, quien es obligada mediante violencia a servir de prueba, logra obtener un primer embrión que hace anidar en el útero de su mujer. Él ignora por completo que en el tiempo que demoraba en sus cavilaciones fútiles, ella se encontraba con otro hombre, quien mantenía de facto el hogar conyugal, ya que Enrique no recibía ingreso alguno por sus “estudios”. Producto de esos encuentros, en ella estaba fecundándose un óvulo, que se anidaría con éxito horas después que le implantara su marido el embrión “manipulado” (que muere rápidamente).

Enrique se entera que manipular genes con fines de clonación humana es un delito penado con seis a ocho años. Esa idea le repugna, por lo que quiere borrar toda evidencia de sus pruebas. Mediante violencia interviene quirúrgicamente a su mujer y le practica un aborto.

- a) **¿Qué tipo de concurso hay en esta multiplicidad de actos?**
- b) **¿Qué delitos son atribuibles a Enrique, y en qué grado?**

120. John acaba de consumir el acto sexual con su víctima menor de diez años. La niña está consciente en todo momento, pero muy asustada. John se da cuenta de que el sol está en el meridiano y hay mucha gente en la calle. Su única alternativa para no ser descubierto es matarla o esconderla hasta después. Opta por amarrarle la boca para que no pueda gritar y cierra con seguro la puerta, mientras está afuera trabajando. No le fue bien en el trabajo, todo el día ha pensado en lo que hizo con la niña. A su regreso, a medianoche, entra a su casa y la ve dormida en el suelo, tal como la dejó, pero tiritando de frío. Cree que lo más conveniente es acabar con todo de una vez. Sin mayor ruido la degüella y luego él se corta las venas.

John había dejado la puerta abierta y los vecinos entraron por curiosidad, descubriendo el cadáver de la menor y el cuerpo del asesino, pero sin sospechar la violación. John fue rescatado a tiempo, no había hecho correctamente los cortes para morir al instante, pero si lo suficientemente graves para poner en mucho riesgo su vida a mediano plazo; la niña no pudo salvarse.

- a) **¿Se evidencia una única acción en todo el proceder de John?**
- b) **¿Podría haberse configurado un concurso entre los delitos de violación, secuestro y homicidio (asesinato, en su caso)?**
- c) **¿Existe concurso? ¿De qué tipo?**

121. Alejandro Villarroel, alias “El papi” es una persona dedicada a negocios turbios tales como el proxenetismo y tráfico de personas. En uno de sus tantos

viajes de “Reclutamiento” trae (sin documentos en regla) a 7 meretrices argentinas que elevarán el “estatus” de uno de sus locales. La policía lo atrapa cuando entraba con las mujeres al local donde iban a empezar a “trabajar”.

- a) **¿Podríamos considerar que su acción infringe una sola o varias disposiciones legales?**
- b) **¿Se trataría de un concurso real o ideal de delitos? ¿De qué tipo?**

122. Juan, líder de un movimiento ateo, decide cometer lo que él espera se considere un sacrilegio. Hurta todos los ornamentos de oro y plata de La Catedral de Lima. Luego se los vende a Felipe contándole la verdad. Felipe solo accedió a comprarlos cuando Juan le dio la idea de fundirlos inmediatamente, para no ser descubierto, como se hizo finalmente.

- a) **¿Además del hurto, se debe castigar también a Juan por instigación a la receptación o daños en las cosas?**
- b) **Si Felipe funde los materiales solo después de enterarse por las noticias que atraparon a Juan y que estaría dispuesto a delatar a sus cómplices del delito, ¿estaríamos en una etapa consumativa o de agotamiento del delito (de Juan)? ¿Sería Felipe cómplice del hurto?**

123. El Sr. Torres, funcionario público, pretende violar a su secretaria. Pero, cuando se acercaba a su oficina, la descubre con otro joven, quien podría defenderla, por lo que decide matarlo primero. Así lo hace, y en el ínterin la joven, espantada, escapa corriendo del lugar.

- a) **¿Hay concurso entre los delitos de homicidio y violación?**
- b) **¿Se puede decir que hubo un comienzo de la fase ejecutiva del delito de violación?**

124. Jim, se encuentra en la oficina del gerente del banco, donde sabe se halla la caja fuerte. Para llegar allí tuvo que lisiar al único vigilante de turno. Una vez dentro de la oficina, ve por la ventana que el Sr. Rods —enemigo suyo— está pasando por la calle. Jim no lo duda: saca su escopeta, le dispara a la cabeza y en el pecho, matándolo en el acto. Luego de ello, termina lo que había ido a hacer y sustrae todo el dinero de la caja, US\$ 2,000,000.

- a) **¿El homicidio de Jim contra el Sr. Rods, entra en concurso con los delitos de robo y lesiones al vigilante?**
- b) **¿Se suspende la fase ejecutiva del delito de robo por el hecho del asesinato de Rods?**

125. Julio César, alias “Cabezón”, tiene como objetivo robar la joyería Claudia’S, que se encuentra exhibiendo la joya más preciada del mundo, la “Pink Panther”. Durante el robo, necesita imperiosamente destruir el equipo de seguridad de la joyería, valorizado en medio millón de dólares.

- a) ¿Entran en concurso los delitos de robo y de daños?**
- b) Si por seguridad, la joya hubiera sido retirada previamente, ¿habría tentativa de hurto de todos modos?**

BIBLIOGRAFÍA

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos / ROBLES BRICEÑO, Meri, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia de la Corte Suprema*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Bogotá: Temis, ANUD, 1984.

———. *Lineamientos de la teoría del delito*, 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

———. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Bogotá: Temis, ANUD, 1996.

———. *Principios de Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Akal, 1998.

———. *Derecho Penal. Parte general*. Lima: Ara Editores, 2004.

BATISTA, NILO, *Concurso da agentes*, Río de Janeiro: 1979.

BELING, Ernst Von, *Esquema de Derecho Penal: La doctrina del delito tipo*, tr. Sebastián Soler. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1944.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis, *Código Penal anotado*. Lima: San Marcos, 1998.

———. *Controversias sobre la determinación del concurso de leyes y concurso de delitos*, en: "Diálogo con la Jurisprudencia", *Gaceta Jurídica*, N° 18, Marzo del 2000.

BUSTOS, Juan, *Obras completas*, T. 1, *Derecho Penal*. Lima: Ara Editores, 2001.

CARO JOHN, José Antonio (dir.)/ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (coord.), *Diccionario de jurisprudencia penal*. Lima: Grijley, 2007.

CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales del Derecho Penal*, México: Jurídica Mexicana, México 1959, p. 227.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.

CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Chile, 1982.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico: Parte general*, 1a ed. Lima: ARA Editores, 2003.

GIMBERNART ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en el derecho español*, Madrid: 1966.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, reimpresión de la 1ª ed. Madrid: Civitas, 1988.

GRAF ZU DOHNA, Alexander, *La estructura del delito*, (trad. Carlos Fontán Bales- tra), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

HUERTA BARRÓN, Godofredo Miguel, *Temas de Derecho Penal General*. Lima: Academia de la Magistratura, 2004.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte general I*, 3ª ed. Lima: Grijley, 2005.

JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. (trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo). Madrid: Comares. 1995

JIMENEZ DE ASÚA, Luis, *Los principios del Derecho Penal. La ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1990. *Jurisprudencia Penal II*. Trujillo: Normas Legales, 2005.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho Penal. Parte general*, T. I, Lima: Gri- jley, 2004

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel, 1962.

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte general. 1, Teoría gene- ral del Derecho Penal y estructura del hecho punible*, (trad. Jorge Bofill y Enrique Aimone Gibson). Buenos Aires: Astrea, 1994.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, 7ª ed. Barcelona: Editorial Rep- pertor, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 9ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993.

———. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

NINO, Carlos Santiago, *El concurso en el Derecho Penal. Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la clasificación penal de una conducta*, Buenos Aires: 1972.

NUÑEZ, Ricardo C., *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires: Jurídicas Europa - América, 1958.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Impunidad e inimputabilidad*. México: Porrúa S.A., 1993.

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial I. De acuerdo al nuevo Código Penal*, Vol. I. Lima: Ediciones Jurídicas, 1992.

———. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 3era ed. Lima: Grijley, 1997.

———. *Tratado de Derecho Penal. Estudio pragmático de la parte general*, 3ª ed. Lima: 1999.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*. Barcelona: Cymis, 1974.

REYES ALVARADO, Yessid, *Imputación objetiva*, 2ª ed. Bogotá: Temis, 1996.

REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Imputabilidad*. Bogotá: Temis, 1989.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Gaceta Jurídica, Lima.

ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, (trad. Manuel Abanto Vásquez). Lima: Idemsa, 2007.

———. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 1994.

———. *Derecho Penal. Parte general*, t. I, (trad. Diego Manuel Luzón Peña y otros). Editorial Civitas, 1997.

SAMPEDRO ARRUBIA, Julio Andrés, *El problema de inimputabilidad por trastorno mental*. México: Jurídica Mexicana, .

STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte general*, t. I. (trad. Manuel Cancio Meliá y Gustavo Sancinetti). Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

Tribunal Constitucional. Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional. Lima: Palestra, 2006, pp. 27- 28.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal. Parte general.* Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1995.

VILLAVICENCIO, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general,* Editorial Cusco, Lima 1990.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán.* Santiago: Ediciones Jurídicas de Chile, 1976.

———. *Derecho Penal alemán. Parte general,* 12ª ed. alemana, 3ª ed. castellana, Santiago: Editorial Jurídica Chile, 1987.

WESSELS, Johannes, *Derecho Penal. Parte general.* Buenos Aires: Depalma, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal.* Buenos Aires: Ediar, 1982.
———. *Manual de Derecho Penal. Parte general,* t. II Lima: Ediciones Jurídicas, 1998.

Convenios Internacionales. Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante) Anexos: Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Lima: Edición oficial, Ministerio de Justicia, 1993.

B. ACUERDOS PLENARIOS DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIA PENAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO Nº 3-2005/CJ-116

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL. ART. 116º TUO LOPJ

ASUNTO: Intervención de tres o más agentes.
Alcances del Art. 297º.6 del Código Penal

Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301º-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos –sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo

examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas-, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala Penal de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvió presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria Suprema que analiza la exigencia de concertación o acuerdo previo para realizar el hecho punible de tráfico ilícito de drogas. Se trata de precisar los alcances del inciso 6° del artículo 297° del Código Penal.
4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designo como ponente al señor Lecaros Cornejo, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. La primera parte del inciso 6 del artículo 297° del Código Penal, modificado por la Ley 28002, del diecisiete de junio de dos mil tres, conmina con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación, cuando el delito de tráfico ilícito de drogas es “...es cometido por tres o más personas...”.
7. El objeto de la norma antes descrita es sancionar con severidad -por su carácter agravado- a quienes participan en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas en tanto integran un conjunto de tres o más personas. A este respecto es de destacar y señalar que:

- a) La sola existencia o concurrencia, sin más, de una pluralidad de agentes (tres o más) en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas no tipifica la circunstancia agravante del artículo 297°.6 del Código Penal, pues tal consideración violaría el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal).
- b) La simple ejecución del delito, sin que exista concierto entre por lo menos tres participantes, no es suficiente para concretar la circunstancia agravante antes citada. Es imperativo el conocimiento por parte de cada participante de la intervención de por lo menos tres personas en la comisión del delito. Es decir, la existencia e intervención de tres o más agentes en el tráfico ilícito de drogas debió ser para el agente, por lo menos, conocida y contar con ella para su comisión, para que su conducta delictiva pueda ser subsumida en el citado inciso 6) del artículo 297° del Código Penal.
- c) Es entonces el conocimiento, según las pautas ya descritas, un elemento esencial que debe estar presente y ser ponderado por el órgano jurisdiccional. Si quien participa en el hecho, como parte de un plan determinado, no conoce que en el mismo intervienen -o necesariamente intervendrán- por lo menos tres personas, incluida él, no será posible ser castigado por dicha agravante.
- d) La decisión conjunta o común del hecho en sus rasgos esenciales de por lo menos tres personas, sin perjuicio de su concreta actuación material, es esencial para poder vincular funcionalmente los distintos aportes al delito en orden a la agravante en mención. Al no presentarse tal decisión, que exige el conocimiento de la intervención de por lo menos otras dos personas, no será posible calificar el hecho, para la persona concernida, en el inciso 6) del artículo 297° del Código Penal.

III. DECISIÓN.

- 8. En atención a lo expuesto, el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas al amparo de lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

- 9. **ESTABLECER** como reglas de interpretación del artículo 297°.6 del Código Penal, las que describen en el párrafo 7° del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dicho párrafo, constituye precedente vinculante.

10. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
11. **PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

SS.

SIVINA HURTADO
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
BALCAZAR ZELADA
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
PRÍNCIPE TRUJILLO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA**

ACUERDO PLENARIO Nº 4-2005/CJ-116

**CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL.
ART. 116º TUO LOPJ**

ASUNTO: Definición y estructura típica del delito de peculado. Art. 387º del Código Penal

Lima, treinta de septiembre del dos mil cinco.

Los Vocales Supremos en lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales Supremos en lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301º - A del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número 959, y 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial
2. Para efectos -sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas – y con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala Penal, un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala Penal de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvió presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan la estructura típica del delito de peculado, por cuanto resulta pertinente precisar definiciones relativas al tipo penal antes citado, y, por consiguiente permita deslindar esta figura típica de los demás tipos penales que se encuentran comprendidos en el Título XIII del Código Penal - Delitos contra la Administración Pública.
4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Gonzáles Campos, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. El artículo 387° del Código Penal vigente, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que *“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...”*; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como *“Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos”*; concluyendo en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes *“Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social”* (Forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N° 26198 del 13 de junio de 1993). Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de

libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico - penal: **a)** garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y **b)** evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

7. Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: *apropiar* o *utilizar*, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:
 - a) *Existencia de una relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.
 - b) *La percepción*, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. *La administración*, que implica las funciones activas de manejo y conducción. *La Custodia*, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.
 - c) *Apropiación* o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: *utilizar*, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.
 - d) El destinatario: *para sí*. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. *Para otro*, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

- e) *Caudales y efectos*. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.
8. Respecto a la *conducta culposa*, es de precisar que dicha figura no esta referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, *se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público*. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, *no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente*.
9. En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: “la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público” como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como:
- a) *La sustracción*. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.
- b) *La culpa del funcionario o servidor público*. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. *Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público*.

III. DECISIÓN.

9. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

ACORDÓ:

10. **ESTABLECER** como doctrina legal, las definiciones precisadas y la estructura típica del delito de peculado, las que se describen en los párrafos 6º, 7º y 8º del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedente vinculante.
11. **PRECISAR** que el principio jurisprudencial antes mencionado debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
12. **PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

SS.

SIVINA HURTADO
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
BALCAZAR ZELADA
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
PRÍNCIPE TRUJILLO.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE
Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO Nº 2-2006/CJ-116

**CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL.
ART. 116º TUO LOPJ**

ASUNTO: Combinación de Leyes o Unidad
en la aplicación de las leyes.

Lima, trece de octubre de dos mil seis.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria –de donde emanaron las Ejecutorias analizadas-, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y se deciden por la aplicación del denominado principio de combinación de leyes y, alternativamente, del denominado principio de unidad en la aplicación de leyes. Entre ellas las Ejecutorias recaídas en las consultas número 69-2005/Ayacucho, del 11 de junio de 2005, y número 110-2005/Puno, del 28 de abril de 2006.
4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría de 10 votos por la primera posición: combinación de leyes contra 4 votos: unidad en la aplicación de la ley, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente del voto de mayoría al señor Molina Ordóñez, y como redactor del voto de minoría al señor San Martín Castro.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo. Sin embargo, como excepción a este carácter irretroactivo surge el principio consagrado en el segundo párrafo del artículo ciento tres de la Constitución Política que establece la retroactividad de la “Ley penal más favorable al reo en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”, y que tácitamente desplaza a la regla *tempus regit actum*.
7. En igual sentido, el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la norma *normarum*, estatuye que “*es principio y derecho de la función jurisdiccional: La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales*”.
8. Asimismo, el artículo seis del Código Penal prescribe que la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible; empero, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Dicha disposición es conexas con el principio constitucional de la aplicación retroactiva de la Ley en cuanto le sea favorable al reo.

9. Bajo esas premisas legales puede extraerse del texto de los citados preceptos que la ley penal aplicable a una relación jurídica será la que se encuentre vigente cuando sucedió la *quaestio facti* -como regla general- o, en su defecto, la que se promulgue con posterioridad siempre que sea más beneficiosa. Para establecer la mayor benignidad en la sucesión de leyes aplicables a un caso concreto -cuando concurra más de una ley desde el momento de ocurrido los hechos- debe efectuarse una comparación entre el contenido de los dispositivos que contengan y sobre ese mérito decidirse por la que sea más favorable al reo.
10. Sin embargo, también es posible que se pueda elegir de entre dos leyes penales sucesivas en el tiempo los preceptos más favorables, en virtud al "*principio de combinación*" que permite al juzgador poder establecer una mayor benignidad penal a favor del reo.
11. Es congruente con la finalidad esencial de favorabilidad que se pueda reconocer -dentro de las leyes penales- los preceptos que más favorezcan al reo, pues si se autoriza escoger entre dos leyes distintas -íntegramente- en el tiempo, resulta coherente y razonable que puedan combinarse, para buscar un tratamiento más favorable al reo.
12. Cabe enfatizar que con ello no se esta creando una tercera Ley o *Lex tertia*, sino que se esta efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad. Por lo demás, esta concepción guarda concordancia con el principio de necesidad de la intervención penal, porque cuando se producen variaciones en los preceptos que integran las normas penales y que favorecen al reo, es evidente que el legislador ha estimado necesario regular -en sentido benéfico- la intervención penal.
13. Por lo demás, el legislador ha consagrado el "*principio de combinación*" en la Exposición de Motivos del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, a cuyo efecto ha señalado que "*En acatamiento del artículo doscientos treinta y tres inciso siete de la Constitución Política [de mil novecientos setenta y nueve], se prescribe la aplicación de 'lo más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales' (artículo seis). De esta manera el Proyecto sustituye el principio de la unidad de leyes aplicable, ya fuese la precedente, la subsecuente, o la intermedia, según consagra el artículo siete, del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, por el nuevo principio de la combinación, que toma lo más benigno que tenga cada una de las normas sucesivas*".

III. DECISIÓN.

14. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por mayoría de 10 votos contra 4;

ACORDÓ:

15. **ESTABLECER** como doctrina legal, respecto al principio de combinación de leyes, que es de aplicación en el conflicto de leyes penales en el tiempo, pudiendo escogerse lo más favorable de una y otra ley, siempre que sea más favorable al reo. Los principios jurisprudenciales que rigen son los señalados en los párrafos 10 a 13 de la presente Sentencia Plenaria.
16. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales antes mencionados constituyen precedentes vinculantes para los Magistrados de todas las instancias judiciales, y que, en todo caso, las Ejecutorias Supremas dictadas con anterioridad, en cuanto a la doctrina legal que consignaron, quedan modificadas conforme a los términos del presente Acuerdo Plenario.
17. **PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA
GONZÁLES CAMPOS
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ
PEIRANO SÁNCHEZ
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
URBINA GANVINI

VOTO EN MINORÍA DE LOS SEÑORES SIVINA HURTADO, SAN MARTÍN CASTRO, VALDEZ ROCA Y CALDERÓN CASTILLO.-

Los señores Vocales Supremos que suscriben discrepan radicalmente de los fundamentos y sentido del voto mayoritario que antecede. Los motivos de nuestra discrepancia, redactados por el señor San Martín Castro, son los siguientes:

1. La Constitución Política de 1993 en materia de aplicación temporal de la ley penal sustantiva consagra, en primer lugar, que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando ésta favorece al reo –artículo 103°, segundo párrafo-; y, en segundo lugar, que en caso de conflicto entre leyes penales se debe aplicar la ley más favorable al procesado –artículo 139°, literal 11)-. Ambas disposiciones constitucionales –vinculadas, a su vez, al principio limitador del *ius puniendi* que es el de legalidad (artículo 2°, numeral 24°, literal ‘e’, de la Ley Fundamental) y, dentro de él, a la denominada garantía ‘criminal’, asociada entre otras a la exigencia genérica de prohibición de retroactividad (*lex praevia*)- consagran, de un lado y como regla general, el principio “*tempus regit actum*”, y de otro lado, como excepción común al Derecho penal, la exigencia de ley previa que expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición –una ley penal de esas características sólo tiene efectos *ex nunc*, no *ex tunc*- y que, a su vez, garantiza la vigencia material del principio de seguridad jurídica: sólo si una conducta está previamente prohibida puede el ciudadano saber que si la realiza incurre en responsabilidad, sólo así puede acomodarse a la ley y disfrutar de seguridad en su posición jurídica.
2. En este sentido, desarrollando en lo pertinente ambos preceptos constitucionales, el artículo 6° del Código Penal precisa: “*La Ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible [tempus commissi delicti]. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales*”. Es evidente, entonces, en *primer lugar*, que el conflicto ha de producirse entre dos o más leyes penales y no entre las diversas disposiciones de dichas leyes, esto es, entre la ley derogada y la nueva ley; y, en *segundo lugar*, que ni los preceptos constitucionales citados ni el mencionado artículo 6° del Código Penal estatuyen que debe aplicarse en caso de conflicto temporal los aspectos de las leyes opuestas que sean más favorables al acusado. Lo que en buena cuenta hace el voto mayoritario es ‘crear’ jurisprudencialmente una tercera ley con disposiciones no incorporadas puntualmente en una norma con rango de ley, vista como totalidad o como unidad.
3. La invocación a la exposición de motivos del Código Penal vigente no es de recibo, *primero*, porque si bien es válido y razonable utilizarla como un criterio

que ayuda a la interpretación normativa, en si misma no es una fuente formal del ordenamiento jurídico, la que se circunscribe a los preceptos de la propia ley, a su sentido literal posible; y, *segundo*, por cuanto en el caso concreto lo expuesto en la exposición de motivos, en puridad, no se refiere al texto, tal y como fue aprobado, del artículo 6° del Código Penal. Éste hace mención, con palpable claridad, a la ley más favorable; no se refiere a los aspectos favorables de una ley para aplicarlos con relativa independencia del texto íntegro de la misma y, de ese modo, en comparación con la ley o leyes derogadas, ‘construir’ pretorianamente una disposición *ad hoc* para el caso concreto, vulnerando la vocación de generalidad de toda norma jurídica y, adicionalmente, el principio constitucional de separación de poderes. No se puede confundir, entonces, “ley” con “artículo de la ley”.

4. En tal virtud, es de precisar que cuando se presenta un supuesto de conflicto de leyes penales en el tiempo ha de acogerse, como regla básica y fundamental, el principio de unidad de aplicación de la ley –criterio de alternatividad estricta de las leyes penales en conflicto–, de suerte que a los efectos de escoger la solución más favorable se ha de considerar como hipotéticamente coexistentes las leyes que se han sucedido desde el momento de la comisión del delito y deberá compararse in concreto o en bloque y aplicarse de manera completa –como un todo– la ley que permita la consecuencia menos gravosa –perspectiva de análisis referida al caso concreto– [El Juez debe considerar paralelamente el resultado a que se llegaría con una y otra ley y aplicar la más benévola, debe referirse al caso que se juzga]. No es posible aplicar los aspectos más beneficiosos de una ley y de otra –comixtión de ambas leyes– pues con ello el órgano jurisdiccional estaría creando una nueva ley o *lex tertia* que no existe con fragmentos de otras dos, asumiendo de ese modo funciones legislativas que no le competen y que la Constitución entrega al Congreso de la República, obviando además los criterios generales establecidos por el legislador.
5. En la práctica jurisprudencial es frecuente la invocación a la aplicación de las disposiciones sobre prescripción y, simultáneamente, de los preceptos que regulan las penas conminadas en los tipos legales respectivos, lo que ha determinado que en muchos casos el órgano jurisdiccional ‘combine’ desde una perspectiva temporal las disposiciones respectivas de las leyes en conflicto. Sin embargo, esa solución no es aceptable porque aún cuando se afirme la posibilidad de aplicar dos disposiciones de leyes penales diferentes –sólo factible, según esa concepción, en las denominadas ‘*leyes complejas divisibles*’–, en el caso de dos instituciones con diferente nivel de tratamiento y concepción jurídica no es posible tal fraccionamiento, y de hacerlo –como lamentablemente se viene haciendo– equivaldría a crear una tercera ley,

lo cual está constitucionalmente prohibido –y así lo dicen los partidarios de esa concepción-; en este caso ni siquiera se aplica por separado cada clase de reacción penal según la fase de determinación que corresponda, sino que se combinan reglas jurídicas indivisibles pertenecientes a diferentes ámbitos jurídicos. Así las cosas, no se trata siquiera de una interpretación integrativa, sino de una creación judicial de una tercera ley.

6. Por consiguiente, no cabe invocar el principio de combinación de leyes penales para resolver un conflicto de leyes penales en el tiempo. Nuestra Constitución y el Código Penal asumen la concepción de unidad de la aplicación de la ley penal material, esto es, el criterio de alternatividad estricta.

SS.

SIVINA HURTADO

SAN MARTÍN CASTRO

VALDEZ ROCA

CALDERÓN CASTILLO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALES PENALES PERMANENTE
Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO N° 3-2006/CJ-116

**CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL
ART. 116° TUO LOPJ**

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

Lima, trece de octubre dos mil seis.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria –de donde emanaron las Ejecutorias analizadas-, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.
3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria Suprema que analiza y fija criterios para solucionar la colisión que puede

presentarse entre el delito contra el honor –protección constitucional al honor y a la reputación- y el derecho constitucional a la libertad de expresión. Se trata de la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número 4208-2005/Lima, del 18 de octubre de 2005.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en la Ejecutoria Supremas analizada, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores San Martín Castro y Calderón Castillo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. Los artículos 130° al 132° del Código Penal instituyen los delitos de injuria, difamación y calumnia como figuras penales que protegen el bien jurídico honor. El honor es un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico, pero que en todo caso, desde una perspectiva objetiva, aluden a la suma de cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan. Desde un sentido 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 [en igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia número 0018-1996-AI/TC, del 29.4.1997, que hace mención al honor interno y al honor externo, y llega a decir que la injuria, a diferencia de la difamación y la calumnia, sólo inciden el honor interno, que es muy subjetivo]. Este bien jurídico está reconocido por el artículo 2°, numeral 7), de la Constitución, y constituye un derecho fundamental que ella protege, y que se deriva de la dignidad de la persona –constituye la esencia misma del honor y determina su contenido-, en cuya virtud los ataques al honor son ataques inmediatos a la dignidad de la persona. Su objeto, tiene expuesto el Tribunal Constitucional en la sentencia número 2790-2002-AA/TC, del 30.1.2003, es

proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión e información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso, puede resultar injuriosa o despectiva.

7. Paralelamente, la Constitución, en su artículo 2º, numeral 4), también reconoce y considera un derecho fundamental común a todas las personas las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social. Son sujetos de este derecho la colectividad y cada uno de sus miembros, no son sólo los titulares del órgano o medio de comunicación social o los profesionales del periodismo. Desde luego, el ejercicio de este derecho fundamental –dado el carácter o fundamento esencial que ostenta en una sociedad democrática [v.gr.: STEDH, Asunto Worm vs. Austria, del 29.8.1997, 47]- modifica el tratamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que las conductas objeto de imputación en sede penal han sido realizadas en el ejercicio de dichas libertades. Como es evidente, por lo general se presenta un problema entre la protección constitucional de dichas libertades y el derecho al honor, dada su relación conflictiva que se concreta en que el derecho al honor no sólo es un derecho fundamental sino que está configurado como un límite especial a las libertades antes mencionadas –tiene una naturaleza de libertad negativa, que en el Derecho penal nacional se aborda mediante la creación de los tres delitos inicialmente mencionados- [“Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común”: segundo párrafo del numeral 4) del artículo 2º Constitucional]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica, del 2 de julio de 2004, precisó que el derecho a la libertad de expresión y de pensamiento no es absoluto, cuyas restricciones deben cumplir tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática.
8. La solución del conflicto pasa por la 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 libertades de expresión –manifestación de opiniones o juicios de valor- y de información –imputación o narración de hechos concretos-, gozan de igual rango constitucional, por lo que ninguno tiene carácter absoluto respecto del

otro [ambos tienen naturaleza de derecho – principio]. A este efecto, uno de los métodos posibles, que es del caso utilizar para el juicio ponderativo, exige fijar el ámbito propio de cada derecho, luego verificar la concurrencia de los presupuestos formales de la limitación, a continuación valorar bajo el principio de proporcionalidad el carácter justificado o injustificado de la injerencia y, finalmente, comprobar que el límite que se trate respeta el contenido esencial del derecho limitado.

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

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

10. Un primer criterio, como se ha expuesto, está referido al ámbito sobre el que recaen las expresiones calificadas de ofensivas al honor de las personas. La naturaleza pública de las libertades de información y de expresión, vinculadas a la formación de la opinión ciudadana, exige que las expresiones incidan en la esfera pública –no en la intimidad de las personas y de quienes guarden con ella una personal y estrecha vinculación familiar, que es materia de otro análisis, centrado en el interés público del asunto sobre el que se informa o en el interés legítimo del público para su conocimiento-. Obviamente, la protección del afectado se relativizará –en función al máximo nivel de su eficacia justificadora- cuando las expresiones cuestionadas incidan en personajes públicos o de relevancia pública, quienes, en aras del interés general en juego, deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre –más aún si las expresiones importan una crítica política, en tanto éstas se perciben como instrumento de los derechos de participación política-: así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa, del 2 de julio de 2004, que tratándose de

funcionarios públicos ha expresado que su honor debe ser protegido de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. En todos estos casos, en unos más que otros, los límites al ejercicio de esas libertades son más amplios.

11. El otro criterio está circunscrito a los requisitos del ejercicio de las libertades de información y de expresión. Se ha respetar el contenido esencial de la dignidad de la persona. En primer lugar, no están amparadas las frases objetiva o formalmente injuriosas, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones –con independencia de la verdad de lo que se vierta o de la corrección de los juicios de valor que contienen-, pues resultan impertinentes –desconectadas de su finalidad crítica o informativa- e innecesarias al pensamiento o idea que se exprese y materializan un desprecio por la personalidad ajena. Es claro que está permitido en el ejercicio de las libertades de información y de expresión que se realice una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, pero no lo está emplear calificativos que, apreciados en su significado usual y en su contexto, evidencian menosprecio o animosidad.
12. En segundo lugar, el ejercicio legítimo de la libertad de información requiere la concurrencia de la veracidad de los hechos y de la información que se profiera. Debe ejercerse de modo subjetivamente veraz [el Tribunal Constitucional, en la sentencia número 0905-2001-AI/TC, del 14.8.2002, ha precisado al respecto que el objeto protegido de ambas libertades es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones –incluye apreciaciones y juicios de valor-; y, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimos por quienes tienen la condición de sujetos informantes]. Ello significa que la protección constitucional no alcanza cuando el autor es consciente de que no dice o escribe verdad cuando atribuye a otro una determinada conducta –dolo directo- o cuando, siendo falsa la información en cuestión, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad –dolo eventual-. En este último caso, el autor actúa sin observar los deberes subjetivos de comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma, delimitación que debe hacerse desde parámetros subjetivos: se requiere que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales [El Tribunal Constitucional, en la sentencia número 6712-2005-HC/TC, del 17.10.2005, precisó que la información veraz como contenido esencial del derecho no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontrastable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información].

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

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

13. Otra ponderación se ha de realizar cuando se está ante el ejercicio de la libertad de expresión u opinión. Como es evidente, las opiniones y los juicios de valor -que comprende la crítica a la conducta de otro- son imposibles de probar [el Tribunal Constitucional ha dejado expuesto que, por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas de cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad, Sentencia del Tribunal Constitucional número 0905-2001-AA/TC, del 14.8.2002]. Por tanto, el elemento ponderativo que corresponde está vinculado al principio de proporcionalidad, en cuya virtud el análisis está centrado en determinar el interés público de las frases cuestionadas -deben desbordar la esfera privada de las personas, única posibilidad que permite advertir la necesidad y relevancia para lo que constituye el interés público de la opinión- y la presencia o no de expresiones indudablemente ultrajantes u

ofensivas, que denotan que están desprovistas de fundamento y o formuladas de mala fe –sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a ese propósito, a la que por cierto son ajenas expresiones duras o desabridas y que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige.

III. DECISIÓN.

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

ACORDÓ:

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

SS.

SALAS GAMBOA
 SIVINA HURTADO
 GONZÁLES CAMPOS
 SAN MARTÍN CASTRO
 VALDÉZ ROCA
 BARRIENTOS PEÑA
 VEGA VEGA
 LECAROS CORNEJO
 MOLINA ORDÓÑEZ
 PEIRANO SÁNCHEZ
 VINATEA MEDINA
 PRINCIPE TRUJILLO
 CALDERON CASTILLO
 URBINA GAMBINI

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE
Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO N° 4-2006/CJ-116

**CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL.
ART. 116° TUO LOPJ**

ASUNTO: Cosa Juzgada en relación al delito
de Asociación ilícita para delinquir.

Lima, trece de octubre de dos mil seis.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria –de donde emanaron las Ejecutorias analizadas-, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.
3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria Suprema que analiza y fija criterios para delimitar la institución de la cosa juz-

gada respecto al delito de asociación ilícita para delinquir. Se trata de la Ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad número 4215-2004/Lima, del 5 de julio de 2005.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en la Ejecutoria Suprema analizada, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponentes a los señores Gonzáles Campos, San Martín Castro y Príncipe Trujillo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. El diseño de un Estado Democrático de Derecho importa limitaciones *al ius puniendi* del Estado, a toda la potestad sancionadora en general y a los procedimientos establecidos para dicho fin, en tanto significa el reforzamiento de la plena vigencia de los Derechos Fundamentales y de las condiciones de su realización.
7. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14°, inciso 7), estatuye que: *“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento en cada país”*.
8. La Constitución Política del Estado en el artículo 139°, inc. 13, establece que: *“La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”*.
9. El Código Penal en su artículo 78°, sobre las formas de extinción de la acción penal y la pena, señala: *“La acción penal se extingue:... 2) Por la autoridad de cosa juzgada”*. Esta norma hace referencia a la denominada *eficacia negativa* de la cosa juzgada, es decir, impide una nueva sentencia sobre el mismo objeto penal enjuiciado con anterioridad; evita que una misma persona pueda ser

enjuiciada dos veces por los mismos hechos en tanto se trate de un enjuiciamiento jurídico homogéneo.

10. Más precisamente, el mismo Código en su artículo 90° afirma que: *“Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente”*. Todas las resoluciones que ponen fin al proceso producen el efecto de cosa juzgada una vez firmes, precisión en la que se incluyen los autos de sobreseimiento en tanto se los considera como negación anticipada del derecho de penar del Estado.
11. Desde el punto de vista procesal, el artículo 5° del Código de Procedimientos Penales señala: *“Contra la acción penal puede deducirse las excepciones de Cosa Juzgada, cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona”*. Ello significa, en cuanto a los *límites subjetivos* de la cosa juzgada, que la única identidad que cabe entender es la pasiva o del condenado, esto es, a quien se le atribuye el hecho punible materia de condena firme –nunca la activa o del acusador- [en el proceso penal se busca la declaración de que existe el deber y el derecho de castigar, de imponer penas; este deber -derecho incide directa y solamente sobre la persona del acusado, lo que por razones de certeza y seguridad jurídicas prohíbe la extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal a un tercero, distinto del imputado].

Respecto a los *límites objetivos* de la cosa juzgada, se requiere que se trate tanto del mismo suceso histórico –identidad de una conducta que sucedió en la realidad externa- [hechos que han sido objeto de la acusación y posterior juicio], cuanto del mismo fundamento –que se subsuma en tipos penales o administrativos de carácter homogéneo-. Esto último –la denominada “consideración procesal del hecho”- debe entenderse desde una perspectiva amplia, de suerte que comprenda los concursos de leyes y reales de delitos o de ilícitos administrativos, con exclusión de los supuestos de delitos continuados y concursos ideales en que el bien jurídico fuera heterogéneo.

12. El delito de asociación ilícita está descrito en el artículo 317° del Código Penal. Dice la citada disposición: *“El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el sólo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años”*.

Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el sólo hecho de formar parte de la agrupación –a través de sus notas esenciales, que le otorgan

una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas- sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo.

Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan –no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar-, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

13. En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta concreción sobre los hechos punibles a ejecutar.

III. DECISIÓN.

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

ACORDÓ:

15. **ESTABLECER** como reglas de valoración las que se describen en los párrafos 6 al 13 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con lo sistematizado en el párrafo 13, constituyen precedentes vinculantes.
16. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

17. **PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA

SIVINA HURTADO

GONZÁLES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

VALDÉZ ROCA

BARRIENTOS PEÑA

VEGA VEGA

LECAROS CORNEJO

MOLINA ORDÓÑEZ

PEIRANO SÁNCHEZ

VINATEA MEDINA

PRÍNCIPE TRUJILLO

CALDERÓN CASTILLO

URBINA

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE
Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO Nº 6-2006/CJ-116

**CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL.
ART. 116º TUO LOPI**

ASUNTO: Reparación civil
y delitos de peligro.

Lima, trece de octubre de dos mil seis.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria –de donde emanaron las Ejecutorias analizadas-, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como base de la discusión los problemas que plantea la reparación civil respecto de los delitos de peligro. En no pocos casos ha llegado a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia supuestos en los que se recurría del objeto civil de la condena penal porque las Salas Penales Superiores estimaban que en esa clase de delitos, por ejemplo, el de tenencia ilícita de armas de fuego, no existía daño que resarcir.
4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en aisladas Ejecutorias Supremas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores San Martín Castro y Vega Vega, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. El proceso penal nacional, regulado por el Código de Procedimientos Penales, acumula obligatoriamente la pretensión penal y la pretensión civil. El objeto del proceso penal, entonces, es doble: el penal y el civil. Así lo dispone categóricamente el artículo 92° del Código Penal, y su satisfacción, más allá del interés de la víctima –que no ostenta la titularidad del derecho de penar, pero tiene el derecho a ser reparada por los daños y perjuicios que produzca la comisión del delito-, debe ser instado por el Ministerio Público, tal como prevé el artículo 1° de su Ley Orgánica.

El objeto civil se rige por los artículos 54° al 58°, 225°.4, 227° y 285° del Código de Procedimientos Penales y los artículos 92° al 101° del Código Penal –este último precepto remite, en lo pertinente, a las disposiciones del Código Civil-.

A partir de esas normas, nuestro proceso penal cumple con una de sus funciones primordiales: la protección de la víctima y aseguramiento de la reparación de los derechos afectados por la comisión del delito, en cuya virtud garantiza *“...la satisfacción de intereses que el Estado no puede dejar sin protección”*

(ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, página 27).

7. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aún cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un **daño civil** causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con '**ofensa penal**' – lesión o puesta en peligro de un (bien) jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil *ex delicto*, infracción /daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.
8. Desde esta perspectiva el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto **(1) daños patrimoniales**, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir –menoscabo patrimonial-; cuanto **(2) daños no patrimoniales**, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales –no patrimoniales- tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas –se afectan, como acota ALASTUEY DOBÓN, bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno- (Conforme: ESPINOZA ESPINOZA, JUAN: *Derecho de la responsabilidad civil*, Gaceta Jurídica, 2002, páginas 157/159).
9. Los **delitos de peligro** –especie de tipo legal según las características externas de la acción- pueden definirse como aquellos en los que no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en *peligro* de sufrir la lesión que se quiere evitar [*el peligro* es un concepto de naturaleza normativa en cuanto a que su objeto de referencia es un bien jurídico, aunque su fundamento, además de normativo, también se basa en una regla de experiencia o de frecuente que es, a su vez, sintetizada en un tipo legal], sea cuando se requiere realmente la posibilidad de la lesión –*peligro*

concreto- o cuando según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el *objeto protegido* –*peligro abstracto*- (BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE: *Derecho Penal – Parte General*, ARA Editores, Lima, 2004, página 223). Los primeros son, siempre, delitos de resultado, y los otros son delitos de mera actividad.

10. A partir de lo expuesto, cabe establecer si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aún cuando es distinto el objeto sobre el que recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados.

En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar *a priori* la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual-. Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión [el daño como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo] (conforme: ROIG TORRES, MARGARITA: *La reparación del daño causado por el delito*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, páginas 124/125).

Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía.

III. DECISIÓN.

11. En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

12. **ESTABLECER** como reglas de interpretación para la determinación de la responsabilidad civil en los delitos de peligro las que se describen en los párrafos 7 al 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.
13. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los Magistrados de las instancias correspondientes, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
14. **PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA

SIVINA HURTADO

GONZÁLES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

VALDÉZ ROCA

BARRIENTOS PEÑA

VEGA VEGA

LECAROS CORNEJO

MOLINA ORDÓÑEZ

PEIRANO SÁNCHEZ VINATEA MEDINA

PRÍNCIPE TRUJILLO

CALDERÓN CASTILLO

URBINA GANVINI

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE
Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO Nº 6-2007/CJ-116

**CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL.
ART. 116º TUO LOPJ**

ASUNTO: Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia.

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia otras Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la virtualidad procesal de la suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia—entre ellas, la recaída en el Recurso de Nulidad número 5762-2006/Cajamarca, del doce de noviembre de dos mil siete-.
4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Lecaros Cornejo, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. El Título V “Extinción de la acción penal y de la pena” del Libro Primero “Parte General” del Código Penal regula, entre otros aspectos, la suspensión de la prescripción de la acción penal. Según estatuye el artículo 84° del citado Código “*Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquél quede concluido*”. La citada disposición legal, así expuesta, existe como presupuestos que determinan el efecto suspensivo del plazo de prescripción, en *primer lugar*, que preexista o surja ulteriormente una cuestión jurídica controvertida que impida la iniciación o la continuación del proceso penal incoado; y, en *segundo lugar*, que la decisión que incida sobre la iniciación o continuación del proceso se realice en otro procedimiento, obviamente distinto del que se ve impedido de continuar o del que, por lo anterior, no pueda instaurarse.
7. La posibilidad de que el Supremo Tribunal conozca de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios –vía recurso de nulidad- pasa por el filtro del recurso de queja excepcional conforme a lo dispuesto por el apartado dos del artículo 297° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 959. El objeto de este recurso extraordinario es,

claro está, que la Sala Penal Suprema resuelva la admisibilidad de un recurso de nulidad rechazado por la Sala Penal Superior que actuó como Tribunal *Ad Quem*. El mencionado recurso será estimado siempre que “*se acredite que la resolución impugnada o el procedimiento que la precedió infringió normas constitucionales o normas con rango de ley directamente derivadas de aquéllas*”.

Es importante precisar que, como consecuencia de la interposición del recurso de queja, el Superior Tribunal dicta el auto concesorio respectivo y ordena la formación del cuaderno de queja. Éste se eleva al Supremo Tribunal, que absuelve el grado previo dictamen fiscal, y remite copia certificada de la respectiva Ejecutoria Suprema al Colegiado Superior, el que de estimarse el recurso interpuesto concede el recurso de nulidad antes denegado.

En este sentido, se debe dilucidar si la interposición del recurso de queja excepcional suspende los plazos de prescripción.

8. El *primer presupuesto* material que determina la suspensión del plazo de prescripción –indicado en el párrafo 6- se presenta, con toda evidencia, puesto que la interposición del recurso de queja da origen a una cuestión jurídica inédita, centrada en definir si el órgano jurisdiccional de mérito –en concreto, el *Tribunal Ad Quem*- vulneró la Constitución o, en un sentido más amplio, el bloque de constitucionalidad, de suerte que su dilucidación, más allá o independientemente del propio efecto del recurso en análisis, obliga a establecer si la causa debe o no continuar, si se abre o no una instancia jurisdiccional excepcional. Es decir, impide hasta su dilucidación el archivo definitivo del proceso penal incoado, el mismo que habría operado de no haberse interpuesto el citado recurso.
9. El *segundo presupuesto* material que ocasiona la suspensión del plazo de prescripción –precisado, igualmente, en el párrafo 6- también concurre en el presente caso. En efecto, como consecuencia de su interposición se forma un cuaderno de queja, que opera de forma independiente al expediente principal a través de un procedimiento, sin duda excepcional y autónomo, a mérito del cual el archivo de la causa se suspende hasta que no se resuelva el recurso de queja.
10. Por tanto, la incoación y trámite del recurso de queja respecto de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios se adecua a las exigencias de los procedimientos que suspenden la prescripción de la acción penal. En consecuencia, para el cómputo de los plazos de prescripción en el referido supuesto no puede considerarse el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepcional, como consecuencia del denegatorio del recurso de nulidad, y la remisión al Tribunal Superior de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso en cuestión y concede el recurso de nulidad respectivo.

III. DECISIÓN

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

ACORDARON:

12. **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos seis a diez, que para el cómputo de los plazos de prescripción en los procesos sumarios no se considera el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepción –contra la resolución que pone fin a la instancia- y la remisión de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso de queja y concede el recurso de nulidad respectivo al Superior Tribunal. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales Superiores deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.
13. **PRECISAR** que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
14. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA

SIVINA HURTADO

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

LECAROS CORNEJO

VALDEZ ROCA

MOLINA ORDÓÑEZ

PRÍNCIPE TRUJILLO

SANTOS PEÑA

CALDERÓN CASTILLO

ROJAS MARAVÍ

URBINA GANVINI

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE
Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO Nº 7-2007/CJ-116

**CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL.
ART. 116º TUO LOPJ**

ASUNTO: Violación Sexual: alcance interpretativo del artículo 173°.3 CP, modificado por la Ley número 28704 para la determinación judicial de la pena.

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas en las que la aplicación del inciso 3) del artículo 173° del Código Penal recaía sobre imputados mayores de 18 años y menores de 21 años de edad, a quienes se les impuso penas privativas de libertad no menores de 25 años.
4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponentes a los señores Villa Stein, Prado Saldarriaga y Lecaros Cornejo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. El artículo 22°, párrafo segundo, del Código Penal excluye el efecto atenuante que dicha norma establece en su párrafo inicial, para “ *el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua*”.
7. Por otro lado, el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal incorpora una prohibición y una penalidad excesivas en relación con otros delitos similares. Es así, por ejemplo, que el delito de abuso deshonesto o actos contra el pudor de menores, tipificado en el artículo 176° A del citado Código considera atípica la realización de tales actos si hay consentimiento y el sujeto pasivo tiene catorce o más años de edad. De igual manera, el artículo 179° A del texto punitivo sólo reprime con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, al que “ *mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce y menor de dieciocho años*”. Finalmente, el artículo 175° del aludido Código sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres

ni mayor de cinco años, a quien “ mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años”.

8. Al respecto, se tiene presente, como reconoce la doctrina y la jurisprudencia nacionales, el principio de proporcionalidad o de prohibición de o en exceso, incorporado positivamente en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en cuya virtud: “...la pena debe ser adecuada al daño ocasionado al agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado” (Felipe Villavicencio Terreros: *Derecho Penal – Parte General*, Editorial Grijley, Lima, dos mil seis, páginas ciento quince y ciento dieciséis). Por consiguiente, es función del órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena, cuando la proporcionalidad abstracta de la misma no ha sido respetada por el legislador, dentro de las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, de los principios y valores que lo informan.

En consecuencia, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad, es necesario adecuar la cantidad y la calidad de la pena al daño causado a la víctima, al perjuicio que con el delito de inflige a la sociedad y al grado de culpabilidad, así como al costo social del delito [entendido en su relación con sus consecuencias sociales y para el imputado –influencia en su mundo personal, familiar y social-] (ÁLVARO PÉREZ PINZÓN: *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, dos mil cinco, páginas ciento nueve y ciento doce).

9. A la luz de los antecedentes normativos y jurisprudencia evaluados se ha demostrado que el tratamiento penal que establece el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal –incluso si se tiene en cuenta delitos de un indudable mayor contenido de injusto, tales como los delitos contra la vida- es abiertamente desproporcionado en su escala punitiva abstracta. Por consiguiente, deben explorarse y desarrollarse propuestas jurisprudenciales que permitan alcanzar desde la determinación judicial de la pena una proporcionalidad concreta, adecuada y equitativa, en base a las circunstancias particulares del caso y a las condiciones especiales de los sujetos del delito.
10. En este contexto es pertinente sostener que si el legislador reprime con penas privativas de libertad no mayores de seis años las relaciones sexuales que mantiene el agente con el sujeto pasivo cuando media para ello engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, el órgano jurisdiccional no debe tratar con mayor severidad –por lo contradictorio e impicante que ello significaría desde las propias normas penales vigentes- a quien realiza prácticas

sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia.

11. Ahora bien, para una mejor determinación y justificación del tratamiento penal privilegiado del agente, en los términos anteriormente señalados, el órgano jurisdiccional debe considerar también la concurrencia en el caso *sub judice*, y según sus propias particularidades, de factores complementarios de atenuación como los siguientes:
 - a) Que la diferencia etarea estaría entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.
 - b) Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.
 - c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.
 - d) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.
12. Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179° A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso –como se ha indicado- median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica.

Por otro lado, si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años, y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviada tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal -que regula la institución del consentimiento-, puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse. Pero si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, como se ha dejado sentado y conforme a las pautas ya señaladas, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179° A del Código Penal.

Es claro, por lo demás, que cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y dieciocho años de edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el Estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta

última es incapaz, es de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal.

II. DECISIÓN.

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

ACORDARON:

14. **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos nueve al doce, los criterios para el alcance interpretativo del inciso 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley número 28704 en cuanto a la determinación judicial de la pena. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.
15. **PRECISAR** que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
16. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano". Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA

SIVINA HURTADO

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

LECAROS CORNEJO

VALDEZ ROCA

MOLINA ORDOÑEZ

PRÍNCIPE TRUJILLO

SANTOS PEÑA

CALDERÓN CASTILLO

ROJAS MARAVÍ

URBINA GANVINI

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE
Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO Nº 8-2007/CJ-116

**CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL.
ART. 116º TUO LOPI**

ASUNTO: Diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrante de una organización criminal

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan

las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la identificación de diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva del sujeto activo como integrante de una organización criminal. De tales Ejecutorias se evaluó como patrón decisional lo expuesto en el recurso de nulidad número 4156-2005/Lima, del dos de febrero de dos mil seis.
4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Prado Saldarriaga, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. La diferenciación sistemática que realiza el artículo 189° del Código Penal, respecto a la intervención de una pluralidad de agentes en la comisión de un robo, permite sostener que se trata de dos circunstancias agravantes distintas. Por un lado, la pluralidad de agentes prevista en el inciso 4) del primer párrafo alude a un *concierto criminal* en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Se trata, pues, de un supuesto básico de coautoría o coparticipación, en el que los agentes no están vinculados con una estructura organizacional y con un proyecto delictivo de ejecución continua. Por otro lado, la agravante que contempla el párrafo in fine del citado artículo alude a un proceder singular o plural de integrantes de una *organización criminal* sea esta de estructura jerárquica – vertical o flexible – horizontal.
7. En consecuencia, no son circunstancias compatibles. En la organización criminal la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación. Es decir, esta clase de agravante exige mínimamente que

el agente individual o colectivo del robo sea siempre parte de una estructura criminal y actúa en ejecución de los designios de ésta. Siendo ello así, la circunstancia agravante del inciso 4) del primer párrafo del artículo 189° del Código Sustantivo se aplicará, únicamente, cuando no exista esa conexión con los agentes –en número mínimo de dos- con una organización criminal.

8. De otro lado, la imputación paralela de cargos por integración en una organización criminal en estos casos no es procedente y, de plantearse, se le debe desestimar porque el artículo 317° del Código Penal opera como un tipo subsidiario a la comisión de uno o más robos por integrantes de dicha estructura delictiva. No se presenta en estos casos un concurso ideal o real de delitos. Obrar en sentido contrario implicaría una doble valoración del mismo factor agravante.
9. En el contexto analizado es pertinente considerar también la participación de un mismo sujeto en varias organizaciones criminales. Esta hipótesis es posible en el caso de estructuras flexibles, como las denominadas “*grupo central*” o la “*red criminal*”. En tales casos, se producirá un concurso real homogéneo en relación al artículo 317° del Código Penal, debiéndose aplicar los efectos penales correspondientes a dicha clase de concurso de delitos.

III. DECISIÓN.

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

ACORDARON:

11. **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos seis al nueve, las diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrante de una organización criminal; así como la posibilidad concursal en el artículo 317° del Código Penal, ante la integración simultánea o sucesiva, de un mismo agente en varias organizaciones criminales. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.
12. **PRECISAR** que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias

judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

13. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA

SIVINA HURTADO

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

LECAROS CORNEJO

VALDEZ ROCA

MOLINA ORDÓÑEZ

PRÍNCIPE TRUJILLO

SANTOS PEÑA

CALDERÓN CASTILLO

ROJAS MARAVÍ

URBINA GANVINI

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE
Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO Nº 9-2007/CJ-116

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL.

ART. 116º TUO LOPJ

ASUNTO: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los Artículos 80º y 83º del Código Penal.

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penal Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondía analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan en las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos en lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que detectaron las discrepancias existentes en la interpretación y aplicación de los alcances del párrafo cuarto del artículo 80º del Código Penal, así como sobre la eficacia de dicha disposición en relación a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 83º del citado cuerpo legal.
4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes y necesarios para configurar una doctrina legal que haga razonable disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Prado Saldarriaga, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80º regula lo concerniente al **plazo ordinario** y en el artículo 83º *in fine* hace referencia al **plazo extraordinario**.
7. Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que éste se vence cuando *“el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción”*. Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82º del Código Penal.
8. Ahora bien, tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal, el plazo ordinario de prescripción corresponde al máximo de la pena conminada en la ley para el delito cometido. Sin embargo, existiendo en el artículo 29º o en diferentes delitos tipificados en la Parte Especial del Código Penal y en leyes penales complementarias la posibilidad legal de que la pena privativa de libertad temporal conminada pueda alcanzar un máximo de 35 años, el artículo 80º del referido Código incluye en su párrafo cuarto un límite

cuantitativo excepcional para la prescripción ordinaria en tales casos. Lo mismo ocurre cuando la pena conminada privativa de libertad es la de cadena perpetua.

9. Al respecto, el legislador ha precisado en dicho párrafo que el plazo ordinario de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal siempre será de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua de treinta años. No obstante, es de destacar que **tales límites excepcionales sólo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal**; no afectan en nada, ni menos excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, y que se precisan en el párrafo final del artículo 83º del Código Penal.
10. En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.

III. DECISIÓN.

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

ACORDARON:

12. **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos seis al diez, los criterios para la interpretación y aplicación de los alcances del párrafo cuarto del artículo 80º del Código Penal, así como sobre la eficacia de dicha disposición en relación a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 83º del citado cuerpo legal. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.
13. **PRECISAR** que el principio jurisprudencia que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

14. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA

SIVINA HURTADO

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

LECAROS CORNEJO

VALDEZ ROCA

MOLINA ORDÓÑEZ

PRÍNCIPE TRUJILLO

SANTOS PEÑA

CALDERÓN CASTILLO

ROJAS MARAVÍ

URBINA GANVINI

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE,
TRANSITORIAS Y ESPECIAL**

ACUERDO PLENARIO Nº 1-2008/CJ-116

**CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL
ART. 116º TUO LOPJ**

ASUNTO: Reincidencia, habitualidad
y determinación de la pena

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto -órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal,

que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia los Plenos Jurisdiccionales Distritales, Regionales y Nacional de Magistrados de lo Penal realizados en Arequipa, Lima e Iquitos entre los años dos mil siete y junio de dos mil ocho, que analizaron y decidieron sobre los alcances hermenéuticos de las Leyes número 28726 y 28730, en lo que atañe **(1)** a las circunstancias de reincidencia y habitualidad (artículos 46º, incisos 12 y 13, 46º B, 46º C, y 69º del Código Penal); así como **(2)** al concurso real de delitos (artículos 50º y 51º del Código Penal). Particularmente en lo referente a sus presupuestos y requisitos legales, así como sobre sus efectos en la determinación de la pena concreta.

Dado que la sentencia del Tribunal Constitucional número 0014-2006-PI/TC, del diecinueve de enero de dos mil siete, declaró la constitucionalidad de las reformas legales que introdujeron las aludidas circunstancias, corresponde ahora al Pleno de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia definir las reglas más idóneas para su adecuada aplicación, partiendo, para ello, de la evaluación de los siguientes problemas:

- a) La operatividad paralela de las mismas circunstancias de reincidencia y habitualidad en disposiciones legales con funciones diferentes: artículos 46º, incisos 12 y 13, del Código Penal (circunstancias genéricas y comunes); y, 46º B y 46º C del citado Código (circunstancias cualificadas de agravación).
- b) La eficacia de las agravantes cualificadas de los artículos 46º B y 46º C del Código Penal sobre reincidencia y habitualidad para la determinación judicial de la pena concreta.
- c) Implicancias de los efectos de la agravante cualificada del artículo 46º C del Código Penal sobre habitualidad frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos de los artículos 50º y 51º del mismo Código.
- d) Elementos de configuración de las agravantes cualificadas de los artículos 46º B del Código Penal sobre reincidencia y 46º C del citado Código sobre habitualidad.
- e) Determinación de la pena en caso de concurrencia de la circunstancia cualificada del artículo 46º A del Código Penal, con las previstas en los artículos 46º B o 46º C del mismo Cuerpo de Leyes.
- f) Límites de la penalidad derivada de las agravantes de los artículos 46º B y 46º C del Código Penal.

- g) Eficacia de los antecedentes penales en los casos de reincidencia según los artículos 46º B y 69º *in fine* del Código Penal.
4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en los Plenos jurisdiccionales que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
 5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, de catorce votos a favor, dos en contra y una abstención, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor PRADO SALDARRIAGA, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al imputado (“juicio de subsunción”). Luego, a la luz de la evidencia existente decide sobre la inocencia o culpabilidad de éste (“declaración de certeza”). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de la infracción penal cometida (“individualización de la sanción”).

La determinación judicial de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un Juez Penal. En la doctrina también recibe otras denominaciones como individualización judicial de la pena o dosificación de la pena.

7. Es importante destacar que en nuestro país se ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico. Esto es, el legislador

sólo señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello se deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

En un nivel operativo y práctico la determinación judicial de la pena tiene lugar a través de etapas. Generalmente se alude a dos etapas secuenciales.

En la primera etapa, el Juez debe determinar la pena básica. Esto es, verificar el mínimo y el máximo de pena conminada aplicable al delito. Aquí es importante advertir que existen delitos en los que el mínimo o el máximo de pena no aparecen definidos en la sanción del delito en particular, razón por la cual la pena básica deberá configurarse tomando en cuenta los límites generales previstos en el Libro Primero del Código Penal. Por ejemplo, en el artículo 108º se reprime el delito de asesinato consignando sólo el extremo mínimo de la pena que se señala en quince años. Para conocer el máximo se deberá recurrir al artículo 29º que contempla como límite genérico de las penas privativas de libertad temporales treinta y cinco años.

En la segunda etapa, el Juzgador debe individualizar la pena concreta, entre el mínimo y el máximo de la pena básica, evaluando, para ello, diferentes circunstancias como las contenidas en los artículos 46º, 46º A, 46º B y 46º C del Código Penal y que estén presentes en el caso penal.

8. Se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del quantum de pena aplicable al hecho punible cometido. En ese contexto se considera como circunstancias comunes o genéricas a aquellas que pueden operar con cualquier delito, por ejemplo las circunstancias previstas en el artículo 46º del Código Penal. Esta clase de circunstancias sólo permiten graduar la pena concreta dentro de los márgenes establecidos por la pena básica. En cambio las circunstancias cualificadas, si bien pueden operar también con cualquier delito, como el caso del artículo 46º A del Código Penal, ellas disponen la configuración de un nuevo extremo máximo de la pena y que será el límite fijado para dicho tipo de agravante por la ley (“...un *tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido*”). Será hasta este nuevo máximo legal la pena básica y dentro de la cual el juez deberá determinar la pena concreta.

9. Un aspecto importante en la relación circunstancias y determinación judicial de la pena, es el que corresponde a la concurrencia de circunstancias en un caso penal. Esto es, que en la causa puedan estar presentes varias circunstancias agravantes, varias circunstancias atenuantes o, simultáneamente, circunstancias agravantes y atenuantes. Al respecto, la teoría penal más representativa precisa que al producirse una concurrencia de circunstancias, el Juez no puede dejar de apreciar o valorar la presencia de cada circunstancia concurrente. Esto es, toda circunstancia presente en el caso penal debe ser evaluada en sus efectos para la configuración de la pena concreta.

Por tanto, a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica es también mayor. Igualmente, la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará la cuantificación punitiva hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido. Por último, frente a la existencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de la pena deberá reflejar un proceso de compensación entre factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo situarse la pena concreta en el ámbito medio de la pena básica (GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L.: *Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal*, Universidad de Valencia, Valencia, mil novecientos ochenta y ocho, página doscientos veintidós).

Sin embargo, es pertinente destacar que la concurrencia simultánea o sucesiva de varias circunstancias sólo tiene efectividad en la determinación de la pena concreta cuando todas las circunstancias concurrentes son compatibles entre sí. Esto es, siempre que cada circunstancia concurrente se refiera a un factor o indicador diferente. Lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de la persona que fue detenida cuando pretendía ingresar a un Centro Penal una bolsita de polietileno conteniendo cincuenta gramos de pasta básica de cocaína. Efectivamente, en este supuesto las circunstancias concurrentes son compatibles, pues aluden a dos factores distintos: lugar de comisión del delito (artículo 297º, inciso 4, del Código Penal) y escaso volumen del objeto de acción del delito (artículo 298º del Código Penal).

10. La deficiente técnica legislativa que se detecta en la redacción de los supuestos de reincidencia y habitualidad definidos en los artículos 46º A y 46º B del Código Penal debe subsanarse por el juez para aplicar con sentido de equidad dichas disposiciones. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional deberá recurrir a criterios de interpretación de la ley penal que tomen en cuenta la finalidad del legislador, los antecedentes legislativos nacionales y extranjeros de la materia, así como la función dogmática y político criminal de las normas

examinadas. Esto es, el juez deberá de aplicar -en lo pertinente de modo integrado- los métodos teleológico, histórico y sistemático de interpretación de la ley penal que reconoce la doctrina a fin de alcanzar un resultado hermenéutico razonable, útil y legítimo. Como advierte la doctrina: *“El interprete debe recurrir a todos los medios que le permitan escoger, entre los posibles sentidos que puedan adscribirse al texto legal, el que le parezca más conforme al caso a resolver”* (HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, dos mil cinco, página doscientos veinte y siguientes).

En este contexto, la reincidencia y la habitualidad, como circunstancias calificadas de agravación, deben aplicarse tomando en cuenta su función represiva diferenciada, así como la distinta construcción normativa y de efectividad punitiva que a cada una de ellas les ha dado el legislador. Sin embargo, el juez debe también, en lo posible, armonizar la eficacia de tales circunstancias con la que legalmente corresponde a las demás disposiciones del Código Penal preexistentes y posteriores a la Ley número 28726.

11. La sucesión de leyes penales en el tiempo se rige por las exigencias del principio de legalidad y por el principio de favorabilidad frente a la duda razonable sobre su eficacia o alcance interpretativo. Estos criterios rectores, plenamente seguidos por la doctrina penal y constitucional, resultan idóneos para resolver el conflicto normativo que se presenta entre los párrafos finales de los artículos 46º B del Código Penal sobre reincidencia y 69º del Código Penal sobre cancelación de antecedentes penales por cumplimiento de la pena impuesta. No obstante, como lo han destacado los expertos, en el examen de la favorabilidad de una ley penal frente a otra el Juez no debe limitarse a realizar un análisis meramente abstracto sino que él debe posesionarse dentro de las coordenadas específicas del caso concreto que debe resolver (HURTADO POZO, JOSÉ: *Obra citada*, página trescientos y siguientes).
12. La reincidencia es, sin duda alguna, una institución muy polémica. La finalidad de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto. Esa calificación, como es evidente, tiene un alto valor simbólico social. El Tribunal Constitucional, por lo demás, reconociendo la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad, no consideró que la agravante de reincidencia era incompatible con el mencionado principio.

Desde una perspectiva general se puede calificar de reincidente a quien por la repetición de hechos delictivos revela la inclinación a cometerlos, por lo que el *plus* de punición se orienta a la reforma de aquella inclinación delictiva.

Los requisitos para la calificación de reincidencia, en función a una interpretación gramatical y sistemática del artículo 46° B del Código Penal, en concordancia con el último párrafo del artículo 69° del citado Código, en su versión establecida por la Ley número 28730, del trece de junio de dos mil seis, son los siguientes:

- 1) Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad. No está comprendido el cumplimiento total o parcial de otra clase de pena. Se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad de carácter efectiva.
- 2) Los delitos –se excluyen las faltas- antecedente y posterior han de ser dolosos. El delito posterior debe de cometerse luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad. Ello presupone sentencias firmes y con principio de ejecución efectiva.
- 3) No hace falta que el delito posterior esté en el mismo Título del Código, o mejor dicho, sea de la misma naturaleza, es decir, que exista identidad o similitud del tipo o la identidad del bien jurídico vulnerado; no hay un elemento relacional entre los dos delitos. Se trata, por consiguiente, de una reincidencia genérica.
- 4) El lapso de tiempo que debe transcurrir, luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad –condición básica para calificar de reincidente a un delincuente-, es de cinco años. Para el entendimiento de este último requisito se recurre a la regla del artículo 46° C del Código Penal, que precisa que los hechos punibles se han de perpetrarse “...en un lapso que no exceda de cinco años”.
- 5) Es una circunstancia personal e incommunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurra.

Procesalmente debe tomarse en consideración dos requisitos. El *primero*, el juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista el boletín de condenas y, en su caso, la hoja carcelaria respectiva –que establece la fecha exacta de la excarcelación-; en defecto de uno o ambos documentos registrales, ha de contar con copia certificada de la sentencia y, si correspondiere, de la resolución que dispone su excarcelación por la concesión de un beneficio penitenciario. El *segundo*, como la reincidencia es una circunstancia agravante cualificada, por imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el Fiscal en la acusación, a menos que el Tribunal haga uso del planteamiento de la tesis al amparo de lo dispuesto por el artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales. Por tanto, no puede establecerse de oficio, sin el debate procesal respectivo, pues ello importaría, además, un fallo sorpresivo que vulneraría el principio de contradicción.

Respecto de la medida de la pena al reincidente es de indicar lo siguiente:

- A. La especialidad de la agravación de la pena por reincidencia se fundamenta básicamente, como ya se indicó, por razones de prevención especial –vida del autor anterior al delito- y, por lo tanto, ajenas a la culpabilidad por el hecho -no representa una causa de aumento de culpabilidad- (CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO: *Individualización judicial de la pena*, Editorial Colex, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página ciento noventa y siete). Si la culpabilidad es un principio estructural básico del Derecho penal, una de sus consecuencias es la función limitadora de la pena que debe cumplir dicho principio.
- B. Establecida la calidad de reincidente del agente, y como la reincidencia es la única circunstancia que tiene como fundamento una pena merecida por otro hecho punible anterior y ya sancionado, el órgano jurisdiccional deberá determinar hasta dónde llega la gravedad de la culpabilidad concreta –primera operación adicional-. Es evidente que las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor sólo podrán ser contempladas hasta ese límite, que no tiene por qué empezar y, en su caso, agotar el tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

El marco penal adecuado a la culpabilidad por el hecho debe ir referido necesariamente a un concreto autor y a las circunstancias del hecho realizado; y, hasta dicho límite, no hay ya razones para excluir las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor, esto es, evitar su recaída en el delito (JAÉN VALLEJO, MANUEL: *Justicia penal contemporánea*, Editorial Librería Portocarrero, Lima, dos mil dos, página cincuenta y nueve).

- C. Dentro del marco establecido por la culpabilidad: determinación de un marco, necesariamente ampliado en sus posibilidades legales en virtud del artículo 46° B del Código Penal, tiene lugar la segunda operación adicional – efectos punitivos concretos de la reincidencia-, con la que culmina la individualización de la pena.

En este nivel se ha de tener en cuenta que la culpabilidad por el hecho pudo agravarse por haberse rebelado el autor contra normas sociales cuya validez le queda clara por medio de una condena anterior por un nuevo delito doloso. Sin embargo, la agravación de la pena sólo se producirá cuando el sujeto manifiesta con su delito un menosprecio hacia el bien jurídico afectado y que no ha sido impresionado por la pena anterior, al punto de evidenciar que la sanción impuesta no le ha conducido a llevar un

comportamiento social adecuado a la norma. Por lo que debe verificarse, en cada caso, si se le puede reprochar al autor, reincidente, que no haya tomado como advertencia la anterior condena [así, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del dieciséis de enero de mil novecientos setenta y nueve, BverfGE 50, 125 ss].

13. Sobre la base de los anteriores fundamentos jurídicos, y en torno a los problemas detectados y definidos en el numeral tres de los Antecedentes de este Acuerdo Plenario, se asumen los siguientes criterios de interpretación:

- a) *Sobre la operatividad paralela de las mismas circunstancias en disposiciones legales con funciones diferentes.* Queda claro que la reincidencia y la habitualidad no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Sólo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues únicamente en ese caso pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho penal nacional.
- b) *Sobre la eficacia de las agravantes cualificadas para la determinación judicial de la pena concreta.* La condición cualificada de una agravante siempre demanda que el juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad. Y donde tomando de referencia la pena conminada para el delito que posibilita la configuración de la agravante cualificada, el *nuevo máximo de la pena básica* será el límite fijado por el artículo 46º B para dicho tipo de agravante (*un tercio o una mitad por encima del máximo original*).
- c) *Sobre la operatividad de la agravante cualificada del artículo 46º C frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos.* Siendo la habitualidad una circunstancia agravante cualificada se deberán aplicar sus efectos punitivos sólo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero respetando siempre los límites punitivos fijados por los artículos 50º y 51º del Código Penal (La pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, sólo se aplicara esta sanción excluyéndose las demás).

- d) *Sobre los elementos de configuración de las agravantes cualificadas de los artículos 46º B y 46º C.* Se debe asumir que la reincidencia opera sólo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de pena privativa de libertad por condena anterior. Este límite cronológico es compatible con el que históricamente se fijaba en el artículo 111º del Código Penal de mil novecientos veinticuatro. Además resulta similar al considerado por el artículo 46º C del Código Penal vigente para la habitualidad que regula una efectividad penal más gravosa. El nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser de igual o distinta naturaleza que el que determinó la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente.

En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. Además la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza. Esta especialidad en la reiterancia indica la habituación delictiva del agente y justifica su mayor punibilidad.

- e) *Sobre la determinación de la pena concreta en caso de concurrencia de circunstancias cualificadas del artículo 46º A, con las previstas por los artículos 46º B o 46º C.* Si concurrieran las agravantes cualificadas del artículo 46º A (calidad de funcionario público, aprovechamiento de conocimientos privilegiados, comisión en prisión de delitos graves) con las de reincidencia o habitualidad se deberán aplicar los efectos punitivos correspondientes en la determinación de la pena concreta, por ser todas circunstancias compatibles. No obstante, la pena concreta resultante no podrá exceder de los límites contemplados por el artículo 46º A del Código Penal (de treinta y cinco años de privación de libertad).
- f) *Límites de las penalidad derivada de las agravantes de los artículos 46º B y 46º C.* En coherencia con los límites punitivos fijados en los artículos 29º, 46º A, 50º y 51º del Código Penal, en ningún caso la pena concreta que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad será mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua sólo se aplicara dicha pena.
- g) *Eficacia de los antecedentes penales cancelados en los casos de reincidencia según los artículos 46º B y 69º in fine.* La reforma del artículo 69º del Código Penal, sobre cancelación de antecedentes y rehabilitación inmediata, tuvo lugar mediante la Ley número 28730, del trece de mayo

de dos mil seis. Esto es, cuatro días después que la Ley número 28726 que introdujo el artículo 46° B del Código Penal sobre la agravante de reincidencia. Por consiguiente, la primera de las normas citadas modificó implícitamente a la segunda. Siendo así el párrafo *in fine* del nuevo texto del artículo 69º, donde se dispone que “*La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena.*”, derogó el párrafo final del artículo 48º B del Código Penal que establecía que “*A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados*”. De esta manera, pues, a partir de la vigencia de la Ley número 28730, la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta. Ahora bien, esa excepción sólo debe ser aplicable a condenas que se hayan impuesto y cumplido con posterioridad a la ya citada reforma del numeral 69º del Código Penal. En todo caso, cuando se haya vencido el plazo de prescripción de la reincidencia acordado en cinco años posteriores a la excarcelación (ver literal ‘d’), operara definitivamente la cancelación de los antecedentes generados por esa condena.

III. DECISIÓN

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

ACORDARON:

15. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12° y 13°, literales *a, b, c, d, e, f, y g*, para la configuración de las agravantes por reincidencia y habitualidad, así como para la determinación de la pena concreta en tales casos.
16. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

17. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
ROJAS MARAVÍ
PONCE DE MIER
MOLINA ORDOÑEZ
SANTOS PEÑA
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE,
TRANSITORIAS Y ESPECIAL**

ACUERDO PLENARIO N° 2-2008/CJ-116

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL

ART. 116° TUO LOPJ

ASUNTO: Alcances de la pena de inhabilitación

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto -órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de

cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente de tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la pena de inhabilitación. Específicamente resolvió abordar los alcances de la pena de inhabilitación, la extensión y tiempo de duración de la inhabilitación, tanto principal como accesoria, así como las exigencias procesales para su imposición.
4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en los Plenos jurisdiccionales que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, de catorce votos a favor, dos en contra y una abstención, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor RODRÍGUEZ TINEO, y se incluyó al señor PRADO SALDARRIAGA quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Regulación de la pena de inhabilitación en el Código Penal.

6. La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación

familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir.

7. La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma aunque puede ser aplica conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho –se basa en la incompetencia y el abuso de la función- (artículos 39° y 40° del Código Penal).

La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del código penal o de leyes penales complementarias. Por ello, aún cuando en algunos tipos legales, como los contemplados en los artículos 177°, 181°-B y 398° del Código Penal, se indique que la inhabilitación conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal.

2. Contenido de la pena de inhabilitación.

8. El artículo 36° del Código Penal señala taxativamente los derechos que pueden ser objeto de la pena de inhabilitación. Comprende hasta ocho ámbitos precisos y corresponde a los tipos delictivos identificarlos. Sin embargo, en el caso del artículo 39° del Código Penal será el órgano jurisdiccional el que defina los derechos objeto de afectación punitiva, pero siempre dentro del catálogo establecido por el citado artículo 36°.

En la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3), 4) y 8) del artículo 36° del Código Penal, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena

3. Duración y cómputo de la pena de inhabilitación.

9. El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme. Por tanto, no es de aceptar que el cómputo de la inhabilitación principal recién se inicia una vez cumplida la pena privativa de libertad, pues de ser así aquella alternativa en la vida del condenado tendría la inadmisibles consecuencia de alterar los cómputos correspondientes al fallo. Es más, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de libertad, sería del caso que un penado podría votar en prisión, y aún ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Pero al margen de estos argumentos está la regla sobre el cómputo de la prisión preventiva, pues si la pena de inhabilitación no rigiese durante el tiempo en que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido esa previsión.

En el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el artículo 39° del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38° de ese Cuerpo de Leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años.

10. La inhabilitación accesoria, como ha quedado expuesto, siempre es temporal. La inhabilitación principal es, asimismo, temporal, pero existen excepciones en función a la “naturaleza de las cosas”, por la definitividad del derecho o actividad objeto de privación. Así:
- A. Taxativamente, de conformidad con el inciso 6) del artículo 36° del Código Penal, modificado por la Ley número 29106, la cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego es perpetua, y siempre y cuando la pena que conlleva el delito cometido es doloso y merezca pena privativa de libertad superior a cuatro años.
- B. El inciso 8) del artículo 36° del Código Penal importa una privación definitiva de títulos honoríficos. Sin embargo, una vez terminada la condena el penado podrá obtener los mismos u otros distintos –no los recupera, sino que por una acción ulterior podrá ser acreedor a títulos honoríficos, claramente diferenciados del anterior, definitivamente perdido-.
- C. Respecto del inciso 1) del artículo 36° del Código Penal: “Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular”, como la norma alude a una relación de derecho público e indica

“privación”, es de entender que el penado pierde el cargo, no sólo su ejercicio –privación de titularidad-. Se trata por tanto de una privación definitiva –no es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente, como aclara JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA-. Sólo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquél se recupera tras cumplir la pena. Es este caso, la pena surte el efecto de privar de los derechos dese que la condena queda firme, por lo que en este caso la inhabilitación importará la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito (Conforme: ZAFFARONI/SLOKAR).

4. Exigencias procesales para la imposición de la pena de inhabilitación.

11. El artículo 92°.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en concordancia con el artículo 225°.3 del Código de Procedimientos Penales establece que el escrito de acusación debe contener la proposición de la pena que fuera aplicable y su duración. De igual manera, el artículo 273° del aludido Código prescribe que la acusación oral del Fiscal concluirá pidiendo la pena que juzgue legal. Es evidente, por lo demás, que el Tribunal en el ejercicio de su poder de control de legalidad de los actos postulatorios del Ministerio Público está autorizado a cuidar que los pedidos de pena se enmarquen dentro de las estipulaciones o marcos de la Ley, específicamente en orden al tiempo de duración y a la precisión de los derechos objeto de privación, incapacitación o suspensión de la pena de inhabilitación.

Por otro lado, el artículo 285° de la Ley procesal penal estatuye que la sentencia condenatoria, entre otros elementos que la configuran, debe imponer la pena principal que debe sufrir el reo, la fecha que ésta comienza a contarse, el día de su vencimiento, y las penas accesorias.

La necesidad de que la acusación comprenda el pedido de pena que el Fiscal considere legal, en principio, no vincula la posición del Tribunal. Se trata de una propuesta de sanción que el Tribunal valorará conforme a la garantía penal, de legalidad de las penas, en cuya virtud, según prevé el artículo II del Título Preliminar del Código Penal en concordancia con el artículo 2°.24.e) de la Constitución, la pena objeto de sanción será exclusivamente la establecida en la ley. Es ésta la que fija la pena aplicable una vez que se han precisado los distintos elementos que la determinan.

El principio acusatorio sólo exige, en relación con la acusación, la **(1)** congruencia fáctica: las características esenciales del hecho punible acusado, en cuyo

caso la correlación es absoluta (“vinculación fáctica”); y, **(2)** la congruencia jurídica: identidad del bien jurídico respecto del delito acusado, esto es, una correlación relativa (“vinculación jurídica”).

La congruencia cuantitativa, en función al *petitum* del Fiscal, es inexistente en el Código de Procedimientos Penales, tal como está previsto en el artículo 285°-A. Desde esta perspectiva, aunque el Fiscal tiene el deber de concretar la pena, tal fijación no vincula al Tribunal que tiene la obligación de imponer aquella que legalmente corresponda de conformidad con sus propios criterios en orden a la valoración de aquello que ha sido sometido a su enjuiciamiento, pues en ese punto impera el principio de legalidad, de necesario cumplimiento.

Empero, en el Nuevo Código Procesal Penal la vinculación penológica es relativa, pues el artículo 397°.3 estipula, bajo la condición de su legalidad –tiempo y extensión-, la no imposición de una pena más grave que la requerida por el Fiscal. En este último supuesto la congruencia cuantitativa importa, llanamente, una recepción matizada de una fórmula eminentemente dispositiva, que como es obvio no integra el núcleo del principio acusatorio, circunscrito a la delimitación del hecho punible dentro de los términos del debate; la ley, en este caso, reconoce al Fiscal una facultad específica de delimitar el marco superior punitivo dentro del cual han de conformar el asunto los órganos jurisdiccionales.

12. Respecto de la solicitud de pena del Fiscal, pueden presentarse, entre otros, dos problemas, según se ha detectado en el conocimiento recursal de las causas que son elevadas al Supremo Tribunal. El primer problema está referido a la omisión de solicitar la pena de inhabilitación pese a que está forzosamente vinculada al tipo legal objeto de acusación. El segundo problema está vinculado a la entidad y a la extensión de la inhabilitación.

En cuanto al primer problema:

- A. Como se ha establecido en los fundamentos jurídicos anteriores, el artículo 37° el Código Penal establece que la pena de inhabilitación –según su importancia y rango- puede ser impuesta como principal o accesoria. La pena de inhabilitación principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra, de manera autónoma, y es la establecida en el tipo legal pertinente. La pena de inhabilitación accesoria, no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal a la cual complementa, y conforme al artículo 39° del citado Código se fija en atención a la naturaleza del delito cometido por el individuo, siempre que “...*el hecho punible constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria,*

patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley". Los delitos culposos de tránsito también incluyen una modalidad de inhabilitación accesoria según lo establece el artículo 40° del Código Penal.

- B. Como regla general del Código Penal, la pena de inhabilitación, cuando se impone como pena conjunta, siempre va asociada a la pena privativa de libertad.
 - C. Es posible que el Fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el Fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada, que es el caso de la inhabilitación principal, es imposible dejar de imponerla. Es claro, al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si ésta —en el presente caso la inhabilitación— está prevista en el tipo delictivo de que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla.
 - D. Otro argumento, que refuerza esta conclusión, estriba en que la aplicación de la pena de inhabilitación principal no se vulnera la garantía de defensa procesal porque al haberse acusado por un tipo legal determinado, el imputado y su defensor conocen las consecuencias jurídicas necesariamente ligadas a él. Basta, entonces, la cita del tipo delictivo para evitar toda posibilidad de indefensión, pues es evidente que el Tribunal aplicará las penas allí previstas.
 - E. Distinto es el caso de la pena de inhabilitación accesoria, puesto que no está asociada a un tipo legal determinado y, por tanto, no se desprende del mismo la sanción adicional a la pena principal. Si la cita del delito cometido, en relación a la norma penal que lo prevé y sanciona, es insuficiente, y es del caso acudir a una regla de la Parte General del Código Penal (artículos 39° y 40°) para la subsunción y justificación respectiva, lo cual debe generar con carácter previo una petición del Fiscal y un debate con la parte afectada: el imputado y su defensor, entonces, no es posible que se imponga *ex officio iudex* pues causaría indefensión constitucionalmente prohibida. Queda claro que lo que se vulnera en este caso no es el principio acusatorio, que integra la garantía genérica del debido proceso, sino la garantía de defensa procesal desde que en ese caso un ámbito del fallo sería sorpresivo.
13. El segundo problema está vinculado al tiempo de la inhabilitación y a su extensión. Sobre el particular es de acotar lo siguiente:
- A. El artículo 46°, primer párrafo, del Código Penal, con estricto apego a la garantía penal de legalidad, establece que la pena se debe determinar

dentro de los límites fijados por la ley. En el caso de la pena de inhabilitación principal el tiempo de duración está fijado, específicamente, en el tipo legal respectivo

- B. No obstante, son varios los tipos legales establecidos en el Código Penal que no fijan específicamente el tiempo de duración de la pena conminada de inhabilitación. En estos casos se deberá recurrir a lo establecido en el artículo 38° del citado Código. Así ocurre, por ejemplo, en los casos de los artículos 111° segundo y último párrafo, 117°, 121°-A, 124° segundo párrafo, 122°-A, 124°, 153°-A, 155°, 157°, 169°, 170°, 177°, 181°-A, 181°-B, 183°-A, 200° cuarto párrafo, 222°, 223°, 225°, 237°, 243°, 243°-C, 247° *in fine*, 259°, 260°, 274°, 296°, 296°-A, 297°, 300°, 303°-B, 316°. 1 y 2, 317° *in fine*, 318°, 318°-A penúltimo párrafo, 320°, 323° *in fine*, 324°, 376°-A, 393°, 394°, 395°, 396°, 398°, 399°, 400°, 401°, 409°-B y 450°-A. En otras ocasiones el Código Penal acude a una técnica legislativa donde se alude a la pena de inhabilitación y a su duración al final de un Capítulo o Título: Por ejemplo, los artículos 353° -delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional-, 360° -delitos contra la Voluntad Popular-, 426° -delitos cometidos por Funcionarios Públicos y delitos contra la Administración de Justicia-, 432° -delitos de falsificación de documentos-, y 436° -delitos de falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales. En la legislación penal complementaria, existen tipos legales con esa misma característica en la Ley número 28008 –delitos aduaneros-, artículo 10°. b) y c); y en el Decreto Ley número 25475 –delitos de terrorismo-, artículos 5° y 6°-A. En lo que respecta a la pena de inhabilitación accesoria ella tiene fijado su tiempo de duración exclusivamente en el artículo 39° del Código sustantivo.
- C. En todos los supuestos mencionados, como necesariamente el Código Penal fija el tiempo de duración de la pena de inhabilitación –en el propio tipo delictivo o en los artículos 38° y 39°- la omisión de su especificación no es relevante desde el principio de acusatorio ni desde la garantía de defensa, en su faz negativa de proscripción de la indefensión. La aplicación correcta de la pena, establecida en el tipo legal o en la Parte General del Código Penal, en la medida en que no supera los límites legales, no vulnera garantía alguna y, más bien, es compatible con el principio de legalidad de las penas.
- D. Por lo general, tratándose de la pena de inhabilitación principal el tipo delictivo especifica los derechos objeto de privación, suspensión o incapacitación, esto es, hace una mención expresa a los respectivos incisos del artí-

culo 36° del Código Penal. Sólo excepcionalmente el tipo legal no precisa el derecho objeto de inhabilitación: artículos 170° del Código Penal y 5° del Decreto Ley número 25475. En todos estos casos rige el mismo principio del literal anterior: la omisión del Fiscal en citar el derecho afectado no es relevante, pues la propia ley establece, directa o indirectamente, el derecho objeto de restricción, y esa consecuencia jurídica no es ajena al conocimiento del imputado y su defensa, ni a la posibilidad de contradicción. En consecuencia, la fijación específica del derecho objeto de privación, incapacitación o suspensión, ante un error de la Fiscalía, no es óbice para que el Tribunal aplique rigurosamente la ley.

- E. Otro ámbito problemático se sitúa en aquellos supuestos en que la Fiscalía solicita una pena inferior, tanto respecto a los derechos comprendidos cuanto al tiempo de duración. El Tribunal, en estos casos, está autorizado a comprender en la inhabilitación los derechos que fueran pertinentes y a fijar el tiempo de duración de la inhabilitación conforme a las estipulaciones de la ley: rige el principio de legalidad, no el acusatorio. No hace falta que, ante vacíos de la acusación, se acuda a la tesis de desvinculación. En este caso, como es obvio, debe extremarse la exigencia de motivación en lo atinente a esos dos ámbitos: derechos comprendidos y tiempo de duración de la inhabilitación. La motivación debe plantear el problema suscitado y resolverlo a través de una argumentación en la que quede de manifiesto la necesidad de elevar la sanción.
14. Distinto es el caso de la potestad de subsanación o integración de omisiones incurridas por el Tribunal *A Quo*. En el conocimiento del recurso impugnatorio el Tribunal *Ad Quem* tiene límites trazados por el principio de interdicción de la reforma peyorativa, previsto por los artículos 300°.1 del Código de Procedimientos Penales y 409°.3 del Código Procesal Penal.

Las omisiones incurridas por el Tribunal de instancia no podrán ser subsanadas en sede impugnatoria, si es de incorporar en la pena de inhabilitación impuesta la privación, suspensión o incapacitación de derechos no contemplados en la sentencia recurrida; ello, claro está, cuando se trate exclusivamente de un recurso defensivo interpuesto por el imputado. Es obvio que si el Fiscal es la parte recurrente y la pretensión impugnativa comprende ese ámbito, en la medida en que en su acusación comprendió dentro de la pena de inhabilitación requerida una duración determinada y una extensión concreta de derechos afectados, está dentro de las potestades del Tribunal de Revisión integrar el fallo de instancia, con las características y peculiaridades expuestas en los fundamentos jurídicos 11° y 12°.

5. Ejecución de la pena de inhabilitación.

15. La ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena principal o accesoria, requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al Instituto Nacional Penitenciario y al Establecimiento Penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución. Éste último procederá, en lo pertinente, a lo siguiente:
- A. Notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (artículo 368° del Código Penal).
 - B. Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los artículos 2030° y 2032° del Código Civil.
 - C. En caso de privación de función, cargo o comisión de carácter público o de su incapacitación (artículo 36°. 1 y 2 del Código Penal) remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios el condenado y, en su caso, a la que correspondiere en atención a la función, cargo o comisión afectadas.
 - D. Si la privación o la incapacitación se refiere a cargos o comisiones públicas de elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (artículo 36°. 1, 2 y 3 del Código Penal), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado Nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión.
 - E. Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria, enviará testimonio de condena al Colegio profesional respectivo o a la Federación de Colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trate de aquellas de necesaria colegiación; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público.
 - F. Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargado de su control; y, si se dicta la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes

del Ministerio del ramo o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.

- G. Si la incapacitación es del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera; o, en su defecto, a la autoridad encargada de designar a quien haya de sustituir al penado, así como –si correspondiere- a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogimiento, incluso al Juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado.
- H. Si la inhabilitación consiste en la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones afines, el testimonio de condena se remitirá a la institución o corporación que las otorgó.
16. El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al Juez Penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente –nacional, regional o municipal- y, en todo caso, a la policía.

Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial, el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión –claro está- de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente.

III. DECISIÓN

17. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

18. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 8° al 16°.
19. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo

del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

20. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
ROJAS MARAVÍ
PONCE DE MIER
MOLINA ORDOÑEZ
SANTOS PEÑA
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE,
TRANSITORIAS Y ESPECIAL**

ACUERDO PLENARIO Nº 3-2008/CJ-116

**Concordancia Jurisprudencial
Art. 116° TUO LOPJ**

ASUNTO: Correo de drogas, delito de TID
y la circunstancia agravante del artículo 297°.6
del Código Penal

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema en los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto –órgano de apoyo encargado,

asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la configuración típica de los transportadores de droga o correos de droga, conocidos como “Burriers”, en el delito de tráfico ilícito de drogas, y su calificación en el tipo legal básico del artículo 296° del Código Penal o en la circunstancia agravada prevista y sancionada en la primera parte del artículo 297° del citado Código.
4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría absoluta de trece votos, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor VILLA STEIN y se incluyó al señor SAN MARTÍN CASTRO, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. El inciso 6) del artículo 297° del Código Penal, en el texto establecido por el Decreto Legislativo número 982, del veintidós de julio de dos mil siete,

que por lo demás respeta la norma que lo introdujo (parcialmente la norma originaria aprobada por Decreto Legislativo número 635, del ocho de abril de mil novecientos noventa y uno: artículo 297°.1), y, con una mayor identidad, la Ley número 26619, del nueve de junio de mil novecientos noventa y seis, aunque incorporó, conforme a la Ley número 28002, del diecisiete de junio de dos mil tres, el supuesto de “*dedicación a la comercialización de insumos para su elaboración*”), comprende, alternativamente, dos circunstancias agravantes referidas a la comisión del tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: la *primera*, cuando el hecho es cometido por tres o más personas; y, la *segunda*, cuando el hecho es cometido por el agente en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o a la comercialización de insumos para su elaboración.

7. Es materia de análisis la primera circunstancia que integra el sub tipo legal agravado de tráfico ilícito de drogas, esto es, cuando “*el hecho es cometido por tres o más personas*”. Desde esta perspectiva, es de analizar si es posible subsumir dentro sus disposiciones la conducta de los denominados “correos de droga” o “burriers” (jerga que combina los vocablos “burro” y “courier”).

Se trata de individuos que se desplazan usualmente por vía aérea o terrestre transportando droga –usualmente, cocaína, marihuana u opio- en sus bienes personales, en paquetes adheridos al cuerpo, en cápsulas ingeridas previamente al inicio del viaje o en contenedores colocados en otras cavidades del cuerpo. Ello implica, por lo demás, reconocer la existencia de organizaciones o agrupación de personas que se dedican a captar personas, las cuales pasan, en algunas oportunidades, sin ser descubiertas por la autoridad pública –agentes de Aduanas, personal de seguridad de Aeropuertos y efectivos policiales de control de carreteras-.

Desde la experiencia criminalística, en muchas ocasiones, se detiene a esas personas sin que se logre identificar cabalmente a los que se dedican a reclutar personas con la finalidad de transportar droga o precursores y, en su caso, sin que se descubra la estructura y lógica de funcionamiento de las organizaciones criminales, que por lo general están detrás de ese acto de transporte delictivo.

8. El presupuesto para determinar la punición de los “correos de droga” es el conocimiento que tienen de estar transportando droga o precursores –objeto material del delito- y que su conducta contribuye a difundir el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: conciencia de ilicitud del transporte de tales bienes delictivos. Su conducta ha de ser

dolosa –que incluye el conocimiento que dichas sustancias se distribuirán a terceros-, pues de lo contrario incurrirían en un error de tipo (JOSHI JUBERT, UJALA: *Los delitos de tráfico de drogas. Un estudio analítico del artículo 368° del Código Penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, mil novecientos noventa y nueve, páginas ciento ochenticuatro).

Asimismo, y con carácter previo a la dilucidación de la aplicación de la referida circunstancia agravante prevista en el primer extremo del inciso 6) del artículo 297° del Código Penal y de cara al planteamiento inicial del problema objeto de análisis, resulta necesaria la intervención de tres o más personas en el planeamiento y ejecución del acto de transporte. Se requiere, entonces, que el agente pueda advertir la concurrencia en el hecho –en sus diversas facetas e indistintamente- de tres o más personas, de una red de individuos (a modo de ejemplo, y por lo común: quienes lo captan, luego le entregan la droga o precursores, a continuación lo ayudan a esconderla o le prestan asistencia, y, finalmente, la reciben en el lugar acordado). Debe acreditarse, por tanto, un concierto punible de tres o más individuos, entre los que debe encontrarse el agente en cuestión. Basta, en este caso, una simple consorciabilidad para el delito, una ocasional reunión para la comisión delictiva.

9. Como es obvio, el tipo legal siempre hace referencia al autor del hecho que criminaliza. Éste debe realizar la conducta penalmente prohibida. El supuesto de hecho de la norma básica: artículo 296° del Código Penal, desde los medios legalmente exigidos para la promoción, favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, comprende los actos de fabricación o de tráfico, y éste último importa, dentro del ciclo que involucra, el transporte de las mismas o de precursores. El tráfico –enderezado a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas- se refiere a todo acto de comercio, de negociación o de transferencia de bienes –delictivos en este caso-, y comprende las diversas actividades que le son inherentes, entre ellas las de distribución y de transporte, que en este último supuesto ha de entenderse el acto de desplazamiento de dichas sustancias de un lugar a otro, con independencia de la distancia, el medio utilizado y la forma de posesión.

El “correo de drogas”, desde la tipología destacada en el fundamento jurídico 7° del presente Acuerdo Plenario, sólo interviene en el transporte, y es ajeno al núcleo de personas, integradas o no a una organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el propio acto de transporte. Su labor

se circunscribe a trasladar, instrumentalmente, los bienes delictivos, sin interesar por cuenta de quien se realiza el transporte.

Así las cosas, el delito es una obra conjunta, realizada dentro de un plan común, de todos los que han participado en la preparación y en la ejecución del acto de transporte de bienes delictivos, conducta en la que obviamente está incurso el “correo de drogas”. Este último es, por tanto, autor, más allá si, visto globalmente, existe de su parte un menor dominio cuantitativo en el hecho global. La conducta de tener la droga en su poder, con la finalidad de transportarla a otro lugar por encargo de un tercero o terceros, no puede ser calificada sino como autoría; la actividad del transportista, del “correo de drogas”, aún cuando subordinada en el aspecto económico a la figura principal del titular del bien delictivo, no lo es desde el punto de vista jurídico atento a la amplitud del tipo legal. No se trata de un supuesto muy excepcional de favorecimiento al favorecedor, vale decir, de conductas auxiliares de segundo orden, periféricas, respecto de quien realiza un concreto acto de tráfico, que importaría calificarlo de cómplice secundario.

En tal virtud, desde los términos tan amplios establecidos por el tipo legal básico, todos los concertados para la actividad de tráfico de drogas –en este caso, de transporte- son autores. Basta el previo acuerdo entre los sujetos con independencia de cuál es el rol concreto a ejecutar por cada uno de ellos, siempre que su concreta conducta contribuya a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

10. Ahora bien, el sub tipo agravado examinado, cuando exige que el hecho se cometa por tres o más personas, debe ser interpretado desde los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Por tanto, no sólo requiere el simple concierto de tres o más personas en el acto del transporte, que el “correo de drogas”-por ser tal- sea un coautor, pues de ser así, perdería sentido o se vaciaría de contenido los supuestos de codelinuencia, que están en la propia esencia o expresión criminológica de un delito como el de tráfico ilícito de drogas, y la regularidad y coherencia de la aplicación del tipo legal básico del artículo 296° del Código Penal-.

Debe entenderse que la circunstancia agravante comprende necesariamente un nexo más intenso y efectivo del agente con los demás coautores en el acto de transporte y de tráfico, en general. El sujeto activo no sólo ha de realizar exclusivas labores de transporte ocasional del bien delictivo y a título individual (si en el acto de transporte, concertadamente intervienen

tres o más personas, la conducta en cuestión será subsumida en el sub tipo legal agravado en cuestión) –ese el rol típico del “correo de drogas”-, sino que su intervención en el hecho total debe expresar y concretar un vínculo más intenso y reforzado con los titulares de las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, o con quienes están involucrados con cierta relevancia en todo el circuito de distribución de los mismos. El sujeto activo ha de estar involucrado o haber participado en otras fases o actividades distintas de las propias o específicas del acto singular de transporte, tales como **(1)** la obtención, en cualesquiera de sus variables y de manos de terceros, de los citados bienes delictivos, o **(2)** la determinación o ubicación autónoma de los que recibirían tales bienes; asimismo, en la realización de otras fases, esta vez no anteriores o inmediatamente posteriores al transporte, pero concomitantes, en tanto sean funcionales y de aportación no reemplazables al transporte: **(3)** actos de intermediación, **(4)** actos de guarda previa o almacenaje, **(5)** actos de aportación de personas o bienes instrumentales, entre muchas conductas de similar entidad valorativa.

El agente, en consecuencia, ha de haber realizado aquellas conductas que, además del mero acto de traslado de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, significan un nexo más intenso, aún cuando ocasional, con los individuos que condicionan y están alrededor de la concreción o materialización del transporte, de suerte que permita concluir que su rol no es meramente periférico o marginal sino, al menos, de cierta entidad, en la finalidad y efectividad del transporte. En ese caso el agente ya no sería un mero “correo de drogas” sino un coautor incurso en el sub tipo agravado del inciso 6) artículo 297° del Código Penal, y como tal deberá ser sancionado.

11. Lo expuesto, analizado en función a la exclusiva conducta del correo de drogas, no significa que si éste en concierto con otras personas –otras dos o más-, que realizan la misma conducta típica, llevan a cabo el referido acto de transporte como parte de un mismo acto delictivo o plan criminal, no deba aplicarse el sub tipo legal agravado del inciso 6) del artículo 297° del Código Penal. Por consiguiente, si en un acto de transporte de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, intervienen, mediando concierto, tres o más burriers, deberán ser castigados con arreglo al inciso 6) del artículo 297° del Código Penal.

III. DECISIÓN

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

ACORDARON:

13. **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos siete a diez, la siguiente:
 - 1) El “correo de drogas”, según los lineamientos expuestos en el fundamento jurídico 7° del presente Acuerdo Plenario, sólo interviene en el transporte de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores; es ajeno al núcleo de personas, integradas o no a una organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el desplazamiento de dichos bienes delictivos. Su labor se circunscribe a trasladar, instrumentalmente, los bienes delictivos, sin interesar por cuenta de quien se realiza el transporte.
 - 2) El “correo de drogas” es un coautor del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 296° del Código Penal. Se requerirá, por cierto, que se cumplan los elementos objetivos y subjetivos que integran el citado tipo legal básico.
 - 3) No es de aplicación al “correo de drogas” la circunstancia agravante prevista en el primer extremo del inciso 6) del artículo 297° del Código Penal, salvo lo señalado en el párrafo 11°. El simple concurso de tres o más personas en el acto de transporte de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, no es suficiente para su configuración. El agente ha de estar involucrado o haber participado en otras fases o actividades distintas –anteriores, concomitantes y posteriores- de las propias o específicas del acto singular de transporte. Estas actividades significan un nexo más intenso, aún cuando pueda ser ocasional, con los individuos que condicionan y están alrededor de la concreción o materialización del transporte.
14. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

15. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

VALDEZ ROCA

ROJAS MARAVÍ

PONCE DE MIER

MOLINA ORDOÑEZ

SANTOS PEÑA

VINATEA MEDINA

PRÍNCIPE TRUJILLO

PARIONA PASTRANA

ZECENARRO MATEUS

CALDERÓN CASTILLO

URBINA GANVINI

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE,
TRANSITORIAS Y ESPECIAL**

ACUERDO PLENARIO Nº 4-2008/CJ-116

**CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL
ART. 116° TUO LOPJ**

ASUNTO: Aplicación del artículo 173°.
3 del Código Penal

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto –órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto

sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la aplicación del artículo 173° inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, referido al delito de violación de menores de edad, entre catorce y dieciocho años, y el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete. Específicamente los temas materia de análisis se refieren a **(1)** la ampliación de la no punibilidad en el supuesto de relaciones sexuales voluntarias con un menor de edad entre catorce y dieciséis años; **(2)** la aplicación de responsabilidad restringida cuando el autor tiene entre dieciocho y veintiún años de edad; y, finalmente, **(3)** el alcance del fundamento jurídico undécimo del Acuerdo Plenario anotado líneas arriba, referido a factores complementarios de atenuación de la pena.
4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor LECAROS CORNEJO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. **El sub tipo legal agravado del art. 173° .3) del Código Penal.**
6. El artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley 28704 publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como nueva modalidad del sub

tipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años. Incluso criminaliza la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento. De acuerdo a este dispositivo el sujeto activo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho años. Por otra parte el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal, establece como una causal de exención de pena la circunstancia que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien.

En consecuencia, es menester analizar si la libertad sexual o, en su caso, la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, y si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien.

7. Planteado así el problema, es de entender como libertad sexual la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad. Bajo estas premisas, corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44°, 46° y 241° que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal. Desde esa base normativa fue que se redactó el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, con carácter vinculante.

8. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, que permiten variar el enfoque del problema. Así, el artículo 175° del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando

su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño).

De igual manera, el artículo 176°-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras el artículo 176° del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores de esa edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de estas dos últimas normas permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad.

9. Tal como se ha visto, y con independencia de toda concepción moral o valoración social –que pugnaría con el reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad-, existe objetiva contradicción entre las disposiciones del Código Civil y del artículo 173°.3) del Código Penal, y entre las normas que configuran el propio Código Penal –los diversos tipos legales que integran el denominado Derecho penal sexual nacional-, todas ellas actualmente vigentes. En tal virtud, debe aplicarse la Ley más favorable al reo conforme a lo dispuesto por el artículo 139°, inciso 11), de la Constitución.

Uno de los supuestos de la referida norma constitucional tiene como elemento esencial la existencia de normas contradictorias entre sí, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable. Esta cláusula constitucional se funda, como afirma RUBIO CORREA, MARCIAL, “...en que si la sociedad tiene dos consideraciones simultáneas sobre el mismo hecho y va a sancionar, es razonable que se elija la sanción menor o la consideración menos grave: así se tomará como criterio social el de mayor benignidad y se restringirá en menor grado los derechos del reo...” (Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, Lima, mil novecientos noventa y nueve, página ciento doce).

Por tanto, en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años.

2. La imputabilidad restringida por razón de la edad y control difuso.

10. Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código sustantivo con el principio – derecho fundamental de igualdad ante la Ley.

El artículo 22° del Código Penal, modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, establece en su primer párrafo la regla general. Dice: *“Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción”*. Empero, en su segundo párrafo introduce diversas excepciones en función al delito cometido, no a la culpabilidad del autor y a la necesidad preventiva de pena, como pudiera parecer coherente con el fundamento material de la imputabilidad. Así, *“Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, [...] y otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua”*.

Sobre el particular es de mencionar que existe pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución. Esa decisión obliga a establecer si tiene, a su vez, carácter vinculante; y, por ende, si clausura la discusión judicial.

11. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues –por sus efectos- invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal.

El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de

una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no sólo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso.

Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente–, que impide un resultado jurídico legítimo.

3. Factores complementarios establecidos en el FJ 11° del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116.

12. Como consecuencia de las consideraciones anteriormente expuestas, es necesario determinar la vigencia o no del undécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116. Sobre el particular es de enfatizar que al haberse dejado establecida la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que cuentan con catorce años de edad o más, carece de trascendencia la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño –este último sólo relevante en el delito de seducción-. Es evidente, por lo demás, que existirá delito –de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor- cuando se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, para cuya determinación: ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo, ha de acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto.

Asimismo, como ha quedado expuesto, las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad –entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada- han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios que establece el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes.

Por todo ello los mencionados factores complementarios de atenuación, que en el citado Acuerdo Plenario se destacaron, han perdido vigencia.

III. DECISIÓN

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

ACORDARON:

14. **ESTABLECER** como doctrina legal, el contenido de los fundamentos jurídicos seis a doce.
15. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.
16. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
ROJAS MARAVÍ
PONCE DE MIER
MOLINA ORDOÑEZ
SANTOS PEÑA
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO Nº 1-2009/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116º TUO LOPJ.

ASUNTO: Rondas campesinas y Derecho penal

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. Con esta finalidad se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de Derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual

manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la relevancia jurídico penal de los diferentes delitos imputados a los que integran Rondas Campesinas o Comunales, en especial los delitos de secuestro, lesiones, extorsión, homicidio y usurpación de autoridad, en relación con los artículos 2°.19, 89° y 149° de la Constitución, y el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo *“sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”*, del 27 de junio de 1989, aprobado por Resolución Legislativa número 26253, del 5 de diciembre de 1993, así como –en particular- los artículos 14°, 15°, 20°.8, 21°, 45°.2 y 46°.8 y 11 del Código Penal –en adelante, CP-.

Al respecto es de observar dos datos importantes. En primer lugar, que con gran frecuencia la conducta penal atribuida a quienes integran las Rondas Campesinas se desarrolla en un ámbito rural, aunque en no pocos casos –siendo rurales- en áreas colindantes o de fácil comunicación y acceso con zonas urbanas donde ejercen jurisdicción los jueces del Poder Judicial. En segundo lugar, que los delitos imputados, según se anotó, se refieren a tipologías donde la violencia y la coacción son medios comunes de comisión, los cuales por su naturaleza tienen en la legislación vigente penas muy altas.

Las diversas Salas Penales de este Supremo Tribunal en numerosas ocasiones se han pronunciado sobre los puntos objeto de controversia, pero han utilizado diversos niveles de razonamiento y sustentado sus decisiones en variadas perspectivas jurídicas y fundamentos dogmáticos, a veces con resultados contradictorios. Constituyen una muestra de lo expuesto, entre otras, las Ejecutorias Supremas número 1722-2009/La Libertad, del 7 de julio de 2009; 5124-2008/Lambayeque, del 31 de marzo de 2009; 5184-2008/Lambayeque, del 31 de marzo de 2009; 625-2008/Amazonas, del 21 de abril de 2008; 4000-2007/Huara, del 14 de marzo de 2008; 1836-2006/Amazonas, del 4 de julio de 2006; 752-2006/Puno, del 17 de mayo de 2006; 2164-2005/Cajamarca, del 26 de abril de 2006; 975-2004/San Martín, del 9 de junio de 2004; 975-2004/San Martín, del 9 de junio de 2004; y 4160-96/Ancash, del 7 de noviembre de 1997.

Por tanto, en aras de garantizar el valor seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho, es del caso unificar en el presente Acuerdo Plenario.

- 4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como Jueces Supremos ponentes a los señores VALDEZ ROCA y RODRÍGUEZ TINEO, quienes, con el concurso de los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Aspectos generales.

- 6°. La Constitución, de un lado, reconoce como derecho individual de máxima relevancia normativa la identidad étnica y cultural de las personas, así como protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (artículo 2°.19) –a través de la norma en cuestión, la Constitución, propiamente, establece un principio fundamental del Estado-. De otro lado, la Carta Política afirma dos derechos fundamentales colectivos: **(i)** el derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas, y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley (artículo 89°); y **(ii)** el derecho de una jurisdicción especial comunal respecto de los hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de las Comunidades Campesinas y Nativas de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (artículo 149°). El reconocimiento de la referida jurisdicción es, en buena cuenta, un desarrollo del principio de pluralidad étnica y cultural sancionado por el artículo 2°.19 de la Ley Fundamental.

Todos estos artículos, como es obvio, deben ser analizados desde una perspectiva de sistematización e integración normativa, con el necesario aporte del

“Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989” -en adelante, el Convenio-, del 27 de junio de ese año, aprobado por Resolución Legislativa número 26253, del 5 de diciembre de 1993, y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas –en adelante, la Declaración-, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. El propósito del Convenio, y también de la Declaración, es garantizar el respeto tanto del derecho de esos pueblos a su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (artículo 2°, “b” del Convenio, artículo 5° de la Declaración), como el derecho individual de sus miembros a participar en esta forma de vida sin discriminaciones. La Declaración estipula, con toda precisión, que tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras, instituciones y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34°). El Convenio, tiene expuesto el Tribunal Constitucional, viene a complementar –normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (STC número 3343-2007-PA/TC, del 19 de febrero de 2009).

La diversidad cultural del Perú –o su realidad pluricultural- está plenamente reconocida por la Constitución. Ninguna persona puede ser discriminada por razón de su cultura, con todo lo que ello representa en cuanto principio superior de nuestro ordenamiento jurídico. El reconocimiento –validez y práctica- tanto del derecho consuetudinario –que es un sistema normativo propio, entendido como conjunto de normas y potestad de regulación propia- como de la organización autónoma de sus instituciones para la decisión de los asuntos que reclaman la intervención de la jurisdicción comunal, es evidente conforme al artículo 149° de la Constitución, aunque con una limitación material relevante: interdicción de vulneración de los derechos fundamentales, al punto que dispone la necesaria coordinación con las estructuras estatales en materia de impartición de justicia.

Por consiguiente, el pluralismo jurídico –entendido como la situación en la que dos o más sistemas jurídicos coexisten (o, mejor dicho, colisionan, se contraponen y hasta compiten) en el mismo espacio social [ANTONIO PEÑAJUMPA: *La otra justicia: a propósito del artículo 149° de la Constitución peruana*. En *Desfaciendo Entuertos*, Boletín N° 3-4, Octubre 1994, IPRECON, página 11], ha de ser fundado en los derechos humanos y debe ser respetuoso del derecho a la diferencia.

- 7°. El artículo 149° de la Constitución exige una lectura integradora y en armonía con los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica

y corrección funcional, a fin de establecer con toda justicia si las Rondas Campesinas y Comunales son o no sujetos colectivos titulares del derecho de ejercicio de funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial.

El citado artículo constitucional prescribe lo siguiente: *“Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha **jurisdicción especial** con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”* [los resaltados en negrita son nuestros].

Una primera lectura, meramente literal del texto normativo en cuestión, podría concluir que las Rondas Campesinas, en primer lugar, para ser tales, deben surgir y ser parte de las Comunidades Campesinas y Nativas -nacen de ellas e integran su organización-; y en segundo lugar, que no ejercen por sí mismas funciones jurisdiccionales, pues su papel sería meramente auxiliar o secundario. La realidad social, sin embargo, revela que las Rondas Campesinas surgieron a mediados de la década de los setenta del siglo pasado –aunque con antecedentes remotos en las guardias rurales de fines del Siglo XIX y en las rondas de hacienda de las primeras décadas del siglo XX [FERNANDO BAZÁN CERDÁN: *Rondas Campesinas: la otra justicia*]-, siempre por decisión de los propios campesinos o vecinos de un sector, estancia o caserío, como una necesidad comunal o colectiva de protección, no sólo desde las propias Comunidades sino también de aquellas poblaciones rurales andinas que carecían de Comunidades Campesinas y necesitaban expresar su organización comunal y consolidar los espacios de afirmación de su identidad colectiva. Las Rondas Campesinas, en consecuencia y vistas desde una perspectiva general, forman parte de un sistema comunal propio y, en rigor, constituyen una forma de autoridad comunal en los lugares o espacios rurales del país en que existen –estén o no integradas a Comunidades Campesinas y Nativas preexistentes- [RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO: *Rondas Campesinas y pluralismo legal: necesidad de reconocimiento constitucional y desarrollo legislativo*. En: <http://www.alertanet.org/ryf-defensoría.htm>].

Como tales, las Rondas Campesinas, que se inscriben dentro del contexto de las formas tradicionales de organización comunitaria y de los valores andinos de solidaridad, trabajo comunal e idea del progreso [JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ VILLA: *Peritaje Antropológico en la causa número 22007-00730*, Cajamarca, 21 de noviembre de 2007, página 58], han asumido diversos roles en el quehacer de esos pueblos –tales como seguridad y desarrollo- y, entre ellos, también se encuentra, sin duda alguna, los vinculados al control penal en tanto

en cuanto –presupuesto necesario para su relevancia jurídica- aplican las normas del derecho consuetudinario que les corresponda y expresen su identidad cultural. Son una respuesta comunal, entre otras expresiones socioculturales, ante el problema de la falta de acceso a la justicia, que es un derecho fundamental procesal que integra el núcleo duro de los derechos fundamentales. Según algunos científicos sociales la justicia que aplican puede definirse como “reconciliadora” y ejercen mecanismos tradicionales de resolución de conflictos [JOHN GIGLITZ: *Rondas Campesinas y Violencia*. En: Justicia y Violencia en las Zonas Rurales, IDL, Lima, 2003, página 146]; sus juicios cuentan con ciertas formalidades, pero carecen de la rigidez que caracteriza a la administración de justicia formal [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. En: Revista Pena y Estado, año 4, número cuatro, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, página 113].

Los integrantes de las Rondas Campesinas cumplen, en principio, el requisito de pertenecer a un grupo cultural y étnico particularizado. En efecto, desde la perspectiva subjetiva, tienen conciencia étnica o identidad cultural: afirman rasgos comunes y se diferencian de otros grupos humanos –sienten que su comportamiento se acomoda al sistema de valores y a los normas de su grupo social, su conducta observable reflejan necesidad de identidad y de pertenencia-; así, incluso, se autodefinen como herederos de los Ayllus (pueblo inca) y como parte de los pueblos indígenas- [¿QUÉ SON LAS RONDAS CAMPESINAS?, martes 6 de enero de 2009. En: <http://cunarc.blogspot.com/2009/01/qu-son-las-rondas-campesinas.html>]. Desde la perspectiva objetiva, como elementos materiales, comparten un sistema de valores, en especial instituciones y comportamientos colectivos, formas de control social y procedimientos de actuación propios que los distinguen de otros colectivos sociales –su existencia tiene una vocación de permanencia-. Son expresiones del mundo rural –de algunos sectores de la población rural en ámbitos geográficos más o menos focalizados, tienen características comunes en su organización, siguen determinadas tradiciones y reaccionan ante las amenazas a su entorno con ciertos patrones comunes –organizan de cierto modo la vida en el campo-, y han definido –aún cuando con relativa heterogeneidad- las medidas y procedimientos correspondientes basados en sus particulares concepciones.

Es imprescindible, desde luego, que el Juez identifique con absoluta rigurosidad, caso por caso y no darlo como sentado, la existencia en los asuntos de su competencia de estos elementos, obviamente con ayuda pericial –la pericia, es necesario enfatizarlo, ilustra o auxilia, pero no define; ofrece al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para resolver el caso [MICHELE TARUFFO: *La prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, página 90]-, pues

lo que el Estado democrático reconoce es una organización o institución determinada y el ejercicio legítimo del derecho consuetudinario –normas vigentes y válidas para el grupo social, en el marco de su referente cultural [RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO: *Apuntes sobre el artículo 149° de la Constitución peruana: alcances, límites, consecuencias y retos*. En: *Desfaciendo Entuertos*, Lima, octubre 1994, página 21]- en su espacio geográfico, no una organización que sin esos elementos definidores ejerce sin más la potestad jurisdiccional.

- 8°. En la medida que la propia Constitución afirma el derecho a la identidad étnica y cultural de las personas y el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, así como que el Convenio ratifica el derecho de los pueblos históricos a conservar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, siendo el criterio fundamental la conciencia de su identidad (artículo 1°), entonces, atendiendo a que las Rondas Campesinas –según se tiene expuesto- son la expresión de una autoridad comunal y de sus valores culturales de las poblaciones donde actúan, será del caso entender –en vía de integración- que pueden ejercer funciones jurisdiccionales, cuyo reconocimiento efectivo, desde luego, estará condicionado al cumplimiento de un conjunto de elementos que luego se precisarán. No hacerlo importaría un trato discriminatorio incompatible con el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación [JUAN CARLOS RUIZ MOLLEDA: *¿Por qué deben reconocerse facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas?*, IDL, Lima, mayo 2008, páginas 24-25].

Si el fundamento del artículo 149° de la Constitución es que los pueblos con una tradición e identidad propias en sede rural resuelvan sus conflictos con arreglo a sus propias normas e instituciones –el artículo 8°.2 del Convenio fija como pauta que dichos pueblos tienen derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias-, es obvio que al ser las Rondas Campesinas parte de ese conglomerado social y cultural, actúan en un espacio geográfico predeterminado y lo hacen conforme al derecho consuetudinario –cuya identificación y definición previa es tarea central del juez-, deben tener, como correlato, funciones jurisdiccionales en lo que le es privativo [Conforme: DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas*, Lima, octubre, 2004, páginas 23/28]. Las Comunidades Campesinas y Nativas, en suma, no son los únicos titulares del derecho a la identidad cultural y del derecho consuetudinario.

Es cierto que el artículo 1° de la Ley número 27908 –en igual sentido el Reglamento de esa Ley (Decreto Supremo número 25-2003-JUS, del 30.12.2003)-ratifica las funciones de seguridad de las Rondas Campesinas dentro de su ámbito territorial y precisa que estas últimas apoyan el ejercicio de funcio-

nes jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, y colaboran con la solución de conflictos. Sin embargo, en vía de integración y según los parámetros constitucionales ya abordados, ha de entenderse que las funciones referidas al control del orden y a la impartición de justicia son ínsitas a las Rondas Campesinas tanto si éstas se originan en el seno de las citadas Comunidades y son expresión de ellas en la medida que sus normas internas lo autoricen, cuanto si surgen en aquellos espacios geográficos rurales en los que no existe Comunidades Campesinas, puesto que, como el propio artículo 1° preceptúa, son formas autónomas y democráticas de organización comunal. Cabe resaltar que en muchos casos las funciones jurisdiccionales en cuestión se dan no solo como un intento de reivindicar y afirmar sus propias esferas, sino que vienen “propiciadas” por la ausencia o casi nula existencia de presencia estatal.

2. Alcance de la jurisdicción especial comunal-rondera.

9°. El primer nivel de análisis que debe realizarse cuando se discute en sede penal una imputación contra integrantes de Rondas Campesinas por la presunta comisión de un hecho punible con ocasión de su actuación como rondero consiste en establecer si resulta de aplicación el artículo 149° de la Constitución, es decir, si es de aplicación el denominado “fuero especial comunal”, en tanto en cuanto el reconocimiento de una jurisdicción especial constituye un límite objetivo a la jurisdicción penal ordinaria.

Desde dicha norma constitucional es posible –a tono, por ejemplo y en lo pertinente, con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-552/03, del 10 de julio de 2003)- identificar los siguientes elementos que comporta la jurisdicción especial comunal-ronderil:

- 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, es 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.
- 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 ésta.

A estos elementos se une el denominado factor de congruencia. El derecho consuetudinario que debe aplicar las Rondas Campesinas no puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Se trata de una condición de legitimidad y límite material para el ejercicio de la función jurisdiccional especial comunal-ronderil.

- 10°.** El fuero comunal-rondero se afirmará, por tanto, si concurren los elementos y el factor antes indicado. El elemento objetivo es básico al igual que el factor de congruencia, por lo que es del caso efectuar mayores precisiones.

El primero, el elemento objetivo, está referido –con independencia de lo personal: el agente ha de ser un rondero, y territorial: la conducta juzgada ha de haber ocurrido en el ámbito geográfico de actuación de la respectiva Ronda Campesina, necesariamente presentes- a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva.

- A. 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, sólo podrá comprender la defensa y protección de los intereses comunales o de un miembro de la comunidad donde actúa la Ronda Campesina.
- B. 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 los derechos fundamentales.

- C. En cambio, frente a personas que no pertenecen a la cultura o espacio cultural de actuación de las Rondas Campesinas –se presenta, en tal virtud, un conflicto de naturaleza intercultural- la solución no puede ser igual. La legitimidad de la actuación comunal-rondera estará condicionada no sólo a la localización geográfica de la conducta sino también al ámbito cultural, esto es, **(i)** 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 **(ii)** 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.
- 11°. El segundo, el factor de congruencia, exige que la actuación de las Rondas Campesinas, basadas en su derecho consuetudinario, no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales –se trata de aquellos derechos fundamentales en los que existe suficiente consenso intercultural-, entendiendo por tales, como pauta general, los derechos fundamentales que no pueden derogarse ni siquiera en situaciones de máximo conflicto o estados de excepción. La premisa es que los derechos fundamentales vinculados a la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes, en este caso el derecho a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al ejercicio de la jurisdicción especial, nunca se reconocen de manera absoluta, y que existen otros derechos individuales y colectivos con los cuales deben ponderarse los derechos fundamentales antes citados [RENÉ PAUL AMRY: *Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate*. En: Anuario de Derecho Penal 2006, página 95]-.

Entre los derechos fundamentales de primer orden, inderogables, es de citar, enunciativamente, la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas –bajo la noción básica de “previsibilidad” para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349, del 8 de agosto de 1996)-. Estos derechos, en todo caso, han de ser interpretados, desde luego, de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las Rondas Campesinas en donde operan y tienen vigencia.

12°. La violación de los derechos humanos presenta dos situaciones, sea que ésta se deba **(i)** a lo previsto en las mismas reglas consuetudinarias o **(ii)** a los abusos que cometen las autoridades de las Rondas Campesinas por no respetar el derecho consuetudinario [JOSÉ HURTADO POZO/JOSEPH DU PUIT: *Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú*. En: Derecho y pluralidad cultural, Anuario de Derecho Penal 2006, Fondo Editorial PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2007, páginas 235/236]. En ambos supuestos, ante una imputación por la presunta comisión de un hecho punible atribuida a los ronderos, corresponderá a la justicia penal ordinaria determinar, en vía de control externo de la actuación conforme a los derechos humanos de las autoridades comunales si, en efecto, tal situación de ilicitud en el control penal comunal rondero se ha producido y, en su caso, aplicar –si correspondiere- la ley penal a los imputados.

En atención a lo expuesto será de rigor considerar como conductas que atentan contra el contenido esencial de los derechos fundamentales y, por tanto, anti-jurídicas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario, **(i)** las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable –plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil-; **(ii)** las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos; **(iii)** la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido; **(iv)** los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa –lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento-; **(vi)** la aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario; **(vii)** las penas de violencia física extrema –tales como lesiones graves, mutilaciones- entre otras.

3. El rondero ante el Derecho penal.

13°. El derecho a la identidad cultural y al ejercicio de funciones jurisdiccionales conforme al derecho consuetudinario está, pues, limitado a las reservas que dimanen del propio texto constitucional y de su interrelación con los demás derechos, bienes e intereses constitucionalmente protegidos.

Así las cosas, los alcances de un tipo legal pueden restringirse en dos casos [RENÉ PAUL AMRY: *Obra citada*, página 97]:

- A.** Cuando la interpretación de los elementos normativos del tipo lo permita (interpretación del tipo conforme a la Constitución).
- B.** Cuando sea aplicable una causa de justificación, en especial la prevista en el artículo 20°.8 del Código Penal –en adelante, CP-: cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho.

Lo expuesto guarda coherencia con el alcance del fuero comunal rondero. Desde el primer caso –supuesto de atipicidad de la conducta- se descarta de plano, por ejemplo, el delito de usurpación de funciones (artículo 361° CP) en la medida de que el rondero actúa en ejercicio de la función jurisdiccional comunal constitucionalmente reconocida y garantizada. También se rechaza liminarmente la imputación por delito de secuestro (artículo 152° CP) puesto que el rondero procede a privar la libertad como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional –detención coercitiva o imposición de sanciones-.

Asimismo, cabe destacar que la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes no está orientada a obtener beneficios ilegales o fines de lucro, y –en principio- la composición y práctica que realizan tienen un reconocimiento legal, que las aleja de cualquier tipología de estructura criminal (banda o criminalidad organizada) asimilable a aquellas que considera el Código Penal como circunstancias agravantes o de integración criminal (artículos 186°, párrafo 2, inciso 1, y 317° CP). Efectivamente, su intervención se origina en un conflicto de naturaleza y trascendencia variables, que involucra a personas que reconocen en las Rondas Campesinas instancias conciliadoras, de resolución de conflictos y con capacidad coercitiva –uno de los atributos esenciales de la jurisdicción-.

En estas condiciones, es de enfatizar que no es asimilable la actuación y la conducta, siempre colectiva, de sus integrantes a un delito de secuestro extorsivo y cuya presencia relevante en las estadísticas de la criminalidad nacional determinó las modificaciones y reformas del artículo 152° CP, caracterizadas, todas ellas, por un incremento constante de las penas conminadas y de los rigores de su cumplimiento.

- 14°.** Cuando no sea posible esta primera posibilidad –la atipicidad de la conducta-, será del caso recurrir al análisis de la procedencia de la causa de justificación centrada, con mayor relevancia, en el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20°.8 CP). Aquí se tendrá en cuenta el presupuesto –situación de amenaza a los bienes jurídicos antes citados- y los límites o condiciones para el correcto ejercicio de la función jurisdiccional comunal-rondera ya analizados.

El respectivo test de proporcionalidad es el que debe realizarse para cumplir este cometido, para lo cual es de tener en cuenta los bienes jurídicos comprometidos con la conducta ejecutada por los ronderos en relación con el derecho a la identidad cultural y al fuero comunal rondero, prevaleciendo siempre los intereses de más alta jerarquía en el caso concreto, que exige la no vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

15°. Si la conducta atribuida a los ronderos no resulta atípica o si, en aplicación del test de proporcionalidad enunciado, la conducta analizada no está justificada, esto es, afirmado el injusto objetivo, será del caso considerar el conjunto de factores culturales en la escala individual del sujeto procesado. Cabe acotar que el análisis en mención requiere, como presupuesto, tener muy claro la existencia jurídica de la Ronda Campesina, la autoridad rondera que actuó –la condición de tal del rondero inculpativo-, su nivel de representación y funciones, y las características y alcances de la norma consuetudinaria aplicada, aspectos que en varias de sus facetas puede determinarse mediante pericias culturales o antropológicas.

En este nivel del examen del caso es de tener en cuenta que los patrones o elementos culturales presentes en la conducta del rondero tienen entidad para afectar el lado subjetivo del delito, vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución o culpabilidad, al punto que pueden determinar –si correspondiere- **(i)** la impunidad del rondero, **(ii)** la atenuación de la pena, o **(iii)** ser irrelevantes.

El agente, entonces, como consecuencia de su patrón cultural rondero puede actuar **(i)** sin dolo –error de tipo- al no serle exigible el conocimiento sobre el riesgo para el bien jurídico; **(ii)** por error de prohibición porque desconoce la ilicitud de su comportamiento, esto es, la existencia o el alcance de la norma permisiva o prohibitiva; o **(iii)** sin comprender la ilicitud del comportamiento ejecutado o sin tener la capacidad de comportarse de acuerdo a aquella comprensión [IVÁN MEINI: *Inimputabilidad penal por diversidad cultural. En: Imputación y responsabilidad penal*, ARA Editores, Lima, 2009, páginas 69/70].

Las normas que en este caso se han de tomar en cuenta para la exención de pena por diversidad cultural serán, en todo caso, las previstas en los artículos 14° y 15° del CP.

Es de rigor, sin embargo, prevenir que en el caso de ronderos es de muy difícil concurrencia –aunque no imposible ni inusitado- los casos de error de tipo y, en muchos supuestos, las prescripciones del artículo 15° CP –que entraña un problema no de conocimiento sino de comprensión, de incapacidad de comportarse de acuerdo con cánones culturales que al sujeto le resultan extraños-, porque los ronderos, como regla ordinaria, son individuos integrados al Estado total o parcialmente en cuya virtud al tener contacto con la sociedad “oficial” como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas del Estado, por lo que puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobársela cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona [JUAN

LUIS MODELL GONZÁLEZ: *Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados*. En: Anuario de Derecho Penal 2006, página 283].

- 16°.** Cuando no sea posible declarar la exención de pena por diversidad cultural, ésta última sin embargo puede tener entidad para atenuarla en diversos planos según la situación concreta en que se produzca. En los niveles referidos a la causa de justificación (artículo 20°.8 CP), al error de tipo o de prohibición (artículo 14° CP) o a la capacidad para comprender el carácter delictivo del hecho perpetrado o de determinarse de acuerdo a esa comprensión (artículo 15° CP) –vistos en este último caso, según las opciones dogmáticas reconocidas por la doctrina, desde la imputabilidad, la exigibilidad e, incluso, de las alteraciones de la percepción que se expresan en los valores culturales incorporados en la norma penal, en cuya virtud, en cuya virtud se afirma que el miembro de la comunidad minoritaria con valores culturales distintos a los hegemónicos plasmados en el derecho penal carece de la percepción valorativa de la realidad que sí tiene la mayoría [JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO: *Culpabilidad-responsabilidad*. En: Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal (JOSÉ HURTADO POZO, Editor), Fondo Editorial PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2009, página 353]-, si el grado de afectación no es lo suficientemente intenso o no se cumplen todos los requisitos necesarios para su configuración, será de aplicación, según el caso:
- A.** La atenuación de la pena por exención incompleta conforme al artículo 21° CP, o por la vencibilidad del error prohibición según el artículo 14° in fine última frase CP, o por los defectos de la comprensión –o de determinarse según esa comprensión- como lo previene la última frase del artículo 15° CP.
 - B.** La sanción por delito culposo si tal figura penal se hallare prevista en la ley por la vencibilidad del error de tipo, atento a lo dispuesto por el artículo 14° primer párrafo última frase CP.
- 17°.** Comprobada la existencia del hecho punible y la responsabilidad del acusado, el Juez Penal para medir la pena tendrá en cuenta, de un lado, los artículos 45°.2 y 46°.8 y 11 CP –compatibles con el artículo 9°.2 de la Convención, que exige a los tribunales penales tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas, el contexto socio cultural del imputado-; y, de otro lado, directivamente, el artículo 10° de la Convención, que estipula tanto que se tenga en cuenta las características económicas, sociales y culturales del individuo y dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento –principio de adecuación de las medidas de reacción social-.

III. DECISIÓN

18°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez Jueces Supremos por el presente texto y cinco en contra, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

19°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7° al 17°.

20°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

21°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE,
TRANSITORIAS Y ESPECIAL**

ACUERDO PLENARIO Nº 2-2009/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 189º CT

ASUNTO: Regulación Tributaria

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las

bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre los efectos penales de la regularización tributaria, prevista en el artículo 189° del Código Tributario –en adelante, CT-. En ellas se advierten, por lo menos, dos líneas jurisprudenciales contradictorias en orden a los alcances de la regularización tributaria que es del caso unificar.

De un lado, la exigencia que se pague la totalidad de la deuda tributarias o en su caso la devolución del íntegro del saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente (Ejecutorias Supremas número RQ-765-2005/Lima, del 3 de mayo de 2007, y RQ-132-2009/Tacna, del 13 de julio de 2009) o que el fraccionamiento del pago de deudas tributarias en ningún caso alcanza conductas de contenido penal (Ejecutoria Suprema número RQ-160-2007/Lima, del 29 de mayo de 2007). De otro lado, las solicitudes de acogimiento a leyes de sinceramiento de deudas tributarias, aceptadas por la SUNAT, con el fraccionamiento de la deuda tributaria, importa una regularización tributaria, que desestima la aplicación del Derecho penal (Ejecutorias Supremas número RN-495-2007/Lima, del 29 de octubre de 2008, y RN-401-2008/Junín, del 16 de junio de 2009).

- 4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el

presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a la señora BARRIOS ALVARADO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Bases normativas.

- 6°. El artículo 189° CT, modificado por la Ley número 27038, incorpora una causa material de exclusión de pena concebida procesalmente como un impedimento procesal, cuyo efecto es, de un lado, excluir la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, y, de otro lado, impedir la iniciación del proceso penal.

Prescribe la citada norma, en sus párrafos segundo, tercero y cuarto, lo siguiente:

- A.** *“No procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la formulación de denuncia penal por delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo cuando se regularice la situación tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la Ley Penal Tributaria, antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de ésta, el Órgano Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas”.*
- B.** *“La improcedencia de la acción penal contemplada en el párrafo anterior, alcanzará igualmente a las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización”.*
- C.** *“Se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las multas”.*
- 7°. La indicada norma material debe ser interpretada en concordancia con los artículos 7° y 8° de la Ley Penal Tributaria –en adelante, LPT–.
- A.** El artículo 7° LPT, modificado por el Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–, establece: **“1. El Ministerio Público, en los casos de delito tributario, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria previo informe motivado del Órgano Administrador del Tributo.- 2. Las Diligencias**

preliminares y, cuando lo considere necesario el Juez o el Fiscal en su caso, los demás actos de la instrucción o Investigación Preparatoria, deben contar con la participación especializada del Órgano Administrador del Tributo”.

- B.** El artículo 8º LPT, modificado por el NCPP, preceptúa que: **1.** *El Órgano Administrador del Tributo cuando, en el curso de sus actuaciones administrativas, considere que existen indicios de la comisión de un delito tributario, inmediatamente lo comunicará al Ministerio Público, sin perjuicio de continuar con el procedimiento que corresponda.- 2.* *El Fiscal, recibida la comunicación, en coordinación con el Órgano Administrador del Tributo, dispondrá lo conveniente. En todo caso, podrá ordenar la ejecución de determinadas diligencias a la Administración o realizarlas por sí mismo. En cualquier momento, podrá ordenar al Órgano Administrador del Tributo le remita las actuaciones en el estado en que se encuentran y realizar por si mismo o por la Policía las demás investigaciones a que hubiere lugar”.*

2. La regularización tributaria.

- 8º.** Los delitos tributarios protegen la Hacienda Pública desde la perspectiva del interés del Estado y de la propia Hacienda Pública de que la carga tributaria se realice con los modos fijados en la Ley. Se protege, en consecuencia, el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los mismos en el gasto público [LORENZO MORILLAS CUEVAS: *Derecho Penal Español - Parte Especial*, tomo I, (MANUEL COBO DEL ROSAL: Coordinador), Editorial Dykinson, Madrid, 2004, página 613].

Los delitos tributarios comprendidos en la LPT tienen las siguientes notas características esenciales:

- A.** Se configuran como un delito especial propio y de infracción del deber de contribuir mediante el pago de tributos al sostenimiento de los gastos Públicos
- B.** Tienen una naturaleza patrimonial, pero es de tener en cuenta su carácter público en atención a la función que los tributos cumplen en un Estado social y democrático de derecho.
- C.** Son delitos de resultado. Se exige la producción de un perjuicio que se consuma desde el momento en que se deja de pagar, total o parcialmente, los tributos o que se obtenga o disfruta indebidamente de un beneficio tributario.
- D.** El núcleo típico es la elusión del pago de tributos debidos o la obtención indebida de beneficios tributarios, cuya perpetración puede producirse tanto por acción, como por omisión.

E. Es un delito doloso –directo o eventual-, centrada en el conocimiento de la afectación del interés recaudatorio del Fisco. Además, se requiere de un elemento subjetivo especial o de tendencia: el ánimo de lucro en provecho propio como de un tercero [LUIS ALBERTO BRAMONT ARIAS TORRES/MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*, Tercera edición, Editorial San Marcos, Lima, 1977, página 478], aunque no hace falta que se alcance efectivamente.

- 9°. La finalidad de política tributaria de la regularización se encuentra en el objetivo estatal de conseguir que los tributos dejados de pagar efectivamente se recauden, y su fundamento dogmático reside en la reparación del daño [PERCY GARCÍA CAVERO: *Derecho Penal Económico – Parte Especial*, Tomo II, Editorial Grijley, Lima, 2007, páginas 693 y 698] y, como tal, con entidad para confluir con los fines de la pena –tanto en la retribución como en la prevención [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Pena I- Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 80].

En tanto se trata de una causa material de exclusión de punibilidad *ex post factum* sus efectos liberatorios de la sanción penal necesariamente alcanzan o benefician a todos los intervinientes en el delito –autores y partícipes-. Destaca la perspectiva objetiva de la regularización tributaria, esto es, el ámbito de aplicación, los requisitos y los efectos de la regularización, como resulta evidente, se refieren al hecho o injusto culpable, no al autor. Tal consideración es, por cierto, compatible con el propio tenor literal del artículo 189° CT, que a final de cuenta impide toda posibilidad de someter a proceso penal por los hechos punibles objeto de regularización.

- 10°. La regularización tributaria, en aras de alentar la regularización tributaria y su propia eficacia, y acudiendo a un argumento “*a fortiori*” [FERMÍN MORALES PRATS: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, páginas 791/792], abarca tanto el conjunto de delitos comprendidos en la LPT (artículos 1°/5°), en tanto en cuanto perjudiquen la Hacienda Pública: omisión del pago de tributos debidos u obtención efectiva de beneficios tributarios –entendidos ampliamente, en cuya virtud se comprende a todos los mecanismos que por el resultado disminuyen o eliminan la carga tributaria [CARMEN DEL PILAR ROBLES MORENO y otros: *Código Tributario, Doctrina y Comentarios*, Pacífico Editores, Lima, 2005, página 671]-, como, por imperio del tercer párrafo del artículo 189° CT, “*las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización*”. La extensión de la impunidad, en estos casos, sólo puede admitirse en la medida

en que éstas carezcan de autonomía punitiva frente a los delitos tributarios; es decir, aquellas irregularidades contables y falsedades realizadas con finalidad y efectos exclusivos de tipo tributario [J. BOIX REIG y otros: *Derecho Penal – Parte Especial*, Tercera edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, página 592].

11º. La regularización tributaria está sujeta a dos requisitos esenciales: actuación voluntaria a través de una autodenuncia y pago total de la deuda tributaria o devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente.

A. Regularización voluntaria. Se expresa en la frase: “ *se regularice la situación tributaria () antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de éste, el Órgano Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas*” (artículo 189º, segundo párrafo, CT). Esta exigencia o condicionante temporal plantea que la regularización se realice en forma voluntaria o espontánea, la que debe concretarse antes de la intervención de la autoridad tributaria o penal. En este último supuesto no hace falta una disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria (artículo 7º.1 LPT en concordancia con el artículo 336º NCPP), cuyo equivalencia en el ACPP será la denuncia formalizada del Ministerio Público y el respectivo auto de apertura de instrucción; sólo se requiere del inicio de actuaciones de investigación, que muy bien pueden tratarse de diligencias preliminares en tanto en cuanto exista suficiente precisión de los cargos, de su presunta relevancia delictiva. De otro lado, la regularización no necesariamente debe ser obra del obligado; además, los motivos internos que determinan la regularización no son relevantes, sólo lo es el momento en que tiene lugar.

B. Pago total de la deuda tributaria o devolución íntegra del beneficio tributario. Se precisa en el cuarto párrafo del artículo 189º CT, que dice: “*Se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las multas*”. No sólo se trata de que se formule una autodenuncia a través de una declaración rectificatoria, sino de que pague efectivamente la deuda tributaria o efectúe la devolución correspondiente. Frente a montos dudosos o de necesaria determinación administrativa –que traen causa en la comisión de delitos tributarios-, es posible que la autoridad cuestione la rectificación y exija un monto mayor, oportunidad en que debe establecerlo –con inclusión a los tributos, de los intereses y las multas- y el obligado a pagar inmediata e íntegramente el diferencial respectivo.

- 12°.** El delito tributario, desde la reforma de la LPT por el NCPP –en especial del artículo 8°-, es un delito de persecución pública a cargo del Ministerio Público, aunque con la necesaria intervención de la autoridad administrativa tributaria. A partir de esas modificaciones tiene sentido que la regularización pueda realizarse: **(i)** antes que la Fiscalía inicie diligencias preliminares de averiguación sobre la posible comisión de un delito tributario –no necesariamente, como era antes de la reforma, una denuncia por delito tributario debe ser de previo conocimiento de la autoridad tributaria, aunque su ulterior intervención es preceptiva-; y, en su defecto –ante la inexistencia de la intervención de la Fiscalía, del inicio de actuaciones de averiguación-, **(ii)** el Órgano Administrador del Tributo notifique un requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas presuntamente delictivas señaladas.

El requerimiento de la administración tributaria debe ser específico, vinculado a un delito tributario concreto, enmarcado temporalmente. El bloqueo a la regularización necesita de un requerimiento expreso en cuanto al delito presuntamente cometido o la referencia a las conductas delictivas que le dan por su naturaleza relevancia penal [JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA: *Regularización Tributaria*, Actualidad Jurídica número 115, Lima, Junio 2003, Lima, página 20].

3. Fraccionamiento tributario, leyes especiales y exención de pena.

- 13°.** Con carácter general, el artículo 36° CT estatuye que: *“Se puede conceder aplazamiento y/o fraccionamiento para el pago de la deuda tributaria con carácter general, excepto en los casos de tributos retenidos o percibidos, de la manera que establezca el Poder Ejecutivo.- En casos particulares, la Administración Tributaria está facultada a conceder aplazamiento y/o fraccionamiento para el pago de la deuda tributaria al deudor tributario que lo solicite, (), siempre que dicho deudor cumpla con los requerimientos o garantías que aquella establezca mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar y con los siguientes requisitos: ().- El incumplimiento de las condiciones bajo las cuales se otorgó el aplazamiento y/o fraccionamiento, conforme a lo establecido en las normas reglamentarias, dará lugar automáticamente a la ejecución de las medidas de cobranza coactiva por la totalidad de la amortización e intereses correspondientes que estuvieran pendientes de pago”.*

Como se advierte de su texto, el citado artículo 36° CT reconoce la posibilidad de que el deudor tributario se acoja al aplazamiento y/o fraccionamiento de su deuda tributaria, siempre sujeto a una serie de condiciones y garantías que la Administración Tributaria ha de valorar para su aceptación o rechazo. Sin

embargo, el hecho de reconocer la deuda tributaria y su imposibilidad de pago oportuno, al igual que la emisión de la correspondiente autorización administrativa que acepta el aplazamiento y/o el fraccionamiento de su pago, en modo alguno tiene relevancia jurídico penal cuando el incumplimiento de la obligación tributaria trae su causa en la comisión de delitos tributarios, a menos que el legislador por medio de una norma con rango de ley así lo decida, clara e inequívocamente. Razones de prevención general explican esta conclusión, en tanto que ya se produjo la conducta delictiva y la consiguiente afectación a la Hacienda Pública.

Por lo demás, la única causa material de exclusión de punibilidad es aquella, ya analizada, referida a la regularización tributaria y ésta importa no el aplazamiento o el fraccionamiento del pago sino su total cancelación. Esta exigencia es compatible con la finalidad de política fiscal de toda regularización tributaria, que persigue que se paguen los tributos, no sólo que espontánea o voluntariamente se indique el faltante, única posibilidad que haría cesar la necesidad de pena.

En tal virtud, el acogerse a un sistema especial de fraccionamiento o de sinceramiento tributario, como lo fue en su día los adoptados por las leyes número 27344 –Ley del régimen especial de fraccionamiento tributario- y 27681 –Ley de reactivación a través del sinceramiento de las deudas tributarias (RESIT)-, carece de relevancia como presupuesto para excluir la pena.

III. DECISIÓN

14°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de catorce Jueces Supremos por el presente texto y uno en contra, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

15°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 13°.

16°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del

artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

17°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

VALDEZ ROCA

BARRIENTOS PEÑA

BIAGGI GÓMEZ

MOLINA ORDOÑEZ

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

BARANDIARÁN DEMPWOLF

CALDERÓN CASTILLO

ZEVALLOS SOTO

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR GONZÁLES CAMPOS.-

FUNDAMENTOS JURIDICOS

- 1°. El artículo 189 del C.T. modificado por la Ley número 27038 prescribe en su segundo, tercero y cuarto párrafo, lo siguiente: *“ que no procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la formulación de denuncia penal por delito tributario por parte del Órgano Administrador del tributo cuando se regularice la situación tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la ley Penal Tributaria, antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de ésta, el órgano Administrador del tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y periodo en que se realizaron las conductas señaladas.*

La improcedencia de la acción penal contemplada en el párrafo anterior, alcanzará igualmente a las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización.

“Se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las multas”.

De este texto normativo se puede apreciar, por tanto, la configuración de una causal expresa de excusa absolutoria, la cual impide que un hecho típico, anti-jurídico y culpable pueda ser perseguido penalmente, excluyendo a su vez la punibilidad del acto.

- 2°. En el sentido anterior y a fin de complementar la interpretación de este artículo es necesario delimitar el contenido y alcance de lo que se entiende por REGULARIZACIÓN, para lo cual es de precisar como punto de partida que el bien jurídico protegido en los delitos tributarios es la Hacienda Pública en cuanto no se vea afectada en el proceso de recaudación de tributos y en las formas que establece la ley (LORENZO MORILLAS CUEVAS: *Derecho Penal Español – Parte Especial*, Tomo I, editorial Dykinson, Madrid, 2004, página 613). Ahora bien, para poder precisar que se entiende por regularización debemos aproximarnos al contenido de este concepto con la ayuda

de dos elementos conceptuales: voluntad de regularizar la deuda y pago de la deuda tributaria.

- 3°. En cuanto al primer elemento: voluntad de regularizar la deuda, el artículo 189° C T señala como oportunidad para que se efectúe dicha regularización de las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la ley Penal Tributaria, hasta antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de esta, el órgano Administrador del tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y periodo en que se realizaron las conductas señaladas.

Sin embargo atendiendo al bien jurídico protegido, e interpretando sistemáticamente la norma tributaria en mención conjuntamente con la ley de Reactivación del Sinceramiento de las Deudas Tributarias – RESIT Ley número 27681, así como con la Ley Especial de Fraccionamiento Tributario Ley número 27344 se tiene el resultado siguiente:

La Ley de Fraccionamiento prescribe en su artículo 3°.3 que: *no podrán acogerse las personas naturales a quienes se les hubiera abierto instrucción por delito tributario o aduanero ni las empresas o entidades a quienes dichas personas representen, siempre que aquellas estén directamente vinculadas con la comisión del delito, ya sea que el proceso se encuentre en trámite o exista sobre dichas personas sentencia firme condenatoria por delito.*

Mientras que la Ley número 27681 – RESIT señala en su artículo 3°.2 lo siguiente: *También podrán acogerse a este Sistema los deudores tributarios que gocen o hayan gozado de algún beneficio de regularización, aplazamiento y/o fraccionamiento de deudas tributarias, por la deuda acogida a los referidos beneficios. Del mismo modo, podrán acogerse a este sistema los deudores tributarios que voluntariamente reconozcan tener obligaciones pendientes, detectadas o no, con las Instituciones, las que podrán entregar el estado de adeudos correspondientes a los deudores tributarios, el mismo que tendrá carácter meramente informativo a efectos de los fines que persigue la presente Ley.*

Esta última norma estatuye, además, en su artículo 3°.4 que: *No podrán acogerse al Sistema por ninguna de las deudas a que se refiere el artículo 2°, las personas naturales con sentencia condenatoria consentida o ejecutoriada vigente por delito tributario o aduanero, ni tampoco las empresas ni las entidades cuyos representantes, por haber actuado en calidad de tales, tengan sentencia condenatoria vigente por delito tributario o aduanero.*

De su propio tenor se advierte que estas leyes surgen como supuestos de excepción a la norma contenida en el artículo 189° CT porque regulan la

situación de aquel deudor que habiendo sido detectado por la administración tributaria decide con voluntad de pago cumplir con su obligación; es decir, se trata de un supuesto distinto al establecido en la anterior norma. Además, como es obvio, la aplicación del fraccionamiento al que se ha hecho mención en la Ley número 27344 es procedente incluso hasta antes de la apertura de instrucción, con lo cual se pone un límite distinto que repercute en el contenido de la excusa absolutoria, pues todos estos supuestos también se encuentran enmarcados dentro del concepto regularización, el cual, como ya se apuntó, exige como uno de sus elementos la voluntad de regularizar una deuda por parte del deudor.

- 4°. En lo referente al segundo elemento: el pago de la deuda tributaria, del contenido del artículo 189 CT se tiene que: *“ se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las multas”*.

Sin embargo, este supuesto límite positivo de que toda regularización debe entenderse como un solo pago total, es de interpretarse sistemáticamente a la luz del artículo 1221° del Código Civil del cual se evidencia que la extinción de las obligaciones no necesariamente se da con el pago total de la prestación sino con el compromiso de pago. Al respecto FELIPE OSTERLING PARODI y MARIO CASTILLO FREYRE, en su Tratado de las Obligaciones primera parte Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, página 234, enseñan, atendiendo al principio de integridad del pago, que: *“ ni el contrato ni la ley obligan al deudor a efectuar un pago total de la prestación en un determinado momento, sino que lo facultan a efectuar pagos parciales, conducentes a la ejecución de la totalidad de la prestación”*. Los mencionados autores añaden que: *“ El precepto tiene por objeto, simplemente, permitir al deudor cumplir con su prestación de manera parcial, pero al iniciar la ejecución de la misma en esta forma, dichos cumplimientos parciales no lo liberarán de cumplir con el resto de la prestación debida”*; lo que en nuestro caso viene a ser el pago de la deuda tributaria, más aún si las mismas Resoluciones que emite la SUNAT reconocen la existencia de una deuda por parte del administrado, para ser más precisos en los procedimientos que señalan tanto la Ley de Reactivación del Sinceramiento de las Deudas Tributarias – RESIT, Ley número 27681, como la Ley especial de Fraccionamiento Tributario, Ley número 27344, se otorga la posibilidad que su ámbito de aplicación alcance a personas que cometieron hechos delictivos y que tras una manifestación de pago a través de un procedimiento administrativo especial puedan librarse de la persecución penal y del carácter punible de su accionar.

Ahora bien, este pago fraccionado al que se accedería no afectaría para nada al bien jurídico protegido, pues éste ya fue lesionado, y el hecho delictivo ya acaeció (así como también es lesionado cuando se aplica el artículo 189° CT de manera aislada a pesar que la regularización que se propugna implique un solo pago de la deuda, y como también acaeció el hecho delictivo incluso en el caso que el propio deudor ponga en conocimiento de la SUNAT acerca de su falta de aportaciones al Fisco), ni tampoco va contra los fines de la política de regularización tributaria, pues lo que importa a esta política es que el pago se realice (PERCY GARCÍA CAVERO: *Derecho Penal Económico – Parte especial*, tomo II, Editorial Grijley, Lima, 2007, páginas 693 y 698), y no necesariamente que éste sea único.

Por tanto, la única razón para que la excusa absolutoria cobre contenido es que se conciba a esta como un premio al deudor por haber asumido el compromiso de pago, es decir por asumir su obligación.

- 5°. Por último, es necesario mencionar además que asumir esta postura respecto a la Ley número 27344 no implica que se infrinja el principio de legalidad aplicando indebidamente la Ley número 27344, que en su artículo 2° define su ámbito de aplicación y no establece que la materia penal esté comprendida dentro de sus alcances, pues del contenido de la misma norma se desprende que no podrán acogerse las personas naturales a quienes se les hubiera abierto instrucción por delito tributario, por lo que al no estar prohibida la hipótesis que se asume, es de considerar que está permitida.

Por estos fundamentos; **MI VOTO**: es porque la regularización tributaria realizada en los marcos de la legislación de la materia, según se advierte de las consideraciones precedentes, excluye la aplicación del Derecho Penal y de las consecuencias jurídicas que entraña.

Sr.

GONZALES CAMPOS

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO Nº 3-2009/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116º TUO LOPJ.

ASUNTO: Robo con muerte subsecuente y delito de asesinato.
Las Lesiones como agravantes en el delito de robo

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1°. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución

Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3°. En el presente caso, el Pleno, de un lado, decidió tomar como referencia las distintas sentencias de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre los alcances del delito de robo agravado por muerte subsecuente (artículo 189º *in fine* del Código Penal) y el delito de asesinato por conexión con otro delito (artículo 108º, inciso, del Código Penal), a fin de determinar las diferencias entre ambos supuestos típicos y en qué casos son de aplicación uno u otro. De otro lado, se resolvió también sobre la misma base jurisprudencial, identificar cuál es la naturaleza penal de las lesiones causadas a la víctima y a las que se refiere el inciso 1 de la parte segunda del artículo 189º del Código Penal –en adelante CP-, para poder distinguir las de aquellas mencionadas en el último párrafo del citado artículo.
- 4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. En vista del resultado de la votación se designó como ponente al señor PRADO SALDARRIAGA para que conjuntamente con el señor LECAROS CORNEJO, expresen en lo pertinente el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Planteamiento del primer problema.

- 6°. El ordenamiento penal vigente contiene dos tipos legales que aluden a la muerte de una persona en conexión con la comisión de otro delito. Se trata de los artículos 108° CP sobre el delito de asesinato y 189° CP sobre delito de robo con agravantes. En efecto en estas disposiciones se regula lo siguiente:

Artículo 108° CP: “Será reprimido [] *el que mate a otro concurriendo cualquiera de las siguientes circunstancias:*

2. *Para facilitar u ocultar otro delito”.*

Artículo 189° (último párrafo) CP: “*La pena será [...], cuando [...] como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima...*”.

Estas normas han originado divergentes interpretaciones judiciales que se han concretado en resoluciones que califican indistintamente los hechos como homicidio calificado o robo con muerte subsecuente, pero que no llegan a fijar de forma clara cuando se incurre en uno u otro caso.

2. Análisis del primer caso.

- 7°. El artículo 189° *in fine* CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. Ésta se configura cuando el agente como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona o le produce la muerte. Es obvio, en este caso, que el agente buscaba el desapoderamiento patrimonial de la víctima, pero como consecuencia del ejercicio de violencia contra ella –de los actos propios de violencia o *vis in corpore*- le causa la muerte, resultado que no quiso causar dolosamente pero que pudo prever y evitar. Se trata, pues, de un típico supuesto de homicidio preterintencional donde el resultado sólo se le puede atribuir al agente a título de culpa –la responsabilidad objetiva por el simple resultado es inadmisibles, está prohibida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal-. El citado dispositivo regula, entonces, un caso de tipificación simultánea, dolosa y culposa, pero de una misma conducta expresamente descrita. Como se advierte en la doctrina especializada la preterintención es una figura compuesta en la que el resultado sobrepasa el dolo del sujeto. Así, el agente roba valiéndose del ejercicio de violencia física contra la víctima, esto es, infiere lesiones a una persona, quien fallece a consecuencia de la agresión, siempre que el agente

hubiere podido prever este resultado (la muerte, en este caso, no fue fortuita) –es una situación de preterintencionalidad heterogénea- [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, páginas 409/410]. Como se puede inferir del ejemplo planteado, la conducta típica se articula sobre la base de dos elementos: el apoderamiento del bien mueble y la utilización de violencia en la persona, la cual en el presente caso produce la muerte de esta última.

- 8°. Distinto es el caso del asesinato para facilitar u ocultar otro delito. Aquí el autor mata con el fin de conseguir un propósito ulterior. En el primer supuesto –para facilitar otro delito-, el asesinato implica una relación de medio-fin, en que el homicidio es el delito-medio cometido por el agente con el propósito de hacer posible la ejecución del delito-fin, siempre doloso; situación muy frecuente, por lo demás, en los delitos contra el patrimonio. Ahora bien, en el segundo supuesto –para ocultar otro delito-, el delito previamente cometido o el que está ejecutándose -el delito a ocultar puede ser doloso o culposo- es la causa del comportamiento homicida del agente. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el agente es sorprendido en el acto del robo y para evitar su captura, dispara contra su perseguidor o contra quien trata de impedir su fuga, que conduciría al descubrimiento o esclarecimiento de su delito [JOSÉ HURTADO POZO: *Manual de Derecho Penal Parte Especial I Homicidio*, 2da. Edición, Ediciones Juris, Lima, 1995, páginas 59/69]. En ambos supuestos, pues, el elemento subjetivo del tipo legal es determinante. En tal sentido, la referencia legal al mundo interno del agente, a la finalidad que persigue, es de tal relevancia que será suficiente para la consumación de la conducta típica que se compruebe la presencia de este factor. Por consiguiente, el agente, en la circunstancia o en el contexto situacional en que interviene ha de valorar la perpetración del homicidio como vía para garantizar su objetivo ligado siempre a otro delito [JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA: *Derecho Penal Parte Especial I*, Editorial Grijley, Lima, 2008, páginas 410/411].

3. Planteamiento del segundo problema.

- 9°. El artículo 189°, último párrafo, CP establece una circunstancia agravante de tercer grado: si se producen lesiones graves como consecuencia del robo, la pena será de cadena perpetua. La referida norma en el inciso uno de su segunda parte determina que si se comete el robo y se causa lesiones a la integridad física o mental de la víctima la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años. En esa misma línea, el artículo 188° CP –modificado por la Ley número 27472, del 5 de junio de 2001-, que tipifica el delito de robo, exige para su comisión que el agente emplee violencia contra la persona, en cuyo caso se

sancionará al agente con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

En consecuencia, es del caso determinar, desde las características y entidad de las lesiones producidas a la víctima, cuándo se está ante un delito de robo simple (artículo 188° CP), cuándo se ha cometido el subtipo agravado del inciso uno de la segunda parte del artículo 189° CP y, finalmente, cuándo es del caso sancionar por el subtipo especialmente agravado del párrafo final del artículo 189° CP.

4. Análisis del segundo caso.

10°. El delito de robo previsto y sancionado en el artículo 188° CP tiene como nota esencial, que lo diferencia del delito de hurto, el empleo por el agente de violencias o amenazas contra la persona –no necesariamente sobre el titular del bien mueble-. La conducta típica, por tanto, integra el apoderamiento de un bien mueble total o parcialmente ajeno con la utilización de violencia física o intimidación sobre un tercero. Esto es, la violencia o amenazas –como medio para la realización típica del robo - han de estar encaminadas a facilitar el apoderamiento o a vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento.

En consecuencia la violencia es causa determinante del desapoderamiento y está siempre orientada a neutralizar o impedir toda capacidad de actuación anterior o de reacción concomitante de la víctima que pueda obstaculizar la consumación del robo. Ahora bien, cualquier género e intensidad de violencia física “*vis in corpore*” –energía física idónea para vencer la resistencia de la víctima- es penalmente relevante. Además, ella puede ejercerse antes o en el desarrollo de la sustracción del bien mueble, pudiéndose distinguir entre la violencia que es utilizada para conseguir la fuga y evitar la detención –que no modifica la naturaleza del delito de apoderamiento consumado con anterioridad-; y la violencia que se emplea para conseguir el apoderamiento y la disponibilidad, la que convierte típicamente un aparente delito de hurto en robo. Cabe precisar que en el primer de los casos mencionados, no hay conexión instrumental de medio a fin entre la violencia y la sustracción, pues ésta ya se había producido. No obstante, el medio violento se aplica antes de que cese la acción contra el patrimonio y el aseguramiento del bien en la esfera de dominio del agente vía el apoderamiento.

11°. Es potencial al ejercicio de violencia física en la realización del robo que el afectado resulte con lesiones de diversa magnitud. Ahora bien, la producción de lesiones determina en nuestra legislación vigente la configuración de

circunstancias agravantes específicas y que están reguladas en el inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP y en el párrafo final del mencionado artículo. En este último supuesto se menciona, taxativamente, que el agente ha de causar lesiones graves, mientras que en el primer supuesto sólo se indica que el agente ha de causar lesiones a la integridad física o mental de la víctima. Cabe, por tanto, dilucidar las características y tipo de lesión que corresponde a cada caso.

Al respecto es de precisar que son lesiones graves las enumeradas en el artículo 121° CP. Según esta norma se califican como tales a *las lesiones que ponen en peligro inminente la vida de la víctima, les mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente, o infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona, que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa*. Por consiguiente, la producción en la realización del robo de esta clase de lesiones determinará la aplicación del agravante del párrafo *in fine* del artículo 189° CP.

- 12º.** En relación a las lesiones aludidas en el inciso 1º del segundo párrafo del artículo 189º cabe definir si ellas se corresponden con las referidas en los artículos 441º (lesiones falta) o 122º (lesiones dolosas leves) CP. Es de mencionar que en estas dos disposiciones, la diferencia en la intensidad del daño a la salud de sujeto pasivo se establece en base a indicadores cuantitativos relacionados con la incapacidad generada por la lesión o con el tiempo de asistencia facultativa que demanda. Así, **(i)** si éstas requieren hasta 10 días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, siempre que no concurren medios que den gravedad al hecho, se estará ante una falta de lesiones; **(ii)** si las lesiones requieren más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, se estará ante un delito de lesiones leves. Esta distinción sistemática debe servir para establecer cuando, con motivo de la comisión del acto de desapoderamiento, el ejercicio de violencia física con la producción subsecuente de lesiones configure el agravante que se examina. En tal sentido, es pertinente destacar que como el delito de robo, según se tiene expuesto, requiere para su tipificación el ejercicio de violencia física sobre la persona, los daños personales que ésta pueda ocasionar forman parte necesariamente de esa figura delictiva. Entender, por tanto, que el supuesto agravado del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP comprende toda clase de lesiones, con excepción de las graves por estar referida taxativamente al último párrafo del citado artículo 189° CP, no resulta coherente con el tipo básico, ya que lo vaciaría de contenido.

En consecuencia, si las lesiones causadas no son superiores a 10 días de asistencia o descanso el hecho ha de ser calificado como robo simple o básico, siempre que no concurren medios que den gravedad a las lesiones ocasionadas. Si, en cambio, las lesiones causadas son superiores a 10 días y menores de 30 días, su producción en el robo configura el agravante del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP.

13°. Es necesario señalar que el artículo 441° CP contiene un requisito de validación respecto a la condición de faltas de las lesiones causadas, y que es distinto del registro meramente cuantitativo-hasta 10 días de asistencia o descanso-. Efectivamente él esta referido a que “*no concurren circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito*”. Con relación a ello cabe aclarar, que en el delito de robo no es de recibo aceptar como supuesto de exclusión las “circunstancias que dan gravedad al hecho” respecto de la entidad de las lesiones ocasionadas a la víctima. Es obvio que una *vis in corpore* en un contexto de desapoderamiento patrimonial constituye una circunstancia que da gravedad al hecho, pero para definir su eficacia agravante en el robo lo relevante será, siempre, con exclusión de las circunstancias de su empleo, el nivel de afectación a la integridad corporal de la víctima que ella produjo.

Distinto es el caso de los medios utilizados. Éstos inciden en la propia entidad de la lesión que se ocasione a la víctima, y revelan un mayor contenido de injusto específico, que es del caso resaltar desde su calificación jurídico penal. No se trata de amedrentar a la víctima sino de atacarla y afectar su integridad más allá del desapoderamiento patrimonial perseguido. Es más, la propia ley da autonomía agravante, por ejemplo, al hecho de robar “*a mano armada*”.

III. DECISIÓN

14°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez Jueces Supremos por el presente texto y cinco en contra respecto del primer problema (alcances del artículo 189° in fine CP) y por unanimidad en lo concerniente al segundo problema (ámbito del subtipo agravado del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP), y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

- 15°. ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos **6°** al **13°**.
- 16°. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.
- 17°. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE,
TRANSITORIAS Y ESPECIAL**

ACUERDO PLENARIO Nº 4-2009/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116º TUO LOPJ

ASUNTO: Determinación de la pena y concurso real.

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1°. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual

manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el concurso real de delitos y la pena que corresponde imponer en estos casos. En especial, la concreción de los criterios para su identificación jurídico material y las reglas que le son inherentes para la determinación de la pena, así como el ámbito del poder de definición penológica del órgano jurisdiccional en orden al objeto del debate y las potestades que resultan cuando media recurso acusatorio.
- 4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El concurso real de delitos.

- 6°. El artículo 50º del Código Penal –en adelante, CP- regula el denominado concurso real de delitos. El texto legal vigente, de dicha norma, fue introducido por la Ley 28730, del 13 de mayo de 2006.

Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 703].

Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo.

El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponden a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos.

Los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes:

- A. Pluralidad de acciones.
- B. Pluralidad de delitos independientes.
- C. Unidad de autor.

El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal –enjuiciamiento conjunto-, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 655]. La comisión de varios delitos en concurso real crea los presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función a la conexidad material existente entre ellos.

7°. Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado “principio de acumulación”. El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:

- A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito -límites mínimo y máximo o pena básica- en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena

aplicable al delito en cuestión -pena concreta parcial-. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

- B.** En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.

En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave).

Finalmente, el artículo 50º CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas.

- 8º.** Constituye una modalidad especial de concurso real de delitos, el denominado concurso real retrospectivo o posterior. Ella está contemplada en el artículo 51º CP y cuyo texto vigente fue incorporado también por la Ley 28730.

El concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a juicio y condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente, descubriendo. Un ejemplo puede ilustrar esta peculiar situación material y procesal: *X cometió un hurto en abril de 2003. Al año siguiente, en marzo de 2004, utilizó una libreta electoral falsa para suscribir*

un contrato de arrendamiento. Luego, en junio de 2006, ocasionó lesiones graves a su vecino. Este último lo denunció, por lo que X fue procesado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando recluso él fue reconocido por el agraviado del hurto que cometió en el 2003, quien al denunciarlo le generó un nuevo proceso penal. Al iniciarse este nuevo juicio se descubrió la utilización del documento falso el año 2004, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública. Como se puede apreciar en este ejemplo, si bien existe un concurso real entre los delitos de robo (artículo 185º CP), falsedad documental (artículo 427º CP) y lesiones graves (artículo 121º CP), tales delitos no han podido ser juzgados en el mismo proceso judicial sino en juicios sucesivos posteriores a la primera condena por lesiones graves.

Partiendo de la estructura normativa del concurso real retrospectivo de delitos, cabe identificar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

- A. Pluralidad de delitos.
- B. Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso.
- C. Unidad de autor.

- 9º. En la imposición de la pena concreta para esta modalidad especial de concurso real la doctrina exige que se fije como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un sólo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real [HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, Página 942, numeral 2422]. En coherencia con dicho criterio la modificación del artículo 51º CP, mediante la Ley 28730, ha establecido que la pena concreta para tales casos, surgirá, también, de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50º CP. Es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Luego deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el mismo artículo 51º CP y a los cuales ya se ha hecho mención al analizar el caso del concurso real (no superar treinta y cinco años de pena privativa de libertad ni superar el doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave y aplicar sólo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso).

2. El concurso real de faltas.

10°. La Ley 29407, promulgada el 16 de setiembre de 2009, incorporó en el Código Penal el artículo 50°-A para regular el denominado concurso real de faltas. Según éste artículo: “ *Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado*”.

La confusa redacción de dicha norma complica el análisis dogmático sobre la estructura y configuración de esta novedosa modalidad concursal. No obstante, una aproximación general a sus contenidos permite señalar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

- A. Pluralidad de acciones.
- B. Pluralidad de faltas independientes.
- C. Pluralidad de personas perjudicadas.
- D. Unidad de autor.

11°. Ante la ausencia de doctrina especializada al respecto resulta pertinente formular algunos criterios generales en torno a la naturaleza y efectos de esta inédita forma de concurso real.

Al parecer también es posible un concurso real homogéneo o heterogéneo de faltas ya que el texto de la norma alude a que los actos del agente “...*infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza,...*”.

Sin embargo, resulta compleja la descripción que hace la ley sobre las reglas de determinación de la pena en el párrafo final del artículo 50°-A CP: “ *será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado*”. Al respecto, y teniendo en cuenta los criterios asumidos para los casos del concurso real de delitos por los artículos 50° y 51° CP, una opción interpretativa válida sería inferir que la penalidad concreta del concurso real de faltas surgirá de la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta integrante de la estructura concursal. Pero, el problema hermenéutico subsiste por la alusión que hace el texto legal a una “*pena privativa de libertad prevista*”, la cual no está considerada actualmente para ningún tipo de falta regulada en el Libro Tercero del Código Penal. Efectivamente, tales infracciones penales sólo pueden ser reprimidas con penas restrictivas de derechos -prestación de servicios a la comunidad- y multa, conforme al artículo 440°.3 CP. Es más, la única posibilidad legal

de aplicar esta clase de pena privativa de libertad en una falta se concentra en el heterodoxo supuesto de conversión que estipula el modificado inciso 3 del artículo 440º CP (Disposiciones Fundamentales), pero que sólo puede operar en casos de reincidencia en faltas contra la persona del artículo 441º CP o contra el patrimonio del artículo 444º CP, situaciones y efectos no compatibles con la noción de reiterancia -pluralidad de infracciones penales cometidas pero ausencia de sentencias condenatorias precedentes- que gobierna y caracteriza a toda forma de concurso real de infracciones penales.

Esta incoherencia normativa es consecuencia de haber mantenido en el artículo 50º-A CP, en gran medida, el mismo enunciado propuesto por el Proyecto Parlamentario definitivo que dio origen a la Ley número 29407 y que era el siguiente: *“Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o partícipe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado”*. La redacción proyectada aludía, pues, a un “delito” y no una falta, por lo que si era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad que correspondiera a un hecho punible.

Esta heterodoxa redacción y consecuencia punitiva del artículo 50º-A CP, fue confirmada, luego, con la fe de erratas publicada el 29 de septiembre de 2009 (diario oficial El Peruano. Suplemento de normas legales. Edición del martes 29 de septiembre de 2009, página 403452). Por tanto, el texto vigente a quedado redactado con el siguiente tenor: *“Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado”*.

La norma citada no señala cuál es el delito correspondiente que aportará la pena aplicable ni cuantos faltas deben cometerse para que se asimilen a un delito. No hay, pues, por vía hermenéutica posibilidades de compatibilizar tales defectos de técnica legislativa con las exigencias derivadas del principio de legalidad.

E n consecuencia, solo cabe postular que se apliquen al concurso real de faltas iguales reglas de determinación de la pena concreta que actualmente rigen para el concurso real de delitos. Esto es, que se adicionen o acumulen todas las penas concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agente y que perjudicaron a varios agraviados. Sin embargo, el resultado final

no deberá exceder los límites genéricos de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multa que fijan los artículos 34° CP (*ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales*) y 440°.4 CP (*ciento ochenta días-multa*), respectivamente.

3. Acusación fiscal y congruencia.

12°. La acusación fiscal debe indicar la acción u omisión punible y las circunstancias que determinan la responsabilidad del imputado (artículos 225°.2 del Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP- y 349°.1-b del Código Procesal Penal –en adelante, NCPP-). Un requisito formal de la acusación es, precisamente, su exhaustividad y concreción –debe cumplir con lo dispuesto en los artículos 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 225° ACPP o 349°.1 NCPP-. Si la acusación es vaga e insuficiente produce indefensión.

La acusación fiscal, valorando tanto los actos de investigación como los actos de prueba preconstituida o anticipada y la prueba documental, en primer lugar, debe precisar con rigor los hechos principales y el conjunto de circunstancias que están alrededor de los mismos; y, en segundo lugar, debe calificarlos jurídicamente acudiendo al ordenamiento penal: tipo legal, grado del delito, tipo de autoría o de participación, así como mencionar las diversas circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal que están presentes en el caso (artículos 46°-A, 46°-B, 46°-C, 21° y 22° CP, y artículos 136° ACPP o 161° NCPP), y las reglas propias del concurso de delitos (artículos 48°/50° CP).

Las normas sobre el concurso de delitos tienen una incidencia directa en la determinación del marco penal aplicable. Así han sido concebidas por el derecho positivo; el Código Penal las incorpora en el Capítulo II del Título III del Libro Primero, dedicado a la aplicación de la pena-. Sin perjuicio de lo expuesto, es de enfatizar que los concursos delictivos –concurso ideal, concurso real, delito continuado y delito masa-, son casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados [QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2° Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, página 747].

13°. Si el Tribunal de instancia, en la etapa intermedia, no realizó un efectivo control de la acusación instando la subsanación de la omisión respecto al posible concurso de delitos, resta determinar si esta omisión –así, por ejemplo, precisión de que se trata de un concurso real con las consecuencias correspondientes

en el ámbito de la pena- debe ser objeto de un planteamiento de la tesis de desvinculación procesal o de información judicial -cuyo eje es el respeto del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal, concretamente, del derecho al conocimiento de los cargos-.

El planteamiento de la tesis, según el artículo 285°-A ACPP, sólo es posible cuando corresponda variar la calificación jurídica del hecho procesal o cuando se adviertan circunstancias modificativas de la responsabilidad no incluidas en la acusación que aumentan la punibilidad. Sólo está destinada, por consiguiente, a la introducción de hechos no esenciales o accidentales al hecho principal –inmutable en sí mismo- y a desvinculación respecto de la calificación jurídica del hecho acusado.

Es evidente que el concurso de delitos no constituye una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal; es decir, elementos fácticos accidentales del delito, que no condicionan su existencia pero inciden en la moderación o agravación de la pena. Las reglas sobre el concurso de delitos tampoco incide en la calificación jurídica de las conductas delictivas: tipicidad objetiva y subjetiva, grado del delito, tipo de autoría o de participación.

Por tanto, las referencias jurídicas al concurso de delitos, necesarias para la valoración del hecho procesal, no infringe principio ni garantía procesal alguna, siempre que, como corresponde, no se introduzcan nuevos datos o elementos a los que no se hubieran podido referir las partes por desconocimiento de los mismos –por lo demás, es de tener presente que los elementos de hecho son susceptibles de prueba y las valoraciones lo son de debate-. Así las cosas, no hace falta plantear la tesis o, en otros términos, el no planteamiento de la tesis en este caso, aún cuando sería recomendable a fin de consolidar un debate puntual sobre este asunto –de suerte que en clave garantista es conveniente hacerlo para instar una discusión jurídica acabada sobre el concurso real y sus consecuencias punitivas-, no vulnera las formas esenciales del juicio ni genera indefensión alguna.

Cabe señalar que el concurso real de delitos, al configurarse por distintas acciones y diferentes resultados, no crea problemas técnico jurídicos mayores a la teoría del delito, pues ésta se cumple sin ninguna complejidad en relación con cada uno de los delitos que entran en concurso. El problema político-criminal se contrae a la decisión del castigo a imponer [QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Obra citada*, página 748].

- 14°.** El NCPP tiene instituciones precisas que permiten un control más efectivo de la acusación. En efecto, el artículo 350°.1 NCPP, entre las ocho mociones o

peticiones autorizadas, otorga a las partes –y que, por su propia naturaleza referida a la admisibilidad de un acto postulatorio de especial trascendencia procesal, también puede ser deducida de oficio por el Tribunal- la posibilidad de observar la acusación que contiene defectos formales y, por ello, de requerir su corrección –casos de una acusación incompleta o que no ha hecho referencia, por ejemplo, a los supuestos de concurso de delitos y a la definición del marco penal-. El artículo 374°.1 NCPP reconoce al Tribunal la facultad de plantear la tesis cuando sea posible una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público. El artículo 387°.2 NCPP otorga al Fiscal la facultad solicitar un aumento o disminución de la pena si durante el juicio han surgido nuevas razones justificativas para hacerlo. Éste sería el caso de la afirmación de un concurso de delitos, que conlleva una pena más grave, cuya aceptación está condicionada, como es obvio, a la formulación de razones jurídicas específicas o nuevas en relación con la acusación escrita, en tanto en cuanto no importen una modificación del hecho procesal.

- 15°.** Si la determinación e individualización de la pena constituye un procedimiento técnico y valorativo debidamente regulado por el Código Penal, es evidente que todos aquellos hechos y circunstancias que determinan su apreciación jurídica para la definición del marco penal y de la pena concreta, de un lado, integran el objeto del debate, y, de otro lado, están sometidos al principio de legalidad penal. En aquellos supuestos de concurso, como es el caso del concurso real de delitos, en que el Fiscal omitió mencionar la cita legal respectiva y afirmar explícitamente la existencia de tal institución, ha de entenderse que se trata de un error evidente fácilmente constatable por la defensa, pues la ley explícitamente contempla tal supuesto cuya consecuencia penológica no puede serle ajena.

Los casos de errores u omisiones evidentes, de imposible inadvertencia para las partes frente a una disposición legal que rige la determinación e individualización de la pena, no pueden constituir un límite a la potestad jurisdiccional vinculada en estos casos a los principios de legalidad y culpabilidad. Ésta es la doctrina que fluye de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10 de febrero de 1995, recaída en el Asunto *Gea Catalán contra España*.

- 16°.** Los artículos 225° y 273° ACPP y 349°.1 y 387°.1 NCPP exigen que el Fiscal en su acusación, tanto escrita como oral, precise la pena que solicita. El Tribunal no tiene una vinculación absoluta con ese pedido de pena, aunque los dos Códigos presentan algunas diferencias entre sí. El artículo 285°-A.4 ACPP estipula que es posible que el Tribunal aplique una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal, aunque está obligado a una motivación reforzada. El artículo 397°.3 NCPP, sin embargo, fija como regla que el Tribunal no puede aplicar una pena

más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

La regla general es que la individualización de la pena es tarea que corresponde a los tribunales como esencialmente unida a la función de juzgar, y siempre deben hacerlo dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. El *petitum* o petición de pena no integra el objeto del proceso penal ni define el principio acusatorio, aunque, desde luego —y en la concepción asumida por el NCPP- tiene incidencia en el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, pues, fija los términos del debate al señalar un tope máximo a la pena a imponer en el caso concreto y expresa un límite a las funciones encomendadas tanto al Ministerio Público cuanto al Poder Judicial dentro de la organización del Estado [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: *La iniciativa del Tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal*. En: Revista del Poder Judicial, Edición CGPJ, Madrid, Iberius, 2004, página 30].

El NCPP, en consecuencia, impide imponer una pena concreta superior a la instada por el Ministerio Público. Ello presupone, desde luego, que la pena solicitada sea la legalmente prevista, respete el marco penal adecuado al tipo legal y a las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.

- 17°.** El problema se presenta cuando la acusación ha solicitado erróneamente la imposición de una pena que no corresponde a lo previsto en la ley, bien porque haya requerido la aplicación de una pena inferior al mínimo legal, o bien porque omita pedir alguna de las penas que la ley haya previsto para esa concreta infracción penal —por ejemplo, no incluyó alguna de las penas principales conjuntas o una pena accesoria—.

En estos casos prima el principio de legalidad, pues el Juez está sometido a la Ley, que no puede dejar de aplicarla. El Juez, en suma, debe imponer la pena dentro del marco legal correspondiente. No está librado al arbitrio del Ministerio Público la fijación de penas distintas a las señaladas por la ley para cada delito.

No se trata de impedir que la acusación señale un límite máximo —que es la pauta legal fijada por el NCPP-, sino de evitar que pueda establecer penalidades diferentes a las legales, cuestión totalmente diferente, que se resuelve con la primacía del principio de legalidad. Tal limitación, dice por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 12 de abril de 1995, no es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación (acusación fiscal).

Por lo demás, en estos casos el Tribunal ha de imponer la pena legalmente procedente, teniendo en cuenta los elementos agravatorios introducidos por la acusación y debatidos (o susceptibles de haberlo sido) en el juicio oral, concretándola en cuanto a su cuantía y duración en el mínimo legal [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: *Obra citada*, página 33].

- 18°.** Sentado que el Tribunal de Mérito debe desentenderse del requerimiento de una pena ilegal y otorgar primacía al principio de legalidad, distinto es el caso cuando se trata de la potestad de un Tribunal de Apelación, de Casación o del recurso de nulidad. Prima en este caso el principio dispositivo cuyo interés es el límite de la facultad de revisión del Tribunal *Ad Quem*.

Si se trata de un recurso acusatorio, esto es, el Fiscal es el recurrente y pide una pena mayor, el Tribunal de Revisión tendrá como tope recursal la pretensión impugnativa del Fiscal, en tanto sea coherente con la pretensión penal hecha valer cuando formuló acusación oral. Es posible que la pretensión en cuestión sea objetivamente ilegal y no respete el marco penal del artículo 50° CP, empero aquí se superpone el principio dispositivo en tanto expresa un límite razonable de entidad político criminal, compatible con la garantía de tutela jurisdiccional, al poder de revisión de la instancia superior. Por ende, a lo más el Tribunal deberá, si correspondiere, elevar la pena hasta el tope de la pretensión ejercitada, pudiendo hacer referencia al concurso real de delitos aún cuando sobre ese extremo no se haya pronunciado el Tribunal de Mérito y la acusación fiscal.

Si, por el contrario, se trata de un recurso defensivo interpuesto por el imputado o por la Fiscalía a su favor y el Tribunal de Revisión advierte que la pena impuesta no es compartible con el marco penal legalmente establecido – incluso, vulnera flagrantemente las reglas del artículo 50° CP-, en aplicación del principio de interdicción de la reforma peyorativa (artículos 300°.1 ACPP y 409°.3 NCPP) no le es posible subsanar el error y tampoco anular el fallo porque ello importaría afectar el entorno jurídico del imputado y con él la propia esencia del derecho al recurso, que integra el contenido esencial de la garantía procesal del debido proceso.

III. DECISIÓN

- 19°.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

- 20°. ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 18°.
- 21°. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.
- 22°. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

**GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SILDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE
Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO Nº 7-2009/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116º TUO LOPJ

ASUNTO: Persona jurídica y
consecuencias accesoria

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal , aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-

P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia los problemas suscitados con motivo de la aplicación de las medidas contra las personas jurídicas, previstas en el artículo 105° del Código Penal de 1991 –en adelante CP-, modificado por el Decreto Legislativo número 982, en tanto que se advierte que sus disposiciones no son aplicadas y desarrolladas jurisprudencialmente como corresponde. Ante tales defectos, en especial porque la ley material no desarrolló suficientemente los presupuestos básicos para su debida implementación y porque en los Distritos Judiciales que siguen rigiéndose por el Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP- el legislador no implementó disposiciones sobre el particular, resulta conveniente que este Supremo Tribunal fije los criterios o directivas indispensables para su correcta utilización en sede judicial.
- 4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor PRADO SALDARRIAGA, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Problemática actual.

- 6°. El CP incorporó sanciones de carácter penal aplicables a las personas jurídicas y las denominó consecuencias accesorias. Con esta decisión político criminal la legislación nacional procuraba establecer un inédito nivel de respuesta punitiva frente a aquellos delitos donde resultase involucrada una persona jurídica. Lo cual, por lo demás, se adhería a una consolidada tendencia en el derecho comparado [KLAUS TIEDEMANN: *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Editorial Grijley, Lima, 2007, página 92 y ss.].
- 7°. Sin embargo, a más de dieciocho años de vigencia del CP el desarrollo jurisprudencial producido en torno a las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas no ha resultado relevante ni satisfactorio. Efectivamente, la imposición judicial y concreta de estas sanciones ha permanecido, todo ese tiempo, ignorada o muy alejada de la praxis funcional de la judicatura penal en todas las instancias. Esta constatación resulta trascendente en la actualidad, pues el artículo 105º CP, luego de las modificaciones introducidas el año 2007 por el Decreto Legislativo 982, dispone preceptivamente la aplicación jurisdiccional de estas consecuencias accesorias siempre que se verifiquen los requisitos y presupuestos que dicha norma establece.
- 8°. Dos factores concurren etiológicamente en la explicación de tal actitud de los jueces nacionales. En primer lugar, la ausencia de reglas específicas de determinación y fundamentación en el CP, que sólo enumera las sanciones aplicables y señala de modo muy general los presupuestos generales para su utilización concreta. Y, en segundo lugar, la carencia de normas procesales precisas en el ACPP, que no han sido objeto de una ley complementaria en armonía con las exigencias de la ley penal material, para emplazar e incorporar procesalmente a las personas jurídicas involucradas con un hecho punible. El necesario desarrollo normativo ha sido cumplido por el nuevo Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, NCPP–, pero, como se sabe, su vigencia es progresiva y no comprende hasta el momento varios Distritos Judiciales.

2. Algunos aspectos dogmáticos generales.

- 9°. En el Código Penal las consecuencias accesorias se encuentran ubicadas en el Capítulo II del Título VI del Libro Primero - Parte General. Únicamente los artículos 104º y 105º CP se refieren a consecuencias accesorias que pueden recaer sobre una persona jurídica, siempre que ésta resulte vinculada o beneficiada

con la comisión o encubrimiento de un delito. Sin embargo, estas dos disposiciones aluden a consecuencias accesorias con distintas funciones y efectos. Efectivamente, en el artículo 104º CP se regula una especie de responsabilidad civil subsidiaria que deberá afrontar la persona jurídica ante las limitaciones económicas de sus funcionarios o dependientes vinculados en la comisión de una infracción penal. Y en el artículo 105º CP se detalla un amplio catálogo de sanciones que se aplicarán a estos entes colectivos.

- 10º. La problemática dogmática y procesal que corresponde evaluar en este Acuerdo Plenario se remitirá, exclusivamente, a la segunda de tales normas, pues la primera, si se cumplen sus presupuestos y en lo que fuera pertinente, cabe incorporarla en sede procesal con arreglo a las normas sobre el tercero civilmente responsable. Al respecto, cabe señalar, conforme lo ha resaltado uniformemente la doctrina nacional, que los antecedentes del artículo 105º CP se remontan al Proyecto de Código Penal de setiembre de 1989 (artículos 103º a 105º), que tuvo como fuente legal extranjera al Anteproyecto de Código Penal español de 1983 (artículos 136º a 138º).
- 11º. Si bien subsiste un delineado debate en la doctrina nacional sobre el concepto y la naturaleza que corresponde asignar a esta modalidad de las consecuencias accesorias, su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las mismas como sanciones penales especiales [PERCY GARCÍA CAVERO: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 757 y ss.]. En primer lugar, porque la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas -desde su actividad, administración u organización- con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos. Y, en segundo lugar, porque su imposición produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución. [LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Las consecuencias accesorias aplicables a las Personas Jurídicas del artículo 105º CP: Principales Problemas de Aplicación*. En: *Anuario de Derecho Penal* 2003, página 484 y ss.].
- 12º. Es pertinente distinguir que este tipo de sanciones penales no son penas accesorias como la de inhabilitación que define el artículo 39º CP. No son, pues, un complemento dependiente o accesorio a una pena principal que se imponga al autor del delito. Su calidad accesorio, vicaria o paralela deriva, más bien, de un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para su aplicación judicial, cual es la necesaria identificación y sanción penal de una persona

natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación, un ente colectivo [LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el artículo 105° CP, a más de quince años de su vigencia*. En: Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal (JOSÉ HURTADO POZO, editor), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad de Friburgo, Lima, 2009, página 493 y siguientes]. Se trataría, pues, de una especie de exigencia normativa que opera como una condición objetiva de imposición de consecuencias accesorias.

3. Alcances y limitaciones del artículo 105° CP.

13°. Actualmente, luego de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo número 982, el artículo 105° CP tiene la siguiente estructura normativa:

“Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. *Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.*
2. *Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.*
3. *Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.*
4. *Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.*

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años.

El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas”.

14°. Del citado artículo es posible señalar que el Juez debe imponer consecuencias accesorias siempre que se verifique en el caso concreto, cuando menos, lo siguiente:

- A.** Que se haya cometido un hecho punible o delito.
- B.** Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito.
- C.** Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito.

Ahora bien, en dicha norma coexisten cuatro clases de consecuencias accesorias que el juez penal puede imponer a una persona jurídica. Cada una de las cuales tiene distinta configuración y efectividad. Resulta, por tanto, necesario identificar, seguidamente, sus principales características y funciones.

15°. Las consecuencias jurídicas previstas en el citado artículo 105° CP, tienen las siguientes características y funciones:

- A.** El inciso 1) dispone la clausura temporal o definitiva de locales o establecimientos. Es decir, regula sanciones que afectan el funcionamiento de los ambientes físicos e inmuebles en los cuales la persona jurídica realiza sus actividades organizacionales y operativas. Cuando la clausura sea temporal no puede durar más de cinco años. Es importante precisar que para que proceda esta medida el local o establecimiento tiene que haber servido para la comisión, favorecimiento, facilitación o encubrimiento del delito [JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA: *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Editorial Idemsa, Lima, 2001, páginas 310 y 311].
- B.** El inciso 2) considera la disolución de la persona jurídica. Es la sanción más grave que se podría imponer a un ente colectivo [JOSÉ HURTADO POZO: *Personas jurídicas y responsabilidad penal*. En: Anuario de Derecho Penal 1996, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, página 148. LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Obra citada*, páginas 488/499]. Por tanto, la disolución debe de quedar reservada, entre otros casos, para aquellos donde la propia constitución, existencia y operatividad de la persona jurídica, la conectan siempre con hechos punibles, situación que generalmente ocurre con las denominadas personas jurídicas de fachada o de papel. En estas empíricamente se ha detectado no un defecto de organización sino un evidente defecto de origen de la organización. Pero, también, cabe disponer la disolución de la persona jurídica, en supuestos donde se identifique una alta probabilidad de que aquella vuelva a involucrarse en delitos o peligrosidad objetiva de la persona moral.

- C. El inciso 3) regula la suspensión de actividades de la persona jurídica. Esta sanción sólo puede ser impuesta con carácter temporal y sin exceder a dos años. La suspensión de actividades puede ser total o parcial. Sin embargo, ella, en su opción parcial, deberá recaer solamente sobre aquellas actividades estratégicas u operativas específicas que se relacionaron con el delito cometido o con su *modus operandi* y efectos [JULIO CÉSAR ESPINOZA GOYENA: *La persona jurídica en el nuevo proceso penal*. En: *El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*, Editorial Palestra, Lima, 2005, página 329]. La suspensión total deberá justificarse por la absoluta naturaleza ilícita del quehacer ejercido por la persona jurídica.
- D. Por último, el inciso 4) contiene la prohibición de realizar actividades futuras de aquellas que involucraron a la persona jurídica con la comisión, favorecimiento o encubrimiento de un hecho punible. Esta modalidad de consecuencia accesoria puede ser temporal o definitiva. En el primer caso la prohibición no puede extenderse más allá de cinco años. Con esta sanción se afecta la operatividad posterior al delito del ente colectivo. Tiene, pues, un claro sentido de inhabilitación para su desempeño futuro. No obstante, el alcance de esta sanción es limitado y especial, pues no puede extenderse hacia otras actividades no vinculadas con el delito.
- 16°.** En el artículo 105° CP no existen reglas de determinación que orienten la aplicación judicial, así como la justificación interna o externa de las decisiones jurisdiccionales que impongan las distintas consecuencias accesorias que dicha norma contempla. No obstante, esta limitación normativa puede ser superada, de modo transitorio, recurriendo a la implementación judicial de los criterios adoptados, para tal efecto, por el artículo 110° del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la Comisión Especial Revisora creada por Ley número 29153 [Véase: Congreso de la República: Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal, J&O Editores Impresores SAC, Lima, 2009], en tanto en cuanto sus postulados en modo alguno son impicantes con los establecidos por el vigente CP y constituyen reglas de desarrollo plenamente derivadas desde los principios de lesividad, proporcionalidad y prevención incorporados positivamente en el Título Preliminar del Código Penal. Por tanto, corresponde utilizarlos en todo proceso de determinación judicial, cualitativa y cuantitativa, de las consecuencias accesorias que deban imponerse en un caso concreto.

Tales criterios son los siguientes:

- A. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.

- B. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
 - C. La gravedad del hecho punible realizado
 - D. La extensión del daño o peligro causado.
 - E. El beneficio económico obtenido con el delito.
 - F. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
 - G. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.
 - H. La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.
- 17°.** Es pertinente destacar que por su naturaleza sancionadora, las consecuencias accesorias imponen que su aplicación judicial observe, también, con justificada racionalidad, las exigencias generales que derivan del principio de proporcionalidad concreta o de prohibición del exceso. En tal sentido, el órgano jurisdiccional deberá evaluar en cada caso la necesidad especial de aplicar una consecuencia accesoria en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa que correspondan estrictamente a las circunstancias del suceso *sub judice* y según los criterios de determinación anteriormente detallados. Ello implica, pues, que excepcionalmente, el Juez puede decidir omitir la aplicación de tales sanciones a una persona jurídica cuando lo intrascendente del nivel de intervención e involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, hagan notoriamente desproporcionada su imposición.

Por lo demás, cabe recordar que estas opciones jurisdiccionales no son ajenas a nuestra legislación vigente y se expresan normativamente en el sentido y función del artículo 68° del Código Penal, al tratar de la exención de pena. No obstante, es de demandar siempre que esta clase de decisiones sean consecuencia de un riguroso análisis fáctico y normativo, y que ellas sean motivadas de manera específica y suficiente.

- 18°.** En el artículo 105° CP también se incluyen salvaguardas a favor de los derechos de terceros: trabajadores y acreedores, los que pudieran resultar afectados con la imposición de consecuencias accesorias a la persona jurídica. Por consiguiente, el Juez está autorizado por dicha norma para disponer, ante la autoridad competente, la intervención del ente colectivo sancionado hasta por dos

años. Con esta medida se procura controlar o paliar los efectos transpersonales que, necesariamente, producirán la aplicación de una o más consecuencias accesorias, sobre el patrimonio o la estabilidad laboral de personas ajenas al quehacer ilegal de la persona jurídica o de sus órganos de gestión. Sin embargo, esta posibilidad de promover la intervención, por su propia naturaleza y operatividad, sólo debe utilizarse cuando se impongan consecuencias accesorias de efectividad temporal como la clausura de locales o la suspensión o prohibición de actividades.

Finalmente, el artículo 105º CP, en su último párrafo, declara que la imposición de consecuencias accesorias no será afectada o mediatizada por acciones fraudulentas u encubridoras, dirigidas maliciosamente a la frustración de la decisión judicial como *“El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, ”*.

4. Consecuencias accesorias, persona jurídica y proceso penal.

19º. En el ámbito procesal toca delinear las garantías y los procedimientos que deben viabilizar la aplicación judicial de consecuencias accesorias a una persona jurídica. En este espacio debe definirse el procedimiento más idóneo que asegure, con puntual observancia de los principios y garantías procesales constitucionalmente relevantes, la presencia y la intervención en un proceso penal del ente colectivo; así como la identificación de las partes legitimadas y de las características fundamentales de una dinámica contradictoria que sea idónea para debatir, sin mengua de las garantías del debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal y presunción de inocencia, la relevancia penal de la concreta intervención de una persona jurídica en el hecho *sub judice*.

En algunos sistemas jurídicos extranjeros es también la legislación material la que demanda la habilitación de este escenario procesal. Así, por ejemplo, en España el artículo 129º del Código Penal advierte que las consecuencias accesorias aplicables a una persona jurídica requieren de una audiencia previa donde ella pueda alegar, a través de sus representantes legitimados, lo que le sea favorable (*“El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias”*).

20º. En lo que atañe a nuestro sistema jurídico las consecuencias accesorias, por su efectividad sancionadora, deben, también, aplicarse en el marco de un proceso penal con todas las garantías. La persona jurídica, entonces, tiene que ser

emplazada y comparecer ante la autoridad judicial por su apoderado judicial con absoluta capacidad para ejercer plenamente el conjunto de los derechos que dimanar de las garantías de defensa procesal –derecho de conocimiento de los cargos, de asistencia letrada, de defensa material o autodefensa, de no autoincriminación y al silencio, de prueba, de alegación, y de impugnación- y de tutela jurisdiccional –en especial, derecho a una resolución fundada y congruente basada en el derecho objetivo y derecho a los recursos legalmente previstos-.

Con tal efecto, la persona jurídica deberá ser comprendida expresamente en sede de instrucción en una resolución judicial de imputación –en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario-, circunscrita a la posible aplicación de consecuencias accesorias, ello sin perjuicio de que concurrentemente pueda haber sido pasible de una imputación en el proceso civil acumulado como tercero civil. Es evidente que nadie puede ser acusado, sin antes haber sido comprendido como procesado o sujeto pasivo del proceso, a fin de que esté en condiciones razonables de ejercer el conjunto de derechos necesarios para afirmar su pretensión defensiva o resistencia: derecho a ser oído, a probar e intervenir en la actividad de investigación y de prueba, a alegar sobre los resultados de aquella actividad, y a impugnar.

Al respecto, el NCPP ya considera a la persona jurídica como un nuevo sujeto pasivo del proceso penal en el Título III, de la Sección IV, del Libro Primero. Pero ya no para afrontar únicamente eventuales responsabilidades indemnizatorias, directas o subsidiarias, sino para enfrentar imputaciones directas o acumulativas sobre la realización de un hecho punible y que pueden concluir con la aplicación sobre ella de una sanción penal en su modalidad especial de consecuencia accesoria [PABLO SÁNCHEZ VELARDE: *El nuevo proceso penal*, Editorial Idemsa, Lima, 2009, página 80]. Esta orientación legislativa, además, dispone, para todo ello, la realización de un proceso penal de corte unitario que comprenderá tanto a personas naturales como jurídicas, aunque con formulación de cargos y requerimientos diferenciados en atención a la naturaleza particular del sujeto imputado y de las necesidades específicas del *thema probandum* que le conciernen [JULIO CÉSAR ESPINOZA GOYENA, *Obra Citada*, página, 314].

- 21º.** En el NCPP las normas relativas a la persona jurídica y a su rol en el proceso penal se encuentran comprendidas entre los artículos 90º/93º. Cada una de estas normas legisla aspectos específicos vinculados con la capacidad procesal, los derechos y garantías reconocidos a las personas jurídicas, así como sobre la actividad procesal que estas pueden desplegar.

La morfología y función de tales disposiciones es la siguiente:

- A.** El artículo 90º NCPP identifica a las personas jurídicas que pueden ser partes procesales y objeto de emplazamiento por la autoridad judicial. En él se fijan los presupuestos necesarios para el emplazamiento y la incorporación formal de una persona jurídica en un proceso penal. Al respecto, el presupuesto esencial que exige dicha norma se refiere a la aplicación potencial sobre el ente colectivo de alguna de las consecuencias accesorias que contemplan los artículos 104º y 105º CP. Esta disposición también concede al Fiscal legitimación exclusiva para requerir ante la autoridad judicial dicho emplazamiento e incorporación procesal. Tal norma, por lo demás, no obsta a que, respecto del artículo 104º CP y en sus estrictos marcos, el actor civil tenga legitimación activa conforme a la concordancia de los artículos 11º, 104º y 105º NCPP.
- B.** El artículo 91º NCPP disciplina la oportunidad y la tramitación del emplazamiento e incorporación procesal de la persona jurídica como parte procesal. Esta norma señala que la solicitud de emplazamiento del Fiscal se debe formular ante el Juez de la Investigación Preparatoria, luego de comunicarle su decisión formal de continuar con las investigaciones y hasta antes de que se declare concluida la investigación preparatoria. En este artículo se detallan también los datos básicos de identificación que deberá contener la solicitud fiscal y que son los siguientes:
- (i)** La identificación de la persona jurídica (razón social, naturaleza, etcétera).
 - (ii)** El domicilio de la persona jurídica (sede matriz o filiales).

La solicitud, además, debe señalar, de modo circunstanciado, los hechos que relacionan a la persona jurídica con el delito materia de investigación. Por tanto, se debe referir la cadena de atribución que la conecta con acciones de facilitación, favorecimiento o encubrimiento del hecho punible. Y, en base a todo ello, se tiene que realizar la fundamentación jurídica que justifique incluir al ente colectivo en el proceso.

La tramitación que deberá darse a la solicitud será la misma que detalla el artículo 8º NCPP para el caso de las cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones.

- C.** El artículo 92º NCPP trata de la representación procesal de la persona jurídica. La norma establece que el órgano social de la persona jurídica debe designar un apoderado judicial. Sin embargo, se excluye de dicho rol a toda

persona natural que esté comprendida en la misma investigación y bajo la imputación de los mismos hechos que determinaron el emplazamiento y la incorporación procesal de la persona jurídica. La norma dispone, además, un plazo de cinco días para que el órgano social de la persona jurídica cumpla con designar al apoderado judicial. Si al vencimiento de dicho plazo no se hubiera realizado tal designación la hará el Juez de la Investigación Preparatoria.

D. En el artículo 93º NCPP se detalla los derechos y garantías procesales que se reconocen a la persona jurídica dentro del proceso penal. Al respecto, se reconoce a la persona jurídica procesada, en tanto resulten compatibles con su naturaleza, los mismos derechos y garantías que corresponden, en un debido proceso legal, a toda persona natural que tiene la condición de imputado. Principalmente, el derecho a una defensa activa, a la posibilidad de contradicción procesal, a la impugnación dentro de la ley de toda resolución que la cause gravamen.

E. El apartado 2 del artículo 93º NCPP regula una situación especial de contumacia o rebeldía de la persona jurídica procesada la cual, sin embargo, en ningún caso, puede generar que se afecte o suspenda la continuación del proceso.

22º. La vigencia escalonada del NCPP en el país, como se ha destacado, limita la utilidad de las normas procesales alusivas a la persona jurídica y, por ende, dificulta la aplicación judicial de las consecuencias accesorias en muchos Distritos Judiciales. Por tal razón y tomando en cuenta las reglas y el procedimiento fijado por aquel para dicha finalidad, corresponde postular un conjunto de criterios operativos en aplicación directa de los principios procesales de contradicción, igualdad de armas y acusatorio, conforme a lo dispuesto, en lo pertinente en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso penal, a cuyo efecto se tendrá en consideración, en cuanto sea legalmente compatible con la estructura del ACPP, los siguientes criterios operativos, inspirados en el NCPP:

A. El Fiscal Provincial ha de incluir en su denuncia formalizada o en un requerimiento fundamentado en el curso de la etapa de instrucción a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible imputado, incorporando en lo procedente los datos y contenidos a que alude el artículo 91º.1 NCPP, necesarios para su identificación y el juicio de imputación correspondiente a cargo del Juez Penal.

- B. La persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario en condición de sujeto pasivo imputado. En esta resolución, que deberá notificársele a la citada persona jurídica, el Juez Penal dispondrá que ella designe un apoderado judicial en iguales términos que los referidos en el artículo 92° NCPP.
- C. La persona jurídica procesada tiene, en lo pertinente, los mismos derechos y garantías que la ley vigente concede a la persona del imputado durante la instrucción y el juicio oral.
- D. La acusación fiscal, si correspondiere, debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica. En su caso, solicitará motivadamente la aplicación específica de las consecuencias accesorias que corresponda aplicar a la persona jurídica por su vinculación con el hecho punible cometido. En todo caso, corresponderá al órgano jurisdiccional el control de la acusación fiscal en orden a la intervención en el juicio oral de la persona jurídica.
- E. La persona jurídica deberá ser emplazada con el auto de enjuiciamiento, pero su inasistencia no impide la continuación del juicio oral. El Juez o Sala Penal competente, de ser el caso, impondrá la consecuencia accesoria que resulte pertinente al caso con la debida fundamentación o la absolverá de los cargos. Rige en estos casos el principio acusatorio y el principio de congruencia procesal o correlación.

III. DECISIÓN

23°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

24°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 11° al 22°.

25°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

26°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

VALDEZ ROCA

BARRIENTOS PEÑA

BIAGGI GÓMEZ

MOLINA ORDOÑEZ

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

ZEVALLS SOTO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE
Y TRANSITORIA**

ACUERDO PLENARIO Nº 8-2009/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116' TUO LOPJ

Asunto: La prescripción de la acción penal en el art. 46 y art. 49 del CP.

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1°. Las Salas Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 05 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante. LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa

número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre los alcances de la aplicación del artículo 46°-A y el artículo 49° del Código Penal –en adelante, CP- en la prescripción de la acción penal. En específico, el problema a tratar incide en la implicancia cuantitativa que tienen las circunstancias agravantes previstas en los artículos 46°-A y 49°, último inciso del primer párrafo, CP a efectos de su cómputo en el plazo de la prescripción de la acción penal, por cuanto, éstas incrementan, en el primer caso: en un tercio la pena por encima del máximo legal de pena fijado para el delito cometido; y en el segundo: en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.
- 4°. En cumplimiento de lo debatido y acotado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que corresponda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor CALDERÓN CASTILLO, quien expresa el parecer mayoritario del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Los artículos 46°-A y 49° CP.

- 6°. EL artículo 46°-A CP regula una circunstancia agravante genérica por la condición del sujeto activo –funcionario público-. EL texto legal de dicha norma fue introducido por la Ley número 982, del 14 de marzo de 1997, modificado por el Decreto Legislativo número 982. del 22 julio de 2007. el referido artículo 46°-A CP posibilita al Juez incrementar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido –segundo párrafo del artículo mencionado-. Asimismo fija un límite, al precisar que ésta no puede exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29° CP -35 años-.

La norma penal, que es de naturaleza *abstracta – concreta*, fija criterios adicionales propios y legitimadores del incremento de una mayor culpabilidad por el hecho –con la consiguiente agravación de la pena-. Así la ostentación de una determinada condición profesional, incrementará la culpabilidad, cuando existe una relación interna (*innere Beziehung*) entre la profesión o posición del sujeto y el propio hecho delictivo. Empero, no existe un principio jurídico general según el cual los integrantes de determinados grupos profesionales tengan un deber intensificado de comportarse de conformidad con la norma. [JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *Teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): Un primer esbozo*, página 4]. Acorde con dicho criterio nuestra norma penal –artículo 46°-A CP-, se sujetará a dichas exigencias: subjetivo y objetivo. Se incrementara la pena, sólo si el sujeto activo se aprovecha de su condición de *miembro* de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para *cometer* un hecho punible, o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público o cuando el sujeto haya desempeñado cargos –haber sido autoridad, funcionario o servidor público- y se aprovecha de los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible. Y cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario –se entiende privado ya de su libertad-, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro (de conformidad al segundo y tercer párrafo de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo número 982). Aunque con los criterios fijados, se tendrá que tener especiales consideraciones con la última referencia.

- 7°. EL artículo 49° CP, cuyo texto fue modificado por la Ley número 26683, del 11 de noviembre de 1996, prevé el denominado delito continuado: sucesivas violaciones de la misma ley, igual o semejante, cometidas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo delito “continuado”. Asimismo, identifica en el último inciso de su primer párrafo la denominada circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado: el “delito masa”. En este último caso hace referencia al supuesto en el que con las sucesivas violaciones de la misma ley –delito continuado- por parte del agente. Hubieran resultado perjudicadas una pluralidad de personas; supuesto en el que el Juez aumentará la pena hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

El delito continuado consiste en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos pero que transgreden el mismo tipo legal [RAÚL PENA CABRERA, autor citado por FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal Parte general*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 686]. Ello implica que aquellas conductas entre las que existe relación de continuidad deber ser percibidas como parte de un único fenómeno global [RAMÓN RAGUÉS Y VALLÉS: *La prescripción penal: fundamentos y aplicaciones*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004. Página 126].

No todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, “sólo es viable, entonces en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (). No tiene cabida allí donde el injusto se agota necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos, de suyo inacumulables cuando la lesión pasa de un titular a otro” [JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, autor citado por FELIPE VILLAVICENCIO TERRE-ROS, *Obra citada*, página 689].

Lo que determina la diferencia entre uno y otro instituto jurídico es que el delito masa la denomina “pena de arranque” será la pena base del delito continuado [ROCÍO CANTARERO BRANDES, autora citada por IGNACIO GÓNZALEZ AYALA: *El delito masa*. En Consejo General del Poder Judicial: Unidad y Pluralidad de delitos, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, página 14], y que podría elevarse hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave, por lo que sigue considerándose al delito masa como un “subespecie del delito continuado” [ROCÍO CANTARERO BRANDES, autora citada por IGNACIO FÓNZALEZ AYALA: *Obra citada*, página 16]. El fundamento de la agravación punitiva del delito masa se construye sobre la existencia de un

injusto de mayor gravedad [IGNACIO GÓMEZ AYALA, *Obra citada*, página 10] al que informa, según nuestra legislación, la pluralidad de personas a las que afecta. El efecto *plus* punitivo de esta figura radica, precisamente, en la posibilidad de aglutinar distintos resultados o perjuicios a fin de erigir una “unidad” sustrayendo de este modo el supuesto a las reglas de los concursos de cuya naturaleza no participa el delito masa. Son elementos del delito masa:

- la realización de un delito continuado; y,
- pluralidad de personas perjudicadas por el delito.

Cabe descartar que, al igual que en el delito continuado, la ley excluye la aplicación de las reglas sobre delito masa, en caso de que “resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos”. Se estima como tales a la vida y la salud individual (VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, editorial Gaceta Jurídica, Lima 2000, página 144).

De modo que, el delito viene a ser una circunstancia agravante específica del delito continuado. Se basa en la pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado que ejecuta el agente. En este caso, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

2. La determinación Judicial de la Pena.

- 8°. La determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y, a veces, ejecutiva de la sanción penal [VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA: *Obra citada*, página 95]. Dicha actividad se realiza al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas; sobre este fundamento el Juez considera el hecho acusado como típica antijurídico y culpable. En base a estos dos criterios el Juez se abocará, tal como explica la doctrina, primero, a construir el ámbito abstracto de la pena –identificación de la pena básica-, sobre el que tendrá esfera de movilidad; y segundo, a examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta –individualización de la pena concreta-. Finalmente entrará en consideración la verificación de la presencia de las “circunstancias” que concurren en el caso concreto.
- 9°. Las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito que influyen en la determinación de la pena. Su carácter accidental implica entonces que no constituyen (ni

son co-constitutivas) del injusto ni de la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarlas de aquellas que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito como en el asesinato, y en general de la mayoría de los delitos, ya que un tipo legal, como es la descripción de un ámbito situacional, requiere ser circunstanciado [JUAN BUSTOS RAMÍREZ: *Derecho Penal - Parte General*, Obra Completas, Tomo I, Ara Editores, Lima, 2004, página 1192]. En virtud a ello es que se señala que sólo se pueden considerar las circunstancias (agravantes o atenuantes) a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad.

Entre las clases de circunstancias, encontramos:

- a) Las “circunstancias comunes o genéricas”, que son aquellas que operan en el proceso de determinación de la pena de cualquier delito -como es el caso de las previstas en el artículo 46º y el artículo 46º-A del CP-, con la salvedad de que sólo se pueden considerar dichas agravantes a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, es decir, que a veces por la propia estructura del tipo legal no se pueden aplicar. Con ello se respeta la prohibición del principio de la doble valoración del injusto y del reproche penal. En el caso específico del artículo 46º - A del CP, su aplicación es exclusivamente para delitos donde no se requiera una cualidad especial en el sujeto activo -miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público-.
- b) Las “circunstancias especiales o específicas” que son aquellas que están señaladas para un delito determinado o un grupo de delitos solamente. Así por ejemplo, las previstas en el artículo 189º CP, que operan únicamente con el delito de robo; en el artículo 186º que operan solamente con el delito de hurto; en el artículo 297º que operan solamente con el delito de tráfico ilícito de drogas; y el “delito masa” -regulado en el último inciso del primer párrafo del artículo 49º del CP-, que opera únicamente con el delito continuado. Y,
- c) Las circunstancias denominadas “elementos típicos accidentales”, son aquellas que concurren con una conducta típica. Ésta (la circunstancia) se anexa a una conducta típica y forma un tipo penal derivado, prototipo es el parricidio [VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA: *La determinación judicial de la pena. Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*, Centro de Investigaciones Judiciales, Investigación y Publicaciones, Lima, páginas 35 - 37].

Las circunstancias tienen, pues, por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, están en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales [JUAN BUSTOS RAMÍREZ/HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉ: *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1999, páginas 396-397].

La función de las circunstancias es determinar el *quantum* de la pena, es decir, afectan su medida, ya sea para aumentarla o disminuirla. Por eso mismo, aquellas que por sí mismas constituyen ya un delito (un injusto) o son cofundantes del injusto, no pueden ser tenidas en cuenta, ya que han servido para fijar el marco penal y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para su medida [JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Obra citada*, página 1195].

3. La prescripción de la acción penal.

10°. El CP reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal, es decir aquellas razones que explican la creación y el mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del Estado [RAMÓN RAGUÉS Y VALLÉS, *Obra citada*, página 126].

Mediante la prescripción de la acción penal se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores. Su justificación no se encuentra en la imposibilidad de generar determinados efectos futuros castigando hechos pretéritos, como pretenden los planteamientos basados en la función de la pena, sino por la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción [RAMÓN RAGUÉS Y VALLES, *Obra Citada*, página 45].

Dicha institución jurídica se encuentra regulada en el artículo 80º CP, que fija el plazo en el que prescribe la acción penal, el mismo que será igual “*al máximo de la pena -abstracta- fijada por la ley para el delito*” -prescripción ordinaria-, mientras que el artículo 83º CP reconoce la denominada prescripción

extraordinaria de la acción penal, que se produce cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Como es sabido, la regulación de la prescripción de la acción penal está vinculada a la política criminal que adopta el Estado a través del órgano competente –el Congreso o en su caso el Poder Ejecutivo vía facultades delegadas por aquél– conforme a sus potestades. El legislador a la hora de regular la prescripción de los delitos escogió ciertos parámetros objetivos como el tipo de pena y el extremo mayor de la sanción, todo con el fin de procurar, de acuerdo a las características propias de cada delito, un normal desarrollo de la prosecución de la acción penal y del proceso en caso llegue a ejercerse. En nuestra legislación se ha optado que para efectos de la prescripción de la acción penal se ha de tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Dicho factor, en términos de legitimación, servirá de parámetro para conciliar los intereses del Estado en la persecución del delito y los derechos del ciudadano frente a su poder punitivo.

Así entendido, no hay un derecho a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela jurisdiccional y a la igualdad –como consecuencia de la regulación de la prescripción–, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean razonables y estén definidos y limitados por la ley.

Desde el punto de vista material la prescripción importa la derogación del poder penal del Estado por el transcurso del tiempo, en consecuencia, dicho instrumento jurídico es el realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable, confirmando el vínculo que tiene este instituto con el Estado de Derecho. Por tanto, la interpretación de la prescripción siempre partirá de criterios de favorabilidad [JOSÉ HURTADO POZO: *Manual de Derecho Penal - Parte General I*, 3ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, página 330].

- 11°.** Estando a lo expuesto, queda por determinar si al plazo de prescripción de la acción “*fijado por la ley para el delito*” [artículo 80° CP], es posible adicionarle el incremento de pena prevista en la circunstancia agravante genérica por condición del sujeto activo (artículo 46º-A CP) o la circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado (artículo 49º CP).

Según se ha indicado precedentemente, para efectos de determinar la prescripción de la acción penal nuestra legislación ha optado por tomar en

cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Ésta se configura como la respuesta preconstituida a un conjunto de hechos que coinciden en construir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y necesidad de aquella pena-marco. Por ende, su determinación sucede en un estadio previo al hecho delictivo mismo, propio de un sistema penal garantista, regido por el principio de legalidad. Este principio constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho, que abona el derecho a saber no solo qué está prohibido: conductas que constituyen delito, sino las consecuencias que tendrá la realización de la conducta delictiva: forma y característica de la reacción penal, lo que deriva en dos garantías puntuales: la criminal –que exige que la conducta este prevista en la ley con suficiente precisión o determinación– y la penal –que exige la previsibilidad de las penas en la ley y que sean determinadas–.

La pena concreta, por el contrario, sucede en un estadio posterior y final. Por ello se señala que la determinación judicial de la pena es el acto por el cual el Juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada (pena concreta), y su magnitud es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable (cuantificación de la culpabilidad) [PATRICIA S. ZIFFER. En: *Determinación judicial de la pena*, (CLAUS ROXIN, MARY BELOFF, MARIO MAGARIÑOS, PATRICIA S. ZIFFER, EDUARDO ANDRÉS BERTONI y RAMÓN TEODORO RÍOS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, página 91]. Es recién en este momento en el que actuarán las denominadas “circunstancias” (agravantes o atenuantes), siempre y cuando por sí mismas no constituyan ya un delito (un injusto), sean cofundantes del injusto, y en general no estén ya descritas en el tipo penal, puesto que de ser así, debe entenderse que ya habrían servido al legislador para fijar el marco penal abstracto; y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para la medida de la pena concreta.

- 12°.** En este sentido, la circunstancia prevista en el artículo 46º-A CP viene a ser una agravante genérica del delito por la condición del sujeto activo –funcionario público– y, como tal, se trata de un elemento accidental dentro de la estructura del delito, que influye en la determinación judicial de la pena –pena concreta–, mas no en la pena abstracta. Su carácter accidental implica que no constituye el injusto ni la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarla de aquellas circunstancias que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito.

Sin duda, el artículo 46º-A CP prevé un incremento punitivo que mira las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a

quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción, que se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado. Empero, tal incremento punitivo sólo se expresa al momento de la determinación de la pena por el Juez, específicamente cuando corresponde verificar la presencia de circunstancias que concurren al caso concreto. De modo que el incremento de pena que implica dicha agravante no puede ser adicionada para efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal.

Por tanto, el único momento donde puede estar justificado su análisis e injerencia es al determinar judicialmente la pena.

- 13°.** Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado -delito masa-, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49° CP, constituye ya un delito en sí -delito masa-. Por consiguiente, en su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto -la pena correspondiente al delito más grave más el incremento de un tercio de la máxima prevista para dicho delito-, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto.

III. DECISIÓN

- 14°.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez Jueces Supremos por el presente texto y cinco en contra respecto del artículo 46°-A CP, y de 11 Jueces Supremos por el presente texto y 4 en contra en lo concerniente al artículo 49° CP, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

- 15°.** ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 13°.
- 16°.** PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias

judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

17°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

**VOTO SINGULAR DE LOS SEÑORES SAN MARTÍN CASTRO,
PRADO SALDARRIAGA Y PRÍNCIPE TRUJILLO RESPECTO
DEL ARTÍCULO 46°-A CP Y DE LA PRESCRIPCIÓN
DE LA ACCIÓN PENAL:**

Los señores Jueces Supremos que suscriben discrepan del análisis del artículo 46°-A CP en orden a la prescripción de la acción penal. Expresa el parecer de los suscritos, cuya ponencia se suscribe íntegramente, el señor PRADO SALDARRIAGA.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Sobre la función y eficacia del artículo 46°-A CP.

1°. El artículo 46°-A CP fue introducido por la Ley número 26758, del 14 de marzo de 1997. Inicialmente reguló una circunstancia agravante genérica, pero cualificada, que tenía como supuesto calificante la condición especial del sujeto activo quien debía ser un funcionario público. Posteriormente el contenido legal de dicha norma fue ampliado en sus circunstancias y alcances por el Decreto Legislativo número 982, del 22 julio de 2007. Sin embargo, desde su texto original, el aludido dispositivo producía como efecto punitivo un incremento de la pena conminada hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido. Es decir, el efecto de la configuración de los supuestos agravantes contemplados en el artículo 46°-A CP fue siempre una modificación formal del marco de conminación de la pena prevista para el delito cometido, posibilitando y que se expresaba en un nuevo máximo legal cuyo límite final se extendía a un tercio por encima del máximo original.

Así, por ejemplo, en el delito de cohecho activo genérico, tipificado en el artículo 397° *ab initio* CP la pena conminada tiene un máximo legal original de seis años de pena privativa de libertad. Sin embargo, si dicho delito es cometido por un funcionario público aprovechándose de su condición, el nuevo máximo legal de la pena conminada, para dicho caso, será de ocho años, al extenderse aquel un tercio (dos años) por encima del límite máximo original (seis años). Igual modificación de la extensión máxima de la pena conminada se produciría de presentarse los demás supuestos de agravación regulados en el texto vigente del artículo 46°-A CP. Por ejemplo, si el agente desde un establecimiento penitenciario, donde se encuentra

recluido, resulta involucrado, como autor o participe, en delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro.

2. La prescripción de la acción penal y el artículo 46º-A CP.

- 2º. De manera concreta, la prescripción de la acción penal puede definirse como el transcurso del tiempo que extingue la persecución de un delito. No obstante, en un plano más técnico se le identifica como la pérdida, por parte del Estado, de la facultad de ejercitar en un caso concreto el *ius puniendi*. Otros conceptos de prescripción aluden más bien a los efectos que aquella produce sobre la antijuricidad de un hecho punible y sobre la culpabilidad o responsabilidad de su autor.

Señalándose que aquella tendría la condición de circunstancia que invalida el delito y sus consecuencias.

Tradicionalmente en el Derecho penal peruano, el legislador ha elaborado un sistema normativo sobre la prescripción, en el cual se han diferenciado los plazos de extinción en función de la naturaleza de las penas conminadas y de su duración legal. Ese fue, por ejemplo, el criterio que predominó en el Código Penal de 1924, y que era coherente con la pluralidad de tipos de penas privativas de libertad que en él coexistían (Confrontar: artículos 119º y siguientes ACP). En el Código Penal de 1991 se adoptó un régimen legal diferente e inspirado en el derecho penal colombiano y alemán. Según él, la regla general dispone que para la determinación del plazo de prescripción de la acción penal debe tomarse en cuenta al límite máximo de la pena privativa de libertad conminada en la ley para el delito cometido. Esto es, dicho límite máximo de pena legal identifica al término del plazo de la prescripción ordinaria. Sin embargo, se ha establecido que, en ningún caso, dicho plazo será superior a veinte años. Ahora bien, tratándose de penas conminadas no privativas de libertad (multas, limitativas de derechos, restrictivas de la libertad), conjuntas o alternativas, el plazo ordinario de prescripción será de dos años.

- 3º. Estando a lo antes expuesto queda, pues, por determinar, si al plazo de vencimiento de la prescripción de la acción penal y que corresponde, según el precitado artículo 80º CP, al “fijado por la ley para el delito” imputado, materia del proceso penal incoado, es posible adicionarle el incremento de pena la conminada que dispone la concurrencia en el caso de una circunstancia agravante genérica y cualificada contemplada por el artículo 46º-A. CP.

Al respecto, es pertinente señalar que las circunstancias agravantes y sus efectos están también sometidos a iguales principios y garantías, que derivan del principio de legalidad (taxatividad, regulación expresa y previa, certeza en la descripción legal de sus componentes). Sobre todo aquéllas que como las reguladas en los artículos 46º-A CP modifican los estándares de la pena máxima abstracta o conminada originalmente para el delito. Esto es, por imperio del principio de legalidad, las circunstancias agravantes cualificadas y sus efectos punitivos deben tener una presencia formal o abstracta igual que la prevista y regulada en la penalidad de cada hecho punible. Esta exigencia garantista demanda que, de antemano, el delincuente y el juez deben tener siempre previsto por la ley un espacio potencial de sanción o pena básica.

Por consiguiente, no puede haber pena concreta posterior que difiera de los límites precedentes de una pena conminada o básica. El juez sólo puede evaluar y aplicar procesalmente la pena que la ley considera (en abstracto) como posibilidad cierta y previamente regulada para el caso global imputado (delito y circunstancias). En tal sentido, si la posibilidad de extensión de la pena se amplía por las circunstancias agravantes cualificadas también debe ampliarse el plazo de persecución del delito circunstanciado cometido. Siendo así, resulta coherente y legal sostener que la presencia formal en la imputación de las circunstancias agravantes del artículo 46º-A CP crean un nuevo marco penal abstracto o conminado cuyo extremo máximo corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado. Por tanto, para determinar la prescripción de la acción penal en tales supuestos deberá tomarse también como base ese nuevo marco punitivo abstracto o conminado.

Ahora bien, será menester exigir que el Fiscal en su denuncia o acusación escrita refiera expresamente que le son también imputadas al procesado las circunstancias del artículo 46º-A CP, para que el juez evalúe, en tales casos, la prescripción de la acción penal en función a los efectos que aquellas producen en la pena conminada del delito.

- 4º. Por otro lado, es del caso reiterar que similares razonamientos corresponde al artículo 49º *in fine* CP. Ambas circunstancias agravantes, por la manera como han sido reguladas por el legislador, han creado un nuevo marco penal abstracto -la pena abstracta o conminada en estos casos corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado- o del delito más grave en el delito masa cuando los actos realizados por el agente fueran de diferente naturaleza-

En tal virtud, para determinar la prescripción de la acción penal en tales supuestos debe tomarse como base dicho nuevo marco punitivo abstracto o conminado.

Por estos fundamentos; **NUUESTRO VOTO:** es porque se considere como doctrina legal los fundamentos jurídicos alternativos precisados en los párrafos 1° al 4° precedentes.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE
Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO Nº 9-2009/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116' TUO LOPJ

ASUNTO: Desaparición forzada

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1°. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la

realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre las características y aplicación del delito de desaparición forzada –entre ellas, es de destacar las recaídas en los Recursos de Nulidad número 2779-2006/Lima, del 18 de diciembre de 2007; 1598-2007/Lima, del 24 de septiembre de 2007; 1809-2007/Lima, del 11 de septiembre de 2008; y 3198-2008/Lima, del 27 de abril de 2009. En especial, el contenido del injusto penal, su aplicación temporal a los sujetos involucrados en crímenes de desaparición forzada.
- 4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores MOLINA ORDOÑEZ y BIAGGI GÓMEZ, quienes con el concurso en la ponencia del señor SAN MARTÍN CASTRO, expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Aspectos generales acerca del delito de desaparición forzada de personas.

- 6°. El delito de desaparición forzada es considerado como un crimen internacional por el Derecho Internacional Penal Convencional. Además, actualmente, está regulado en nuestro derecho interno por el artículo 320° del Código Penal; norma que prescribe: *“El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 15 años e inhabilitación conforme al artículo 36° inciso 1 y 2”*.

Este tipo penal fue introducido inicialmente a nuestro ordenamiento penal por el Código Penal vigente, aprobado por Decreto Legislativo número 635, del 8 de abril de 1991. El legislador de ese entonces lo ubicó en el artículo 323°, del Capítulo II “Terrorismo” del Título XIV “Delitos contra la Tranquilidad Pública” del Libro Segundo “Parte Especial”, con un texto similar al presente, aunque sin la frase final “[por resultado su desaparición] *debidamente comprobada*”. Posteriormente, esta disposición se derogó como consecuencia de la reestructuración de los delitos de terrorismo por el Decreto Ley número 25475, del 16 de mayo de 1992 –artículo 22°. Pero, mediante el Decreto Ley número 25592, del 2 de julio de 1992, se reinstauró como tipo legal autónomo con el texto que ahora se conoce. Recién, a través de la Ley número 26926, del 21 de febrero de 1998, siempre con el mismo tenor, se incorporó al Código Penal –artículo 320°, en el creado Título XIV-A “Delito contra la Humanidad”.

- 7°. Ahora bien, tratándose de un delito complejo –en cuya comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común-, especialmente grave, que puede ser cometido de muy diversas maneras, que se produce en el ejercicio abusivo del poder del Estado, y que compromete el respeto de los derechos fundamentales de la persona, afecta la idea misma de dignidad de la persona y contenido nuclear de los derechos humanos más trascendentes –de ahí que se estima que el bien jurídico vulnerado tiene una naturaleza institucional-, es necesario precisar sus características, elementos y efectos. Así las cosas, como es obvio y por imperio de los artículos 2°.24.d) y 139°. 9 y 11 de la Constitución, así como del artículo II del Título Preliminar del Código Penal, se ha de partir del principio o garantía de legalidad penal, expresado en el apotegma *“nullun crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege”*, así como de la necesaria correspondencia entre el Derecho interno y el Derecho Internacional Penal.

El delito de desaparición forzada de personas, como se ha expuesto, está configurado por Tratados internacionales, que han sido aprobados y ratificados por el Estado peruano. Habida cuenta de la primacía en este ámbito, en la medida que se refieren a derechos fundamentales, del Derecho Internacional (Sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de abril de 2006), es de rigor interpretar sus normas con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución). Esta perspectiva, a su vez, permitirá mantener la unidad del sistema jurídico.

Es cierto que las normas internacionales en materia penal, siempre que tengan un carácter incriminatorio, tienen un carácter de no autoaplicativas –*non self executing*–, pues requieren de una norma interna de desarrollo; pero ello, en modo alguno, significa disociar los tipos legales nacionales de las exigencias internacionales, por lo que corresponde a la jurisdicción penal ordinaria armonizar en lo posible el tipo de lo injusto del delito de desaparición forzada de personas con las exigencias de la normativa supranacional.

8°. Lo expuesto en el párrafo anterior tiene relevancia en la medida en que el citado artículo 320° del Código Penal no se ha adecuado estrictamente a la prescripción normativa de la desaparición forzada tal como esta expresada en las normas internacionales del cual forma parte. En efecto:

A. Los tratados sobre la materia fueron precedidos de una serie de disposiciones dictadas por Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos. Así, en sede universal, el delito en cuestión fue tenido en cuenta para la creación del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante resolución 20 (xxxvi) del 29 de febrero de 1980, y antes por la Asamblea General [resoluciones número 3450 (xxx) del 9 de diciembre de 1975; 3218, del 16 de diciembre de 1977, y número 33/173 del 20 de diciembre de 1978]; así como por el Consejo Económico y Social (resolución 1979/38 del 10 de mayo de 1979), y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías [resolución 5B (xxxii) del 5 de septiembre de 1979]. En sede regional americana, la Asamblea General de la OEA y la CoIDH se han pronunciado; la primera en las resoluciones de Asamblea General número 443 (ix/0/79), del 31 de octubre de 1979; número 510 (x/0/80), del 27 de noviembre de 1982; 666 (xii/0/83), del 18 de noviembre de 1983; 742 (xiv/0/84), del 17 de noviembre de 1984; y 890 (xvii/0/87), del 4 de noviembre de 1987; y, la segunda, en diversos informes anuales, como los de 1978, 1980-1981, 1982-1983,

1985-1986, 1986-1987, y en informes especiales como los de Argentina Chile y Guatemala.

- B. A ellas se agrega, como primer instrumento internacional de carácter no convencional, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número 47/173, del 18 de diciembre de 1992, cuyo preámbulo –tercer punto- describe este ilícito, cuando “ *se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o cu su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley*”.
- C. El primer tratado, de ámbito regional, es la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará - Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. En su artículo II indica que se considera desaparición forzada “ *la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes*”.
- D. El segundo instrumento, esta vez de ámbito mundial, es el Estatuto de la Corte Penal Internacional, del 17 de julio de 1998, que entró en vigor 1 de julio de 2002; a su vez completada por “los Elementos de los crímenes” –artículo 7º 1)i) “crimen de lesa humanidad de desaparición forzada”-, adoptados el 9 de febrero de 2002. El artículo 7º.2 i) del ECPI describe este delito como “ *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 paradero de esas personas, con a intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado*”.

- E. El tercer instrumento, de ámbito mundial, aún no vigente, es la “Convención Internacional para la protección de todas las personas de desapariciones forzadas”, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución número A/RES/61-177, del 20 de diciembre de 2006. El artículo II dispone: *“A los efectos de la presente Convención, se entenderá por ‘desaparición forzada’ el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”*.
- 9º. La principal distancia entre el tipo legal nacional y las normas internacionales se da en el ámbito del sujeto activo y, tal vez, en relación a la descripción del elemento fundamental del tipo legal de desaparición forzada.
- A. La CIDH ha declarado con absoluta claridad en la SCIDH Gómez Palomino, del 22 de noviembre de 2005, que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada y demás instrumentos internacionales consideran como sujeto activo del delito tanto a un agente estatal como un agente no estatal *“personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”* (párrafos 100-102). La incompleta descripción típica del artículo 320º del Código Penal, en este ámbito, ha sido reiterada en la SCIDH Anzualdo Castro, del 22 de septiembre de 2009 (párrafos 164-167).
- B. 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 320º 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 desaparición debidamente comprobada ejecutadas por agentes estatales como la no información de aquéllos sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se ha privado de su libertad.

2. Características del delito.

- 10º. El tipo legal de desaparición forzada, en cuanto a su conducta típica, es un delito complejo que puede ser cometido de diversas maneras. Son dos las conductas sucesivas que han de tener lugar para la tipificación de este

ilícito: **a)** la privación de libertad de una persona, a quien se la oculta, y cuyo origen puede ser *ab initio* legal o ilegal (SSCIDH Trujillo Oroza, del 26 de enero de 2000, y Heliodoro Portugal, del 12 de agosto de 2008); y **b)** la no información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se le ha privado de su libertad. La desaparición “*debidamente comprobada*”: no dar información de una persona, a quien no se le encuentra en los lugares donde normal o razonablemente debía estar –desconocimiento de su localización–, precisamente, se consolida cuando se cumple este elemento, esto es, no brindar la información legalmente impuesta sobre el paradero o situación jurídica del afectado, que ha de tener, como presupuesto o como acción preparatoria incorporada al tipo legal, la privación de libertad del individuo sobre el que recae la acción típica –acto inicial–.

La no información es, por consiguiente, el elemento esencial del tipo legal, cuyo fin y efecto automático es sustraer a la persona privada de libertad de la protección de la ley, esto es, impedir o dificultar la protección jurídica del afectado, a quien se le sustrae. Este elemento no requiere que el autor de la privación de la libertad sea al mismo tiempo de la negativa a brindar información [KAI AMBOS/MARÍA LAURA BÖHM: *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo*. En: Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional, (Coordinador: KAI AMBOS), Profis, Editorial Temis, Bogotá, 2009, páginas 232/233], aunque por lo general, según la experiencia en este tipo de delitos, la privación de libertad y la desaparición propiamente dicha forman parte de un mismo operativo, plan o estrategia.

- 119.** El deber de informar es fundamental para la tipificación de la conducta delictiva: es un *delito de incumplimiento del deber*. El funcionario o servidor público infringe este deber, que fluye de la normativa penal, si no cumple con proporcionar la información necesaria –que está en el ámbito de su conocimiento o potestad de acceso a las fuentes de conocimiento sobre el suceso– para hacer cesar la sustracción del individuo afectado del sistema legal de protección, sin que sea necesario un requerimiento expreso. El deber de información se impone en virtud del principio de injerencia, sea que la privación de libertad sea legal o ilegal. Mientras perdura el estado de desaparición de la persona, a todos los agentes que estén en la potestad y en las condiciones de conocer lo acontecido le es exigible este deber. No es necesario que los autores o partícipes intervengan desde el comienzo de la ejecución para que respondan penalmente [IVÁN MEINI MENDEZ: *Perú: El delito de desaparición forzada*. En: Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional, (Coordinador: KAI AMBOS), obra citada, página 122].

En atención a las características de este delito, el sujeto activo mantiene su obligación de cumplir con informar sobre el destino o situación jurídica de la persona privada de libertad así haya dejado de ser funcionario, por cuanto en su oportunidad y en determinadas circunstancias generó o conoció de la privación de libertad, situación que –según se ha destacado- lo convierte en garante y esta seguirá hasta que se deje considerar desaparecido a una persona (aparezca vivo o muerto).

Cabe mencionar como base fundamental del deber de información que compete a los agentes estatales lo dispuesto en el artículo XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que establece: *“Toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad competente.- Los Estados Parte establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los pondrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades”*.

- 12°.** El tipo legal nacional de desaparición forzada de personas, al igual que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas [similar es el caso del delito de torturas en relación con la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes], no exige el elemento contextual “ataque generalizado o sistemático contra una población civil” el que se deben integrar los hechos individuales de desaparición forzada. Esta última exigencia se presenta en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 7°.1, que le atribuye la condición de crimen de lesa humanidad y, por ende, derechamente, adquiere el carácter de imprescriptible –artículo 29° del ECPI-.

Si no se presenta el elemento contextual el hecho individual antes descrito configurará un delito contra los derechos humanos, cuya criminalización se impone en virtud del Derecho Internacional Convencional y constituye violaciones graves de estos derechos que se producen en el ejercicio abusivo del poder del Estado. La imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada de personas, aún cuando no se presente el aludido elemento contextual, está afirmada por el artículo VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. El fundamento de esta disposición reside en que su práctica por parte de funcionarios o servidores públicos infringe deberes estatales vinculados al respeto de los derechos fundamentales de la persona, entre ellos esencialmente el derecho a la personalidad jurídica [YVAN MONTOYA VIVANCO:

La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales, Cuaderno de Trabajo número 11, Departamento Académico de Derecho PUCP, Lima, Agosto, 2009, página 28] .

Ambos delitos (crimen de lesa humanidad y delitos contra los derechos humanos) son expresiones o forman parte del Derecho Internacional Penal [YVÁN MONTOYA VIVANCO: *El Derecho Internacional y los delitos*. En: Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos (FRANCISCO MACEDO: coordinador), Idehpucp, Lima, 2007, página 40].

- 13º.** El delito de desaparición forzada de personas es un delito especial propio. Sólo puede ser perpetrado por un agente estatal competente para informar sobre el paradero o situación jurídica del afectado –aquí reside, como ha quedado expuesto, el principal defecto de la legislación nacional, censurada por la CIDH, puesto que el Derecho Internacional Penal también comprende a una organización política, sin que necesariamente pertenezca a la estructura estatal-. El agente estatal, como sujeto cualificado, mantiene un deber específico sobre el suceso, de carácter extrapenal respecto al sujeto privado de la libertad, dada la posición de proximidad fáctica con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico [MONTOYA VIVANCO, YVÁN: *La desaparición forzada de personas como delito permanente consecuencias dogmático penales*. En: Cuaderno de trabajo número 11, PUCP, Lima, agosto 2009].

La jurisprudencia de la CIDH (SSCIDH Velásquez Rodríguez, del 29 de julio de 1988; Godínez Cruz, del 20 de enero de 1989; Gómez Palomino, del 22 de noviembre de 2005; Blake, del 24 de enero de 1998) y del Tribunal Constitucional (STC Villegas Namuche, número 2488-2002-HC/TC, del 18 de marzo de 2004) insisten en que se trata de un delito pluriofensivo, de una violación múltiple y continuada de varios derechos fundamentales y convencionales, más precisamente de lesión de la libertad personal y de peligro a la integridad personal, a la seguridad y a la vida [JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLES: *El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: Revista Derecho PUC, número 63, noviembre 2009, página 144], cuya comisión acarrea otros delitos conexos, más aún en un contexto de violación sistemática o generalizada de violación de los derechos humanos.

Esas referencias, empero, están vinculadas a la responsabilidad internacional del Estado, y si es de rigor concentrarse en el Derecho Penal –internacional y nacional- necesariamente cabe afirmar la autonomía del delito en cuestión [así considerado incluso por la SCIDH Anzualdo Castro, párrafo 59] –que no

puede ser considerado como un supuesto agravado de delitos preexistentes- y la necesidad de un bien jurídico propio. Por consiguiente, el objeto de lesión o el desvalor de la acción específico –más allá de reconocer que en todos los delitos contra los derechos humanos cometidos por agentes estatales que integran la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas el bien jurídico común está referido a las garantías institucionales para el ejercicio de los derechos fundamentales frente al ejercicio abusivo del poder público- se ha de residenciar en sentido estricto, en tanto la finalidad del delito es abstraer al individuo del ámbito de protección de la ley [GIOVANNA VÉLEZ FERNÁNDEZ: *La Desaparición Forzada de las Personas y su tipificación en el Código Penal Peruano*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 2004, página 111], en la protección de la personalidad jurídica –no sólo en la dimensión jurídico procesal de protección al ser humano sino se niega al ser humano en su calidad de tal, como centro integral de derechos y obligaciones- [YVAN MONTOYA VIVANCO: *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales*, *Obra citada*, página 15], en el derecho a la administración de justicia y al esclarecimiento de los hechos, en sus tres niveles, a saber: individual, familiar y social [así, IVAN MEINI y KAI AMBOS, *Obra citada*, páginas 121 y 224]. Esta figura, por ende, protege un doble interés individual y público al exigir el cumplimiento del deber de información sobre la privación de la libertad.

- 14º.** El delito de desaparición forzada, por la forma de afectación del objeto de protección, es un delito permanente. Ahora bien, este delito se consuma cuando el individuo privado de su libertad desaparece, y ello ocurre cuando el agente estatal no brinda información sobre la privación de libertad de una persona o sobre su paradero y, de ese modo, “*sustraer a la víctima de sus derechos y de la capacidad de defensa e impide que la administración de justicia pueda ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de protección*” [PABLO GALAIN PALERMO: *Uruguay: El delito de desaparición forzada*. En: *Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional*, (Coordinador: KAI AMBOS), obra citada, página 151].

Los delitos permanentes, como se sabe, se caracterizan porque la conducta típica se consuma en el tiempo. La consumación del delito -en pureza, agregamos, su terminación o consumación material) no concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor a lo largo del tiempo [PERCY GARCÍA CAVERO: *Lecciones de Derecho Penal*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 315].

Siendo así, en el delito de desaparición forzada de personas la fase consumativa se extiende, la ofensa al bien jurídico se prolonga en el tiempo, en virtud

al mantenimiento del comportamiento peligroso del agente –dependiente en su totalidad de su ejecución de la voluntad del agente–; esto es, en el caso concreto, hasta que no se da la información correspondiente sobre el paradero del afectado, mientras el deber de informar no sea satisfecho. El momento en que tal permanencia cesa se presenta cuando se establezca el destino o paradero de la víctima –ésta “aparece”–, o cuando sean debidamente localizados e identificados sus restos (SCIDH Heliodoro Portugal, párrafo 34); se supere, de este modo, la falta de información que bloquee los recursos materiales y legales para el ejercicio de derechos y el esclarecimiento de los hechos, y mientras de este modo perdure el dolor e incertidumbre en los allegados de la persona desaparecida y en la sociedad en general [KAI AMBOS/MARÍA LAURA BÖHM: *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo*. En: *Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional*, (Coordinador: KAI AMBOS), *Obra citada*, página 250].

Compatible con lo expuesto es el artículo 17° de la Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que preceptúa: “*Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos*”. De la misma manera, el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas estipula que: “*...Dicho delito será considerado como continuado [sic] o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima*”.

La situación antijurídica duradera puede cesar debido a diversos factores, tales como la propia voluntad del agente –cuando se decida a informar sobre el paradero de la víctima–, la intervención de cursos salvadores –descubrimiento del paradero de la víctima y de su situación por terceras personas o por decisión judicial que resuelve dicha situación de incertidumbre; la víctima recupera la libertad y por tanto “aparece”–, o la cesación del deber de informar del agente involucrado, de uno u otro modo, en la privación de libertad –extraordinariamente cuando éste devenga en incapaz absoluto– [YVAN MONTOYA VIVANCO, *Obra citada*, página 25].

Por lo demás, el carácter permanente que implica la desaparición forzada origina, conforme a las SSCIDH Velásquez Rodríguez (párrafo 181), Godínez Cruz (párrafo 186), y Aloeboetoe y otros (párrafo 109)–, que la obligación de los poderes públicos de investigar lo sucedido subsista mientras dure la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida [REMOTTI CARBONELL, JOSÉ CARLOS: *La Corte Interamericana de Derecho Humanos*,

Editorial IDEMSA, Lima, 2004, página 344]. La CIDH entiende, por lo demás, que la exigencia de que los Estados investiguen la suerte de las personas desaparecidas, las circunstancias y la identificación de los responsables, viene a configurar un nuevo derecho de carácter jurisprudencial.

3. Ley penal y variación del estatuto jurídico del funcionario público.

15°. Como el delito de desaparición forzada es de ejecución permanente presenta singularidades en relación a la aplicación de la ley penal en el tiempo. Su punto de inicio no es la privación de libertad sino el momento en que empieza a incumplirse el mandato de información.

A. Si la permanencia cesó con anterioridad a la entrada en vigor de la ley que introdujo la figura penal analizada, desde luego no será posible imputar a los funcionarios o servidores públicos la comisión del delito de desaparición forzada. En este supuesto sólo será del caso, si se cumplen sus elementos típicos, la comisión del delito de secuestro.

B. Si entra en vigor la ley que consagró el delito desaparición forzada de personas y se mantiene la conducta delictiva –de riesgo prohibido para el bien jurídico- por parte del agente estatal, la nueva ley resulta aplicable; no hay ninguna razón para no imputar la comisión del delito a partir de la vigencia de la nueva valoración sionormativa que expresó el tipo legal incorporado al ordenamiento penal. Así, SCIDH Tiu Tojin, párrafo 87.

En igual sentido, debe entenderse la STC Villegas Namuche número 2488-2002-HC/TC, párrafo 26, del 18 de marzo de 2004, cuando precisa “ *en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal*”.

C. No obstante que subsista el estado de desaparición de la víctima al momento de entrar en vigor la ley que tipificó el delito de desaparición forzada de personas, como se está ante un delito especial propio –sólo puede ser cometido por funcionarios o servidores públicos- es indispensable que tal condición funcional esté presente cuando entra en vigor la ley penal. En consecuencia, si el agente en ese momento ya no integra la institución estatal y la injerencia se basa en primer término en el estatus de agente público, no es posible atribuirle responsabilidad en la desaparición cuando la ley penal entra en vigor con posterioridad al alejamiento del sujeto del servicio público.

- D. Si una vez que entró en vigor la ley que tipifica el delito de desaparición forzada de personas, el agente es transferido de puesto u ocupa un cargo público distinto al que se desempeñaba cuando se incumplió el mandato de información, no es posible sostener que para él cesó el estado de permanencia del delito –ésta tiene otras formas de consolidarse, como se ha señalado en el párrafo anterior-. Siendo funcionario o servidor público y estando obligado a informar sobre lo ocurrido con el afectado en virtud de su injerencia previa, es obvio que su cambio de destino o de actividad no es relevante.
- 16°. Cabe puntualizar que la desaparición forzada de personas sólo puede ser atribuida por hechos, que consisten en la negativa de proporcionar información sobre la suerte de una persona a quien se privó de su libertad, siempre bajo la perspectiva de su ejecución permanente, ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de Código Penal de 1991 que consagró tal conducta como delito y señaló la pena correspondiente. Así lo manda la Constitución y el Código Penal –artículos 103° y 6°, respectivamente-; legislación que se encuentra acorde con los artículos II de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 15°.2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Parte Tercera del Estatuto de Roma [CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ: *Colombia: El delito de desaparición forzada*. En: *Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional*, (Coordinador: KAI AMBOS), *Obra citada*, páginas 94-95]. Esta posición es coincidente con la observada por la Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-368, del 29 de marzo de 2000.

III. DECISIÓN

- 17°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez Jueces Supremos por el presente texto y cinco en contra, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

- 18°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 16°.
- 19°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias

judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

20°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO N° 1–2010/CJ–116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

ASUNTO: PRESCRIPCIÓN: PROBLEMAS ACTUALES

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 165–2010–P–PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo

logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 04 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En cuanto al tema en debate: “Prescripción: Problemas Actuales” informaron oralmente los señores Percy García Cavero —en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal—, y Marco Antonio Herrera Guzmán —en representación del Módulo Penal de Camaná – Corte Superior de Arequipa—.

- 3° La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 4°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como Ponentes los señores LECAROS CORNEJO, BARRIOS ALVARADO Y CALDERÓN CASTILLO, con la participación del señor PRADO SALDARRIAGA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Aspectos generales.

- 5°. La prescripción en el derecho sustantivo se define como el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido en la Ley sustantiva para el delito incriminado —pena abstracta—. En ese sentido, el Estado a través del Ministerio Público como titular exclusivo de la acción persecutoria —de conformidad con el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Perú y artículo once de la Ley Orgánica del Ministerio Público— y encargado de reclamar del

órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe aplicarse al imputado, renuncia o abdica a la persecución de un hecho punible en los casos que no procede y a la aplicación de la pena fuera de los límites temporales de la prescripción —a su pretensión punitiva— y el Poder Judicial a la ejecución de una sanción ya impuesta al autor de un hecho punible —prescripción de la pena—.

- 6°. La institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable.
- 7°. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja éste a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución, lo que es necesario en un Estado de derecho donde la prescripción cumple una función de garantía fundamental de los ciudadanos frente a la actividad judicial y constituye una sanción a los órganos encargados de la persecución penal por el retraso en la ejecución de sus deberes.
- 8°. En este sentido, la prescripción varía, en cuanto a su duración, según la naturaleza del delito que se trate y cuando más ingente sea la pena regulada en la Ley, mayor será el plazo de la prescripción para el delito inculcado. También modula la duración del mismo según las vicisitudes del procedimiento y atendiendo a otras consideraciones de especial relevancia: causas de suspensión y de interrupción.

2. Planteamiento de los problemas

- 9°. Determinar los alcances del último párrafo del artículo ochenta del Código Penal: la dúplica de la prescripción cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado.
- 10°. La prescripción extraordinaria y la configuración y efectos de la reincidencia en las faltas.
- 11°. Establecer el sentido del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal que dispone la suspensión de la prescripción cuando se Formaliza la Investigación Preparatoria.

3. Desarrollo del primer tema.

- 12°. El legislador incrementó el plazo de prescripción —duplicó— en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Perú —“*el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos*”—. La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquellos. Esto implica un mayor desvalor de la acción —como conducta peligrosa para los bienes jurídicos— complementado con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.
- 13°. Por tanto, se incrementó el plazo de prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al organismo encargado de la persecución del delito un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune.
- 14°. Es necesario complementar esta circunstancia prevista en la norma para limitar su aplicación sobre determinadas situaciones concretas e interpretar el sentido de la Ley desde la perspectiva de su coherencia con el ordenamiento jurídico y el contexto en que se utilizó —método lógico-sistemático—. Así, debe entenderse que la opción normativa, de carácter especial, descrita en el último párrafo del artículo 80° del Código Penal se orienta al *Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo* del mismo cuerpo legal, “*Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos*”, atendiendo a dos aspectos concretos:
- A. En este Capítulo se regulan los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.

B. Dicho Capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo cuarenta y uno de la Constitución que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos. Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisorial, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos .

15°. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

- A.** Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado.
- B.** El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.
- C.** Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.

16°. Una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal.

- 17°.** Debe destacarse que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada.
- A.** En cuanto a la primera modalidad, se trata de bienes íntegramente del Estado.
 - B.** La segunda modalidad se refiere a bienes de Sociedades de economía mixta donde el Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto del sector público como del sector privado y se comparte la propiedad de los bienes. Este tipo de Régimen Económico está reconocido en el artículo 40° y 60° de la Constitución Política del Perú y en el artículo 2° del Decreto Legislativo número 674, del 27 de setiembre de 1991, que contiene las normas sobre la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado.
 - C.** La tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido.
- 18°.** El patrimonio del Estado, parcialmente del Estado o privado está constituido por bienes muebles o inmuebles con valor económico, como los caudales y efectos, lo que se traduce en la presencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo en la entidad estatal.

4. Desarrollo del segundo tema.

- 19°.** El Libro Tercero del Código Penal está dedicado a las faltas. Esta clase de infracciones penales no incluyen en su penalidad conminada penas privativas de libertad. Ellas son sancionadas sólo con penas principales de multa o de prestación de servicios a la comunidad. En lo que respecta al plazo ordinario de la prescripción de la acción penal y de la pena en las faltas, el inciso 5 del artículo 440° señala de manera específica en un año. Además, dicha disposición consigna también que “la acción penal y la pena prescriben en caso de reincidencia a los dos años”.
- 20°.** Sin embargo, el citado artículo no ha precisado cuáles son las reglas especiales sobre los plazos extraordinarios de prescripción de la acción penal ni sobre los presupuestos que identifican la reincidencia en las faltas. Por consiguiente, dado que el mismo numeral 440° *ab initio* establece que: “*Son aplicables a las*

faltas las disposiciones contenidas en el Libro Primero (...)”, es pertinente delinear los alcances de esa regulación supletoria para tales casos.

- 21º.** Al respecto cabe asumir, sin mayor contradicción ni implicancias normativas, que para efectos de definir los plazos de la prescripción extraordinaria en las faltas deberá de observarse lo dispuesto en el artículo 83º *in fine*. Esto es, incrementar en una mitad el plazo ordinario. Por tanto, en las faltas la prescripción extraordinaria de la acción penal opera al cumplirse un año y seis meses de cometida la infracción.
- 22º.** Ahora bien, el artículo 440º, inciso 5, señala también que en caso de reincidencia el plazo ordinario de prescripción de la acción penal y de la pena para las faltas es de dos años, por lo que en tales supuestos el plazo extraordinario será de tres años. No obstante, dicho artículo no identifica en su contenido los presupuestos y requisitos que posibilitan la configuración de la reincidencia en las faltas. Es en el artículo 46º B del Código Penal en donde luego de regular los requerimientos legales para la reincidencia en los delitos dolosos, se alude, con escasa claridad, a la reincidencia en faltas en los términos siguientes: *“Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas”*. Corresponde, pues, sobre la base de las disposiciones legales mencionadas desarrollar fórmulas de interpretación que las hagan compatibles y funcionales. Para tales efectos se adoptan los siguientes criterios:
- A.** La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta clase de infracción penal, incurre luego de que la condena adquiere firmeza en la comisión de una nueva falta. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta.
 - B.** La reincidencia en faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido, el máximo de pena originalmente establecido por la ley se convertirá en mínimo y se configurará un nuevo límite máximo que será equivalente a la mitad por encima del máximo original.
 - C.** Para que se configure la reincidencia la nueva falta debe ser cometida en un plazo no mayor a dos años de quedar firme la condena anterior. De esa manera la reincidencia será compatible con los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal y de la pena estipulados en la segunda parte del inciso 5 del artículo 440º.
- 6. Desarrollo del tercer tema.**

- 23°.** Tercer tema. El apartado uno del artículo 339° del nuevo Código Procesal Penal prescribe que “*la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal*”. Entonces la discusión de ese párrafo está centrada en las cuestiones de legitimidad, legalidad y razonabilidad.
- 24°.** La “suspensión” de la prescripción prevista en el artículo 84° del Código Penal consiste en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal —constituye la excepción al principio general de la continuidad del tiempo en el proceso—. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.
- 25°.** La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria.
- 26°.** Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión “*sui generis*”, diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal —quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción—, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.
- 27°.** La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la “suspensión” con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de “interrupción” de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto

del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal —formalizando la investigación— el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara.

- 28°.** Esta previsión legal tiene que ser analizada desde dos aspectos concretos:
- A.** Que es obligación del Estado proveer de los mecanismos necesarios para la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito, pues los intereses tutelados por las normas penales son eminentemente públicos, y en ese contexto preordena el proceso penal para asegurar la persecución del delito contra todo ilegítimo obstáculo.
 - B.** El Estado por medio del Ministerio Público ejerce la pretensión punitiva que se deriva de un delito, promueve la aplicación de la sanción correspondiente y solicita que se ejecute el fallo.
- 29°.** Desde esta perspectiva el fundamento de la posibilidad de suspender el plazo de prescripción dirigiendo el procedimiento contra el presunto culpable constituye el instrumento que tiene el Estado y ejecuta el órgano judicial para poner de manifiesto que aún se vislumbran posibilidades de éxito en la investigación del presunto delito y que la infracción pueda ser castigada —el acto del Fiscal que constituye la formalización del proceso se realiza después que se identificó e individualizó plenamente al imputado, se describió los hechos, se tipificó la conducta en la norma correspondiente y se reunió indicios reveladores de la comisión del delito, valorando adecuadamente todas las circunstancias del caso— para evitar la sensación de impunidad en la sociedad, como marco de la política criminal del Estado.
- 30°.** Por tanto, la suspensión del plazo de prescripción significa que la ley otorga más tiempo a la autoridad para que persiga el delito. Constituye la manifestación de voluntad objetivamente idónea del Estado para asegurar el éxito en la persecución del hecho delictivo y contribuye a consolidar el principio constitucional de obligatoriedad en el ejercicio de la persecución penal que tiene el Ministerio Público prescrita en el artículo 159° de la Carta Política.
- 31°.** La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139° de la Constitución —inserto en la garantía del debido proceso— y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable, por lo siguiente:

- A.** El fenómeno de la prescripción regulado en la norma constitucional y sustantiva está determinado esencialmente por una autolimitación del Estado para ejercer su potestad represiva cuando no ejerce la acción eficaz y oportunamente en un tiempo determinado.

Por tanto, el legislador es el que decide si los actos que se realizan para iniciar la persecución penal, como “la Formalización de la Investigación Preparatoria” es una causa que suspende el curso de la prescripción.

- B.** Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal. Una interpretación distinta, supone aceptar que la prescripción es un derecho establecido a favor del imputado y el rechazo a la existencia de causas procesales que suspendan el curso de la prescripción. Sin embargo, esto implica olvidar el interés social en la persecución de los delitos.
- C.** La suspensión del plazo de la prescripción no origina un problema de condiciones de desigualdad entre el Ministerio Público y el imputado por la creación de una posibilidad que afecta derechos fundamentales, pues cuando el hecho imputado de carácter delictivo conserva su contenido de lesividad, es necesario una sanción a su autor por ser legítima. En ese sentido, no se puede sostener la existencia de desigualdad —relevante jurídicamente— cuando se persigue y castiga una infracción punible.
- D.** No puede concebirse que los imputados tengan derecho a la resolución del proceso en un plazo razonable en los que el retraso pueda ser provocado por su propia actitud procesal para evitar el avance del procedimiento y prescribir el delito, lo que debe evitarse.
- E.** La reforma del sistema procesal implicó cambios radicales e importantes constituyendo uno de los más significativos relevar a los jueces de las labores de investigación dentro del proceso penal —propio de un sistema acusatorio— y por otro lado, la reforma de la aplicación de instituciones dentro del nuevo sistema. En ese contexto, en el ordenamiento procesal la “suspensión de la prescripción” se forja en un proceso estructurado que respeta las garantías del debido proceso, promueve valores constitucionales medulares y definitivos para la protección jurisdiccional efectiva.
- F.** En el Nuevo Código Procesal Penal las etapas del proceso tienen un plazo establecido: La Investigación Policial o Fiscal veinte días, la Investigación Preparatoria ciento veinte días, ampliado a sesenta días y para casos

complejos hasta ocho meses y si bien el juzgamiento no tiene plazo definido, no obstante una de sus características principales como innovación del nuevo modelo procesal es su celeridad y continuación ininterrumpida hasta su conclusión, evitando dilaciones y pérdida de concentración, como la propia Ley lo señala en el artículo 360° [inciso 1 y 5] —“*si no fuera posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión y no podrá realizarse otros juicios hasta su culminación*”—. Es evidente que el nuevo sistema procesal busca simplificar, descongestionar, acelerar y hacer más eficiente la Administración de Justicia penal, asegurando una mayor eficiencia y eficacia en tanto en cuanto a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente.

G. Por otro lado, la propia norma procesal en los artículos 334° [inciso 2] y 343° regula las situaciones en las que el plazo de la investigación preliminar y preparatoria exceda su duración y reconoce al afectado el derecho de acudir al Juez de la Investigación Preparatoria —Juez de Garantías considerado como el custodio de la legalidad del procedimiento de investigación que realiza el Ministerio Público y tiene como función esencial tutelar las garantías del imputado— para que resuelva el conflicto y ordene la culminación de esas etapas procesales cuando las considere excesivas —se materializa por medio de una audiencia de control de plazos—. Es evidente el interés y voluntad del legislador de someter a control el plazo del proceso por el Juez que ejerce las funciones del control de garantías —y reglado en el sistema procesal penal— en virtud del principio medular del Estado de Derecho para no dejar a completo arbitrio del Fiscal la duración de la investigación.

32°. En ese contexto, es claro que el plazo de la suspensión del proceso se produce dentro del marco impuesto por la Ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y el marco de política criminal del Estado. Por tanto, con los límites racionales regulados no habrá un exceso de tiempo hasta la culminación del proceso con un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre porque con la previsión de la ley fijando pautas de duración de los procesos no debería existir menoscabo a un juicio justo en un tiempo razonable y donde el derecho de la sociedad a defenderse del delito se armoniza con el del imputado, de modo que no se sacrifica a ninguno de ellos a favor del otro. Con esto debe resaltarse que si bien los actos del procedimiento suspenden el curso de la prescripción de la acción persecutoria, no obstante lo hacen hasta cierto límite.

III. DECISIÓN

33°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON:

34°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12° al 32°.

35°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

36°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

BARANDIARÁN DEMPWOLF

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARIA MORILLO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO Nº 2-2010/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116' TUO LOPJ

ASUNTO: Concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel y determinación judicial de la pena

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa número 165–2010–P–PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, para dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase —determinación de los temas jurídico penales objeto de tratamiento plenario— los señores Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda. Al respecto, se tuvo en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídico penal que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Se estableció siete temas objeto de tratamiento jurisprudencial y sus respectivos problemas específicos.

En la segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal electrónico del Poder Judicial, con el que se logró un amplio concurso de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha cuatro de noviembre la audiencia pública correspondiente. Los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

3°. En cuanto al tema en debate: “Concurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas de distinto grado o nivel y Determinación Judicial de la Pena”, informaron oralmente los señores Eduardo Ore Sosa —en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal—, y Elvia Atoche Gutiérrez —en representación de la Comisión Episcopal de Asistencia Social—.

4° La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, labor que recayó en los señores Jueces Supremos Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha. Los diez señores Jueces Supremos intervinieron con igual derecho de voz y voto.

5°. El Acuerdo Plenario, como expresión de una decisión común de los señores Jueces

Supremos en lo Penal, se emite conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar decisiones de esta naturaleza con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

6°. La deliberación y votación del tema “Concurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas de distinto grado o nivel y Determinación Judicial de la Pena”, se realizó el día de la fecha. Como resultado de la deliberación y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como ponente el señor PRADO SALDARRIAGA, con la participación del señor BARANDIARÁN DEMPWOLF.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Las Circunstancias Agravantes de Diferente Grado o Nivel.

7°. Son aquellas circunstancias agravantes específicas que se encuentran adscritas a determinados delitos de la Parte Especial del Código Penal, pero para las cuales la ley establece escalas punitivas conminadas de diferente extensión y gravedad. En la legislación penal nacional su presencia normativa ha sido frecuente en los casos de delitos de relevante repercusión social como el secuestro, el hurto, el robo o el tráfico ilícito de drogas. Efectivamente, en la actualidad los artículos 152°, 186° 189° y 297° del Código sustantivo regulan, sucesivamente, hasta tres grados o niveles de circunstancias agravantes. Ahora bien, cada uno de estos grados o niveles tiene prevista una pena conminada que será aplicable exclusivamente a los supuestos agravantes que integran el respectivo grado o nivel. La técnica legislativa utilizada determina una escala ascendente de penalidad conminada. Por tanto, la pena conminada más grave se consigna para las agravantes de tercer grado y la menos severa para las agravantes comprendidas en el primer grado. Por ejemplo, en el caso de las circunstancias agravantes del delito de robo [Cfr. Artículo 189° del Código Penal] se detecta que las agravantes de primer grado o nivel tienen como escala de penalidad conminada entre doce a veinte años de pena privativa de libertad; mientras que las agravantes de segundo grado o nivel establecen penas entre veinte y treinta años de pena privativa de libertad; y, en el caso de las agravantes de tercer grado o nivel tienen como estándar punitivo la pena de cadena perpetua.

2. La Concurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas.

8°. Es muy común en la casuística judicial de nuestro país la presencia simultánea y plural, en un caso penal, de dos o más circunstancias agravantes específicas de distinto nivel o grado; y, por tanto, con diferente penalidad conminada. Ello ocurre con frecuencia en la comisión de delitos de cierta complejidad como el robo, sobre todo si tal ilícito fue realizado en casa habitada (agravante de primer grado), causando lesiones leves a la víctima (agravante de segundo grado) y por integrantes de una banda (agravante de tercer grado).

9°. Esta presencia múltiple de circunstancias agravantes configura lo que la doctrina denomina concurrencia de circunstancias. Según la doctrina y la jurisprudencia nacional, la determinación de la pena concreta, en tales supuestos, demanda una visualización analítica pero integrada, a la vez que coherente, de la calidad y eficacia de las circunstancias concurrentes. Lo cual implica, como regla general, que el Juez no puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente

[Cfr. Acuerdo Plenario N° 1–2008/CJ–116, del 18 de julio de 2008, Fundamento Jurídico 9°].

- 10°. Por tanto, todas las circunstancias presentes en el caso *sub judice* deberán ser evaluadas, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos, para poder configurar la pena concreta. Esto significa, por ejemplo, que a mayor número de circunstancias agravantes concurrentes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica será también mayor. Sin embargo, la eficacia de las circunstancias agravantes concurrentes quedará siempre limitada por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo indicador o factor de agravación. Esto es, garantías procesales como el *ne bis in idem* exigen, para tales casos, que el juez aplique un test de compatibilidad sobre todas las circunstancias agravantes que concurren. Es decir que examine que cada circunstancia concurrente este referida siempre a un factor o indicador diferente.
- 11°. Ahora bien, si las circunstancias agravantes luego de ser examinadas por el juez resultan compatibles entre si, el órgano jurisdiccional deberá, como ya se ha mencionado, de valorarlas en conjunto y extraer de ellas los efectos correspondientes que abonen a la construcción y definición de la pena concreta. Por el contrario, cuando las circunstancias agravantes concurrentes aluden a un mismo factor, ellas son incompatibles y deben excluirse en función de su especialidad. Es decir, la circunstancia agravante especial excluirá a la genérica. Un ejemplo de ello, en base a las circunstancias agravantes específicas del artículo 189°, sería el caso de la pluralidad de agentes (primer párrafo inciso 4) que quedará excluida por la calidad de integrantes de una organización criminal que aquellos tengan (tercer párrafo). Sólo esta última deberá ser tomada en cuenta por el juez para decidir sobre la pena concreta.

3. La Determinación de la Pena en caso de Concurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas de Diferente Grado o Nivel.

- 12°. El problema a dilucidar esta en relación con la Concurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas de distinto grado o nivel. Este conflicto se presenta cuando en la realización de un delito concurren simultáneamente circunstancias agravantes que, como en el ejemplo anteriormente planteado, no corresponden a un mismo nivel o grado sino a diferentes grados y, por tanto, están vinculadas a distintas escalas de pena conminada. El siguiente ejemplo grafica tal situación: X ha cometido un delito de robo en casa habitada (Art.189°, Inc. 1, primer párrafo, pena privativa de libertad entre doce y veinte años), apoderándose de un bien de valor científico (Art. 189°, 4, segundo párrafo, pena privativa de libertad entre veinte y treinta años), y causando lesiones graves al propietario

del inmueble (Art. 189°, tercer párrafo). En estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior. Por consiguiente, ella operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer. Por tanto, el ejemplo utilizado permite reconocer y concluir señalando que ante tal concurrencia de circunstancias agravantes el juez deberá decidir la pena concreta en base a la escala punitiva del agravante específica de mayor grado o nivel (producción de lesiones graves), por lo que la pena a imponer al condenado será la de cadena perpetua.

III. DECISIÓN

13°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

14°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7° a 12°.

15°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

16°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARIA MORILLO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y
TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO Nº 3-2010/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116' TUO LOPJ

ASUNTO: El delito de lavado de activos

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1°. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa número 165–2010–P–PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, para dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2°. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase —determinación de los temas jurídico penales objeto de tratamiento plenario— los señores Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda. Al respecto, se tuvo en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídico penal que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Se estableció siete temas objeto de tratamiento jurisprudencial y sus respectivos problemas específicos.

En la segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la

solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal electrónico del Poder Judicial, con el que se logró un amplio concurso de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha cuatro de noviembre la audiencia pública correspondiente. Los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

- 3°. En cuanto al tema en debate: “el delito de lavado de activos”, informaron oralmente los juristas María del Carmen García Cantizano —en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal—, Miguel Antonio Fallo Rosado —en representación del Centro para la Investigación y Mejora de la Calidad en el Servicio de la Justicia. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo— y Eloy Zeballos Solano —en representación del Colegio de Abogados de Lima—.
- 4°. La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, labor que recayó en los señores Jueces Supremos Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha. Los diez señores Jueces Supremos intervinieron con igual derecho de voz y voto.
- 5°. El Acuerdo Plenario, como expresión de una decisión común de los señores Jueces Supremos en lo Penal, se emite conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar decisiones de esta naturaleza con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 6°. La deliberación y votación del tema el delito de Lavado de Activos se realizó el día de la fecha. Como resultado de la deliberación y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga, con la participación del señor San Martín Castro.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La naturaleza jurídica y el bien jurídico en el delito de lavado de activos.

- 7°. Se identifica como lavado de activos a todo acto o procedimiento realizado para dar una apariencia de legitimidad a los bienes y capitales que tienen un

origen ilícito. El Lavado de Activos es un delito no convencional y constituye en la actualidad un notorio exponente de la moderna criminalidad organizada. Desde la promulgación de la Ley Nº 27765 del 17 de junio de 2002, este ilícito penal se encuentra tipificado y sancionado fuera del Código Penal de 1991. Es por ello que en la actualidad la identificación del bien jurídico tutelado en este tipo de hecho punible ya no puede deducirse de la ubicación sistemática que tenían en la Parte Especial de nuestra legislación penal fundamental, los derogados artículos 296º A y 296º B. Por consiguiente, el precisar la calidad y alcances del bien jurídico tutelado en el lavado de activos constituye un primer problema dogmático que se debe abordar en este Acuerdo Plenario.

Es frecuente en la doctrina y en el derecho penal extranjero, considerar como el bien jurídico tutelado con la criminalización del lavado de activos a las funciones, o a la estabilidad o al régimen jurídico que regula la actividad económica de un país.

Tal opción es en algunos casos coherente por la ubicación sistemática que corresponde a dicho delito en los códigos penales. Así, por ejemplo, el derecho penal español inserta a los delitos de lavado de activos como conductas afines a la receptación (Artículos 301º a 304º) en el Título XIII del Código Penal de 1995 sobre “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. En ese contexto, GOMEZ INIESTA destaca la potencialidad negativa del blanqueo la cual *“reside en la desestabilización del mercado y de la economía”* [Cfr. DIEGO J. GÓMEZ INIESTA. El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español. CEDECS Editorial. Barcelona. 1996, p. 34]. Por su parte, otros autores, como DEL CARPIO DELGADO, rechazan tal calificación por lo difuso y omnicompreensivo que resulta considerar como bien jurídico tutelado al orden socioeconómico, demandando, en cambio, mayor concreción y relación directa o funcional de aquél con la operatividad del blanqueo de capitales: *“En definitiva, el orden socioeconómico no constituye el bien jurídico inmediatamente protegido por el delito de blanqueo de bienes. El legislador a través de las distintas conductas tipificadas en el Título XIII, protege algunas esferas, elementos o intereses del orden socioeconómico. Pues bien, aquí está el centro de la cuestión, en qué medida la tipificación de las conductas constitutivas de blanqueo de bienes contribuyen a la protección de ese orden socioeconómico y más específicamente, que elemento o qué esfera de éste se está protegiendo. En nuestra opinión es la circulación de los bienes en el mercado como elemento indispensable para su normal funcionamiento y de la economía en general, el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de bienes”* [Cfr. JUANA DEL CARPIO DELGADO. El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, p.81].

- 8°. En el derecho penal colombiano, donde el lavado de activos también se incluye entre los Delitos contra el Orden Económico Social (Artículos 323º a 325º del Código Penal), la doctrina ha asumido posiciones similares a las debatidas en España como se aprecia en la propuesta hermenéutica sostenida por HERNÁNDEZ QUINTERO: *“ es preciso concluir que el delito de lavado de activos es quizá uno de los comportamientos que con mayor vehemencia vulnera el orden económico social de un país, al punto que distorsiona la economía, generando problemas de inflación, devaluación, revaluación y la conocida por algunos como la enfermedad holandesa, que no es más que el fenómeno que se produce en un país cuando se presenta, en forma simultánea, una elevada inflación acompañada de un proceso de marcada recesión en el nivel de la actividad económica”* [Cfr. HERNANDO HERNÁNDEZ QUINTERO. El lavado de Activos. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá. 1997, p.94].

Incluso en otros sistemas jurídicos, donde se ubica al delito de lavado de activos en conexión con otros bienes jurídicos diferentes como la salud pública, debido a su tradicional vinculación con el delito tráfico ilícito de drogas, los especialistas también tienden a considerar la protección de bienes jurídicos específicos y propios de la actividad económica. En tal sentido LANGON CUÑARRO, comentando la legislación uruguaya de la materia, señala: *“Se ha discutido intensamente sobre cual es el bien jurídico protegido por esta y las otras formas de legitimación de activos, siendo evidente que no puede sostenerse que lo que se protege es la salud pública, que sólo vendría a ser, en el mejor de los casos, un interés apenas indirectamente protegido, como puede serlo cualquier otro en general. En realidad la disputa se reduce a considerar si se protege la administración de justicia (por su evidente parentesco con el delito de encubrimiento y receptación) o el orden socio económico del Estado. Yo adhiero a esta segunda posición, por lo cual estrictamente las figuras deberían estudiarse sistemáticamente, entre aquellas que afectan la economía y la hacienda públicas (Título IX del C.P.), dejándolas aquí sólo por tradición y para permitir una lectura más orgánica de la ley que las contiene, que es la que prevé los delitos contra el tráfico ilícito de drogas, que si afectan la salud pública”* [Cfr. MIGUEL LANGON CUÑARRO. Código Penal. Tomo II. Universidad de Montevideo. Montevideo. 2004, p. 272].

- 9°. Sin embargo, la posibilidad dogmática que ofrece la legislación peruana para asimilar esta tendencia a reconocer aspectos o funciones de la economía como el bien jurídico tutelado requiere atender previamente varios aspectos. En primer lugar, el derecho nacional no coloca al lavado de activos como un delito típicamente económico. En segundo lugar, no es del todo acertado asumir que

el lavado de activos sólo colisiona con bienes jurídicos macrosociales de carácter funcional, como el orden económico o el sistema financiero de un país. Fundamentalmente, porque si bien es cierto que los principales efectos del este delito pueden distorsionar los indicadores y la estabilidad de la economía de una sociedad, también lo es que no siempre los procedimientos de blanqueo de capitales contradicen las formas o límites de la regulación económica, financiera y tributaria fijada por los Estados. Ello se demuestra claramente con la existencia y permanencia “estables” y en “crecimiento”, de las economías de los países que operan como “paraísos fiscales o financieros”. Efectivamente, como destacan algunos autores: *“el orden socioeconómico no puede constituirse en bien jurídico protegido por el delito de Blanqueo de bienes ya que no puede olvidarse que alguna fase específica del blanqueo de bienes, en algunos casos concretos es beneficiosa para el orden socioeconómico. Téngase como ejemplo el funcionamiento de la economía de los países conocidos como paraísos fiscales. En éstos, el mantenimiento y la mejora de sus variables económicas, tanto en la creación de empleo como en la obtención de divisas, se debe precisamente a la existencia de un poderoso sector de servicios, especialmente financiero cuya finalidad específica es la captación de bienes económicos extranjeros siendo indiferente si tienen su origen o no en un hecho delictivo”* [Cfr. JUANA DEL CARPIO DELGADO. El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal. Ob. Cit., ps. 79 y 80].

- 10°.** Otro sector, cada vez más minoritario de la doctrina y la legislación contemporánea, se inclina por señalar al lavado de activos como un delito que atenta contra el bien jurídico administración de justicia. Por lo general, también esta tendencia se respalda en la ubicación legislativa que tiene dicho delito o por su evidente similitud con las formas convencionales del encubrimiento o favorecimiento real. Como distingue BOTTKE, para esta opción: *“El blanqueo de dinero se erige en sabotaje de la persecución y recriminación penales justificadas por la necesidad y en la puesta en peligro o frustración de la producción procesal penal del comiso de las ganancias del hecho delictivo y los costes productivos del comiso de producta et instrumenta sceleris. Se erige en sabotaje del comiso de ganancias, comiso de efectos e instrumentos y del aseguramiento. Supone el especial fracaso de las consecuencias del delito. Supone el fracaso penal”* [Cfr. WIFRIED BOTTKE. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania., en Revista Penal Nº 2. Julio 1998, p. 12]. En la audiencia pública realizada el 4 de noviembre como preámbulo de este Acuerdo Plenario de deslizó también esta posición por parte de una de las instituciones participantes [Cfr. Ponencia del Instituto de Ciencia Procesal Penal expuesta por la Profesora Dra. MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO].

Si enfocamos únicamente al lavado de activos desde un ángulo puramente operativo, la administración de justicia resulta ser el bien jurídico más próximo al ámbito de influencia del delito que analizamos, ya que los activos obtenidos ilegalmente por el crimen organizado o los bienes que fueron adquiridos con dinero sucio, tienen la calidad material de efectos del delito. Por ello se explica que subsista en el derecho extranjero alguna predilección por asimilar los actos de lavado de activos a la estructura típica del delito de encubrimiento real. Es decir, valorar a tales conductas como un modo de ocultar los efectos de un hecho punible perjudicando así la recta y oportuna acción de la justicia [Cfr. ALBERTO NÉSTOR CAFETZOGIUS. *Delitos con Drogas*. Ed. Centro Norte. Buenos Aires. 1991, p. 81]. Un ejemplo elocuente de ello lo encontramos en el Código Penal Italiano [Cfr. Artículos 648º *bis* y 648º *ter*]. Sin embargo, lo lineal y convencional del enfoque político-criminal que sustenta a esta posición, no resulta compatible ni adaptable a los fines y a la dinámica contemporánea de las distintas operaciones que se califican como actos propios de lavado de activos. Sobre todo porque como afirma FABIAN CAPARROS, tales conductas no están dirigidas únicamente “*a evitar la persecución del delito previo, toda vez que su fin prioritario estriba en distanciar progresivamente las ganancias de su origen para así dotarlas de una apariencia de licitud y, de este modo, poderlas reinvertir en el mercado. Por lo tanto, el encubrimiento no es el objetivo que inspira el origen de una operación de reciclado, sino una consecuencia colateral, quizá necesaria, de la que también se beneficia el delincuente*” [Cfr. EDUARDO FABIAN CAPARRÓS. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Editorial Colex. Madrid. 1998, p. 262]. Ahora bien, en referencia al derecho penal nacional tal adscripción exclusiva y excluyente de tutela penal, a favor del bien jurídico administración de justicia, también debe desestimarse a partir de la decisión legislativa de extraer al delito de lavado de activos del Código Penal. En efecto, si el legislador peruano hubiera considerado a tal ilícito como lesivo a la función judicial penal, le hubiera bastado para reprimirlo con modificar la redacción y los alcances del artículo 405º del Código Penal. Según esta disposición: “*El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años*”. Pero esa no fue la decisión adoptada por nuestra legislación. Es más, incluso en la etapa final de la elaboración de la Ley 27765 se rechazó la estructura del Proyecto de la Comisión que presidía la Congresista Susana Higushi, la cual, justamente, proponía incluir al lavado de activos entre los delitos contra la función jurisdiccional.

11º. Al margen de las dos propuestas examinadas sobre la calificación del bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos, las que, además, también

engloban a otras opciones de menor consenso y mucho más específicas como la transparencia de las operaciones que tienen lugar en el circuito de la intermediación financiera o la posibilidad de restitución a su titular de los bienes ilícitamente obtenidos, hoy en día es también frecuente encontrar en la doctrina una alusión directa al carácter pluriofensivo del lavado de activos. Esto es, a su conexión plural con la afectación sucesiva o simultánea de varios bienes jurídicos. Incluso en la propia doctrina española coexisten autores muy caracterizados como ZARAGOZA AGUADO, que coinciden en señalar que *“No cabe duda que el blanqueo de dinero es una actividad criminal pluriofensiva, pues son variados los bienes que se tratan de proteger con su incriminación de forma mediata e inmediata. Su ubicación dentro del título de los delitos contra el orden socioeconómico parece dar a entender que éste es el bien jurídico que se protege de modo directo e inmediato”* [Cfr. JAVIER ZARAGOZA AGUADO. El Blanqueo de Bienes de Origen Criminal. Separata del Curso Combate al Lavado de Dinero desde los Sistemas Judiciales. CICAD–DEVIDA. Lima. Setiembre de 2002. p, 12]. Por su parte, FABIAN CAPARROS también pone de relieve las bondades funcionales y técnicas de esta tendencia en los términos siguientes: *“Con toda probabilidad, las conductas del reciclaje inciden negativamente —si bien en diferente medida— sobre una serie de intereses sociales a los que ahora no vamos a volver a referirnos. Desde este punto de vista compartimos la opinión de Vives Antón, Prado Saldarriaga o Vidales Rodríguez, quienes creen que el lavado de capitales ilegales ostenta los rasgos de una figura pluriofensiva”* [Cfr. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS. El Delito de Blanqueo de Capitales. Ob. Cit. , p. 238].

- 12°.** Los autores nacionales al comentar la Ley 27765, asumen también una postura a favor de la pluriofensividad del lavado de activos. Por ejemplo, BRAMONT–ARIAS TORRES destaca lo siguiente: *“Nuestra opinión del bien jurídico es que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, donde se lesionan varios bienes jurídicos. Si bien consideramos que el delito de Lavado de Activos es un delito socioeconómico, por lo que en el fondo el bien jurídico principal de protección es el orden económico, y dentro del mismo específicamente el tráfico ilícito de bienes que debe imperar en toda sociedad, lo cual se vería afectado con la circulación de bienes ilícitos”* [Cfr. LUIS ALBERTO BRAMONT–ARIAS TORRES. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias. Editorial San Marcos. Lima. 2003, p. 521]. En términos semejantes se pronuncia GÁLVEZ VILLEGAS: *“Estos actos de lavado o legalización de bienes o activos de procedencia ilícita, que si bien directamente afectan al orden o sistema económico, revisten también la condición de conductas*

pluriofensivas de distintos bienes jurídicos penalmente relevantes, y, por ello, tienen enorme trascendencia en la vida política, económica y social del país —y de la comunidad internacional—, ya que trastocan el orden económico-financiero, afectando su legitimidad y transparencia, a la vez que dificultan la planificación y política económica estatales” [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2004, p .xv]. No obstante, cabe señalar que esa pluralidad de bienes jurídicos comprometidos fue formulada en nuestra doctrina incluso desde que el delito de lavado de activos fuera incorporado a la legislación peruana a inicios de los años noventa, y a pesar de su inclusión entre los delitos de tráfico ilícito de drogas: “ Ahora bien, la criminalización del lavado de dinero fue concebida por la política internacional antidroga como una posibilidad de control, destinada a neutralizar el modus operandi del narcotráfico a través de la interdicción y congelamiento de los capitales de inversión y reserva que permiten mantener en actividad a las organizaciones que se dedican a la producción y/o comercialización de drogas ilegales. Es, pues, desde ese objetivo funcional que deberá de ensayarse toda posible interpretación o discusión acerca del bien jurídico tutelado que está detrás de la penalización de los actos de lavado. En tal sentido, las limitaciones e inconvenientes que evidencian las diferentes posiciones que hemos reseñado se explican, sobre todo, por lo unilateral de sus enfoques acerca del delito y de su relevancia político-criminal, y que dejan, más bien, en un segundo plano, los criterios funcionales de eficacia y eficiencia de la criminalización. Para nosotros, por tanto, el lavado de dinero no está orientado hacia la afectación de un bien jurídico exclusivo y determinado, ya que dicha infracción se presenta en la realidad como un proceso delictivo que según sus manifestaciones concretas perjudica de modo simultáneo o paralelo distintos bienes jurídicos. Se trata, pues, en definitiva, de un delito pluriofensivo que compromete a varios intereses jurídicamente relevantes como la eficacia de la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica e, incluso, en un plano sumamente mediato, la incolumidad de la salud pública. Este último en razón que en su sentido funcional, el lavado de dinero aparecería como un acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito y, por ende, del consumo indebido de drogas” [Cfr. VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA. El Delito de Lavado de Dinero. Su tratamiento Penal y Bancario en el Perú. IDEMSA. Lima. 1994, ps. 65 y 66].

Por su parte, GARCÍA CAVERO, desde su óptica dogmática de corte funcionalista, reconoce la negatividad y ofensividad de los actos de lavado de activos en tanto prácticas disfuncionales frente a las normas que rigen las expectativas sociales

en un tráfico regular de los bienes que circulan en el mercado: *“la expectativa normativa de conducta de que el tráfico de los bienes se mueve por operaciones o transacciones realizadas realmente con las reglas del libre mercado, de manera que exista la confianza general en los agentes económicos de que los bienes no tienen una procedencia delictiva, sino que se ajustan a las reglas del tráfico jurídico–patrimonial. Por lo tanto, constituiría un grave error exigir en el delito de lavado de activos una afectación sensible al orden económico, pues, como lo demuestra la experiencia, el delito de lavado de activos puede ser incluso saludable para determinadas economías dependientes de este flujo de bienes. La defraudación normativa del delito de lavado de activos no se determina con criterios de eficiencia económica, sino a partir de determinada condición esencial del mercado, en la que confían los agentes económicos”* [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal Económico. Parte Especial. Grijley. Lima. 2007, p.490].

- 13°.** Resulta, pues, mucho más compatible con la dinámica y finalidad de los actos de lavado de activos que tipifica la Ley 27765 la presencia de una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o puestos en peligro de modo simultaneo o sucesivo durante las etapas y operaciones delictivas que ejecuta el agente. En ese contexto dinámico, por ejemplo, los actos de colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico–financiero. En cambio, los actos de ocultamiento y tenencia afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado. Simultáneamente, en todas estas etapas el régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos, resulta vulnerado en todas sus políticas y estrategias fundamentales. Esta dimensión pluriofensiva es la que justifica, además, las severas escalas de penalidad conminada que establece la Ley 27765, pues como razona VIDALES RODRÍGUEZ, el desvalor de tales actos trasciende y engloba al que corresponde por cada uno de esta pluralidad de intereses sociales comprometidos [Cfr. CATALINA VIDALES RODRÍGUEZ. Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, ps. 93 y 94].
- 14°.** Ahora bien en cuanto a la autoría del delito el lavado de activos, pese a lo complejo de su modus operandi, que involucra el tránsito por tres etapas sucesivas conocidas como colocación, intercalación e integración, la ley penal nacional no exige calidades especiales en el sujeto activo. Se trata, pues, de un típico delito común que puede ser realizado por cualquier persona. Incluso la fórmula empleada por el legislador peruano no excluye de la condición potencial de autor a los implicados, autores o partícipes, del delito que genero el capital ilícito que es objeto de las posteriores operaciones de lavado de activos.

La clásica noción de agotamiento no excluye la configuración de un delito de lavado de activos y no es compatible con la aludida dinámica funcional o el *modus operandi* de tal ilícito. Por lo demás ella no se adecua a la forma como se ha regulado en la Ley 27765 tal infracción. Es más, en la actual redacción del artículo 6º *in fine* expresamente se reconoce tal posibilidad (“También podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades lícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias”).

2. La consumación en el delito de lavado de activos.

15º. Con las modificaciones que introdujo el Decreto Legislativo 986 en los artículos 1º y 2º de la Ley 27765 el delito de lavado de activos ha quedado configurado como un delito de resultado. Por tanto, en los actos de conversión, transferencia ocultamiento y tenencia de activos de procedencia ilícita la consumación del delito requiere, necesariamente, verificar si el agente logró con tales conductas, cuando menos momentáneamente, dificultar la identificación de su ilícito origen, o su incautación o decomiso. Esto es asegurar, siquiera mínimamente, tales activos y su potencial o real aplicación o integración en el circuito económico. En consecuencia, pues, si dichos resultados no se realizan, esto es, se frustra de cualquier modo la operación de cubierta que el agente busca construir o consolidar sobre los activos que pretende lavar se deberá calificar a tal inicio de ejecución como una tentativa la cual será punible conforme a lo dispuesto en el artículo 16º del Código Penal. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente no alcance a culminar el procedimiento de conversión o de transferencia de los activos ilícitos que hubiera emprendido, sea por la intervención de terceros o por otras razones o condiciones ajenas a su voluntad. En ese sentido, GARCÍA CAVERO precisa que: *“El artículo 16º del Código penal permitiría castigar el emprendimiento de actos dirigidos a realizar el delito sin llegar a consumarlo. Si bien con la anterior redacción resultaba cuestionable afirmar la tentativa en un delito de peligro abstracto, en la actualidad esa limitación conceptual no se presenta. Por esta razón, resulta perfectamente posible castigar como tentativa los actos de conversión, transferencia, ocultación y tenencia que no consigan dificultar la identificación del origen de los activos, o su incautación o decomiso. En todo caso, dada la exigencia subjetiva de la tentativa, ésta solamente podría tener lugar en caso de una realización dolosa del delito de lavado de activos”* [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal económico. Parte Especial. Ob.Cit., p. 512]. La doctrina extranjera califica como casos frecuentes de tentativa a los siguientes: *“Se puede querer convertir billetes de baja denominación cambiándolos por otros de mayor valor, en la primera etapa del lavado,*

interrumpiéndose el proceso ejecutivo por acto de la autoridad, quedando por consiguiente el delito de lavado por conversión en grado de tentativa. O también se puede imaginar una transferencia de valores en proceso, por ejemplo de una cuenta a otra, que es interrumpida por intervención de la autoridad, en cuyo caso los autores habrán cometido lavado en grado de tentativa” [Cfr. MIGUEL LANGON CUÑARRO. Código Penal. Tomo II. Ob. Cit., p. 275]. Ejemplos similares de formas de tentativa de actos de conversión y transferencia han sido expuestos por la doctrina nacional [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., ps. 66 y 67].

- 16°.** Ahora bien, resulta pertinente destacar que las distintas modalidades de conversión y transferencia que contiene el artículo 1º de la Ley 27765 constituyen modalidades de delitos instantáneos. Siendo así el momento consumativo coincidirá con la mera realización de cualquiera de las formas señaladas por la ley. Sin embargo, en lo concerniente a los actos que tipifica el artículo 2º como supuestos de ocultamiento y tenencia, su estructura ejecutiva es la propia de los delitos permanentes. En ellas, pues, las posibilidades delictivas incluidas imponen que el momento consumativo y la producción del estado antijurídico generado por la conducta realizada se mantenga en el tiempo por voluntad expresa o implícita del agente. La permanencia del estado antijurídico, pues, y por consiguiente de la consumación, durará lo que el agente decida o lo que este logre mantener sin que las agencias de control descubran o detecten la procedencia ilícita o lo ficticio de la apariencia de legalidad de los activos. No obstante, cabe distinguir que los actos de transporte, introducción o extracción de activos en el territorio nacional que también se incluyen en el artículo 2º, desde la vigencia del Decreto Legislativo 982, debido a su operatividad ejecutiva deben ser apreciados como delitos de consumación instantánea.

La necesidad de distinguir la condición instantánea o permanente de la consumación en los actos que constituyen delitos de lavado de activos, adquiere importancia práctica para resolver problemas relacionados con la prescripción de la acción penal o con las posibilidades de una participación post consumativa. Por tanto, es de identificar tal condición para aplicar debidamente las reglas particulares que para estos casos ha definido la legislación y la doctrina nacionales. Sobre el particular es de tener en cuenta lo señalado por el desaparecido Profesor LUIS BRAMONT ARIAS: *“Derivan relevantes consecuencias de la cualidad permanente o instantánea de un delito. En los delitos permanentes: la prescripción de la acción penal correspondiente a ellos, no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo la intervención de un tercero que colabore o coopere accesoriamente con el autor mientras dure la ejecución, no podrá ser constitutiva de encubrimiento, sino de*

participación en forma de coautoría o complicidad; y se entenderá flagrante el delito en tanto persista el lapso consumatorio. En cambio, en el delito instantáneo, la prescripción comienza a contarse desde el instante preciso en que se completo la consumación, momento tras el cual toda cooperación sólo podrá dar origen a responsabilidad por encubrimiento” [Cfr. LUIS A. BRAMONT ARIAS. Derecho Penal. Tercera Edición. Imprenta Vilok. Lima. 1978, ps. 290 y 291].

3. El tipo subjetivo en el delito de lavado de activos.

17°. En cuanto a la tipicidad subjetiva de los delitos de lavado de activos, la construcción normativa que se utiliza en los artículos 1º y 2º de la Ley 27765 permite identificar solamente delitos dolosos. El dolo, sin embargo, con el que debe actuar el agente, incluye también la modalidad eventual.

El sujeto activo debe, pues, ejecutar los distintos actos y modalidades de lavado de activos de manera consciente y voluntaria. Ello significa que el agente sabe o puede presumir que el dinero o los bienes que son objeto de las operaciones de colocación, transferencia, ocultamiento o tenencia que realiza tienen un origen ilícito. La ley exige, pues, que, cuando menos, el agente pueda inferir de las circunstancias concretas del caso que las acciones de cobertura o integración las va a ejecutar con activos que tienen la condición de productos o ganancias del delito.

18°. Sin embargo, no es una exigencia del tipo penal que el agente conozca de qué delito previo se trata, ni cuando se cometió éste, ni mucho menos quiénes intervinieron en su ejecución. Tampoco el dolo del agente tiene necesariamente que abarcar la situación procesal del delito precedente o de sus autores o partícipes. Igualmente, tratándose de los actos de ocultamiento y tenencia, no es parte de la tipicidad subjetiva que el autor conozca o esté informado sobre las acciones anteriores de conversión o transferencia, ni mucho menos que sepa quiénes estuvieron involucradas en ellas.

19°. En nuestra legislación no se han regulado formas culposas de lavado de activos. Por consiguiente, no resultan compatibles con esta opción del legislador peruano las interpretaciones que pretendan inferir una modalidad culposa en base al sentido y alcance de la expresión legal “puede presumir”. Por ejemplo, la que sostiene que con dicha expresión se alude a: *“un supuesto de culpa grave que se castiga del mismo modo que un delito doloso”* [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal económico. Parte Especial. Grijley. ps.510 y 511]. Como afirma GALVEZ VILLEGAS: *“ . siguiendo la tradición legislativa,*

y en cumplimiento del art. 12º del Código Penal cuando el legislador quiere considerar el supuesto imprudente, lo refiere expresamente. En este orden de ideas, si el legislador hubiera querido introducir el supuesto culposo, lo hubiese referido de forma expresa sin recurrir a la fórmula puede presumir, que como acabamos de indicar, sólo hace referencia al supuesto de dolo eventual, que es como se ha venido interpretando” [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., ps. 60 y 61]. Cabe validar lo antes expuesto acerca de la atipicidad del lavado de activos culposo en la legislación peruana, a partir de una revisión del contexto legal internacional. Por ejemplo, el Reglamento Modelo de la CICAD – OEA se refiere a la tipicidad culposa con el uso de la expresión “debiendo saber”. En efecto, la nota 2 hecha a pie de página del artículo 2º del texto oficial vigente del Reglamento Modelo de la CICAD–OEA, estipula lo siguiente: “Debiendo saber se interpreta en este Reglamento Modelo como culpa, lo que en el ordenamiento jurídico de algunos estados miembros está por debajo de los estándares mínimos. Se entiende que los estados miembros que lo apliquen lo harán de una forma consistente con su respectivo ordenamiento jurídico [Cfr. CICAD. Reglamento Modelo Sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves. Texto editado por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Washington, D. C. s/d., p. 2].

- 20º.** El texto original de los artículos 1º y 2º de la Ley 27765 incluía un elemento subjetivo especial distinto del dolo, de aquellos a los que la doctrina considera como tendencia interna trascendente o delitos de intención. Efectivamente, aquella redacción típica conectaba específicamente la acción dolosa del agente con un objetivo que se colocaba subjetivamente más allá de la mera colocación, conversión, ocultamiento o tenencia de los activos ilegales. La norma, exigía, pues, además de dolo, que el agente persiguiera una finalidad ulterior o de objetivo de las acciones de lavado de activos y que se describía como “evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso”. Esta fórmula legal permitía calificar de atípico cualquier supuesto culposo o de exceso de confianza frecuentes en la conducta de los terceros de buena fe. Lo cual fue destacado por los juristas nacionales: “La inclusión de este elemento de tendencia interna trascendente, que no estaba previsto en la normatividad derogada, creemos que constituye un acierto del legislador, pues de este modo se podrá evitar actuaciones punitivas arbitrarias, que abonen a la vigencia de un derecho penal garantista” [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 62]. En el derecho comparado este tipo de elementos subjetivos distintos del dolo también son utilizados regularmente para circunscribir mejor el ámbito del ilícito y desconectarlo de conductas delictivas

similares que afectan el patrimonio (receptación) o la administración de justicia.(encubrimiento real). Ejemplos de esta tendencia son el artículo 72º de la Ley costarricense 7786 de 1998 , el artículo 400º bis del Código Penal mexicano y el artículo 301º.1 del Código Penal español.

21º. La ley 27765, pues, hasta antes del Decreto Legislativo 986, demandaba que junto al proceder doloso del agente estuviera presente, siempre, una preordenación subjetiva orientada a promover o viabilizar el proceso del lavado de los bienes de origen ilegal. Esto es, a crearles una apariencia de legitimidad o a alejarles de toda medida de interdicción. En definitiva, el sujeto activo tenía que actuar siempre con el fin de asegurar la ganancia delictivamente generada. Sin embargo, para la concreción típica del delito bastaba que esa finalidad coexistiera en la realización dolosa de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia aunque no se lograra materialmente dicho objetivo. El lavado de activo era entonces un típico delito de peligro. Sobre el particular sostuvo FABIAN CAPARROS: *“No nos parece desacertada la incorporación al tipo de un elemento subjetivo complementario que exija al juzgador que dé por probada la voluntad del agente de actuar con el ánimo de lograr esa finalidad encubridora. De este modo, la figura resultante adoptará la estructura propia de un delito de resultado cortado que, como tal, cumplida objetiva y subjetivamente la primera conducta— esto es, la circulación de un capital sucio a través de los cauces económicos oficiales—, no requerirá para su consumación más que la vertiente subjetiva de la segunda— actuar con el fin de ocultar el origen ilícito de los bienes—, no siendo preciso que se materialice objetivamente un resultado— el efectivo encubrimiento— que es independiente de la actuación del sujeto activo”* [Cfr. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS. El Delito de Blanqueo de Capitales. Ob. Cit. , ps. 343 y 344]. En conclusión, pues, el elemento subjetivo especial que incluyó el texto originario de la Ley 27765 cumplía funciones dogmáticas y de político criminal importantes.

22º. El Decreto Legislativo 986 suprimió las exigencias de esa tendencia interna trascendente y la transformó en el resultado típico. Por tanto, actualmente los artículos: 1º y 2º requieren de un dolo que abarque también tal resultado como concreción objetiva del tipo. Por tanto el dolo comprende la conciencia y voluntad de realizar actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia que, como resultado, dificultan la identificación del origen ilícito de los bienes, su incautación o decomiso. Como bien anota GARCÍA CAVERO: *“ el delito de lavado de activos se configura solamente si el autor realiza la conducta de conversión, transferencia, ocultación o tenencia conociendo la aptitud concreta de su acción para dificultar la eventual identificación del origen, incautación o decomiso de los activos. Bajo estas consideraciones, hay una conducta típica de*

lavado de activos si el autor actúa con conocimiento o la posibilidad de conocer que esos bienes son de procedencia ilícita y pese a ello realiza una conducta voluntaria que sabe que va a evitar su eventual identificación ,incautación o decomiso” [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal económico. Parte Especial. Ob. Cit., ps.510 y 511].

- 23°.** En atención, pues, a lo expuesto, cabe entender que sólo si subjetivamente en el agente concurren la ignorancia, el error o la buena fe sobre el origen ilícito de los bienes, o de los resultados específicos que deben derivarse de la ejecución de los actos de disposición, cesión, uso o tenencia de los mismos, el comportamiento será atípico al carecer del dolo. Sobre este particular, DIEZ RIPOLLES ha considerado también la ausencia de dolo cuando el agente conoce *“la actividad de narcotraficante de la persona de la que proceden los bienes, pero no le consta que en ese caso sean efecto o ganancia de un delito”* [Cfr. Los Delitos Relativos a Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. ED. Tecnos. Madrid. 1989, p. 92]. Ahora bien, una reflexión dogmática propia merece el caso de los Negocios Standard o Conductas Neutras. En especial se debe evaluar con detenimiento la situación de algunos profesionales que como los a contadores, notarios o abogados pueden brindar sus servicios profesionales a criminales conocidos o a personas cuya solvencia económica resulta de origen dudoso. Como señala la doctrina especializada, una zona gris entre las operaciones de lavado de activos y las conductas socialmente adecuadas o inocuas, es el que corresponde a los denominados negocios standard. Esto es, a los servicios regulares que se ofrecen abiertamente a todas las personas. En esta categoría, por ejemplo, quedan comprendidos desde las empleadas del hogar, pasando por los vendedores de suministros cotidianos (diarios, pan, gasolina, etc.), hasta llegar a los servicios profesionales o técnicos especializados (abogados, contadores, médicos, etc.). El problema se plantea, pues, en torno a decidir la relevancia penal o no de brindar tales servicios a personas que se conoce o se sospecha que están vinculadas con actividades criminales y de las cuales pueden provenir los recursos económicos que son utilizados para pagar la correspondiente contraprestación, precio u honorarios por el servicio brindado. Al respecto, RAGUÉS y VALLÉS advierte lo siguiente: *“La solución no parece, sin embargo, tan evidente cuando la aportación de un sujeto a la actividad de lavado consiste en la mera prestación de los servicios propios de su profesión, es decir, en la realización de aquellas actividades que, en principio, se ofrecen a cualquier cliente que las solicite (negocios o conductas standard). Las dudas sobre si estas actividades son objetivamente idóneas para integrar el tipo del lavado de activos se extienden incluso a aquellos supuestos en los que el autor conoce o sospecha que los bienes con los que será retribuido provienen*

de la previa comisión de un delito grave” [Cfr. Ramón Ragués i Vallés. Lavado de Activos y Negocios Standard. Ob. Cit., p. 624].

- 24°.** Conforme a la doctrina especializada cabe declarar la atipicidad o la justificación de los casos representativos de negocios standard o conductas neutras. En principio porque se trataría de conductas lícitas en tanto realizan un acto permitido por la ley o en cumplimiento de deberes especiales ligados a la profesión. Por ejemplo, VIDALES RODRIGUEZ, analizando la situación de los abogados, afirma que la conducta de estos profesionales estará justificada solamente cuando se limite a la realización de actos propios y compatibles con una defensa penal técnica. En cambio, si ella se expresa en una asesoría antijurídica que convoca a realizar transferencias dirigidas a evitar la detección de los bienes ilícitos, se constituiría siempre un acto de complicidad en el delito de lavado de activos: *“La conducta de estos sujetos puede ser considerada de cooperación necesaria o, cuando menos, de complicidad; aunque es discutible que quede amparada por esta causa de justificación, ya que el ejercicio legítimo de su profesión no puede consistir en la comisión de un delito de legitimación de capitales”* [Cfr. CATALINA VIDALES RODRÍGUEZ. Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, p. 122].
- 25°.** Para otros juristas la conducta del abogado que ejerce la defensa y recibe honorarios con dinero presuntamente ilegal también resulta atípica por ser adecuada socialmente y no generarse con ella un grado de riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado. Autores nacionales como GALVEZ VILLEGAS comparten tal posición: *“no se debe incurrir en el error de pensar que cualquier servicio de asesoría jurídica remunerado que se brinda a terceros que se encuentran involucrados en el delito previo v. gr. Tráfico de drogas, dará lugar al delito de lavado de activos, pues un acto de la vida cotidiana que se mantiene dentro de lo socialmente adecuado y no supera el riesgo permitido, y que corresponde justamente a un trabajo o un servicio profesional, no puede generar responsabilidad penal alguna. El abogado que recibe una suma de dinero, por ejemplo, de un traficante de drogas, en virtud a una defensa letrada que viene llevando a cabo no está blanqueando dinero sucio, sino está cobrando por un servicio que presta; pues en estos casos la recepción del dinero o cualquier otro bien, no tiene como finalidad el ocultamiento, sino el pago de un servicio prestado”* [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Legislación Peruana. Aspectos Básicos, en Vista Fiscal Nº 1. Noviembre de 2003, p.82]. BRAMONT-ARIAS TORRES también suscribe esta tesis: *“En el aspecto doloso normalmente se asume como punto a tener en cuenta si la actividad realizada por el sujeto está dentro de una actividad cotidiana, supuesto en el cual no se configuraría el tipo penal. En caso de no*

asumir esta postura, se comprendería como delito conductas discutibles como los casos del taxista que cobra y recibe dinero proveniente de un delito, o el caso del abogado que cobra sus honorarios de un narcotraficante, etc., las cuales serían conductas socialmente adecuadas” [Cfr. LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 526].

- 26°. Sobre la base de los correctos enfoques reseñados de la doctrina nacional y extranjera es pertinente, además, tener en cuenta las siguientes consideraciones, relacionadas con el rol y la finalidad que guían el accionar de un lavador de activos y que no se reproducen en el quehacer de los que practican o ejercen negocios standard o conductas neutras. En efecto, la función de un lavador de activos es asegurar la ganancia o mejora patrimonial obtenida por quien requiere de sus servicios. Su ánimo delictivo está indisolublemente enlazado con la búsqueda de una consolidación aparente o fáctica de ese patrimonio de origen o componentes ilegales. De allí que el abogado, el médico, los familiares dependientes, los empleados domésticos, los proveedores cotidianos, etc., que se relacionan con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, en ese espacio específico y neutral, propio de sus negocios standard, no actúan premunidos de esa finalidad, ni proveen a aquel de esa consolidación lucrativa. Por tanto, los servicios que ellos prestan carecen de tipicidad porque no son actos de colocación, transformación u ocultamiento en los términos y alcances que corresponden al ciclo del lavado de activos. Pero, además, no existe, frente a tales conductas, una necesidad de pena, ni hay riesgos de debilitamiento de la prevención general, ni mucho menos el agente expresa en su conducta requerimientos de prevención especial. En la doctrina una interpretación similar es también recogida y expuesta con precisión del modo siguiente por RAGUÉS I VALLÉS: *“El fundamento expuesto de la punición del lavado de activos debe emplearse ahora como herramienta teórica para decidir en qué casos está legitimado el castigo de una conducta subsumible formalmente en el tipo de tal infracción y, de forma más concreta, para resolver si la realización de negocios standard a sabiendas del origen delictivo de la contraprestación económica puede integrar el tipo de este delito. Trasladando a este ámbito la lógica que subyace a dicho fundamento se obtiene un criterio delimitador que dice así: sólo está justificado que una conducta se castigue como constitutiva de lavado si, para un potencial infractor, la posibilidad de contar con ella ex post puede valorarse como un incentivo para realizar de forma relevante la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito” [Cfr. Ramón Ragués Vallés. Lavado de Activos y Negocios Standard. Ob. Cit., p. 647].*

27°. Finalmente, resulta pertinente destacar que en la actual legislación peruana, la tipicidad subjetiva del delito de lavado de activos no demanda que su autor lo haya realizado con ánimo de lucro. Ello permite establecer una mejor diferencia entre los actos de lavado de activos y el delito de receptación patrimonial del artículo 194º del Código Penal. Esta distinción, por lo demás, ha sido también destacada desde inicios de la década de los noventa por la doctrina extranjera. Así, por ejemplo, en Argentina CAFETZOGIUS ha señalado que si bien el tipo legal del lavado es semejante al del encubrimiento, el primero resulta *“sensiblemente más amplio ya que capta toda intervención respecto de los valores provenientes de algunos de los delitos, que implique alguno de los actos enumerados, aún sin ánimo de lucro”* [Cfr. Delitos con Drogas. Ob. cit., p. 81]. Por su parte, el jurista portugués DE FARIA COSTA ha afirmado en igual sentido lo siguiente: *“Si el blanqueamiento, tal como lo concebimos, no es más que una particular y específica receptación, él se basa, principalmente, en actividades criminosas ligadas al tráfico de drogas; pero, sobre todo, no radica en la intención de obtener para sí o para otro un lucro ilegítimo (ventaja patrimonial, en la expresión de la ley), como acontece en la definición legal de receptación, sino en la finalidad de encubrir o disimular el origen ilícito del capital”* [Cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA. O Blanqueamiento de Capitais. Separata. Jornadas de Derecho Penal Económico. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 1992, p. 20]. Posición similar expresa en la doctrina española GÓMEZ INIESTA: *“En el blanqueo se auxilia al delincuente para que se aproveche de los bienes de origen delictivo sin que se requiera interés lucrativo alguno (favorecimiento ajeno), mientras que en la receptación el autor se aprovecha para sí de los efectos del delito actuando con propósito de enriquecimiento”* [Cfr. DIEGO J. GÓMEZ INIESTA. El delito de blanqueo de Capitales en Derecho Español. Ob. Cit., p. 58].

4. El valor de los bienes objeto del delito de lavado de activos y la Determinación de la pena.

28°. Es importante destacar que para el derecho penal nacional, el valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las distintas modalidades de lavado, carecen de significado para la tipicidad y penalidad del delito. En cambio, para otras legislaciones, como la vigente en Argentina, la calidad de delitos de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia sí queda supeditada al valor económico de las operaciones realizadas. En ese sentido, el artículo 278º del Código Penal de aquel país establece: *“Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el monto*

de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado, con la consecuencia posible de que los bienes originados o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (S/. 50.000), sea en un acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí” .

29°. No obstante ello, estando a lo establecido en el inciso 4 del artículo 46° del Código Penal, el juez deberá apreciar el valor de los bienes involucrados en la operación de lavado realizada por el agente, a fin de evaluar debidamente el grado de desvalor que la conducta representa y graduar en función de ella la proporcionalidad de la pena aplicable. Cabe anotar, además, que en otros delitos como el de defraudación tributaria el importe del tributo omitido, cuando no es superior a cinco unidades impositivas tributarias, motiva una atenuación específica de la pena [Cfr. Artículo 3° del Decreto Legislativo 813 o Ley Penal Tributaria). Tal valor dinerario, en todo caso, puede servir de referencia al operador de justicia para poder diferenciar el significado material de la operación de lavado de activos realizada por el agente, y decidir razonadamente la aplicación de una pena proporcional en cada caso.

5. El delito fuente y la prueba en el delito de lavado de activos.

30°. Como ha quedado expuesto, el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal, que es precisamente lo que el agente pretende integrar a la economía y, en su caso, al sistema financiero. Los denominados “delitos fuente” han sido precisados relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de once delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan delitos similares —obviamente graves: sancionados con penas privativas de libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada— que generen ganancias ilegales —su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación y decomiso—, con excepción del delito de recepción—. Así consta en el artículo 6° de la Ley de lavado de activos —modificada por el Decreto Legislativo número 986, del 22 de julio de 2007—.

31°. En orden a las exigencias del derecho probatorio penal es de tener en cuenta que la Ley Penal contra el Lavado de Activos, desde la tipicidad objetiva, castiga tanto los actos de conversión y transferencia como los actos de ocultamiento y tenencia de dinero, bienes, efectos o ganancias de origen delictivo —objeto

material del delito—, que dificultan la identificación de su origen, su incautación o decomiso.

Desde la tipicidad subjetiva, el tipo legal exige al agente, de un lado, el dolo directo, es decir, el conocimiento seguro del origen ilícito del objeto delictivo, y, de otro, el dolo eventual, esto es, que sólo pueda presumir el origen delictivo del referido objeto, que tenga la probabilidad de saberlo. Se castiga, por consiguiente, ambas modalidades de dolo. Su conocimiento, por cierto, se refiere al hecho y sus circunstancias pero no a la calificación jurídica; y éste —el dolo— ha de ser antecedente o concurrente en la acción.

Ahora bien, dos son las cuestiones relevantes que es del caso precisar: la determinación del origen delictivo del dinero, bienes, efectos o ganancias, y el conocimiento de su origen ilícito.

- 32°.** Respecto de lo primero, el artículo 6° de la Ley establece que no es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Ello reconoce simplemente que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado.

El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal —como tal debe ser abarcado por el dolo— y su prueba condición asimismo de tipicidad. No es menester, como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva.

- 33°.** La prueba sobre el conocimiento del delito fuente y del conjunto de los elementos objetivos del lavado de activos será normalmente la prueba indiciaria —no es habitual, al respecto, la existencia de prueba directa—. En esta clase de actividades delictivas, muy propias de la criminalidad organizada, la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa. La existencia de los elementos del tipo legal analizado deberá ser inferida —a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de inferencia que permiten llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas— de los datos externos y objetivos acreditados, conforme se ha establecido en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 1912–2005/Piura, del 6 de septiembre de 2005 (Acuerdo Plenario número 1– 2006/ESV–22, del 13 de octubre de 2006).

Los indicios han de estar plenamente acreditados, así como relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o conindicios. El Tribunal deberá explicitar el juicio de inferencia de un modo razonable.

Como presupuestos generales —materiales y formales— en orden a la habilidad de la prueba indiciaria para constatar la realidad del delito de lavado de activos, se requiere:

- A. Existencia de hechos base o indicios plenamente acreditados, que en función a su frecuente ambivalencia, han de ser plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar e interrelacionados —de modo que se refuercen entre sí—.
- B. Entre los hechos base, apreciados en su globalidad, y el hecho consecuencia ha de existir un enlace preciso según las reglas del pensamiento humano [perspectiva material].
- C. El razonamiento del Tribunal ha de ser explícito y claro, debe **(i)** detallar y justificar el conjunto de indicios y su prueba, que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia, así como **(ii)** sustentar un discurso lógico inductivo de enlace y valoración de los indicios, que aún cuando sucinto o escueto es imprescindible para posibilitar el control impugnativo de la racional de la inferencia [perspectiva formal].

34°. Desde luego no posible, por las propias características y el dinamismo de la delincuencia organizada, así como por las variadas y siempre complejas actividades del delito de lavado de activos —gran capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de la delincuencia organizada, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimientos en continua transformación y perfeccionamiento—, establecer criterios cerrados o parámetros fijos en materia de indicios y de prueba indiciaria en este sector delictivo. Empero, a partir de los aportes criminológicos, la experiencia criminalística y la evolución de la doctrina jurisprudencial, es del caso catalogar algunas aplicaciones de la prueba indiciaria, sobre la base cierta de la efectiva determinación de actos que sean susceptibles de ser calificados como irregulares o atípicos desde una perspectiva financiera y comercial y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito.

Así:

- A. Es de rigor examinar todos los indicios relativos a un incremento inusual del patrimonio del imputado. Varios ejemplos de este incremento patrimonial

pueden destacarse: adquisición de bienes sin justificar ingresos que la expliquen, compra de bienes cuyo precio abona otra persona, transacciones respecto de bienes incompatibles o inadecuados en relación a la actividad desarrollada, etcétera.

- B.** Se han de examinar aquellos indicios relativos al manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, utilización de testaferreros, depósitos o apertura de cuentas en países distintos del de residencia de su titular, o por tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias. Pueden ejemplificar estos supuestos, el transporte o posesión en efectivo de grandes sumas de dinero, incluso sin justificar su procedencia; movimientos bancarios a cuentas instrumentales de grandes sumas de dinero que son luego transferidas hacia paraísos fiscales; utilización de identidades supuestas o de testaferreros sin relación comercial alguna para el movimiento de dinero y su ingreso a cuentas corrientes de sociedades meramente instrumentales; cambio de divisas, constitución de sociedades, titularidad de vehículos por un testaferrero, etcétera.
- C.** La concurrencia, como indicio añadido, de inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.
- D.** La ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas. La existencia de los indicios referidos a las adquisiciones y destino de operaciones anómalas, hace necesaria una explicación exculpatoria que elimine o disminuya el efecto incriminatorio de tales indicios —tal situación, conforme aclaró la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Salabiaku* del 7 de octubre de 1988, no vulnera la presunción de inocencia en tanto en cuanto tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho a través de causa que la excluyen—.
- E.** La constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas. Ese vínculo o conexión —contactos personales, cesión de medios de transporte, vínculos con personas condenadas por delitos graves: terrorismo, tráfico ilícito de drogas, corrupción— ha de estar en función con un hecho punible en el que los bienes deben tener su origen, lo que comporta la evidencia

de una relación causal entre el delito fuente y el delito de lavado de activos. Esta vinculación o conexión con actividades delictivas o con personas o grupos relaciones con las mismas, podrá ir acompañada, por ejemplo, de aumento de patrimonio durante el período de tiempo de dicha vinculación, y/o de la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el aumento de patrimonio.

- 35°.** El tipo legal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo —lo contrario implicaría, ni más ni menos, a concebir este delito como de imposible ejecución—; es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves —las previstas en el artículo 6° de la Ley— o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal.

El conocimiento, a título de dolo directo o eventual, puede “*inferirse de los indicios concurrentes en cada caso*” (artículo 6°, primer párrafo, de la Ley). En este mismo sentido se inclina el artículo 3°.3 de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en cuya virtud el conocimiento, la intención o la finalidad requeridas como elementos de tales delitos, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. Es obvio que no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito. Tal certeza, como se ha indicado, puede provenir de la prueba indiciaria, que ha de acreditar la presencia antecedente de una actividad delictiva grave —de las indicadas en el citado artículo 6° de la Ley— que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesario ni la demostración acabada de un acto delictivo específico con todas sus circunstancias ni de los concretos partícipes en el mismo.

Salvo la confesión —muy inusual en estos casos, aunque no imposible—, los elementos subjetivos del tipo, por su propia naturaleza, al no poder percibirse por los sentidos no pueden ser objeto de prueba en sentido estricto. Éstos se obtienen a partir de los datos objetivos y materiales, mediante juicio de inferencia. Sobre el particular ya se han fijado algunos criterios básicos en el párrafo anterior.

6. El valor probatorio del Informe de la Unidad de Inteligencia Financiera.

36°. La Ley número 28306, del 28 de julio de 2004, que modificó las Leyes número 27693 y 28009, y la última Ley número 29038, del 12 de junio de 2007, creo la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú —en adelante, UIF–Perú—. Es una unidad especializada de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones —en adelante, SBS— encargada de recibir, analizar, tratar, evaluar y transmitir información para la detección del lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo, así como, de coadyuvar a la implementación por parte de los sujetos obligados del sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo para detectar operaciones sospechosas de lavados de activos y/o del financiamiento del terrorismo.

Entre las funciones y facultades relevantes de la UIF–Perú se tiene: **(i)** solicitar a las instituciones del Estado informes, documentos, antecedentes y todo elemento útil para el cumplimiento de sus funciones; **(ii)** como solicitar, recibir y analizar información sobre operaciones sospechosas a través de los Reportes de Operaciones Sospechosas, y los Registros de Operaciones; y **(iii)** comunicar al Ministerio Público aquellas operaciones que, luego de la investigación y análisis respectivos, presuma que estén vinculadas a actividades de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo.

Según el artículo 10°–A de la Ley número 28306 el denominado ‘Reporte de Operaciones Sospechosas’ es un documento de trabajo de la UIF–Perú, reservado únicamente para el inicio del tratamiento y análisis de la información allí contenida. Esta información, luego del análisis e investigación respectiva, se tramitará al Ministerio Público en los casos en que se presume haya vinculación con actividades de lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo.

37°. La UIF–Perú lidera el sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo. Los sujetos obligados a informar están legalmente determinados. A partir de los informes de aquéllos y de las solicitudes e instancias que curse la UIF–Perú, ésta iniciará el análisis e investigación de todas aquellas operaciones que puedan estar vinculadas a actividades de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo. En el plano de la investigación del delito de lavados de activos, la Ley reconoce las atribuciones de otras instancias de investigación, con las que puede incluso participar en actividades conjuntas de investigación. El Informe de la UIF–Perú, por tanto, no constituye requisito de procedibilidad alguno.

Según el artículo 13°.2 del Reglamento de la Ley que crea la UIF–Perú, aprobado por Decreto Supremo número 018–2006–JUS, del 25 de julio de 2006, el Informe que envía al Ministerio Público se denomina “Informe de Inteligencia”. Contiene la labor de análisis producto de los reportes de operaciones sospechosas que recibe y de las investigaciones conjuntas que pueda solicitar, y su evaluación de las operaciones que presuma estén vinculadas con el delito de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo. El sustento de la información producto del desarrollo del trabajo de inteligencia está inserto en los Anexos al Informe de Inteligencia.

38°. La naturaleza jurídica del Informe de Inteligencia no puede asimilarse a una Auditoría Especializada de carácter financiero o pericia institucional, en función a las limitaciones y rasgos propios con el que ha sido regulado. En efecto, según el párrafo final del artículo 13°.2 del Reglamento, el destinatario del Informe de Inteligencia está obligado a guardar la debida confidencialidad de la entidad informante y la reserva del contenido de la información. La información que sustenta el Informe de Inteligencia tiene carácter reservado. No puede ser empleada en el proceso jurisdiccional ni como medio probatorio, salvo que la UIF–Perú autorice expresamente sus anexos, que es el sustento de la información proporcionada. El emplazamiento judicial de un funcionario de la UIF–Perú sólo procede respecto de los documentos que obren en autos y que han sido autorizados por esa institución par constar en ellos.

Más allá de lo limitado del uso procesal del Informe de Inteligencia, y de la falta de claridad para su utilización en relación al cuerpo del citado Informe y al sustento de la información —los anexos—, llama la atención que el propio Estado limite el esclarecimiento de un delito de tanta gravedad y niegue el acceso fluido a la autoridad penal de información cuya pertinencia y utilidad corresponde valorar al órgano jurisdiccional, pero que en este caso reconoce una potestad decisoria a la UIF–Perú.

Así las cosas es evidente que si el Informe de Inteligencia es de libre acceso a las partes y al órgano jurisdiccional —en la medida en que así lo decida el UIF–Perú—; y, en tanto está acompañado de documentación, análisis financieros y contables, y diversa información bancaria y comercial, así como de las conclusiones y valoraciones consiguientes, primero, servirá como indicio procedimental para incoar el correspondiente proceso penal o inculpación formal, y, segundo, luego de ser sometido a contradicción por su nítido carácter pericial, podrá ser valorado como pericia institucional con arreglo al principio de libre valoración.

III. DECISIÓN

39°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

40°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7° a 38°.

41°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

42°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARIA MORILLO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA**

ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

ASUNTO: NUEVOS ALCANCES DE LA PRESCRIPCIÓN

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de “Participación Ciudadana”- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del

portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

- 3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señorita Ana Cecilia Hurtado Huaila del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), y los señores Percy García Cavero y Raúl Pariona Arana.
- 4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponente el señor LECAROS CORNEJO, con la participación de la señora BARRIOS ALVARADO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Determinación del problema

- 6°. En el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se afirmó que la prescripción es el límite temporal que tiene el Estado para ejercer

su poder penal por un delito incriminado y se explicó de manera extensa la aplicación del último párrafo del artículo 80° del Código Penal: la dúplica de la prescripción en el caso de “Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos” contenida en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del mismo cuerpo legal.

- 7°. No obstante, la participación de los *extraneus* en esta clase de delitos plantea interesantes problemas en torno al cómputo del plazo de la prescripción. Surge pues como tema de debate la cuestión relativa a la aplicación de la dúplica de los plazos de prescripción también para el *extraneus*.

La trascendencia de este asunto resulta evidente, por lo que se hace necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración, según se trate propiamente del autor (*intranei*) o, en su caso, del partícipe: inductor o cómplice (*extraneus*), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación. En este contexto, bien podría suceder que los primeros –autores- no alcancen la prescripción, pero sí los segundos –partícipes-.

- 8°. El análisis de esta situación será fijado sobre el concepto del delito contra la Administración Pública, para luego de manera general indicar los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales en torno a la intervención del *extraneus* en esta clase de delitos, y, finalmente, sobre la base de esos elementos conceptuales, abordar la solución del problema propuesto.

2. Análisis dogmático

- 9°. El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros –denominados delitos de dominio-.

Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor –característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito –de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la

situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

- 10°.** Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio –claro está– de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.
- 11°.** Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del “*extraneus*” que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del “*extraneus*”.

Esta posición, sostiene lo siguiente:

- A.** Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.
- B.** El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible.
- 12°.** Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber -el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única-. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente: “*Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible*”. Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber.

Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

- 13°.** Con base a las explicaciones anotadas y las normas generales sobre accesoriedad de la participación, es preciso determinar si las reglas de la dúplica de los plazos de prescripción previstas en el artículo 80º CP, y aplicables a los “Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos” que afectan el patrimonio del Estado, también alcanzan a los sujetos *-extraneus-* que no ostentan el deber especial.
- 14°.** En el Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se afirmó lo siguiente: *“la dúplica de la prescripción obedece a una mayor valoración por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa [] el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por estos sujetos. Esto implica un mayor desvalor de la acción [] y resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas”.*
- 15°.** Ahora bien, el Código Penal al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80º CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste.
- 16°.** De la lectura de estas dos proposiciones es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que éstos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada en él y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen por el poder que ostentan.

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

extensión del plazo de la prescripción. Es ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el *extraneus*.

17°. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intranei* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión del término de la prescripción, pues con ello se va conseguir una justicia justa y un equilibrio punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente. Esta posición, asimismo, guarda absoluta coherencia con la regulación prescrita en el artículo 88° CP que estatuye “*La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible*”.

18°. En suma, los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor -dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del CP-, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que sólo corresponde al autor.

19°. Se estima que lo precedentemente desarrollado es la forma correcta de abordar la cuestión. No se puede desconocer que los partícipes que no ostentan los deberes especiales, sólo responden por el delito de infracción deber en calidad de inductores o cómplices -sin que ello implique la ruptura del título de imputación, como ya se explicó-, en tanto, no pueden realizar materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor.

En tal virtud, el *extraneus* no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal. El principio de proporcionalidad demanda que esa diferencia se justifique en un trato distinto de los plazos de prescripción de la acción penal.

III. DECISIÓN

20°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON:

- 21°. ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos de los fundamentos jurídicos 16° al 19°.
- 22°. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.
- 23°. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO N° 3-2011/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

**ASUNTO: DELITOS CONTRA LA LIBERTAD
SEXUAL Y TRATA DE PERSONAS:
DIFERENCIAS TÍPICAS Y PENALIDAD**

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de “Participación Ciudadana”- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al

aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

- 3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, el señor Aldo Martín Figueroa Navarro (Magistrado de la Corte Superior de Justicia de Lima); el señor Dino Carlos Caro Coria del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE); y el señor Claudio Bonatto de Capital Humano y Social Alternativo.
- 4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponente el señor PRADO SALDARRIAGA, con la participación del señor CALDERÓN CASTILLO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. *Antecedentes*

- 6°. El texto original del artículo 182° del Código Penal –en adelante, CP– tipificó el delito de trata de personas en el Capítulo IX “Proxenetismo”, del Título IV “Delitos contra la Libertad”, del Libro Segundo “Parte Especial”. Posteriormente, 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. Luego, por Ley N° 28950, del 16 de enero de 2007, se derogó dicho dispositivo legal, reubicándose el delito de trata de personas en los artículos 153° y 153°-A CP del Capítulo I “Violación de la Libertad Personal” del aludido Título IV [CAPITAL HUMANO Y SOCIAL ALTERNATIVO: *La Trata de Personas en el Perú*, Lima, 2011, pp. 15-22]. La nueva morfología sistemática de dicho delito incluyó en tales numerales un tipo penal de trata de personas y un catálogo de circunstancias agravantes de diferente grado o nivel.
- 7°. La actual regulación del delito de trata de personas y las modificaciones sucesivas que han sufrido los delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales, específicamente los de proxenetismo (artículos 179° y ss. CP) han generado problemas hermenéuticos con consecuencias prácticas negativas. Por ejemplo, la confusión típica del hecho imputado como favorecimiento a la prostitución o proxenetismo (artículos 179° y 181° CP) en casos donde en realidad configura un supuesto evidente de trata de personas o viceversa; o su calificación paralela en ambas figuras delictivas. Lo cual, suscita notorias distorsiones en la determinación judicial de la pena a imponer, afectando la adecuada evaluación del injusto conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídicas que demanda la ley.

Por tanto, resulta oportuno y necesario plantear criterios vinculantes que posibiliten una identificación adecuada de los delitos imputados, así como dilucidar si se configuran en el caso *sub judice* supuestos de concurso de delitos (ideal o real), o un concurso aparente de leyes.

2. Los tipos penales y sus características

A. *La trata de personas (artículo 153° CP)*

- 8º. El supuesto de hecho en este delito involucra cuatro conductas típicas. Promoción que implica un comportamiento que estimule, instigue, anime o induzca; favorecimiento que refiere a cualquier conducta que permite la expansión o extensión; financiación que conlleva a la subvención o contribución económica; y facilitación que involucra cualquier acto de cooperación, ayuda o contribución. Estas conductas se vinculan y expresan en la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de personas en el territorio nacional o para su salida o ingreso al país, para lo cual se emplean medios violentos o fraudulentos. En el plano subjetivo el agente actúa dolosamente y orientado por fines ilícitos que constituyen la esencia de la trata, como el ejercicio de la prostitución, explotación laboral, esclavitud o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, etcétera [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal. Parte Especial - Volumen I*, Grijley, Lima, 2010, p. 487 y ss.].

B. *El delito de favorecimiento a la prostitución (artículo 179° CP)*

- 9º. El comportamiento típico consiste en promover o favorecer la prostitución de otra persona. Conforme lo sostiene la doctrina nacional, promover implica iniciar, incitar o ejercer sobre otro una influencia para que realice una determinada acción, en el caso sub examine, la prostitución. En tanto que favorecer, es sinónimo de cooperar, coadyuvar o colaborar a fin de que el desarrollo de tal actividad ya establecida se siga ejerciendo [RAÚL A. PEÑA CABRERA: *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*, Ediciones Guerrero's, Lima, 2002, p. 164].

C. *El delito de proxenetismo (artículo 181° CP)*

- 10º. La conducta delictiva consiste en comprometer, seducir o sustraer a una persona para entregarla a otra con el objeto de mantener acceso carnal (vaginal, anal o bucal) a cambio de una compensación pecuniaria. Por comprometer se entiende crear en el sujeto pasivo una obligación con otro, de tal modo que resulte exigible su cumplimiento. Por otro lado, seducir implica engañar o encauzar a alguien hacia la toma de una decisión equivocada a través del ofrecimiento de un bien. En tanto que sustraer conlleva el apartar, separar o extraer a una persona del ámbito de seguridad en el que se encuentra El tipo penal no hace referencia a los medios que pueda emplear el agente para la

realización de dichos comportamientos. Generalmente, se empleará algún medio de coerción como la violencia o intimidación [LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES y MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ta. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2004, p. 273].

D. La situación de las víctimas menores de edad

11°. Merece especial atención lo concerniente a la pena conminada y a su relación con la edad del sujeto pasivo, que en la *praxis* judicial resulta ser la principal fuente de problemas hermenéuticos y distorsiones prácticas. En efecto, el sujeto pasivo en todos estos delitos puede serlo una persona adulta o un menor de edad. En el supuesto del menor de edad, el contenido del injusto se encuentra diferenciado en virtud al nivel étáreo con que cuenta la víctima y es tratado siempre como una agravante específica.

No obstante ello, los estándares de pena conminada para los delitos que se están analizando difieren notablemente. Así, en el caso de los delitos de violación sexual de menor de edad, el quantum punitivo es agravado secuencialmente desde los 25 años de pena privativa de libertad hasta cadena perpetua. En cambio, en la trata de personas, la pena fijada para las circunstancias agravantes específicas basadas en la edad de la víctima oscila desde los 12 hasta los 35 años de privación de libertad. Empero, la sanción es ostensiblemente menor a los casos anteriores cuando se trata de actos de favorecimiento a la prostitución o la explotación sexual de una persona menor de edad, ya que las penas fluctúan para el primer delito entre 5 y 12 años de pena privativa de libertad, mientras que para el segundo supuesto típico se prevé una pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 12 años.

3. 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 [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 acarrearán 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. Sin embargo, 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 hasta su recepción o alojamiento en el lugar de destino y en las cuales se involucran frecuentemente diversas 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 el que la conducta típica viene 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 convergencia normativa. Por consiguiente, a continuación se harán las precisiones teóricas y prácticas que posibiliten reconocer y facilitar la operatividad de la 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 aquella.

18º. 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.

- 19º.** 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

- 20º.** 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 50º 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).

III. DECISIÓN

- 21º.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

- 22º. ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 8º al 20º.

- 23°. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.
- 24°. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

Ss.

VILLA STEIN

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

VILLA BONILLA

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE
Y TRANSITORIA**

ACUERDO PLENARIO N° 4-2011/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116° TUO LOPJ

ASUNTO: Relevancia del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186º CP

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de “Participación Ciudadana”- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el

proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

- 3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario los señores Aníbal Paredes Matheus y Begonia Velásquez Cuentas (Jueces de la Corte Superior de Justicia de Cusco); el señor Shikara Vásquez Shimajuko del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE); el señor Rafael Cancho Alarcón (Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular de Ayacucho); y el señor Silfredo Hugo Vizcardo (Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos).
- 4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponente el señor PARIONA PASTRANA, con la participación del señor SANTA MARÍA MORILLO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Problemática actual

- 6°. Actualmente coexisten en la jurisprudencia y en la doctrina nacionales, posiciones discrepantes en torno a si resulta aplicable el requisito del valor del bien mueble objeto de hurto (equivalente a una remuneración mínima vital, según el artículo 444º del Código Penal -en adelante, CP-) para la configuración de las circunstancias agravantes contenidas en el artículo 186º CP.
- 7°. Dos son las posiciones en discordia. La primera se pronuncia a favor de la observancia del valor del bien mueble sustraído para la configuración del tipo penal agravado, sustentando su posición principalmente en los siguientes argumentos:
- A. Se respeta el principio de legalidad -principio pilar de nuestro Estado de Derecho-, así como la teoría del tipo, específicamente las funciones del tipo, que cumplen una función garantizadora, ya que el hurto agravado exige la concurrencia de todos los elementos del hurto simple, incluyendo el monto del objeto de acción, por lo que en el supuesto de no concurrir dicha circunstancia se estaría ante un supuesto de falta.
 - B. Como el patrimonio es el principal bien jurídico afectado, se requiere una lesión considerable. En tal virtud, las conductas que no manifiestan un grado de lesividad significativo al bien jurídico tutelado deben ser sustraídas del ámbito de punición, en atención a la opción político criminal seguida por el Código Penal y que está basada en los principios de última ratio y mínima intervención.
- 8°. La segunda posición defiende la autonomía del hurto agravado frente a la exigencia de que el bien mueble objeto del delito alcance una cuantía superior a una remuneración mínima vital. Plantea los siguientes argumentos:
- A. El hurto agravado importa una pluriofensividad de bienes jurídicos.
 - B. En irrestricto respeto del principio de legalidad -base fundamental del Derecho penal-, el artículo 444º CP exige taxativamente un monto superior a una remuneración mínima vital tan solo para el supuesto de hecho del artículo 185º CP (hurto simple), mas no del hurto agravado (artículo 186º CP), por lo que debe concluirse en forma lógica y coherente que nuestro sistema punitivo no exige cuantía para la configuración del hurto agravado.
 - C. Impide se genere impunidad de las conductas ilícitas.

2. Alcances del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186° CP

- 9°. Las agravantes del delito de hurto agravado se encuentran descritas en el artículo 186° CP. Ellas requieren la presencia de la totalidad de elementos típicos del hurto básico, a excepción del elemento “valor pecuniario”, pues conservan, en relación al tipo penal básico, un específico margen de autonomía operativa [RAMIRO SALINAS SICCHA: Derecho Penal - Parte Especial, 2da Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 867]. El criterio cuantitativo es una exigencia que se encuentra expresa, inequívoca y taxativamente establecida sólo para el hurto simple (artículo 185° CP) y daños (artículo 205° CP), conforme lo estipula el artículo 444° CP; esta exigencia no afecta a los supuestos agravados.

Con ello, además, se pone de manifiesto el carácter residual de la falta de hurto. Por tanto, el hurto agravado no requiere del requisito del quantum del valor del bien para su configuración. Así entendida esta infracción penal, se respeta el principio de legalidad, previsto en el artículo 2º, inciso 24), literal d), de la Constitución; principio que comprende los requisitos de *lex praevia* -prohibición de retroactividad de las leyes que agravan la punición o prevean nuevas formas delictuales-, *lex scripta* -se excluye la costumbre como fuente de delitos y penas, e implica al principio de reserva de ley, que significa que el Congreso es el legitimado para normar las conductas ilícitas con sus respectivas sanciones, por ser el representante de la voluntad popular), y *lex stricta* -determinación de la ley penal, esto es, el cumplimiento del principio de taxatividad o mandato de certeza, que implica que los conceptos que utilice el legislador no pueden ser vagos porque atentaría contra la seguridad jurídica [MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: Algunos alcances del principio de legalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano. En Revista Institucional N° 7. Aporte al Derecho Penal Peruano desde la perspectiva Constitucional, Lima, 2006. p. 89].

Cabe entonces rechazar, por este motivo, la primera de las opciones dogmáticas en debate.

- 10°. Por otro lado, no se puede amparar, en base al principio de favorabilidad del reo, que se genere impunidad. Los inconvenientes prácticos de estimar el criterio cuantificador respecto del objeto material del delito de hurto como parte de las hipótesis del hurto con agravantes son los siguientes:

- A. Si la sustracción de bienes en casa habitada, queda en grado de tentativa o de frustración, dicho proceder no podría calificarse ni siquiera como falta.

- B.** Una sustracción por banda de un bien mueble de escaso valor, carecería de connotación como delito, y si quedase en grado de tentativa ni siquiera tendría una relevancia punitiva.
- C.** En el supuesto de que se dejase en indigencia temporal a quien percibe menos de una remuneración mínima vital, dicha conducta no constituiría delito. El Derecho penal sólo protegería a las personas cuya remuneración asciende a dicho monto, quedando por ende desprotegidas las víctimas de ingresos inferiores, con lo se generaría un Derecho penal tutelar del patrimonio de los socialmente mejor ubicados y de desamparo en perjuicio de quienes tienen menores recursos, quienes son mayoría en nuestro país [JORGE LUIS SALAS ARENAS y otro: Las calificaciones en el hurto agravado y su relaciones con el hurto simple entre la legalidad, la favorabilidad y la impunidad (II). En Revista Gaceta de la OCMA. Año V. N° 53-54. Mayo-Junio 2006, pp. 10-11].
- 11°.** Nuestro legislador, por lo demás, ha estimado tales conductas como agravadas, atendiendo a su mayor lesividad, esto es, a su carácter pluriofensivo de bienes jurídicos. La ley penal asignó tal condición a los hurtos cometidos bajo circunstancias especiales y graves, tales como casa habitada, durante la noche, con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado, mediante el concurso de dos o más personas, etcétera [HAMILTON CASTRO TRIGOSO: Las faltas en el ordenamiento penal peruano, Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 68], obviando en estos casos criterios de cuantía.
- Diferente es el criterio político criminal que rige para el delito de hurto simple, que por ser una conducta de mínima lesividad y en observancia a los principios de mínima intervención y última ratio del Derecho penal, demanda que se fije un valor pecuniario mínimo a fin de diferenciarlo de una falta patrimonial. No es éste el caso del hurto con agravantes, dado que existe un mayor nivel de reproche, caso contrario, se tendría que establecer una cuantía significativa para el delito de robo [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Ibidem*, p. 845].
- 12°.** Con acierto QUINTERO OLIVARES, sostiene que en los hurtos cualificados se ha ido imponiendo el criterio de abandonar la determinación de la pena en éste y otros delitos a través del sistema de saltos de cuantía, y se ha ido abriendo paso la técnica de cualificar el hurto no tanto por el valor económico puro del objeto muchas veces de difícil determinación y de grandes dificultades para ser captado por el dolo, por el más tangible de la naturaleza del objeto de lo sustraído y los efectos cognoscibles de dicha sustracción [GONZALO QUINTERO

OLIVARES: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 2da Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1999. p. 482].

III. DECISIÓN

13º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

14º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 9º al 12º.

15º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

16º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

VILLA STEIN

LECAROS CORNEJO

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

VILLA BONILLA

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR PRADO SALDARRIAGA.-

El señor Juez Supremo que suscribe discrepa del sentido hermenéutico planteado en torno a la función del monto del valor del bien objeto de acción del delito de hurto en la configuración de las circunstancias agravantes específicas que para tal ilícito penal regula el artículo 186° CP.

La discrepancia se expresa en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Sobre las clases de normas penales que contiene la Parte Especial del Código Penal

1º. En la Parte Especial del Código Penal se detectan tres clases de normas que tienen por función la criminalización primaria de una conducta punible. Por un lado, están los tipos penales destinados a describir los actos criminalizados. Y, por otro lado, se encuentran los catálogos de circunstancias agravantes o atenuantes específicas que pueden concurrir en la realización de determinados delitos. Con ambas clases de disposiciones normativas el legislador cumple de modo formal con las exigencias y consecuencias que impone el principio de legalidad a todo proceso de construcción política de delitos y penas. Esta dualidad normativa se aprecia con nitidez en el caso de delitos convencionales pero sensibles a la seguridad ciudadana como el hurto que tiene su tipo penal en el artículo 185° CP y su catálogo de circunstancias agravantes específicas en el artículo 186° CP. Normas penales similares coexisten en el caso del delito de robo (artículos 188° y 189°) o del delito de daños (artículos 205° y 206°). Ahora bien, la técnica legislativa seguida por el legislador peruano no siempre incluye ambas clases de normas en artículo distintos, ya que en algunas ocasiones se les incorpora en párrafos sucesivos de un mismo artículo, como se aprecia en el artículo 152° CP que integra la tipificación del delito de secuestro en su primer párrafo y en el segundo hace el listado de las circunstancias agravantes específicas.

2º. Y también en la Parte Especial, aunque en menor medida, se utilizan tipos penales derivados que son aquellos que adicionan a un tipo penal básico o simple una circunstancia -elemento típico accidental- que califica o privilegia la punibilidad concreta del delito. Característica propia de esta modalidad de tipos penales es que deben reproducir siempre en su redacción la conducta

típica prevista por el tipo básico. Ello se observa en el delito de parricidio (artículo 107° CP) y en el delito de homicidio por emoción violenta (artículo 109° CP). En efecto, en estos dos supuestos se incluye expresamente la conducta matar que es la que identifica al homicidio en su tipo básico o simple del artículo 106° CP.

- 2°. La función del valor del bien objeto de apoderamiento en el hurto y en la configuración de las agravantes específicas del artículo 186° CP
- 3°. Ha sido tradición en el derecho penal nacional el distinguir la naturaleza jurídica de las infracciones penales consistentes en el apoderamiento de bienes muebles ajenos mediante destreza y sin empleo de violencia sobre las personas, a partir del valor económico que aquellos poseen (Artículo 386° del Código Penal de 1924). Por tal razón el artículo 444° del Código Penal vigente, señaló expresamente que el hurto falta sería aquél donde el valor del bien mueble apoderado no fuera superior a una remuneración mínima vital. Por consiguiente, se trataría siempre de un hurto delito cuando el valor del objeto de acción de la infracción cometida fuera superior a dicho monto. En consecuencia, de modo implícito tal magnitud económica constituye también un elemento típico para la configuración del delito previsto en el artículo 185° aunque en dicha norma la redacción empleada no lo exija expresamente. Es más, los autores nacionales la incluyen en sus comentarios dogmáticos sobre la tipicidad objetiva de tal delito [LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES y MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: Manual de Derecho Penal. Parte Especial, 4ª. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2009, p. 294]. Por tanto, no hay ni puede haber un delito de hurto si el valor del bien apoderado no es superior a una remuneración mínima vital. Conclusión similar es aplicable para el delito de daños previsto en el artículo 205° CP y al cual también se vincula con igual valor económico referencial en el artículo 444° CP.
- 4°. Ahora bien, es evidente que el artículo 186° CP por la forma como está construido no es un tipo penal derivado sino un catálogo de circunstancias agravantes. Por tanto, no puede operar autónomamente como en el caso del parricidio o del homicidio por emoción violenta, sino que está dogmática y sistemáticamente subordinado a la existencia de un delito de hurto. No existe, pues, un delito de hurto agravado sino un delito de hurto con agravantes.

El delito de hurto con agravantes consistirá siempre en el apoderamiento mediante destreza de un bien mueble ajeno cuyo valor sea superior a una remuneración mínima vital, pero que tiene que ser cometido con la concurrencia de cualquiera de las circunstancias agravantes específicas que se detallan

en el artículo 186° CP. Lo cual, por lo demás, es expresamente requerido por el párrafo inicial de dicha disposición en los términos siguientes: “El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido:”. Esta clara distinción legal es aún más notoria en el caso del delito de daños, ya que el propio artículo 206º CP textualmente reconoce que es una norma catálogo de circunstancias agravantes específicas al señalar: “La pena para el delito previsto en el artículo 205° será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando:..”

- 5º. Por consiguiente, el tratar de dar autonomía operativa al artículo 186° CP, prescindiendo del monto superior a una remuneración mínima vital, sólo en base razonamientos de política criminal como los expuestos en algunas ponencias sustentadas en la audiencia pública (mayor ofensividad de la conducta o mayor peligrosidad en el agente o desigualdad en la tutela de las víctimas potenciales) son buenos argumentos para una valoración de lege ferenda pero exceden los límites de todo análisis posible de lege lata, y al posibilitar efectos de mayor sanción punitiva podrían ser expresión involuntaria de un analogía in malam partem.
- 6º. En todo caso, es de plantear mejor una reforma legal del artículo 186°CP que incluya expresamente un monto referencial superior al previsto para la configuración del hurto falta que reprime el artículo 444° CP; o incluir en este último dispositivo un nuevo párrafo que reproduzca las circunstancias agravantes del artículo 186° CP y conminarle una penalidad mayor y apropiada para un hurto falta con agravantes.

Por estos fundamentos, MI VOTO es porque se considere como doctrina legal los fundamentos jurídicos alternativos previstos en los párrafos precedentes del 1° al 6°

Sr. PRADO SALDARRIAGA

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA**

ACUERDO PLENARIO N° 7-2011/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

ASUNTO: Delito de lavado de activos y
medidas de coerción reales

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son

de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

- 3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la doctora Sonia Medina Calvo, Procuradora Pública Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas.
- 4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes los señores PRADO SALLDARRIAGA y NEYRA FLORES, con la intervención del señor SAN MARTÍN CASTRO, Presidente del Poder Judicial.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. *Antecedentes.*

- 6°. El 16 de noviembre de 2010 las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República aprobaron el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, sobre el delito

de lavado de activos. La recepción favorable de esta decisión judicial se debió, especialmente, a su utilidad práctica para el tratamiento judicial de una modalidad de criminalidad no convencional y organizada, que en los últimos dos años ha adquirido relevante presencia en el país.

- 7°. No obstante, la casuística reciente en torno a la investigación y aplicación de medidas cautelares en los procesos incoados por delitos de lavado de activos viene mostrando reiteradas discrepancias en el proceder de los órganos encargados de la persecución penal. En efecto, tal como lo ha planteado la Procuraduría Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, en la audiencia pública del pasado dos de noviembre, la visión y actitud de tales órganos e instituciones frente a hechos calificados jurídicamente como operaciones de lavado de activos no siempre resulta homogénea. En tal sentido, se ha requerido la emisión de un Acuerdo Plenario complementario del proferido el año 2010 que concentre sus aportes y alcances hermenéuticos en los siguientes problemas:
- A. Delito fuente y configuración del tipo legal de lavado de activos.
 - B. Agotamiento del delito y el tipo legal de lavado de activos.
 - C. Las medidas de coerción reales en el delito de lavado de activos.

2. Delito fuente y configuración del tipo legal de lavado de activos

- 8°. El lavado de activos es un delito que se expresa como un proceso o secuencia de actos o etapas que dogmáticamente adquieren autonomía típica, así como un desarrollo operativo y un momento consumativo diferentes. Al respecto, se suele señalar la realización sucesiva de actos de colocación, intercalación e integración, a los cuales la legislación penal vigente califica como conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia, respectivamente.

En coherencia con este enfoque y distribución de las operaciones de lavado de activos, la doctrina se refiere de manera uniforme a los actos de conversión y transferencia como conductas iniciales orientadas a mutar la apariencia y el origen de los activos generados ilícitamente con prácticas del crimen organizado, cuya consumación adquiere forma instantánea. En cambio, al identificar los actos de ocultamiento y de tenencia, se alude a ellos como actividades finales destinadas a conservar la apariencia de legitimidad que adquirieron los activos de origen ilícito merced a los actos realizados en las etapas anteriores, razón por la cual se les asigna una modalidad consumativa permanente [VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA: *Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 162 y ss].

- 9°. Por lo general las operaciones de lavado de activos tienen lugar con posterioridad a la obtención de los ingresos ilícitos que generó la actividad delictiva desplegada por un tercero o por el propio actor de las operaciones de legitimación de activos. Tales activos constituyen un producto derivado y ulterior de dicha actividad delictiva y constituyen, por tanto, el objeto potencial de futuras acciones de lavado. Sin embargo, esta clara distinción sólo es factible y evidente en relación con actos iniciales de colocación –conversión- que se ejecutan con activos líquidos o dinero obtenido directa e inequívocamente de una conducta delictiva previa.

En estos casos se requerirá, siempre, que los beneficios económicos ilegales se hayan pactado para ser entregados luego de la consumación del delito que los generó. Por ejemplo: X pacta con Y el suministro de armas a cambio de una elevada suma de dinero que será entregada al momento de la recepción del armamento, esto es, un pago contra entrega. Si la entrega ocurre y se recibe el precio acordado, todo lo que se haga luego para dar apariencia de legitimidad a tales ingresos será un acto o delito de lavado de activos.

En cambio, si el suministro en tránsito de las armas se frustra por la policía o porque la nave encalla y sufre hundimiento o naufragio, no habrá, en consecuencia, pago alguno a recibir ni tampoco ingresos ilegales que motiven la necesidad de posteriores actos de lavado. En tales casos no cabe promover acción penal por delito de lavado de activos, pero sí por el delito de tráfico de armas.

- 10°. Es posible, sin embargo, otros supuestos:

- A. Que el pago por la venta ilícita se haga antes de la entrega o pago por adelantado.
- B. Que parte del pago recibido se utilice para la adquisición de medios de transporte (aeronaves, barcos o vehículos) que trasladarán la carga ilegal al comprador, y a los cuales se les ha registrado falsamente como transporte de carga de bienes lícitos o como de recreo.

En estos dos casos, la adquisición, el registro o la travesía pueden ser calificados, en sí mismos, como operaciones de lavado de activos, ya que procuran ocultar el origen de ingresos provenientes de acciones delictivas. Es más, de ser exitosa la entrega del armamento, los medios de transporte empleados se mantendrán como parte del patrimonio ya lavado del traficante.

Se trata, entonces, de evidentes conductas de intercalación –transferencia- o incluso de integración –ocultamiento o tenencia- que corresponden a la etapa intermedia y final de dicho delito no convencional. Incluso, en estos

supuestos, sería posible la presencia de concursos ideal o real de delitos, según el caso.

11°. Vistas, así, las posibilidades alternativas de realización de delitos de lavado de modo posterior o anterior a la consumación o tentativa del delito fuente de los activos ilegales, no cabe excluir *a priori* una investigación por lavado de activos ni tampoco evitar o desestimar la aplicación de las medidas coercitivas reales que correspondan.

3. Agotamiento del delito y lavado de activos

12°. La doctrina clásica solía referirse al agotamiento de un hecho punible como una fase del "*iter criminis*" posterior a la consumación, pero intrascendente para la punibilidad del delito cometido por el agente. Se le calificaba como el hecho de "*obtener el injusto provecho*" que aquél se propuso. No obstante, su utilidad dogmática se presentó siempre como discutible o fue abiertamente negada (LUIS JIMÉNEZ DE ASUA: *Tratado de Derecho Penal -Tomo VII*, 2ª. Edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1977, p. 978 y ss.).

13°. El agotamiento del delito era entendido, pues, como alcanzar materialmente la finalidad que perseguía e impulsó al agente a cometer un delito. En el ámbito de los delitos patrimoniales, de ejecución instantánea e individual, se asociaba al agotamiento con el disfrute de las ganancias ilícitamente obtenidas, incluso a través de las transformaciones de las mismas en otros bienes: compra de inmuebles, vehículos de lujo, etcétera. La posición común de los autores era que esos actos posteriores a la consumación de un hurto, robo o estafa carecían de un significado punitivo distinto al generado por el delito ya consumado.

14°. Sin embargo, el agotamiento deja de ser irrelevante para la dogmática moderna cuando en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1998 se promueve la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero. Tal cambio de perspectiva se sustentó, fundamentalmente, en el hecho cierto de que las ganancias obtenidas ilícitamente se erigían en el capital de organizaciones delictivas, el cual debía ser incautado y, luego, decomisado como estrategia para debilitar el accionar futuro de tales estructuras criminales o impedir su reinversión en fines ilícitos.

A partir de este antecedente, todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos, (i) sea que se produzca una transformación de las ganancias ilegales provenientes del crimen organizado

o que se proceda simplemente a su ocultamiento o traslado físico encubierto; (ii) sea que se disfruten tales ganancias o que solamente se procure asegurar las mismas; (iii) sea que intervenga en ello el propio delincuente generador del ingreso ilegal o que este contrate a terceros para lavar tales recursos y disimular su origen delictivo.

- 15°. Por tanto, el agotamiento, otrora impune y dependiente, se ha trocado hoy en un delito de lavado de activos punible y autónomo. En tal virtud, es posible –y legalmente necesario- aplicar las medidas de coerción pertinentes a los actos de transformación que se ejecuten con los bienes provenientes de un delito consumado por el mismo agente o por terceros.

4. Medidas de coerción reales en el delito de lavado de activos

- 16°. Las medidas de coerción reales, son actos de autoridad, plasmados a través de una resolución jurisdiccional, y regidas por el principio dispositivo, mediante los cuales se asegura las consecuencias jurídicas económicas del delito y las costas procesales. Su reconocimiento legal es consecuencia de la acumulación de acciones: penal y civil, en el proceso penal.

Las citadas medidas recaen sobre el patrimonio del imputado o sus bienes jurídicos patrimoniales, limitándolos con la finalidad de impedir que durante el proceso determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte del encausado afecten la efectividad de la sentencia o la eficacia del proceso. Están dirigidas a la protección de las pruebas o medios de prueba [en pureza, de fuentes de investigación o de prueba], lo que en síntesis quiere decir salvaguardar o proteger el proceso [JOSÉ ANTONIO NEYRA FLORES: *Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral*, Editorial Idemsa, Lima, 2010. pp. 487-488 y 491]. Su finalidad estriba en asegurar el futuro cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas de la comisión del hecho punible, y de las penas pecuniarias y consecuencias accesorias, amén de las costas; es decir, de las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pueden declararse procedentes.

Las notas características o elementos de las medidas de coerción real son las comunes a todas las medidas de coerción. El artículo 315°.1 del Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, NCPP- insiste en el principio de variabilidad, respecto del que destaca que la variación, sustitución o cese está en función a “*las circunstancias del caso y con arreglo al principio de proporcionalidad...*”.

- 17°. Como las responsabilidades pecuniarias pueden ser de diferente tipo, las medidas reales pueden ser susceptibles de la siguiente clasificación:

- A. Medidas reales penales. Su objeto es garantizar la efectividad de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia y que posean un contenido patrimonial: multa, decomiso, pago de costas.
 - B. Medidas reales civiles. Son propias del proceso civil acumulado. Tienden a asegurar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia que se dicte: restitución, reparación e indemnización.
- 18°.** El NCPP identifica cinco medidas de coerción real, que muy bien pueden ser aplicadas a los procesos por delito de lavado de activos: **1)** inhibición; **2)** embargo -el primero y el segundo, inmovilizan bienes del patrimonio del imputado o responsable civil-; **3)** incautación; **4)** medidas anticipativas; **5)** medidas preventiva contra las personas jurídicas, que son anticipativas en su esencia.

Si bien el NCPP sólo reconoce las medidas anticipativas genéricas (artículo 312° NCPP) e incorpora algunas medidas anticipadas específicas: desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos (artículos 311° y 314° NCPP), no existe obstáculo, a partir de poder cautelar genérico de que está investida la autoridad jurisdiccional y de aplicación supletoria de la Ley Procesal Común: el Código Procesal Civil, de incorporar las denominadas medidas innovativas y de no innovar, que apuntan a provocar un cambio de la situación existente al tiempo de peticionarlas. Las primeras, reponen el estado de hecho o de derecho cuya alteración sería el sustento del delito cometido en agravio de la víctima; y, las segundas conservan la situación de hecho de derecho presentada al incoarse el proceso (artículos 682° y 687° CPC).

19°. Como es sabido, los presupuestos de las medidas de coerción real son dos:

- A. El *fumus delicti comissi*, consiste en la existencia de indicios racionales de criminalidad –es la denominada “apariencia y justificación del derecho subjetivo”, que en el proceso penal importa, como acota GIMENO SENDRA, una “...razonada atribución del hecho punible a una persona determinada” [Derecho Procesal Penal, 2da. Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 501]). Ha de existir una imputación formal contra una persona determinada. El juicio de probabilidad delictiva es mencionado específicamente por el artículo 303°.3 NCPP, aún cuando se refiera sólo al embargo y, por extensión expresa, a la orden de inhibición. El *fumus* debe referirse, de un lado, a un delito que haya ocasionado un daño o perjuicio material o moral; y, de otro, a que los referidos indicios –ciertamente, “procedimentales”- evidencien una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan: imputado o tercero civil.

No es necesaria una acreditación específica cuando se dicte sentencia condenatoria, aún cuando fuera impugnada.

- B.** El segundo presupuesto es el *periculum in mora*, es el peligro o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento. Consiste en el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal. Se debe acreditar la concreta probabilidad de que se produzcan, durante la pendency del proceso, situaciones que impidan o dificulten la efectividad del procedimiento penal y civil de condena, que pueda incorporar la sentencia penal -peligro de infructuosidad-. En el proceso penal, se concreta por el “peligro de fuga” o de ocultación personal o patrimonial del imputado [VICENTE GIMENO SENDRA, *Ibidem*, p. 592].

Lo relevante del *periculum* es la comprobación de la extensión del daño causado por el imputado como consecuencia del delito perpetrado y, a su vez, medir el tiempo necesario que todo proceso, cuyo retraso puede hacer ineficaz la respuesta jurisdiccional si no se adoptan medidas tendentes a mantener la situación presente, o a evitar maniobras lesivas para los derechos de la víctima -en el caso del lavado de activos, al Estado- derivadas del comportamiento del imputado [AGUSTÍN-JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTÍN Y OTROS: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 2009].

Es de tener en claro, que el *periculum*, en lo civil, tiene una configuración objetiva: no se requiere necesariamente que se haya producido cierto comportamiento del imputado, ni menos una intención de este de causar perjuicio al actor. El peligro se materializa en las posibilidades del responsable civil, durante el tiempo del proceso, de que se dedique a distraer, dilapidar u ocultar sus bienes, real o ficticiamente, para hacer impracticable la satisfacción de las consecuencias jurídico - económicas. Si la solvencia, honestidad y arraigo del imputado –siempre en el plano civil, que no penal- estuvieran acreditados, decae y no se justifica su imposición. El artículo 303°.3 NCPP, en tal virtud, estipula: “*por las características del hecho o del imputado, exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien*”.

- 20°.** Es de destacar, en el procedimiento de coerción real, por lo menos dos situaciones precisas:

- A.** La oportunidad para solicitar una medida de coerción real. La regla, por cierto, es que su requerimiento se realiza parcialmente en sede de diligencias preliminares policiales –en el caso de aseguramiento de documentos privados, y secuestros e incautaciones preliminares (artículo 68°, apartado

- 1, literales “i” y “k”, NCPP); y, regularmente, en el curso de las primera diligencias y durante la investigación preparatoria (entre otros, artículos 302°, 310°, 316° NCPP). Asimismo, tales medidas pueden solicitarse, siempre por la parte procesal legitimada, en sede intermedia (artículos 349°.4 y 350°.1.c, y 353°.3 NCPP –supuesto último, que incluso autoriza al Juez de la Investigación Preparatoria a pronunciarse de oficio si fuere necesario sobre las medidas de coerción-).
- B.** El NCPP fija un procedimiento para determinar la decisión del trámite: con o sin traslado al afecto: imputado o responsable civil. La regla general para la imposición de las medidas de coerción real, guiada siempre por el principio de rogación de la parte procesal legitimada es el previo traslado a las partes, en especial a la parte afectada, por el término de tres días (artículo 315°.2 NCPP). Empero, por razones obvias, rige la regla del artículo 203°.2 NCPP, tal exigencia de contradicción previa se aplicará siempre que “ *no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida* ”; esta imposibilidad y los derechos de impugnación que ulteriormente se reconoce, evita considerar que tal procedimiento vulnera la prohibición de indefensión. No se realiza el trámite de audiencia, sino el de simple traslado: su lógica es la escrituralidad del procedimiento (artículo 315°.2 NCPP), aunque es posible en situaciones excepcionales, debidamente explicadas en la decisión, ir al trámite de audiencia (artículo 203°.2 NCPP).
- 21°.** Las medidas coercitivas reales que se pueden aplicar en el proceso penal por delito de lavado de activos, en los Distritos Judiciales que la reforma procesal penal no está vigente para este delito, con el Código de Procedimientos Penales de 1940 –en adelante, ACPP-, son las previstas en su artículo 94° y la Ley N° 27379, del 20 de diciembre de 2000, que en su listado de delitos inicialmente no la incluía, tipificado en los artículos 296°-A y 296°-B del Código Penal y, posteriormente, sistematizado en la Ley N° 27765 “*Ley Penal contra el lavado de activos*”, del 20 de junio de 2002, incorporado a la Ley N° 27379, del 20 de diciembre de 2000, mediante Decreto Legislativo N° 988, del 22 de julio de 2007, son: **a)** Incautación, apertura e interceptación de documentos privados, libros contables, bienes y correspondencia; **b)** Embargo u orden de inhibición para disponer o grabar bienes que se inscribirán en Registros Públicos cuando corresponda; **c)** Inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales; así como la Ley de Perdida de Dominio N° 29212, del 16 de abril de 2008. La incautación citada inicialmente, puede erigirse en inicialmente en una medida instrumental restrictiva de derechos –garantiza el proceso de conocimiento del hecho delictivo-, pero a su vez –en orden a la entidad y fin ulterior de lo incautado- puede devenir en una incautación cautelar o coercitiva.

III. DECISIÓN

22º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

23º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos **6º al 21º**.

24º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

25º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS
PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA**

ACUERDO PLENARIO N° 01-2012/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116' TUO LOPJ

ASUNTO: Reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, al artículo 170º del Código Penal

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 53-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Juez Supremo Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal –que incluyó la participación ciudadana a través de instituciones académicas en audiencia pública- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2°. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas: La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de participación ciudadana y la selección de las ponencias que serán expuestas en la

audiencia pública. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en los problemas hermenéuticos, así como la importancia y conflictuabilidad técnico jurídica, referido al reexamen de la tipificación del delito de violación de la libertad sexual de mayores de catorce y menores de dieciocho años, en los que no medió consentimiento del sujeto pasivo. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo sobre el tema en cuestión.

- 3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señora María del Carmen García Cantizano, representante del Instituto de Ciencia Procesal Penal; la señorita Rossina Guerrero, representante del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos; la señorita Cynthia Silva, representante del estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer; y finalmente, el Doctor Rafael Elmer Cancho Alarcón, Fiscal Adjunto Provincial Titular del Distrito Judicial de Ayacucho.
- 4°. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los tres temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Pariona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes los señores RODRÍGUEZ TINEO y SALAS ARENAS.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6°. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO:** Teniendo en cuenta que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad tienen derecho a ejercer sus libertades sexuales (**Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116** de fundamento Jurídico 12), habiendo surgido posiciones divergentes respecto a la ley penal aplicable para los casos de acometimiento sexual violento en agravio de personas dentro de la indicada escala etérea, corresponde adoptar una decisión que unifique la jurisprudencia, para asentar la seguridad jurídica, sin forzar los elementos esenciales de los tipos penales, procurando la mejor armonía dentro del sistema penal. De esa forma se evitará posturas jurisdiccionales diferentes expresadas hoy en Ejecutorias Supremas en sentido contrapuesto emitidas una en la Sala Penal Permanente y la otra en Sala Penal Transitoria.
- 7°. HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA DE LOS DELITOS SUB MATERIA:** Los delitos contra la libertad sexual han sido tipificados por el legislador en el **Título IV** Delitos Contra la Libertad, **Capítulo IX** Delitos Contra la Libertad Sexual, del Código Penal de 1991. En dicho capítulo se regulan conductas que atentan tanto contra la libertad sexual como contra la indemnidad sexual. La protección normativa del segmento etéreo 14 -18 en el Perú, ha tenido un tratamiento errático, que finalmente ha derivado en un “sinsentido”, como más adelante se analiza.

Con la promulgación del Código Penal de 1991, no existía duda alguna al diferenciar las conductas de violación de la libertad sexual (artículo 170 CP) de la de violación presunta (artículo 173 CP), reproduciéndose en esencia los postulados que el Código Penal de 1924 reconocía. Es de anotar que el artículo 173, en los tres incisos de su estructura cubría la indicada protección en tres tramos: de **0 a 7 años**; de más de **7 a 10 años** y de más de **10 a 14 años**; por tanto, claramente las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años no se encontraban dentro del ámbito de protección de la ley penal, en tanto que los abusos sexuales en su contra se encontraban contemplados en el artículo 170, y en su caso los artículos 171, 172, 174, 175, 176, 177, 179 del CP.

La Ley N° 28704, publicada el 05 de abril de 2006, modificó el artículo 173º inciso 3º del CP e introdujo un cambio radical a la regulación que existía respecto a la libertad sexual de los adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad, dado que no sólo penalizó dicho acto sexual sea este consentido o no y equiparó el inicio de la responsabilidad penal con el inicio del libre ejercicio

de la sexualidad, sino también, desde dicha data surgieron serias controversias en cuanto enfrentan directamente con dispositivos de la propia Constitución Política del Estado, referidos al libre desarrollo de la personalidad, libertad y legalidad.

De otro lado, en el artículo 179-A del CP (texto según la Ley N° 28251/2004) referido a las relaciones sexuales en casos de prostitución, con personas de 14 a 18 años se ha mantenido el castigo al usuario (agente delictivo) con pena de 4 a 6 años de privación de libertad, no obstante que hipotéticamente le correspondería la pena prevista en el inciso 3 del artículo 173 (que pretende sancionar cualquier relación sexual por cualquier motivo, desde la ley 28704/2006); surge por tanto un “sinsentido” notable originado en sede legislativa, que no favorece la finalidad afianzadora del derecho que se reconoce y exige deben tener los tipos penales hacia la colectividad, y crea espacios de aplicación desigual de las leyes penales. Igualmente, al sancionar la seducción y los actos contra el pudor de menores, en los artículos 175º y 176º del CP, implícitamente sostienen que el objeto de protección de un mayor de 14 y menor de 18 años de edad es su libertad sexual y no su indemnidad sexual.

De ahí que resulta necesario efectuar un análisis separado del tratamiento presente en los artículos 170 y 173 del CP. **[Ver Anexo 1]** A su vez, de ello se colige que el legislador penal de 2006, erradicó el cuarto inciso del artículo 170 y su contenido fue trasladado modificando el inciso 3 del artículo 173 del CP, extendiendo el marco protector con una intensidad máxima, quedando prohibido absolutamente todo tipo de relación sexual con menores de cualquier edad. Así diversos pronunciamientos de control constitucional difuso acogidos por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, respecto de las relaciones sexuales consentidas con personas mayores de 14 y menores de 18 años (auto declarativo de excepción de naturaleza de acción en el caso Paraguay Quispe - Consulta N° 2224/2007-; sentencia Jhuallanca Arapa –Consulta N° 637/2008), así como dos Acuerdos Plenarios Supremos sucesivos, han dejado en claro que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad gozan del derecho a la libertad para disponer de su sexualidad (y por tanto consentir o no relaciones de intimidad).

Independientemente de si la solución más óptima a ese problema es la inaplicación de la indicada norma por control difuso de constitucionalidad caso por caso, o la declaración abstracta y genérica de consentimiento como causa de justificación para todas las conductas de esta naturaleza, lo cierto es que

no cabe perseguir ni castigar a nadie que se encuentre involucrado en un supuesto de esta clase.¹⁸⁵

La última versión del inciso 3 del artículo 173 CP distorsiona el resto de las previsiones respecto a los delitos sexuales y genera paradojas judiciales en perjuicio de los justiciables y en contra del principio de igualdad ante la ley.

La construcción normativa de cada uno de los dispositivos indicados preceptúa lo siguiente:

| Artículo 170 CP Violación sexual | Artículo 173 CP Violación sexual de menor de edad |
|---|---|
| <p>El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.</p> <p>La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos. 2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar. 3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública. 4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave. 5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima | <p>El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si la víctima tiene menos de 10 años de edad, la pena será de cadena perpetua. 2. Si la víctima tiene entre 10 años de edad, y menos de 14, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco. 3. Si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 18, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. <p>Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.</p> |

¹⁸⁵ Como el Acuerdo Plenario no tiene carácter de ley, no resulta aplicable el art. 6 del CP, y por ello corresponde tanto a la sociedad civil como al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo atender la situación de las personas actualmente privadas de libertad, sufrido condena en acatamiento mecánico del artículo 173.3 CP, cuando hubieron relaciones sexuales consentidas con personas mayores de catorce menores de dieciocho años, formulado los planteamientos idóneos para resolver esa materia.

8°. HISTORIOGRAFÍA DEL TRATAMIENTO JURISDICCIONAL DE LA MATERIA: La Corte Suprema de Justicia de la República, en Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, emitió como doctrina legal jurisprudencial vinculante los **Acuerdos Plenarios N° 07-2007/CJ y Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116**, respecto a la interpretación del artículo 173.3º del CP. El primero de ellos establecía que cuando las relaciones sexuales con menores entre 16 y menos de 18 años fuesen voluntarias es aplicable el artículo 20.10º del CP, esto es, la exención de la pena operando la institución del consentimiento, dado que los adolescentes tienen libre disposición sobre su libertad sexual, tal aseveración se realiza siguiendo las pautas del Código Civil referidas a la capacidad relativa de los menores de 18 años de edad para contraer matrimonio; sin embargo, refiere este mismo acuerdo que las relaciones sexuales con menores entre 14 y menos de 16 años de edad constituye delito, limitándose a establecer que por el principio de proporcionalidad o prohibición en exceso, prevista en el artículo VIII del Título Preliminar del CP, la pena debería atenuarse hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175º y 179º-A del Código ya mencionado, siempre que concurren los siguientes factores:

- a) Diferencia etárea entre sujetos activo y pasivo no excesiva,
- b) Existencia entre sujetos activo y pasivo de un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente, y
- c) Presencia de costumbre y percepción cultural de los sujetos que postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia temprana.

Con este segundo acuerdo se amplió el alcance de la exención de pena por la institución del consentimiento para las relaciones con adolescentes que tienen de 14 años a más, pues –según se refiere- a partir de los artículos 175º y 176º del CP se puede concluir que los adolescentes mayores de 14 años en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad, ampliando el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de 14 a 18 años de edad.

9°. CARÁCTER DE LOS TIPOS PENALES: El tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido o de la materia de la norma). El tipo, es un instrumento legal que pertenece al texto de la ley. Es necesaria al poder penal, porque sin el tipo no se puede delimitar el campo de lo prohibido en el que interviene el Derecho Penal. Para la moderna teoría de la imputación, el tipo debe de acoger, en principio todos

los elementos que fundamentan el contenido material del injusto de un determinado delito. Se debe describir de manera exhaustiva la materia de prohibición [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal –Parte General*. Editora Grijley, Lima, 2009, páginas 94/ss.] Así, la Ley Penal tiene que ser *certa* y *stricta* no pudiendo ser interpretada aplicándola a situaciones o casos parecidos.

Se garantiza al ciudadano su seguridad jurídica que deberá fundamentarse en la interpretación literal de la norma penal. El legislador debe redactar tipos cerrados o determinados, pues los indeterminados o abiertos procuran incertidumbre que no puede ser atendida con alcances analógicos [JAVIER VILLA STEIN: *Derecho Penal Parte General*, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, página 92].

La tipificación de conductas punibles se debe establecer mediante la ley expresa libre de ambigüedad, materializando el principio de legalidad cuyo fundamento constitucional se ubica en el artículo 2 numeral 24 inciso d de la Constitución Política del Perú, que expresa que *nadie podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley*, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley; principio también reconocido en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así también, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. En virtud de dicho principio-norma, la doctrina ha declarado que la ley penal es la única fuente formal directa para establecer conductas que merecen ser sancionadas. Por ende, el principio de legalidad tiene una de sus más importantes aplicaciones en la teoría de la tipicidad [EUGENIO ZAFFARONI: *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, página 374].

La racionalidad de las leyes penales, supone someter el proceso de criminalización primaria a una serie de etapas o estadios pre legislativos; importa la adecuación de la decisión normativa a los principios legitimadores del Derecho Penal bajo la concepción Política-ideológica del Estado Social y Democrático de Derecho. Las normas penales no pueden ser concebidas como una mera manifestación normativa de una actividad legislativa del Estado, pues estas importan la mayor injerencia estatal sobre los bienes jurídicos más preciados de los individuos; de tal manera que la normativa penal debe adentrarse al campo de los valores y de los fines propuestos, esto es, desde una racionalidad axiológica y teleológica a la vez. El Derecho Penal, no es la mera

puesta en escena de una postura del Estado frente al delito, sino la forma racional de resolver los conflictos sociales más graves de nuestra sociedad. De ahí que la política criminal deba someterse a los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y de última ratio, como fundamentos ordenadores de la violencia punitiva en una sociedad libre y democrática [GACETA JURÍDICA: *Diálogo con la Jurisprudencia N° 108*, Análisis de la Sentencia de control constitucional difuso –caso Tome Guillén- emitida por la Segunda Sala Penal Superior de Arequipa, Lima, 2007).

10°. CONNOTACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS PENALMENTE PROTEGIDOS: El bien jurídico queda establecido dentro de la norma jurídica, de manera que a cada norma le corresponde un bien jurídico. Este es creado por el derecho que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección; así, bien jurídico será todo lo que, aún no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente. Por lo que es interés de la comunidad conservarlo íntegro protegiéndolo mediante normas jurídicas. El objetivo del legislador no es la defensa de intereses jurídicos individuales sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad [JOSÉ HURTADO y VICTOR PRADO: *Derecho Penal Parte General*, 4ta Edición, Editorial IDEMSA, 2011, página 14]. Todo bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución a través de los cuales se les marcan sus límites de potestad punitiva al Estado, calificando a los bienes jurídicos como aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema [CLAUS ROXIN: *Derecho Penal – Parte General, la Estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I, Traducción de la 2da. Edición Alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; Editorial Civitas, Reimpresión, 2000, página 56]. El Derecho Penal no puede intervenir en todos los conflictos sociales, sino que se limita a la protección de los valores fundamentales del orden social, estos valores son los denominados bienes jurídicos –interés jurídicamente tutelado-. Un Derecho Penal democrático sólo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica [LUIS BRAMONT ARIAS TORRES: *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Tercera Edición, Editorial EDDILI, Lima, 2005, página 92]. Por ende, no existen bienes jurídicos que fluctúan libremente sin estar asignados a un titular, sino sólo aquellos

de cuya titularidad goza un individuo o un colectivo [OLMEDO CARDENETE: *Introducción al Derecho Penal*, Ara Editores, 2007, página 53]. De ahí que el artículo IV del Título Preliminar del CP ha establecido que la imposición de pena necesariamente requiere la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; entiéndase bienes jurídicos relativos al tipo penal correspondiente (expresión del carácter estricto del tipo penal), para no extender los alcances del Derecho Penal fuera de los límites de lo racional.

Si bien la fuente principal del Derecho Penal es la ley, su aplicación es insuficiente a partir de una mera interpretación literal de la misma, ya que en la actualidad la interpretación teleológica es el más importante criterio de interpretación, lo cual evidentemente se efectúa con el apoyo de la jurisprudencia, la costumbre, principios generales del derecho, la doctrina, entre otras fuentes. Lo anterior va de la mano con la concepción de bien jurídico, pues esta constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos, siendo el núcleo central y directriz en la formación del tipo, constituyendo así mismo el motivo y el límite del Derecho Penal [BERND SCHÜNEMANN: *El Derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídico*, Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado liberal de Derecho, Traducción de Ángela de la Torre Benítez, Serie: Cuadernos de conferencias y artículos N.º 38, Bogotá, página 21). El bien jurídico tutelado en los tipos penales constituye su esencia; no es de libre generación o determinación, menos aún judicial, y desde que no existe en el Estado Democrático de Derecho un solo tipo penal que no afecte o ponga en riesgo algún bien jurídico de relevancia tal que merezca protección bajo amenaza de sanción como delito, se ha de concluir que forma parte del carácter estricto relativo a la tipología penal.

La judicatura Penal Suprema ha establecido recientemente en el **Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116** de seis de diciembre del dos mil once en el fundamento 16 que, en los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o **por su minoría de edad**, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada “intangibilidad” o “**indemnidad sexual**”. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque existe tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad. Asimismo, en el Fundamento 15 se ha fijado que el bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien tutelado en los atentados con

personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual. En el fundamento 18 se estableció que atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la **libre autodeterminación en el ámbito sexual**, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido, el criterio de la doctrina que sobre el particular sostiene [RAMIRO SALINAS SICHA: *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano*, 2da Edición, Jurista Editores, Lima, 2008, páginas 41 y ss.].

11°. CONNOTACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL: La libertad sexual tiene como objeto de tutela penal, a las facultades o capacidades de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad, ésta se configura como una concreción de la “libertad personal”, automatizada a partir de la esfera social en la que se desenvuelven los propios comportamiento sexuales [TOMÁS GALVEZ VILLEGAS y WALTER DELGADO TOVAR: *Derecho penal – Parte Especial*, Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/385/451]. Es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales, por lo tanto, en el uso de dicha libertad, toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria [IVAN NOGUERA RAMOS: *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*, Editora Jurídica Griley, Lima, 2011, páginas 39/42]. Es claro que el consentimiento expresado por el titular del bien jurídico opera como causa de justificación en materia de sexualidad y exime de responsabilidad penal para quien sostiene relaciones sexuales con ellos, en pro de un sistema coherente, y opera desde los 14 años.

12°. CONNOTACIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL: La protección de la indemnidad sexual, está relacionado con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente. Para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen *a priori* de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal – Parte Especial*, Volumen II, Cuarta Edición, Editorial Grijley, Lima, 2010, páginas 645/650]. Los menores, no tienen la capacidad física ni psíquica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad sexual, y por ello no están en condiciones de ejercer una autodeterminación capaz de comprometer válidamente su comportamiento sexual, en tal sentido, las normas y la doctrina nacional y comparada, consideran que la “indemnidad sexual” es

el objeto fundamental de tutela penal respecto a los referidos menores de edad. En cuanto a los accesos carnales no consentido en agravio de menores entre 14 y 18 años, sostiene que es urgente y necesario que se regule una modalidad agravada del artículo 170º del C.P. como la prevista con la dación de la Ley N° 28251 –que modificó el artículo 170º- que contiene este supuesto, atendiendo además a la mayor entidad del injusto, pues el grado de afectación es mayor [TOMAS GALVEZ y WALTER DELGADO: *Derecho penal – Parte Especial*, Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/385/451].

13º. CARÁCTER DEL FENÓMENO DE SUBSUNCIÓN: Producidos los hechos de connotación criminal, el conjunto fáctico debe ser conculcado (casado) en los marcos del “molde normativo” preestablecido por la ley, por el legislador competente autorizado constitucionalmente para fijar los lineamientos de la política criminal. Es claro que los jueces no dictan leyes, pero sí han de interpretar y aplicar las que dicta el Parlamento, en cuanto sean acordes con la Constitución y los principios fundamentales de los Derechos Humanos, de los que deriva toda la arquitectura jurídico penal de los sistemas democráticos. De ahí que la operación lógica de subsumir los hechos en las normas penales ha de respetar la taxatividad para no extender los tipos penales por interpretación, ni destipificar conductas penales que la representación del pueblo en el parlamento ha considerado deben ser objeto de tutela penal, con una expectativa preventiva y de sanción, cuando corresponda.

Ciertamente la identificación de los hechos ha de ser precisa (cuando menos suficiente para iniciar el proceso, pero cabal al momento de definirlo), pero indudablemente ello implica que el marco normativo ha de ser exacto, esto es debe estar libre de antinomias y sinsentidos y ser claro (inteligible) tanto para el jurista como para el ciudadano ajeno al conocimiento jurídico. De ahí que la labor legislativa consiste en más que dictar leyes aprobándolas tras los dictámenes y debates, con la mayoría correspondiente; las leyes deben ser coherentes con el sistema, cabales, libres de ambigüedades, para motivar a la colectividad y para permitir una aplicación diáfana.

La labor judicial consiste en aplicar racionalmente las leyes, discernir en caso de conflicto de leyes e inaplicar las que colisionan con la Constitución.

14º. PRECISIONES DOGMÁTICAS: El artículo IV del Título Preliminar del CP ha recogido la prudente orientación de la doctrina, que ha guiado al Legislador hacia la construcción de los tipos delictivos a partir de la protección *ultima ratio* de cuando menos un bien jurídico trascendente que resulta materialmente

dañado o puesto en peligro, con la acción u omisión dolosa o culposa que el sujeto activo despliega. Dado que el orden sustantivo penal se ha edificado a partir de los bienes jurídicos, no hay, ni puede haber ningún tipo penal al margen de por lo menos uno (o más de uno, en los delitos pluriofensivos).

No cabe por tanto considerar hipotéticas conductas criminales que no tengan como sustento (como alma esencial) un bien jurídico concreto (el contenido del tipo informa a la sociedad sobre la protección que el Estado otorga a la colectividad; sobre la prohibición que se ha seleccionado bajo sanción).

Expresado ello, con la tipificación de los delitos contra la libertad sexual, se protege la indemnidad sexual, y la libertad sexual, esta última expresada en dos ámbitos:

Positivo.- Capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo para efectos sociales o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos.

Negativo.- Derecho de impedir intromisiones a dicha esfera, cuando no media su consentimiento. La construcción de las conductas criminales previstas en los artículos 170 y 173 CP, han sido objeto de modificaciones; en el concreto caso del artículo 173, se ha producido un conjunto de transformaciones (avances y retrocesos legislativos) que han derivado en la versión final en la que se extrajo la descripción fáctica contenida en el inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 (según Ley 28251/2004) y que fue trasladada automáticamente al inciso 3 del artículo 173, modificando los cuantificadores étáreos de la escala precedente, sin tomar en cuenta que se trata de dos tipos penales autónomos.

Mientras el artículo 170 CP describe una conducta de acometimiento sexual abusivo (mediando vis absoluta o vis compulsiva) siendo el bien jurídico tutelado esencialmente la libertad sexual¹⁸⁶, ajena por tanto a toda posibilidad de advenimiento o consentimiento de la víctima; el artículo 173 describe un elenco de conductas de relación sexual con menores de edad, sin considerar –por innecesario ningún tipo de violencia (ciertamente algunos menores de edad no tienen capacidad de ejercicio, y por tanto no podrían consentir válidamente las relaciones sexuales de las cuales son objeto; así, todos los menores de 14 años).

186 Cuando concurren el delito de violación sexual con resultado de lesiones, interesan también como bienes jurídicos la salud o la vida según el caso.

Por lo que la agresión sexual tiene el rasgo esencial de llevarse a cabo con violencia o intimidación, para doblegar la voluntad de la víctima [ALFONSO SERRANO GÓMEZ y ALFONSO SERRANO MAILLO: *Derecho Penal Parte Especial*, Décima Edición, Dykinson, Madrid, 2005, página 215].

La transportación mecánica del supuesto del inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 al inciso 3 del artículo 173 CP, ha disfuncionado el afán político-criminal de proteger de modo más intenso a los integrantes de este grupo etéreo. En consecuencia, si el artículo 173.3 CP no se aplica para las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años, **¿Queda algún contenido en dicha disposición?**

- **Quienes responden afirmativamente.**- sostienen que este sub tipo penal abarcaba tanto las relaciones sexuales consentidas como las abusivas, por lo que eliminadas las posibilidades de relaciones consentidas, queda vigente la norma para las relaciones abusivas [así entre otros GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, Ponencia al I Pleno Extraordinario Penal 2012].
- **Quienes responden en sentido negativo**, sostienen que al no haber posibilidad de relaciones sexuales consentidas en el artículo 173, para ninguna de sus tres escalas, porque los menores de 0 a 10 años no pueden expresar consentimiento, y lo propio tratándose de menores de 10 a 14, de modo que esa misma regla tiene que regir para la escala de 14 a 18 años, de modo que por ilogicidad del contenido del inciso 3 con el resto del Ordenamiento Jurídico nacional, no cabe considerar que hubiera delito en las relaciones sexuales consentidas.

Al no haberse previsto en dicho sub tipo la presencia de violencia para las relaciones sexuales, no cabe extender los alcances de la norma por interpretación *contra reo*, por lo que el inciso 3 del artículo 173 CP ha quedado efectivamente vacío de contenido.

En ese sentido, la lesión de la libertad sexual requiere necesariamente la presencia de conductas mediales que anulen su manifestación: fraude (engaño), violencia, amenaza, generar estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir; mientras que, para la lesión de la indemnidad sexual es irrelevante la presencia de alguna de estas conductas mediales. La protección pretendida por el legislador con la tipificación y modificación del artículo 173^o.3 del CP persigue proteger a los menores de ataques sexuales, habiendo el legislador anulado la manifestación de la libertad sexual [RAFAEL CANCHO ALARCÓN: En Ponencia al I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal,

Marzo 2012].

La aplicación del artículo 173.3 CP para condenar los abusos sexuales genera paradojas diversas.¹⁸⁷

15°. COLISIÓN APARENTE DE NORMAS: El conflicto de normas del mismo rango surge cuando las dos son válidas y dicha antinomia se resuelve bajo las reglas de temporalidad y especialidad. El concepto de validez implica no solo que las normas estén escritas en la ley especial o en un cuerpo codificado, sino que sean materialmente aplicables sin objeciones dogmáticas trascendentes.

La aparente colisión normativa coloca de un lado el inciso tercero del artículo 173 CP y 170 C.P.; y del otro, directamente los artículos 175, 179-A y 170 CP e indirectamente el inciso 3 de artículo 176-A del CP. Es de resaltar que en el acervo legislativo nacional hay normas que no se han derogado pero que **no son válidas**; así entre otros casos, el artículo 245 C de PP (silencio del acusado en el juicio oral, objeto de desuetudo); el artículo 2 de la Ley N° 26640 (delito de contumacia, objeto de desuetudo); el artículo 95 y 100 del C de PP (señalamiento de bienes libres para el embargo, norma declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa 1999-2168 de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa); el artículo 10 del D. Leg. 813 (caución tasada en delito tributario, declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa N° 2004-2741).

Como se ha indicado, todo el artículo 173 CP tiene como sustento esencial la indemnidad sexual de los menores, como ánima esencial de todos los componentes del tipo (bien jurídico penal específicamente protegido, diferente al de la libertad sexual). La inclusión de la escala etárea del tramo 14-18 años tuvo como finalidad la de eliminar la posibilidad del consentimiento en cuestiones de índole sexual en las personas de aquellas edades; por tanto, en ninguno de los supuestos del artículo 173 CP se halla previsto el comportamiento violento de ninguna clase.

187 De persistirse en la aplicación mecánica del artículo 173^o.3 CP, en tanto el bien jurídico que dicho dispositivo protege es la indemnidad sexual, se afianzaría la tutela de aquel bien absolutamente indisponible; como consecuencia, se regeneraría de facto el criterio incoherente con el resto del derecho peruano, bajo el cual resulta imposible que varios de los adolescentes mayores de 16 años contraigan matrimonio sin cometerse delito en su agravio (en contra de lo que establece el artículo 244^o del Código Civil), colisionando con normas fundamentales y constitucionales que reconocen el derecho al libre desarrollo de los adolescentes; además, quedarían vacíos de contenido (careciendo de sentido jurídico propio por absorción de sus respectivos supuestos) los artículos 175^o y 179^o -A del CP, e incoherente el sentido del inciso 3 del artículo 176-A del CP.

De ello se deriva que, como consecuencia del Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116, la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 CP resulta describiendo una conducta extraña al bien jurídico particularmente tutelado por el referido dispositivo, impertinente a su núcleo esencial o fundamental.

No obstante, es indudable que la conducta de acometimiento sexual abusivo o violento en agravio de personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, es delictiva; no ha quedado des tipificada, sino que se ubica dentro del marco de las previsiones del primer o segundo párrafo del artículo 170 CP según el caso, o del artículo 171 o 172 CP según la presencia de circunstancias que le den gravedad, o en su caso del artículo 176 o del 179-A CP.

Tema aparte es el de la intensidad proporcional de la pena, esa materia no se aborda en este momento. El legislador disfuncionó la protección que intentaba generar, desarreglando además la coherencia interna en el sistema de persecución de los delitos sexuales relativos a los menores de edad.

Cabe resaltar que la disfunción generada es de tal naturaleza que afecta el Capítulo IX y se proyecta al Capítulo X del propio Título, en cuanto al artículo 179-A (usuario cliente), e incide gravemente en la tarea judicial de imposición concreta, racional y proporcional de las penas.

Así, para la nueva conducta de relación sexual que según el inciso 3 del artículo 173 del CP no requiere motivo alguno, y corresponde en abstracto sanción de 25 a 30 años de pena privativa de libertad, si el agente emplea engaño (artículo 175 CP según la Ejecutoria Suprema Recurso de Nulidad N° 1028-2004-ICA de 24 de enero de 2005 bajo la ponencia del Juez Supremo Prado Saldarriaga y con la intervención, entre otros, de J. Villa Stein) la escala de sanción será de 3 a 5 años en tanto que, si la víctima – en uso de su negada libertad sexual- se dedica a la prostitución (artículo 179-A), la condena será de 4 a 6 años.

Se consagra con ello un tratamiento notoriamente desigual, frente a supuestos similares, todo lo cual permite cuestionar desde el plano de la coherencia intrasistemática la validez de la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 del CP.

No existe por tanto un auténtico conflicto de leyes, dado que para tal situación tendría que haber dos o más todas válidas, todas del mismo rango y total o parcialmente contrapuestas entre sí.

Lo que existe es una norma que ha quedado vacía de contenido sustancial (inciso 3 del artículo 173 CP), y una norma base en cuyo tipo y bien jurídico

encaja con comodidad el supuesto de hecho indicado en el artículo 170 CP, disposición que el legislador podría, en ejercicio racional de sus potestades constitucionales, perfeccionar; existiendo además otras normas que operan armónicamente (esto es, los artículos 171 y 172 CP), en tanto que también existen otras varias normas penales que siendo válidas y no estando derogadas, han sido puestas total o parcialmente en entredicho por el contenido de la primeramente indicada (nos referimos a los artículos 175, 176-A.3 y 179-A CP). [Ver Anexo 2]

- 16°. SOLUCIONES LEGISLATIVAS AL PROBLEMA:** Desde la perspectiva normativa, para dar connotación conglobante y asignarle validez al texto actual del inciso 3 del artículo 173 CP, el legislador tendría que incluir en la descripción típica, la presencia de violencia (física o psicológica–amenaza-), como circunstancia de agravación en los incisos 2 y 3, o cuando menos en el 3 del artículo 173. Pero mucho más eficaz y conveniente resulta que el legislador (atendiendo, entre otros pedidos de la sociedad civil, los planteamientos de DEMUS sobre el particular) reponga el sentido del inciso 4 del segundo párrafo (anterior versión) del artículo 170 CP, castigando como violación agravada de la libertad sexual, la conducta violenta contra personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, agregando (en realidad restableciendo) dicho supuesto de hecho en el texto actual del indicado artículo, como el inciso 6 del segundo párrafo o creando un tercer párrafo con el contenido precitado, incluyendo nueva y razonable escala punitiva, coherente con las sanciones que se han establecido para los otros delitos sexuales del mismo capítulo del Código Penal.
- 17°. SOLUCIÓN JUDICIAL A LA CONTROVERSIA:** No se ha de forzar el alcance del bien jurídico correspondiente a la conducta de abuso sexual en agravio de personas cuya disponibilidad de su libertad sexual se ha reconocido, por lo que en tanto no rectifique el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, de todo lo precedentemente analizado se concluye que la ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años, es el artículo 170 del Código Penal (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio), y según los hechos concretos, corresponderá en su caso, la aplicación de los artículos 172, 173-A, 175 y 179-A del CP o 176-A.3 CP, como fuera atinente. Con la indicada solución, el capítulo IX (Violación de la Libertad Sexual) y el capítulo X (Proxenetismo) del Título IV (Delitos contra la Libertad) del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, recuperan la coherencia que el legislador había distorsionado y los justiciables sometidos a los alcances de los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176 y 179-A CP, readquieren la vigencia plena del principio de igualdad ante la ley.

III. DECISIÓN

18°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON:

19°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos de los fundamentos jurídicos noveno al décimo séptimo.

20°. **PRECISAR** que los fundamentos jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

21°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

**VOTO EN MINORÍA DE LOS SEÑORES LECAROS CORNEJO,
PRADO SALDARRIAGA, BARRIOS ALVARADO,
PRÍNCIPE TRUJILLO Y VILLA BONILLA.**

Los señores Jueces Supremos que suscriben este voto en minoría discrepan del sentido hermenéutico aprobado por mayoría simple, y que asume la aplicación del artículo 170° del Código Penal en casos de acceso carnal no consentido con menores de catorce a menos de dieciocho años de edad. Interviene como Ponente el señor PRADO SALDARRIAGA. La discrepancia se expresa en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Sobre las diferencias y autonomía funcional de las modalidades de delitos de violación tipificadas en el Código Penal

- 1°. Tradicionalmente en la legislación penal nacional se han tipificado **tres modalidades de violación** entre los delitos contra la libertad sexual: la violación (*strictu sensu*) o acceso carnal con empleo de medios violentos (violencia física o amenaza); las violaciones presuntas o supuestos donde el acceso carnal se califica como no consentido por el sujeto pasivo y por ende punible, mediante una presunción *iuris et de iure*; y la violación por prevalimiento o acceso carnal mediante abuso de la posición de dominio y subordinación que ejerce el agente sobre la víctima.

Tanto el Código Penal de 1924 (Cfr. Artículos 196° a 199° y 202°) como el de 1991 (Cfr. Artículos 170° a 173° y 174°) optaron por incluir de modo autónomo tales hipótesis de agresión contra la libertad sexual. No son, pues, tipos penales derivados unos de otros ni elementos típicos accidentales agregados a un tipo básico identificable genéricamente, pese a girar en torno a una **conducta típica común de acceso carnal**.

- 2°. Una de las modalidades de violación presunta ha sido siempre en nuestro sistema jurídico penal la denominada **violación de menores de edad**, donde la presunción *iuris et de iure* se basaba estrictamente en la edad del sujeto pasivo. Siendo, además, frecuente que el legislador considere como un criterio de agravación sucesiva que la edad de la víctima sea menos de siete años, menos de diez o menos de catorce años. Esta técnica legislativa y estructura típica se ha mantenido desde mediados de los años setenta del siglo

pasado (Cfr. Manuel Espinoza Vásquez. Los Delitos Sexuales en el Código Penal Peruano. Trujillo. 1974. p. 66 y ss.), hasta la primera mitad de la presente década. Sin embargo con la publicación de la Ley N° 28704, el 5 de abril de 2006, se introdujeron dos modificaciones relevantes. Por un lado se elevó hasta menos de 18 años de edad el límite de la operatividad legal del artículo 173° (se amplió la tutela penal absoluta de los menores hasta esa edad).Y, por otro lado, se incluyó al interior del citado dispositivo una nueva escala punitiva **para los casos de víctimas entre catorce y hasta menos de dieciocho años de edad**, consignándose para estos supuestos una penalidad conminada **no menor de veinticinco ni mayor de treinta años de pena privativa de libertad.**

- 3°. La repentina y distorsionante modificación, así como lo evidentemente desproporcionado de la consecuencia punitiva que ella generaba, motivo dos Acuerdos Plenarios de las Salas Penales de la Corte Suprema destinados a controlar hermenéuticamente sus riesgos de exceso, especialmente en aquellos casos donde el acceso carnal contó con el consentimiento de la víctima y cuando el autor mantenía una relación sentimental con aquélla, así como cuando las diferencias etáreas entre los sujetos activo y pasivo, no eran extremas haciendo comprensible dicho vínculo afectivo (enamorado o convivientes). Es por ello que en un primer Acuerdo Plenario se exhortó a los jueces a no imponer en tales casos penas mayores a seis años de pena privativa de libertad, pues en otros delitos de mayor antijuricidad pero de iguales características, como los previstos en los artículos 175° y 179°-A esa era la penalidad máxima prevista para sus autores (Cfr. Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, fundamentos jurídicos 7° al 12°). Luego en un segundo Acuerdo Plenario se procuró legitimar tales actos en base al consentimiento concurrente de la víctima, al que se estimaba válido en base a la capacidad relativa de ejercicio que la legislación civil concede excepcionalmente a menores de edad, reconociéndole al mismo el efecto justificante que establece el inciso 10 del artículo 20° del Código Penal (Cfr. Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, fundamentos jurídicos 6° al 9°). Cabe destacar que **en ninguno de estos dos Acuerdos Plenarios se desconoció la validez legal, normativa y punitiva del inciso 3 del artículo 173° o se planteó su inaplicación a cualquier otro caso donde el acceso carnal tuviera como agraviado a un menor de 14 y hasta menos de 18 años de edad.** Por ende, la observación que formuló al respecto la ponencia de la Jurista GARCIA CANTIZANO sobre una extralimitación en lo acordado por el segundo de los Acuerdos Plenarios citados, y que afectaría al principio de la legalidad y a las competencias exclusivas del legislador (*“El que vía interpretación jurisdiccional de una norma absolutamente clara se*

*pretenda dar solución a un problema de coherencia interna del Código penal, generado por el legislador, nos hace cuestionar seriamente la legitimidad de la solución aportada en el referido Acuerdo Plenario”), no es correcta pero demanda, sí, mejorar la redacción de dicho fundamento para evitar percepciones erradas sobre su alcance y utilidad. En tal sentido, debió aprovecharse este Pleno Extraordinario para hacer la aclaración pertinente. **Menos aún, se ha insinuado, siquiera, en los precedentes Acuerdos Plenarios -como parece entender la propuesta aprobada en mayoría simple- una posible asimilación residual del artículo 173° inciso 3, al supuesto típico de otras formas de violación como las reguladas por los artículos 170°, 171°, 172° y 174°, donde el sujeto pasivo siempre debe ser una persona de dieciocho o más años de edad,** como ha sido unánimemente destacado por la doctrina nacional más caracterizada (Cfr. Ramiro Salinas Siccha. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II. 4ª. Edición. GRIJLEY. Lima 2010. p. 733 y ss.).*

2. Los desarrollos hermenéuticos posteriores a los Acuerdos Plenarios de 2007 y 2008.

- 4°. En la *praxis* judicial posterior a los Acuerdos Plenarios citados, se fue manifestando una opción hermenéutica que optaba por calificar a los actos de acceso carnal sin consentimiento de la víctima, cuando ésta contaba entre catorce y menos de dieciocho años de edad, como asimilables a las hipótesis típicas de violación por medio de violencia o amenaza; violación presunta por mediar estados de inconsciencia; o violación por incapacidad de resistencia de la víctima o prevalimiento del autor, previstas en los artículos 170°, 171°, 172° y 174°, respectivamente (en ese sentido la Ejecutoria Suprema del 8 de setiembre de 2011, recaída en el Recurso de Nulidad N° 3206-2010. Procedente de Ayacucho, Noveno Considerando. Ponente Sr. Rodríguez Tineo *“habiendo quedado acreditado que el procesado con violencia mantuvo acceso carnal con la menor agraviada, este Supremo Tribunal estima que los hechos materia de imputación se adecuan al delito de violación -tipo base- tipificado en el artículo ciento setenta, numeral dos del Código Penal ”*). Esta posición interpretativa se ha apartado, pues, de los alcances y validez normativa del artículo 173°, inciso 3, al que no le reconoce capacidad típica para subsumir tales actos. El argumento sostenido para asumir tal postura jurisdiccional parece ser una posible derivación o transformación particular del bien jurídico tutelado en las agresiones sexuales que sufren menores entre catorce y menos de dieciocho años de edad, y que ya no respondería a la noción de indemnidad sexual. Se trata, pues, de un planteamiento político criminal más que una ale-

gación crítica o superadora de la propia estructura normativa y funcional del artículo 173°. Al respecto se infiere lo siguiente: **el menor de catorce y hasta menos de dieciocho años de edad tiene igual libertad sexual que un adulto y por ende las agresiones sexuales que padece deben ser equivalentes a los supuestos que la ley tradicionalmente ha considerado como modalidades punibles de violación de personas de dieciocho o más años de edad** (en ese sentido el Voto Mayoritario del 29 de setiembre de 2011, en la Discordia suscitada en el Recurso de Nulidad N° 3982-2010. Sala Penal Permanente. Procede de Junín, suscrito por los Señores Jueces Supremos Pariona Pastrana, Zecenarro Mateus y Santa María Morillo: *“Que, en el presente caso, la agraviada es una menor de catorce años y nueve meses -por lo que tiene capacidad jurídica para disponer de su sexualidad “libertad sexual”, de manera que el bien jurídico afectado es su libertad y no su indemnidad sexual- y en todo momento ha negado haber consentido las relaciones sexuales; que, además, existió una relación de convivencia entre la madre de la agraviada y el encausado..., situación que le permitió tener particular autoridad y prevalerse de su condición de padrastro para ejercer “intimidación” como medio para lograr someterla sexualmente, de manera que la conducta punible configura el delito de violación previsto en el numeral dos del segundo párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal”).*

3. Admitir la aplicación del Artículo 170° del Código Penal constituye una reducción teleológica no compatible con el principio de legalidad.

5°. Los que suscriben consideramos, respetuosamente, que el razonamiento jurisdiccional que sustenta el planteamiento aprobado por mayoría simple, **constituye una reducción teleológica que contradice el principio de legalidad** (Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 4a. Edición. IDEMSA. Lima 2011. p. 224: *“Se trata de un procedimiento que, en razón de criterios fundamentalmente de valor, restringe el ámbito de aplicación de la norma jurídica en relación con casos que están comprendidos, sin mayor duda, en su núcleo connotativo”*); y que, además, no es compatible con la configuración sistemática de los tipos penales concernientes a delitos contra la Libertad Sexual en el

Código penal vigente. Sobre todo cuando considera al artículo 170° como un *“tipo base”* y al artículo 173° como un *“tipo derivado”* de aquél, lo cual es incorrecto ya que se trata de tipos penales autónomos con roles funcionales y estructuras típicas claramente diferenciables. Pero, además, porque él descarta sin justificación genérica ni específica la concurrencia de un **componente especial e histórico que gobierna toda la estructura y sentido del artículo 173°** y que es

la edad del sujeto pasivo y que le da a este la condición de menor, dato óntico que no es superable ni puede ser anulado por ninguna interpretación de *lege lata* o *lege ferenda*, sea que ésta incida en el modo de ejecución del delito, en el medio empleado para la práctica sexual ilícita, o en las condiciones o aptitudes psicofísicas del sujeto pasivo de dicha práctica. El artículo 173° en la actualidad siempre será el que reprima en exclusiva la **violación de menores de dieciocho años de edad**. De otro lado, cuestionamientos de política criminal o basados en propuestas legislativas frustradas (Cfr. Proyecto de Ley N° 2723/2008-CR; Proyecto de Ley N° 3189/2008-CR; Proyecto de Ley N° 4297/2010-PE) o latentes (Anteproyecto de Código Penal 2008-2010) para la reforma del citado artículo, o para la supresión de su incoherente inciso tercero, serán de momento expectativas técnicas pero no eliminan su actual existencia formal ni sus controvertidos alcances normativos. Por lo demás, la doctrina penal que actualmente comenta el artículo 173°, inciso tercero, tiende a ser homogénea y ratifica que **se trata de un delito de violación presunta de menores de edad** y no una modalidad impropia o agravada de las formas de violación regulada en el artículo 170° como lo han sostenido tres de las cuatro ponencias que fueron expuestas en la Audiencia Pública preparatoria del pasado 12 de marzo del presente año (Ver conclusiones de Ponencias de María del Carmen García Cantizano; DEMUS; PROMSEX).

- 6°. Por otro lado **el status de menor de edad, como se ha destacado, no es una ficción sino una realidad material y legal**. En efecto, la posición hermenéutica aludida y de la cual cortésmente discrepamos, no toma en cuenta que la legislación civil sólo reconoce **capacidad de ejercicio relativa a los menores de dieciséis años y no a los de catorce años** (Cfr. Artículo 44°, inciso 1 del Código Civil). Estos últimos muy excepcionalmente pueden ejercer tal capacidad relativa en asuntos de índole familiar (Cfr. Artículo 46°, párrafo segundo y 241°, inciso 1 del Código Civil). Por tanto **todos ellos para la legislación civil siguen siendo menores hasta que cumplan dieciocho años** (Cfr. Artículo 42° del Código Civil). Es más, el propio Código Penal los califica como inimputables por su minoría de edad (Cfr. Artículo 20°, inciso 2) y la Constitución no los estima aún ciudadanos ni les da capacidad política que constituye la máxima expresión de libertad del individuo en una sociedad democrática (Cfr. Artículo 30° de la Constitución Política del Perú), a la vez que el Código de los Niños y Adolescentes los tiene aún como sujetos de sus disposiciones normativas (Cfr. Artículo I, primer párrafo del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes). Es más, la Convención de los Derechos del Niño también los comprende como sujetos de protección (Cfr. Artículo 1°: “*se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad*”).

4. No existe antinomia legal entre el artículo 170° y el artículo 173°. 3 del Código Penal que deba dilucidarse conforme al artículo 139° inciso 11 de la Constitución.

7°. Las hipótesis y disposiciones normativas del artículo 173°.3 y las que corresponden al artículo 170° no configuran una antinomia legal que demande una solución ponderada en base al principio de favorabilidad hermenéutica que autoriza el artículo 139° inciso 11 de la Constitución. Tanto en el plano legal como teleológico y constitucional, ambos artículos del Código sustantivo tienen un espacio de tutela funcional y de aplicación propios, que los hace sistemáticamente coherentes y plenamente compatibles. En efecto, el primero desarrolla una tutela penal ampliada de la libertad sexual **de todo menor de edad**, es decir, de quien no ha alcanzado la condición etárea de sujeto pasivo, de 18 años o más, que exige el artículo 170°. De otro lado, no se aprecia desde los contenidos y alcances tuitivos de los artículos 175° y 179°-A del Código Penal una contradicción legal con los que comprende el artículo 170°, que derive en la necesidad alternativa o de principio de aplicarlo en vez del artículo 173°.3, cuando un menor de 14 a menos de 18 años de edad sea agredido sexualmente de modo violento. En efecto, el artículo 170° **exige el empleo de la violencia o la amenaza para el acceso carnal de la víctima mayor de edad**, lo cual está totalmente excluido como medio de realización del acto sexual o análogo en los artículos 175° y 179°-A que, al margen de estar referidos exclusivamente a menores de edad, demandan para la realización de la práctica sexual ilícita que tipifican **sólo la concurrencia en la víctima de un consentimiento viciado por el engaño o la contraprestación económica**. El componente, pues, del desvalor antijurídico en todos esos artículos es siempre diferente, de allí que resulte lógica la mayor punibilidad y sanción del acto sexual violento cuando el agraviado es un menor de edad lo que corresponde al estándar punitivo fijado por el artículo 173°.3. La referencia, entonces, a los artículos 175° y 179°-A, **no es asimilable para justificar la aplicación del artículo 170° en vez del artículo 173°.3 en los casos de acceso sexual por violencia o amenaza de menores de 18 años, ella sólo lo era para argumentar la reducción de la penalidad que propuso el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 para las relaciones sexuales consentidas** (no impuestas contra la voluntad del menor ni por violencia ni amenaza), con un menor de 14 a menos de 18 años de edad. No resulta, por tanto, suscribible, desde este enfoque, la tesis de una interpretación constitucional favorable y benigna que lleve a aplicar el citado artículo 170° en tales supuestos de acceso sexual violento. La cual, por lo demás, debilitaría *contra legem* el ámbito de protección sexual de los menores ante graves agresiones sexuales en su agravio y entraría en colisión con el principio convencional especial del interés superior

de los menores de 18 años que avalan los artículos 1° (“*Para efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad...*”) y 3° (“*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial que se atenderá será el interés superior del niño*”) de la Convención del Niño, suscrita por el Estado peruano y que integra el bloque de constitucionalidad en nuestra legislación fundamental.

En atención, pues, a los antecedentes, observaciones y fundamentos expuestos, **NUESTRO VOTO** es en el sentido de que en tanto no haya una derogación legal expresa de las modificaciones que introdujo la Ley N° 28704, en el artículo 173° del Código Penal, el acceso carnal que se practique a un menor entre catorce y hasta menos de dieciocho años de edad, sin su consentimiento o contra su voluntad, debe ser siempre calificado como un delito de violación de menores y ser sancionado conforme a la penalidad prevista para el inciso 3 del citado numeral.

Ss.

LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRINCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA

FUNDAMENTOS PROPIOS DEL VOTO DEL SEÑOR SAN MARTÍN CASTRO.-

- 1°. Que el ordenamiento jurídico en materia de Derecho penal sexual ha sufrido una intensa, contradictoria e incoherente modificación desde la entrada en vigor del Código Penal de 1991 –en adelante, CP-. Si se analiza lo que es el objeto materia del presente Acuerdo Plenario, puede decirse con absoluta seguridad que el segmento etéreo entre catorce y dieciocho años ha sido tratado con perturbadora inconsistencia, de modo que se afecta el carácter racional del Derecho, que deriva fundamentalmente de la previsibilidad que genera al ordenar la conducta mediante normas generales, abstractas y coherentes.

Ello motivó a este Supremo Tribunal a una labor de interpretación sistemática y teleológica, así como a la incorporación de criterios de validez normativa, con sólidos fundamentos jurídicos, tanto constitucionales como propiamente

penales, para armonizar en lo posible los alcances del Código Penal y lograr soluciones jurisprudenciales más razonables.

2°. Que la legislación vigente, en lo relativo al tipo legal de agresión sexual (artículo 170° CP) y al tipo legal de agresión sexual de menores (artículo 173° CP) tiene los siguientes alcances:

A. El artículo 170° CP siempre exigió violencia o grave amenaza contra el sujeto pasivo por parte del sujeto activo, a la vez que persistentemente reconoció precisas circunstancias agravantes. Desde la Ley N° 28251, del 8 de junio de 2004, se precisó que el acceso carnal podía producirse por vía vaginal, anal o bucal, así como reconocía los “actos análogos” limitándolos a la introducción de objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal.

La Ley N° 28704, del 5 de abril de 2006 –vigente en la actualidad-, en primer término, agravó la sanción al fijar para su comisión pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años; y, en segundo término, incorporó cinco agravantes en función a la especial conducta peligrosa del sujeto activo o a sus cualidades personales, en cuya virtud estableció como pena privación de libertad no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación.

B. El artículo 173° CP durante un lapso de tiempo prolongado, pese a las variaciones legales, estableció que el sujeto pasivo del delito era un menor de catorce años. Es más, graduó la pena en función a tres segmentos etéreos: menos de siete años, siete años a diez años, y diez años a menos de catorce años. La Ley N° 28251, del 8 de junio de 2004, si bien en su primer párrafo se limitó a identificar al sujeto pasivo como “menor de edad”, determinó las mismas edades específicas para modular la sanción penal.

Empero, la Ley vigente N° 28704, del 5 de abril de 2006, no sólo insistió en el primer párrafo en designar al sujeto pasivo como un “menor de edad”, sino que varió los segmentos etéreos: menos de diez años de edad, entre diez años de edad y menor de catorce, y entre catorce años edad y menos de dieciocho (numeral 3).

3°. Que ante la contradicción legal que representó el numeral 3) del artículo 173° CP, modificado por la Ley N° 28704, el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, en relación con los demás tipos legales que integran el Derecho penal sexual y el resto del ordenamiento jurídico, declaró –al amparo del artículo 139°.11 de la Constitución–, fijando como sentido interpretativo que toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad no puede ser objeto de sanción penal en virtud de la

causa de exención de responsabilidad prevista en el artículo 20°.10 CP. Tal fue la norma finalmente aceptada por este Supremo Colegiado Penal.

- 4°. Que el problema objeto del presente Acuerdo Plenario se centra, esta vez, en determinar si la agresión sexual cometida con violencia o grave amenaza contra un adolescente de catorce años de edad y menos de dieciocho años de edad debe reprimirse conforme a las disposiciones del artículo 170° CP o del artículo 173°.3 CP.
- 5°. Que él o la adolescente, por su propia evolución en los ámbitos físico y psicológico, ha de ser considerado o considerada como una persona que goza de capacidad suficiente para auto-determinarse en diversos planos de su vida cotidiana, en tanto sujeto de derechos, capaz de ejercer progresivamente los mismos en forma autónoma, en conformidad con la evolución de sus facultades [evidencia científica que está en la base de los Acuerdos Plenarios 7-2007/CJ-116 y 4-2008-CJ-116]. En consecuencia, no puede ser calificado o calificada como menor de edad, haciendo abstracción de su evolución fisiológica y psicológica, a quien por ello debe extenderse, desde el ordenamiento penal, tal y como está configurado, una protección extraordinariamente diferenciada de las personas que tienen dieciocho o más años de edad. Frente a esta constatación, sin embargo, el vigente artículo 173°.3 CP no sólo extiende la protección penal propia al referido segmento etéreo: catorce años a menos de dieciocho años, sino que además fija una pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

El establecimiento de una edad de consentimiento sexual, sobre todo –como en el caso peruano- que no va acompañada de una diferencia de edad mínima (*age span*) para perseguir penalmente las relaciones sexuales, implica instituir una prohibición de ejercicio de la sexualidad [COUSO, JAIME: *La sexualidad de menores de edad ante el Derecho Penal*. Ponencia presentada entre el 11 y 14 de junio de 2009 en Asunción – Paraguay, página 34]. Incluso la Corte Suprema de Estados Unidos tiene precisado que plantear una incapacidad general y absoluta de los y las adolescentes menores de catorce o dieciséis años de consentir cualquier contacto o relación sexuales aparece como una negación de sus derechos de privacidad (entre otros, Gillik v. West Norfolk and Wisbech Area Health authority and another, House of Lords, del 17 de octubre de 1985).

Es claro que la indemnidad sexual, como bien jurídico, sólo comprende a los menores de catorce años porque se trata de niños que merecen toda la protección legal razonable que corresponda, y la agresión sexual en su agravio importa un prevalimiento clásico, en la medida en que por su condición

personal no pueden prestar consentimiento válido; carecen de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual, al no haber alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea. También es evidente que la libertad sexual, igualmente como bien jurídico, se entiende referida a las personas que pueden prestar un consentimiento válido de elegir y practicar la opción sexual que prefiere en cada momento. Esto es, al derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, a su capacidad de actuación sexual.

Este último argumento –que tienen libertad sexual-, sin duda, puede reclamarse en su esencia de los adolescentes. Ello no obsta, claro está, la incorporación de tipos legales o circunstancias que tomen en cuenta la particular evolución y desarrollo físico y psicológico de los adolescentes, como ha sido el caso de la vigente legislación punitiva.

- 6°. Que, en tal virtud, es de estimar si dicho precepto legal colisiona con otros del Código Penal, de suerte que tal antinomia debe resolverse aplicando la norma más favorable conforme lo dispone el artículo 139°.11 de la Constitución. Esta situación: reconocimiento de colisión de disposiciones vigentes, ha sido resuelta en ese sentido por los dos Acuerdos Plenarios antes indicados.

En efecto, el segmento etéreo analizado tiene diversas y contradictorias disposiciones jurídico penales. Cabe señalar lo dispuesto en los artículos 176°-A CP, 179°-A CP y 175° CP (Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ116, FJ 7), que reconocen lo constante de nuestro sistema punitivo: que el sujeto pasivo de diversos tipos legales que integran el Derecho penal sexual y que se refieren a adolescentes fijan como edad entre catorce años y menos de dieciocho años, casos en los que la protección penal viene condicionada por la presencia de otros elementos adicionales –que se requieren en el supuesto de los niños o niñas-, como el engaño o el aprovechamiento de una situación de prevalencia, superioridad o dominio en sus diversas manifestaciones del autor del hecho sobre la víctima. Esa lógica, como se denuncia en este Acuerdo Plenario, ha sido alterada por el numeral 3) del artículo 173° CP.

- 7°. Que, por otro lado, no puede dejar de reconocerse que el numeral 3) del artículo 173° CP es claro desde una perspectiva o método gramatical de interpretación de la ley penal: se sanciona como delito de agresión sexual agravada, de menores de edad, a los que tienen acceso carnal, sin interesar la voluntad de la víctima, cuando ésta tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho. Empero, como postula la doctrina, la interpretación gramatical o literal no suele ser suficiente; debe ser complementada con la interpretación lógico

sistemática, que busca el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley y su relación con otros preceptos, desde la perspectiva de la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico. Los términos legales no pueden interpretarse de manera aislada sino en relación al contexto en que se les utiliza, de modo que eviten las contradicciones cuando el legislador olvide el orden sistemático.

En atención a lo anteriormente expuesto, y si bien no puede desbordarse el sentido literal posible de las leyes –la interpretación gramatical opera como límite–, cabe aquí incorporar, más allá de una interpretación restrictiva, una determinación o un juicio de validez concreta de una norma, en la medida en que su texto, aisladamente apreciado, contradice otras disposiciones legales vigentes que regulan un ámbito común del fenómeno social regulado.

En este caso ya no se trata de reducir el ámbito del sentido literal propio de los términos del numeral 3) del artículo 173° CP: interpretación restrictiva, sino de entender que se presenta un supuesto de contradicción normativa intrasistemática, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable, tal como establece el artículo 139°.11 de la Constitución. La existencia de dos consideraciones simultáneas sobre la integralidad de un mismo fenómeno objeto de regulación jurídica -de reglas contradictorias aplicables al caso- obliga al juzgador a optar, desde los principios –que también son enunciados jurídicos–, por la norma más benigna, para lo cual se acude a una fuente del Derecho con autoridad y prestigio, como es el citado artículo 139°.11 de la Constitución, y que por lo demás es una norma válida que exige cumplimiento pleno.

- 8°. Que, en tal virtud, el enjuiciamiento jurídico o subsunción, de concreción de la norma, necesariamente abstracta y general, al caso objeto de análisis: agresión sexual con violencia o grave amenaza de una persona entre catorce años de edad y menos de dieciocho, se decanta por el artículo 170° CP, con exclusión del numeral 3) del artículo 173° CP. Ésta es la significación y el contenido correcto que en lo sucesivo han de tener presente los jueces, que precisa cuál es la norma válida para la subsunción objeto de análisis; su validez se afirma, básicamente, en que supone la afirmación de un principio reconocido universalmente por el Derecho Constitucional y Penal. Se invoca, pues, una razón autoritativa.

La conclusión asumida, propia de una sentencia de principio y no meramente de especie, cabe enfatizarlo: es compatible, desde el resultado final de la interpretación, subsunción y aplicación de la ley penal, con los principios, valores y garantías previstos en la Constitución –no se puede olvidar el

carácter normativo de la Constitución, la efectividad de los principios y derechos consagrados en ella, y la función jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia-. Es obvio, consecuentemente, que el sentido y el espíritu de todo el ordenamiento jurídico son definidos finalmente por la Constitución. Ésta fija el criterio de favorabilidad ante contradicciones de normas vigentes –aquí invocado expresamente-, así como reconoce la aplicación imperativa del principio de proporcionalidad. La justicia material no tendría lugar si se evade estas premisas y, como corolario, se aplica un precepto legal incoherente con las demás disposiciones de la ley sin atender a una regla superior destinada a superar las antinomias normativas.

Estos marcos de decisión están ceñidos a los límites y base dogmática que permite la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. La evaluación que aquí se efectúa –siempre imprescindible para dilucidar un conflicto de alcances significativos- (i) no es una ceñida a parámetros de oportunidad o de calidad –perspectivas autónomas de política criminal-, (ii) ni pierde conexión con el texto constitucional, cuyas normas y principios se invocan; (iii) respeta el principio de separación de poderes –no crea una respuesta jurídica al margen de una regla de Derecho-, y (iv) asume una fórmula reconocida para cubrir un supuesto de vacío o de incoherencia normativa.

Sr.
SAN MARTÍN CASTRO



MANUAL DE CASOS PENALES

LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO Y
SU IMPORTANCIA EN EL MARCO
DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

Mario Pablo Rodríguez Hurtado

Ángel Fernando Ugaz Zegarra

Lorena Mariana Gamero Calero

Horst Schönbohm