

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE TRUJILLO**  
**ESCUELA DE POSGRADO**  
**UNIDAD DE POSGRADO EN DERECHO Y CIENCIAS**  
**POLÍTICAS**



**“El límite de intervención delictiva en el ejercicio de defensa de los  
procesados en delitos de criminalidad organizada”**

**TESIS**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE**  
**DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**Autor : Ms. Perez Azabache, James Aldrin**

**Asesor : Dr. Santos Cruz, Teódulo Jenaro**

**Trujillo – Perú**

**2019**

**Registro N° \_\_\_\_\_**

## JURADO DICTAMINADOR

---

Dr. Marco Alfonso Celi Arévalo  
Presidente

---

Dr. Jorge Luis Cueva Zavaleta  
Secretario

---

Dr. Teódulo Jenaro Santos Cruz  
Asesor

BIBLIOTECA DE POSGRADO - UNT

## DEDICATORIA

Dedico este trabajo principalmente a Dios, por haberme dado la vida y permitirme el haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional.

A mi madre, pues a pesar de nuestra distancia física, siento que estás conmigo siempre y aunque nos faltaron muchas cosas por vivir juntos, sé que este momento hubiera sido tan especial para ti como lo es para mí.

A mi padre, por demostrarme su cariño y apoyo sin importar nuestras diferencias de opiniones.

A mi tío Alberto, a quien quiero como a un padre, por compartir momentos significativos conmigo y por siempre estar dispuesto a escucharme y ayudarme en cualquier momento.

**James Aldrin Perez Azabache**

BIBLIOTECA DE POSGRADO-UNT

## AGRADECIMIENTO

A través de estas líneas quiero expresar mi más sincero agradecimiento a todas las personas que con su soporte científico y humano han colaborado en la realización de este trabajo de investigación.

Muy especialmente a mi asesor de tesis, Dr. Teodulo Jenaro Santos Cruz, por la acertada orientación, el soporte y discusión crítica que me permitió un buen aprovechamiento en el trabajo realizado, y que esta tesis llegara a buen término.

Agradezco al Ministerio Público, institución a la cual pertenezco, a su Presidenta de la Junta de Fiscales Superiores de La Libertad, Dra. Carla Aurora León Aguilar, por el apoyo brindado para el acopio de los casos prácticos.

Finalmente, agradezco a mi familia por su comprensión, comunicación constante y apoyo. De manera muy especial a mi madre Norma Leonor quien ha estado a mi lado compartiendo mis alegrías y angustias, por el estímulo para que me supere día con día, el apoyo incondicional y la ayuda de siempre, en ella encontré las fuerzas necesarias para llegar hasta el final, esta tesis va dedicada a ella.

**James Aldrin Perez Azabache**

BIBLIOTECA DE POSGRADO - UNL

## RESUMEN

La presente investigación titulada “el límite de intervención delictiva en el ejercicio de defensa de los procesados en delitos de Criminalidad Organizada” analizó el límite entre los actos sancionables y no sancionables penalmente de quien presta sus servicios de abogado para una organización criminal. Para llegar a la hipótesis de que el límite de intervención delictiva en el ejercicio de defensa de los procesados en delitos de Criminalidad Organizada, es la realización de actividades neutrales en el ejercicio del patrocinio legal. Para ello, se analizó los 7 casos que fueron resueltos por la Corte Suprema respecto a los límites de intervención delictiva, identificando las cualidades más importantes como fueron: error de tipo, inocuidad de la conducta, cumplimiento de la función y los aspectos subjetivos, como elementos fundadores de la atipicidad objetiva de la conducta. Con tal objetivo, se utilizó el método universal, plasmado en el modelo de investigación presentado, el método general, el método deductivo con el que se encontró los elementos fundadores de la atipicidad en cada una de las sentencias, el método inductivo con el que pudimos apreciar que los elementos encontrados eran de aplicación para toda la sentencia. Es así como se desarrolló el decreto legislativo N° 1106, criminalidad organizada y formas de imputación penal, fundamentos ius filosóficos de los límites a la intervención delictiva, los límites de la intervención delictiva y la improcedencia de acción en la jurisprudencia.

Finalmente, se concluye que los límites de punibilidad y no punibilidad de las conductas propias del abogado en la organización criminal, está basado en el carácter inocuo de su conducta.

**Palabras claves:** abogado, organización criminal, atipicidad, prohibición de regreso, nexo causal.

## ABSTRACT

The present investigation entitled “the limit of criminal intervention in the exercise of defense of those prosecuted in crimes of Organized Criminality” determines the limit between the punishable and non-criminally punishable acts of those who provide legal services for a criminal organization. To arrive at the hypothesis that the limit of criminal intervention in the exercise of defense of those prosecuted in crimes of Organized Crime, is the realization of neutral activities in the exercise of legal sponsorship, it was determined what the limit of non-punitive action of the lawyer within a criminal organization, according to the judgments of the Supreme Court. For this, the 7 cases that were resolved by the Supreme Court regarding the limits of criminal intervention were analyzed, identifying the most important qualities such as: type error, safety of conduct, compliance with the function and subjective aspects, such as founding elements of the objective atypicality of behavior. With this objective, the universal method, embodied in the research model presented, the general method, the deductive method with which the founding elements of atypicality in each of the sentences, the inductive method with which we were able to be found was used appreciate that the elements found were applicable to the entire sentence. This is how legislative decree No. 1106, organized criminality and criminal charges, philosophical foundations of the limits to criminal intervention, the limits of criminal intervention and the lack of action in jurisprudence were developed.

Finally, it is concluded that the limits of punishability and non-punishability of the lawyer's own conduct in the criminal organization are based on the innocuous nature of his conduct.

**Keywords:** lawyer, criminal organization, atypicality, prohibition of return, causal link.

## ÍNDICE

|   |     |
|---|-----|
| DEDICATORIA.....  | iii |
| AGRADECIMIENTO .....  | iv  |
| RESUMEN .....   | v   |
| ABSTRACT .....  | vi  |
| <br>  |     |
| I. INTRODUCCIÓN.....  | 1   |
| 1.1.    Antecedentes, realidad problemática y justificación del problema: .....                               | 1   |
| 1.2.    Formulación del problema:.....  | 3   |
| 1.3.    Formulación de la hipótesis:.....   | 3   |
| 1.4.    Objetivos.....  | 3   |
| 1.4.1.    Objetivo general .....  | 3   |
| 1.4.2.    Objetivos específicos.....  | 4   |
| 1.5.    Variables.....  | 4   |
| 1.5.1.    Variable dependiente .....  | 4   |
| 1.5.2.    Variable independiente .....  | 4   |
| 1.6.    Marco teórico.....  | 5   |
| Tema 1.- El decreto legislativo N° 1106.....  | 5   |
| Tema 2.- Criminalidad organizada y formas de imputación penal .....   | 17  |
| Tema 3.- Fundamentos ius filosóficos de los límites a la intervención delictiva: La imputación objetiva ..... | 60  |
| Tema 4.- Los límites de la intervención delictiva: el principio de prohibición de regreso .....               | 77  |

|  |     |
|--|-----|
| Tema 5.- La improcedencia de acción en la jurisprudencia ..... | 94  |
| II. MATERIAL Y MÉTODO.....                                     | 130 |
| 2.1. Objeto de estudio:.....                                   | 130 |
| 2.2. Población y muestra .....                                 | 130 |
| 2.2.1. Población .....   | 130 |
| 2.2.2. Muestra .....   | 130 |
| 2.2.3. Unidad muestral.....                                    | 130 |
| 2.2.4. Tipo.....   | 130 |
| 2.2.5. Diseño.....   | 130 |
| 2.2.6. Procedimiento.....                                      | 131 |
| 2.3. Métodos y técnicas: .....                                 | 131 |
| 2.3.1. Métodos: .....  | 131 |
| 2.3.2. Técnicas:.....  | 132 |
| III. RESULTADOS .....  | 133 |
| 3.1. Resultado N° 1 .....                                      | 133 |
| 3.2. Resultado N° 2 .....                                      | 133 |
| 3.3. Resultado N° 3 .....                                      | 134 |
| 3.4. Resultado N° 4 .....                                      | 134 |
| 3.5. Resultado N° 5 .....                                      | 134 |
| IV. DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....                               | 135 |
| 4.1. Discusión de resultado N° 1.....                          | 135 |
| 4.2. Discusión de resultado N° 2.....                          | 140 |



|      |                                  |     |
|------|----------------------------------|-----|
| 4.3. | Discusión de resultado N° 3..... | 142 |
| 4.4. | Discusión de resultado N° 4..... | 144 |
| 4.5. | Discusión de resultado N° 5..... | 146 |
| V.   | CONCLUSIONES.....                | 150 |
| VI.  | RECOMENDACIONES .....            | 151 |
| VII. | REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:..... | 152 |

BIBLIOTECA DE POSGRADO - UNT

## I. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Antecedentes, realidad problemática y justificación del problema:

En la actualidad existen hasta ahora dudas respecto de la responsabilidad penal de aquellos actos que desde una postura causalista originan la comisión de un delito por parte de otro sujeto.

En el presente proyecto se analizó si el ejercicio de la abogacía, en favor de presuntos imputados por criminalidad organizada (extorsión, narcotráfico, etc.) constituye una participación en ella.

**Vojvodich Tocón** (2009): “Para un correcto tratamiento de la problemática del ejercicio de la abogacía, ha de estarse a los postulados de la teoría de la imputación objetiva, según el cual sólo se produce responsabilidad penal por un resultado prohibido” (p. 4).

Así también si el abogado se mantuvo dentro de los límites del riesgo permitido, es decir, si no sobrepasó el riesgo prohibido, no habrá responsabilidad jurídico penal. El principio de confianza habilita al abogado para poder confiar normativamente en que sus clientes se comportan conforme a Derecho, aunque se sabe que hay clientes que defraudan tales expectativas. Del mismo modo, un comportamiento profesional como el de la abogacía puede constituirse en un acto neutral, entonces no es punible, siempre y cuando dicho comportamiento queda suscrito a un rol social lícito”.

**Muñoz** (2014), señala:

“En un Estado de Derecho no se puede criminalizar el mero “saber”, porque, a contrario sensu, se paralizaría la interacción social y todo el mundo tendría que asegurarse de que su contribución no derivará en fines ilícitos. Por lo demás, siguiendo a Jakobs, el principio de autorresponsabilidad nos enseña que cada uno es competente de su esfera de organización, más no de la administración de las esferas de los demás: en el caso del abogado, este no tendría por qué responder de un contexto delictivo ajeno a la Criminalidad Organizada,

aunque administre un ámbito parcial del mismo. Como explica Jakobs, alguien puede hacerse cargo de una parte delimitada de lo que otro organiza, mientras éste mantiene la competencia organizativa sobre el contexto en el que se inserta dicha parte; pero quien se limita a organizar el ámbito parcial, no por esto resulta competente en relación con la organización del contexto. Si el abogado no es garante de la esfera de organización del cliente, de acuerdo a este principio de autorresponsabilidad, no se entiende porque deba interpretarse su cobro por la defensa como un acto de lavado, si casualmente llega a saber el origen espurio del dinero”. (p. 2-3).

Es por ello que hoy en día se **discute** si conductas lícitas relacionadas con el crimen organizado constituirían su participación en ella. De igual forma, el problema que nos ocupa se da obviamente cuando el letrado conoce (dolo directo) o al menos alberga la posibilidad (dolo eventual) sobre la regularidad de las operaciones formalizadas en su despacho o con su colaboración o asesoramiento.

En este contexto, la presente investigación pone en duda lo señalado por Vojvodich Tocón respecto al riesgo permitido como límite a la intervención penal del abogado de la organización criminal, toda vez que este concepto resulta ambiguo en este contexto que, como ya sabemos implican recomendaciones a personas involucradas en una organización y por lo tanto son por demás peligrosas.

Asimismo, si bien estamos de acuerdo con Muñoz respecto a que no debe increparse al abogado el cobro hecho a la organización criminal aun cuando conocía su origen delictivo, la delimitación de la responsabilidad penal se debe extender no solo a este sino a muchos otros aspectos.

En ese sentido, la presente investigación analiza múltiples casos en los cuales el abogado no debe ser penalmente responsable, aun cuando su conducta pueda influir en la decisión de

otros agentes, toda vez que su conducta se limita a aquellos actos propios de su cargo, a través de conductas neutrales.

Ahora bien, el desarrollar la temática respecto de la participación como integrante de una organización criminal en los casos de ejercicio de la abogacía importa en la medida en que se desarrollará el concepto de criminalidad organizada, del ejercicio a la defensa, la imputación objetiva y la inocuidad de la conducta, aportará a los operadores del derecho y a la comunidad en general una interpretación que permita resolver casos o cuestiones que se presenten referidas a los procesos de participación como integrante de una organización criminal en los casos de ejercicio de la abogacía.

Finalmente, el presente estudio permitirá determinar los límites de la imputación objetiva por resultado, así como los alcances de la conducta neutral. Así también, permitirá desarrollar los alcances de la criminalidad organizada.

## **1.2. Formulación del problema:**

¿Cuál es el límite de intervención delictiva en el ejercicio de defensa de los procesados en delitos de Criminalidad Organizada?

## **1.3. Formulación de la hipótesis:**

El límite de intervención delictiva en el ejercicio de defensa de los procesados en delitos de Criminalidad Organizada, es el cumplimiento de las funciones relativas al cargo, a través de la realización de actividades neutrales en el ejercicio del patrocinio legal.

## **1.4. Objetivos**

### **Objetivo general**

- Determinar cuál es el límite de actuación no punitiva del abogado dentro de una organización criminal, en las sentencias de la Corte Suprema, del periodo 1999-2019 a nivel nacional.

### **Objetivos específicos**

- Precisar la opinión de la Corte Suprema respecto del error de tipo como elemento fundamentador de la atipicidad objetiva de la conducta, en las sentencias del periodo 1999-2019 a nivel nacional.
- Establecer la opinión de la Corte Suprema respecto a la inocuidad de la conducta como elemento fundamentador de la atipicidad objetiva de la conducta, en las sentencias del periodo 1999-2019 a nivel nacional.
- Delimitar la opinión de la Corte Suprema respecto del cumplimiento de la función como elemento fundamentador de la atipicidad objetiva de la conducta, en las sentencias del periodo 1999-2019 a nivel nacional.
- Determinar la opinión de la Corte Suprema respecto de aspectos subjetivos como elemento fundamentador de la atipicidad objetiva de la conducta, en las sentencias del periodo 1999-2019 a nivel nacional.

### **1.5. Variables**

#### **Variable dependiente**

Límite de intervención delictiva.

#### **Variable independiente**

Cumplimiento del rol a través de conductas neutrales.

## 1.6. Marco teórico

### Tema 1.- El delito de lavado de activos

#### 1.6.1.1. Concepto

El lavado de activos de origen delictivo es un procedimiento que pretende ocultar, disimular y encubrir el origen ilícito de determinados bienes o el producto de actividades delictivas con la finalidad de convertirlos en otros bienes u actividades que resultan aparentemente lícitas.

En otras palabras, el lavado de activos podría considerarse como un servicio de apoyo que permite a los delincuentes disfrutar de los beneficios de su negocio de manera legal, es decir, se intenta cortar la relación existente entre un delito y los bienes producidos con esa conducta prohibida, dándole a los activos ilícitos la apariencia de lícitos a través de una serie de operaciones y su inyección en circuitos legítimos.

De la misma manera en que el fenómeno del lavado de activos hace su presencia en diversas actividades, siguiendo esa versatilidad su concepto no es único, pudiendo encontrar una multiplicidad de definiciones que se han generado desde su aparición.

En Perú, el lavado de activos se encuentra regulada en el Decreto Legislativo N° 1106, el cual reproduce en buena cuenta el tipo objetivo de los actos de conversión y transferencia (art. 1), y ocultamiento y tenencia (art. 2), de su antecedente inmediato, los arts. 1 y 2 de la Ley N° 27765, previendo incluso la misma sanción de pena privativa de libertad de 8 a 15 años y 120 a 350 días-multa.

A su vez, se ha independizado del art. 2 de la Ley N° 27765, conforme al texto reformado por el art. único del D. Leg. N° 986 de 22.7.07, los actos de transporte dentro y fuera del territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito, los

que han pasado a formar parte de una nueva modalidad específica de lavado de activos regulada ahora por el nuevo art. 3 del. D. Leg. N° 1106. (CARO, 2012, pág. 5)

La consideración de este “nuevo delito” como una modalidad de blanqueo de capitales, concuerda con la decisión del legislador de establecer la misma escala de penas que la prevista para los actos de conversión y transferencia, y ocultamiento y tenencia. (CARO, 2012, pág. 5)

El delito de lavado de activos se puede dar de diversas formas, así, Rosas señala que el análisis de la normativa internacional (Convenios de Viena, Palermo, de Mérida) permite hacer una primera clasificación de las conductas constitutivas de blanqueo de capitales. (ROSAS, 2014, pág. 143)

Así, el citado autor señala que, por un lado, están las conductas realizadas con la intención de ocultar o encubrir el origen de los bienes de procedencia delictiva, sin necesidad de que produzca tal ocultación o encubrimiento, a través de actos de conversión y transferencia.

Por otro lado, señala, están las conductas constitutivas de ocultación o encubrimiento de bienes de origen delictivo; y luego se introdujeron los actos de posesión o utilización de bienes de origen delictivo.

Tal normativa debe tenerse presente en la legislación peruana, toda vez que ella es producto de un gran análisis en el estudio y combate contra el lavado de activos a nivel internacional. Así, Schott señala que la tipificación del lavado de activos debe realizarse conforme a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988) –Convención de Viena- y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) –Convención de Palermo-. (SCHOTT, 2007, págs. 56-57)

Es por ello, que, en aras de cortar el comercio o circulación de bienes y ganancias de origen ilícito, la legislación nacional busca obstaculizar todas las rutas que dichos bienes pudieran tener, es por ello, que Rosas señala que la norma penal nacional, como sucede también en el Derecho Penal comparado, sanciona a todo el ciclo económico-comercial del blanqueo de activos. De esta manera, se reprimen las conductas de conversión y transferencia de los bienes, ocultamiento o encubrimiento de la procedencia, y, por último, la posesión, tenencia, adquisición, administración, utilización de activos ilícitos. (ROSAS, 2014, pág. 147)

La legislación en materia de lavado de activos, a diferencia del delito de encubrimiento o receptación, no busca evitar la persecución del delito previo, sino el obstaculizar el aprovechamiento de las ganancias de origen ilícito. Así, Rosas señala que la norma penal de lavado de activos no está dirigida a evitar la persecución del delito previo, como sucede con la receptación o encubrimiento real, el contenido de la ilicitud estriba en el distanciamiento progresivo de las ganancias de su origen para así dotarla de una apariencia de ilicitud y, de este modo, poderlas reinvertir en el mercado, siendo la modalidad delictiva generalmente más utilizada al reciclaje de los bienes ilícitos. (ROSAS, 2014, pág. 147)

El citado autor, señala que el lavado de activos es un delito de mera actividad, toda vez que un bien no es posible de exigir que sea completamente blanqueado. Es así como el citado autor señala que:

El legislador penal nacional, en su lucha contra el lavado de activos, ha estructurado los tipos penales que lo reprimen colocando el acento en el desvalor de la conducta, de tal manera que es un tipo penal de mera actividad. En ningún caso se puede tratar de un delito de resultado porque siendo el blanqueo un proceso perfectible, no puede



exigirse que un bien haya sido completamente blanqueado, sino que solo basta con la conducta orientada a realizar un proceso económico financiero que llevaría a su ilicitud. Se trata, dependiendo de la realización de la acción típica, de un delito de naturaleza instantáneo, continuada o permanente. (ROSAS, 2014, pág. 147)

Así mismo, el citado autor señala que:

Se trata, dependiendo de la realización de la acción típica, de un delito de naturaleza instantánea, continuada o permanente. Esto dependerá, en último caso, del proceso de blanqueo que utilice el sujeto activo del delito. Generalmente, la acción típica es una de naturaleza permanente. (ROSAS, 2014, pág. 147)

#### **1.6.1.2. Conversión y transferencia de activos de origen ilícito**

Para Rosas, la conversión de los activos de origen ilícito son actos tendientes a borrar el rastro de ilegalidad, incorporándolos a la economía legal, y, por tanto, garantizando su disfrute. Así, el citado autor señala:

La conversión y la transmisión de los capitales ilícitamente obtenidos constituyen los casos fundamentales de blanqueo, cuyo esquema más simple siempre se puede reconducir a una circulación de bienes tendientes a borrar el rastro de su ilegalidad, incorporándolos así plenamente a la economía legal y, por tanto, garantizando su tranquilo disfrute. En efecto, la interdicción de la adquisición, la conversión y la transmisión de bienes ilícitos, tienen por objeto el aislamiento del producto delictivo de la economía legal. (ROSAS, 2014, pág. 148)

##### **1.6.1.2.1. CONVERSIÓN**

Para Vidales, el acto de conversión es el proceso de transformación o sustitución de los activos de origen ilícito, de modo tal que resulten un bien diferente al original. Así, el citado autor señala que:

El acto de conversión es aquel proceso de transformación o sustitución que sufren los activos de origen ilícito (del delito previo) cuyo resultado es la obtención de un activo total o parcialmente diferente del originario. (VIDALES, 1997, pág. 100)

Prado señala que en un sentido amplio se considera lavado de activos a todas las formas posibles de colaboración o movilización del dinero, así, el citado autor señala que:

En un sentido amplio, se considera como tales a todas las formas posibles de colaboración o movilización primaria de dinero líquido, siendo incluso actos de conversión la recolección del dinero sucio ejecutada por el mismo agente de la operación de lavado. (PRADO, 2013, pág. 142)

Gálvez por su parte, señala que el proceso de conversión es el proceso de transformación por el que pasan los bienes que tienen origen ilícito, con un resultado total o parcialmente distinto. Así, el citado autor señala que:

Es el proceso de conversión es el proceso de transformación que sufren los bienes que tienen a su origen en la comisión de un delito, siendo el resultado un bien total o parcialmente distinto al originario. La conversión de los bienes de origen delictivo bien puede adquirir la forma de sustitución por otros bienes de distinta naturaleza o, manteniendo su naturaleza total o parcialmente, se puede crear o configurar una apariencia de licitud. (GALVEZ, 2009)

Conversión significa mudar o volver una cosa en otra, lo que, en el caso del lavado de activos, implica que el bien originario de procedencia delictuosa se transforme en otro. No interesa si esa transformación es reversible o no.

(GARCÍA, 2000, pág. 156)

La conversión implica la transformación de la naturaleza del bien, que se define como mudar o volver una cosa en otra. (Donna, 1999, pág. 540)

Por su parte, Caro señala que:

Los actos de conversión equivalen a la mutación del objeto material del delito, los bienes, efectos, ganancias, activos en general, se “lavan” mediante conversión cuando el autor los transforma en otros. Ello implica “transformar una cosa en otra, sustituir una cosa por otra para hacer desaparecer la que tenía su origen en el delito grave y traer en su lugar otra total o parcialmente distinta de origen completamente lícito o aparentemente lícito”. (CARO, 2012, pág. 5)

Por ello, señala, es indiferente si la conversión es reversible o no. La conversión puede ser material, por ejemplo, la fundición de joyas de oro en una barra o lingote de oro, y tales supuestos pueden darse por adición o supresión de una parte de la cosa. También puede ser inmaterial o ideal, por ejemplo, el depósito de dinero en efectivo en un banco se transforma en un crédito contra la cuenta o un apunte contable, o la adquisición de bienes muebles o inmuebles con dinero en efectivo de origen delictivo. (CARO, 2012, págs. 5-6)

Caro señala también, la diferencia entre la conversión propia y la conversión impropia, así, el autor señala que la conversión propia es aquella en la que los bienes de procedencia ilícita se convierten en bienes de la distinta naturaleza, mientras que en la conversión impropia los bienes son convertidos en bienes de la misma naturaleza. Así, el citado autor señala:

Como corolario de lo anterior, debe aceptarse que los bienes pueden ser convertidos en otros de igual (conversión impropia) o de distinta naturaleza (conversión propia), ejemplo de lo primero es el cambio de billetes de baja denominación por otros de alta denominación, y ejemplo de lo segundo es la compra de acciones en la bolsa de valores con un cheque de gerencia adquirido en un banco con dinero en efectivo de origen ilícito. (CARO, 2012, pág. 6)

#### **1.6.1.2.2. TRANSFERENCIA**

La “transferencia” es la cesión del bien a un tercero por cualquier título o forma, tanto la conversión como la transferencia de bienes con fines de blanqueo se realizan con el objeto de ocultar el origen ilícito de los bienes; ambas acciones suelen ocurrir recién en las fases de ensombrecimiento e integración del blanqueo. (ROSAS, 2014, pág. 156)

El acto de transferencia, entendido desde el punto de vista del derecho civil, es el traspaso o transferencia de un bien de una persona a otra.

Así, Cordero señala que, desde una perspectiva civil, se entiende la transmisión como “el traspaso o transferencia de un derecho de una persona a otra conservando el derecho a su identidad”.

La transmisión en derecho Civil presupone la condición de enajenable del bien o derecho. Tanto un hecho jurídico (la muerte del causante) como un acto voluntario (la compraventa) pueden ser causa de la transmisión. Con carácter próxima a la transmisión por acto voluntario, pero no coincidente, se menciona la enajenación, que se entiende de dos maneras: en un sentido amplio, equivalente al desprendimiento voluntario de un derecho por su

titular (incluidos supuestos en que no se produce un traslado del mismo a otro sujeto, como la renuncia al derecho); y en un sentido estricto, relativo a la transferencia de un derecho por acto inter vivos.

### **1.6.1.3. Ocultamiento y tenencia de activos de origen ilícito**

Las conductas típicas reunidas bajo el nombre “actos de ocultación y tenencia” están recogidas en el art. 2 del D. Leg. N° 1106 a través de ocho verbos típicos, se incluyen los actos de “adquirir”, “utilizar”, “guardar”, “administrar”, “custodiar”, “recibir”, “ocultar” y “mantener en su poder” los activos de origen ilícito. El texto original del art. 2 de la Ley N° 27765 recogía las mismas conductas, excepto la administración que fue incorporada en el año 2007 a través del D. Leg. N° 98639. A diferencia del tipo de conversión y transferencia del art. 1, el amplio casuismo del delito de ocultamiento y tenencia del art. 2 deriva del mismo carácter que tiene el art. 3.1 literales b.ii y c.i de la Convención de Viena de 1988 y que menciona las conductas de “ocultamiento”, “encubrimiento”<sup>40</sup>, “adquisición”, “posesión” y “utilización”. El art. 6.1 literales a.ii y b.i de la Convención de Palermo de 2000 recoge las mismas conductas, excepto el “encubrimiento” que la reemplaza por “disimulación”, supuesto que tampoco ha sido contemplado por la regulación peruana. (CARO, 2012, pág. 9)

Los actos de ocultamiento o tenencia, según señala Rosas, son aquellos que representan en la legislación penal a la fase final del proceso del lavado de activos (etapa de integración), estos actos son figuras delictivas que se encuentran atravesando el proceso de apariencia de la licitud, pero que ya pasaron los actos de conversión y transferencia. (ROSAS, 2014, pág. 159)

El ocultamiento o tenencia de activos de origen ilícito es posible de realizar con alguna de estas conductas:

#### **1.6.1.3.1. ADQUIRIR**

Rosas señala que el término adquirir no debe entenderse solamente como comprar u obtener la propiedad sobre un bien a título oneroso, sino que es equiparable a la toma de posesión de un cierto objeto, resultando indiferente el interés que tenga el sujeto activo al adquirir los bienes, pues podrá hacerlo para que estos pasen a formar parte de su patrimonio, para realizar posteriormente una transferencia o incluso para cambiarlos de naturaleza, lo importan, señala, es la posibilidad de que esos bienes sean incorporados posteriormente al tráfico económico.

Es así, que el citado autor señala que la toma de posesión de los bienes de origen delictivo o la incorporación al patrimonio de estos, que se lleven o no a cabo mediante un título y un modo, será suficiente a efectos de configurar la acción típica de adquirir, sea a título oneroso o gratuito.

#### **1.6.1.3.2. UTILIZAR**

Utilizar, según Rosas, es servirse de una cosa o usufructuar directa o indirectamente los bienes, no es necesario ser propietario del bien o tener el derecho sobre los mismos. Así, el término utilización se entiende a todo uso o empleo de bienes delictivos que no implique un cambio de titularidad.

Así, Prado señala que el término utilizar significa usar directa o indirectamente de los bienes lavados. En estos casos, señala, el agente usufructúa el bien cuyo dominio o propiedad corresponde a un tercero.

Por su parte, Gálvez sostiene que utilizar significa usar una cosa o bien, aprovechando sus bondades. Esto es, señala, implica aprovechar los activos provenientes de los delitos previos, sea de modo directo o indirecto,

independientemente del tiempo por el cual se use.

Respecto al término utilizar, Dino señala:

Sobre el primero de ellos, se descartan de plano los usos socialmente adecuados que no tienen por finalidad ocultar los activos de origen delictivo, y suele recurrirse a una interpretación gramatical, en la medida que la Real Academia de la Lengua Española define “utilizar” como “aprovecharse de algo”, entonces no se alude al simple uso de bien derivado de un delito anterior, es necesario que el autor “le saque provecho, sacarle el máximo rendimiento para sí o para un tercero y, en esos términos, también debe suponer un incremento patrimonial”, se trata por lo tanto de un uso en sentido amplio que incorpora la noción de disfrute o usufructo del bien<sup>61</sup>, sin que ello implique asumir la concepción civil de uso, disfrute o usufructo porque estamos ante conductas per se ilícitas. (CARO, 2012, pág. 12)

#### **1.6.1.3.3. ADMINISTRAR**

Administrar significa gestionar o conducir los bienes conseguidos de manera ilícita. Supone actos de gestión o conducción de los activos ya lavados. Así,

Prado señala que:

Estamos, pues, ante evidentes actos de tenencia, el agente dirige y gerencia formalmente el destino de los bienes, pero no tiene dominio sobre los mismos.

(PRADO, 2013, pág. 223)

Dino, respecto de administrar, señala:

No se trata aquí de la asunción de una posición de garante frente al patrimonio ajeno de modo que se reprima la administración infiel del gerente general, el director o el CEO de una empresa. En el contexto del lavado de activos la administración ilícita corresponde a los actos de gestión o manejo, de iure o de facto, del patrimonio propio o ajeno que tiene un origen delictivo, de manera que no existe énfasis alguno en la diligencia del gestor para manejar el objeto ajeno a favor de terceros, sino en la violación del deber de no introducir en el circuito comercial bienes de gestación ilícita, deber que en muchos casos es previo al derecho penal. Me refiero con ello a los llamados sujetos obligados, como los bancos, las financieras, las agencias de viaje, las empresas mineras, etc., que han sido identificados por la regulación administrativa, el sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, como actores en el mercado propensos a mantener contactos comerciales habituales con verdaderos o potenciales lavadores de activos, razón por la cual la regulación impone deberes específicos, un deber o posición de garante, a la gerencia y al directorio de los sujetos obligados, como nombrar un oficial de cumplimiento, implementar un sistema de prevención del lavado de activos<sup>64</sup> reportar a la UIF-Perú las operaciones sospechosas que se detecten. Entendido de esa manera, los actos de administración pueden involucrar la ordenación y organización de los bienes<sup>66</sup>, así como la optimización de su rendimiento, de las cualidades y los provechos que de él se pudieran obtener. Pero en la medida que los actos de administración pueden superponerse a otras conductas ya tipificadas de modo específico como actos de conversión o transferencia, ocultamiento o tenencia, la función político criminal del



verbo típico “administrar” no puede ser otra que llenar los vacíos de punición, cumpliendo por ende una función residual. (CARO, 2012, pág. 23)

#### **1.6.1.3.4. GUARDAR**

Guardar comprende proteger los bienes ilícitos de los actos de búsqueda de las autoridades, es así que quien guarda toma acciones destinadas a evitar que los bienes ilícitos sean encontrados o identificados por las autoridades.

De esta manera, Gálvez, respecto del término guardar, señala que:

Desde la perspectiva jurídica detenga una cosa con el fin de protegerla de peligros externos cualquiera sea su fuente, trátase de peligros lícitos o ilícitos. (GALVEZ, 2009, pág. 125)

De igual modo Rosas señala al respecto que:

En el caso del delito en análisis, “guardar”, implica cuidar o vigilar los bienes, dinero, efectos o ganancias, ocultándolos de la identificación de las autoridades, de la pesquisa o de las averiguaciones que las autoridades realicen sobre ellos; aun cuando en algunos casos no necesariamente implique vigilancia sino únicamente su ubicación en un lugar seguro.

Dino, por su parte, señala que: “Guardar involucra actos externos de protección física del bien, sin necesidad de ocultarlo, es poner los activos a salvo de los riesgos que pueden perjudicar su existencia o valor.” (CARO, 2012, pág. 9)

#### **1.6.1.3.5. CUSTODIAR**

Dino, respecto de la custodia, señala que: “En la custodia el autor va más allá,

si bien no ejerce en estricto actos de dominio ni posesión, ejecuta actos de vigilancia, cuidado y control sobre los bienes para que no se perjudiquen” (CARO, 2012, pág. 9)

#### **1.6.1.3.6. OCULTAR**

Así, Dino, respecto de los actos de ocultamiento, señala que:

En relación a los actos de ocultamiento, conforme al art. 2 del D. Leg. N° 1106 éstos deben recaer sobre los bienes de origen ilícito, y deben ser idóneos para evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, por ese motivo se considera que no sólo involucran el ocultamiento físico del bien, sino también el contable o jurídico, lo que da cabida a las modalidades de ocultamiento previstas en la Convención de Viena, que describe acciones que no afectan directamente a un bien, sino que ocultan o encubren algunas características relativas a los bienes, entre ellas la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o derechos relativos a ellos. (CARO, 2012, pág. 9)

## **Tema 2.- Criminalidad organizada y formas de imputación penal**

### **1.6.1.4. Criminalidad organizada**

Para la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

Transnacional, celebrada en el año 2000 *grupo delictivo organizado es:*

Un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Por su parte, el Consejo de Europa, señala que un grupo delictivo organizado es:

Por grupo criminal organizado se designa a un "grupo estructurado de tres personas o más, existente durante un cierto periodo de tiempo y que actúa concertado con el fin de cometer una o más infracciones graves, para obtener de ellas, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material, entendiéndose por "infracción grave, la infracción que dé lugar a una pena privativa de libertad cuyo máximo no pueda ser inferior a cuatro años o a una pena mayor.

De igual manera, el Consejo de Europa define a la organización delictiva como:

A los fines de la presente Decisión marco, se entenderá por "organización delictiva" una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Mientras que la organización estructurada es definida como:

Se entenderá por "organización estructurada" una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente

se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

El Código Penal Italiano, tipifica a la organización delictiva como:

El que forme parte de una asociación de tipo mafioso formada por tres personas o más será castigado con prisión de tres a seis años. Se castigará con la pena de prisión de cuatro a nueve años a aquellos que promuevan, dirijan u organicen la asociación, por este sólo hecho.

La asociación es de tipo mafioso cuando aquellos que forman parte de ella se aprovechan de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo o de la condición de sujeción y de omerte que se derivan de la misma para cometer delitos, para adquirir de modo directo o indirecto la gestión o el control de actividades económicas, de concesiones, de autorizaciones, contrataciones y servicios públicos o para obtener beneficios o ventajas injustas para sí o para otros, o con el fin de impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o de procurarse votos o procurárselos a otros en ocasión de consultas electorales.

Las disposiciones del presente artículo se aplican también a la camorra y a las otras asociaciones, cualquiera que sea su denominación local, que, valiéndose de la fuerza intimidatorio del vínculo asociativo, persiguen objetivos que se equiparan a los de las asociaciones de tipo mafioso.

Como vemos, en esta última definición se resalta el elemento de la fuerza de intimidación derivada del vínculo asociativo o de la condición de omertá que se deduce de esta posibilidad latente siempre de ejercicio de la violencia contra cualquiera que

no acepte sus exigencias o condiciones.

#### **1.6.1.5. Teoría del delito**

La teoría del delito es una construcción dogmática que busca sintetizar todas las conductas punibles en una sola construcción, de modo que puedan distinguirse todos sus elementos de una manera lógica objetiva.

De acuerdo al principio de la legalidad, nadie puede ser penado si no ha cometido un acto descrito previamente en la ley. Se designa a tal acción con el nombre de delito (lato sensu) y a la parte de la disciplina jurídica que lo estudia se llama teoría del delito. Tradicionalmente, el delito ha sido definido como la acción u omisión penada por la ley. Esta definición puramente formal figura frecuentemente en los antiguos códigos penales. (HURTADO, 1987, pág. 162)

La teoría del delito le sirve al derecho penal como base de su investigación y de su construcción dogmática, por ello, Hurtado señala que:

Este concepto descriptivo-normativo del delito sirve a la criminología sólo como un punto de partida para sus investigaciones, pero no es su objeto exclusivo o el fin de sus actividades. Como fenómeno social, el delito puede ser estudiado desde diferentes perspectivas. Puede ser considerado como un hecho puramente jurídico u observado en sus relaciones con la cultura, la religión y la moral. Por esto, no se puede obtener unanimidad en la manera de definir el delito. El concepto normativo debe, sin embargo, ser el punto de partida para las investigaciones criminológicas. (HURTADO, 1987, pág. 163)

##### **1.6.1.5.1. Tipicidad**

El código penal señala en la parte especial las conductas que están prohibidas en el ordenamiento peruano, o al menos, aquellas que están prohibidas en el

ordenamiento penal. Todo aquel que cometa una conducta que pueda ser subsumida en los casos señalados en el código penal, ha cumplido el primer elemento del delito: el tipo.

Como lo hemos señalado inicialmente, la norma jurídico-penal completa está constituida de dos partes: precepto y sanción. La primera, contiene la descripción de la acción humana que el legislador recurre a las notas esenciales referentes al autor, al acto y a la situación de hecho; las cuales fundamentan el contenido ilícito material de la infracción en particular. Es en este sentido restringido que denominamos tipo legal a tal descripción. (HURTADO, 1987, pág. 179)

Punto de partida e idea rectora de la elaboración del tipo legal es el bien jurídico. Al centro de todo tipo legal se encuentran los bienes jurídicos, los que son directamente lesionados o puestos en peligro mediante las acciones delictuosas. En razón a que los elementos a que recurre el legislador para elaborar el tipo legal se dirigen siempre al bien jurídico, éste tiene ese rol central. De allí que la determinación y el análisis del bien jurídico protegido constituyen un excelente medio de interpretación. El bien jurídico facilita, igualmente, la clasificación de los delitos en la parte especial de los códigos penales.

Los bienes jurídicos son bienes que la ley protege, en este caso, el ordenamiento penal sanciona a quien agrega un bien jurídico, con el propósito de evitar que las personas piensen en dañarlo.

Los bienes jurídicos no deber ser confundidos con los objetos sobre los cuales recae la acción delictuosa; por ejemplo, en el tipo legal del delito de robo,

el bien jurídico es el patrimonio y el "objeto", la cosa mueble ajena. En algunos casos, el bien jurídico y el objeto de la acción se confunden; por ejemplo, en el homicidio. (HURTADO, 1987, pág. 179)

Cuando una acción concreta reúne las características señaladas en un tipo legal, se dice que se adecua al tipo, que es una acción típica. La calidad de una acción de adecuarse a un tipo legal sería la tipicidad. A la acción de elaborar un tipo legal, se le designa con el término tipificar.

En la elaboración de los tipos legales, el legislador emplea elementos descriptivos y normativos; que sirven para individualizar tanto circunstancias externas (objetivas) como aquellas pertenecientes al mundo interno de las personas (subjetivas).

Los elementos descriptivos son conceptos tomados del lenguaje común que se refieren a "determinados estados y procesos corporales y anímicos", y que han de ser "comprobados caso por caso por el juez cognoscitivamente". Por ejemplo, "matar", "cosa", "para ponerla en circulación".

Los elementos normativos se refieren, por el contrario, a aquellos datos que no pueden ser, generalmente, representados e imaginados sin presuponer lógicamente una norma". Se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho". (HURTADO, 1987, pág. 180)

### **1.6.1.5.2. Antijuridicidad**

#### **A Concepto**

No toda conducta típica es un delito, se debe analizar también si tal conducta tiene una justificación, existen muchas justificaciones por las cuales una conducta que está contemplada en el código penal no es un delito, la mayoría de esas causales están señaladas en el artículo 20 del código penal.

La adecuación de un acto a la descripción legal comporta la violación de la norma prohibitiva o preceptiva que presupone la disposición penal. Pero esto no significa todavía que dicho acto sea antijurídico. Estando conformado el ordenamiento jurídico no sólo de prohibiciones y mandatos, sino también de preceptos permisivos, es posible que un acto típico no sea antijurídico.

Es por ello que Hurtado señala:

La simple adecuación de una acción a un tipo legal, no comporta la afirmación de su carácter antijurídico. Es necesario, además, que se compruebe la ausencia de toda causa de justificación. Por lo que es de matizar la afirmación de que la tipicidad no es sino un indicio de antijuridicidad, en el sentido de que también es un fundamento, porque un acto antijurídico es penalmente relevante sólo cuando se adecua a un tipo legal. Correcto es decir que esto último no "prueba" el carácter antijurídico del acto, ya que puede presentarse alguna causa de justificación. (HURTADO, 1987, pág. 186)

#### **B Causas de justificación**

Las causas de justificación que permiten declarar conforme al derecho actos que se adecuan a la descripción contenida en los tipos legales, son casos excepcionales, en los cuales la norma no puede ser respetada. El orden



jurídico permite entonces su violación. Admite, en consecuencia, la lesión del bien jurídico protegido.

### **a Legítima defensa**

#### i Concepto

La legítima defensa es el derecho a defenderse contra una agresión injustificada, este derecho se pondera con el derecho a no ser lastimado de la otra parte, de modo que quien se encuentre atacado, puede defenderse, aunque ello implique lesionar a su atacante, siempre y cuando tal lesión sea acorde a la afectación ilegítima.

#### ii Requisitos

##### *Agresión ilegítima*

La agresión ilegítima es una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, debe ser cometida por una persona, ya sea a través de una conducta comisiva u omisiva.

La agresión ilegítima, como su nombre lo indica, debe ser contraria a derecho, así, por ejemplo, no se considera agresión ilegítima al corte necesario que hace el médico cirujano durante una operación, o cuando se trata de una disputa promovida por ambas personas.

La legítima defensa aplica tanto contra quien dolosamente ataca, como contra un irresponsable o un no culpable, o contra quien pretende lesionar por un desconocimiento.

Así mismo, la agresión debe ser actual, no futura ni pasada, se dice que una agresión es futura cuando existe solo una amenaza de agresión futura, sin embargo, no existen razones suficientes para suponer que el ataque es inminente. Por Su parte, se dice que la agresión es pasada cuando esta ya ha

concluido, de modo tal que ya no puede ser “impedida”.

#### *Necesidad Racional del Medio*

Como venimos señalando, el medio a través del cual una persona puede defenderse debe ser el adecuado solo para impedir o detener el ataque, mas no para provocar un daño superior. Se debe emplear por tanto un medio adecuado, y proporcional a la necesidad.

Ello sin embargo es muy variable, toda vez que no siempre se cuenta con el medio idóneo para detener el ataque, sino que en determinadas circunstancias el único medio para defenderse tiene consecuencias lesivas mayores a las necesarias, siendo, sin embargo, la única forma de protección.

En nuestro país, y teniendo en cuenta la manera como ha sido previsto el requisito de la necesidad de la defensa, éste debe ser considerado teniendo en cuenta la proporcionalidad entre los bienes en conflicto y una cierta equivalencia entre los medios que emplean para rechazar el ataque y los utilizados por el agresor. Sin embargo, la correspondencia no debe ser absoluta, o determinada en forma matemática. Será examinada en la concreta situación en que se realiza la defensa, evitando todo formalismo. Se tomarán en consideración la intensidad de la agresión, la peligrosidad del agresor y la disponibilidad de medios que pueden ser utilizados. (HURTADO, 1987, pág. 190)

#### *Falta de Provocación suficiente*

Nuestro Código contiene una tercera condición, la "falta de provocación suficiente de parte del que hace la defensa". No se trata de una característica de la agresión ilegítima; esta interpretación concluiría afirmando lo

superfluo de esta tercera condición legal. Creemos que el legislador ha querido indicar que quien está en legítima defensa no debe haber provocado la agresión mediante una amenaza de cierta gravedad. (HURTADO, 1987, pág. 190)

## **b Estado de necesidad**

i Concepto

Mientras que en la legítima defensa la persona responde contra alguien que a través de su conducta agresiva le fuerza a reaccionar lesivamente, en el estado de necesidad existe una conducta lesiva frente a un daño o amenaza no provocada por el afectado.

El motivo por el que tal conducta es justificada es porque es el único medio para salvar al bien jurídico. Así, Hurtado lo define como: “Puede ser concebido teóricamente como una situación de peligro (presente o inminente), en la que la lesión de un bien jurídicamente protegido aparece como el único medio para salvar un bien del agente”. (HURTADO, 1987, pág. 192)

Así, encontramos similitudes en el estado de necesidad y la legítima defensa, incluso algunos autores consideran que el estado de necesidad es un caso especial de legítima defensa, sin embargo, Hurtado señala que: “Sin embargo, en el estado de necesidad propiamente dicho, el bien lesionado y el bien preservado son igualmente protegidos por la ley. El titular del bien jurídico que ha sido lesionado no merece este daño”. (HURTADO, 1987, pág. 192)

Así, el código penal señala en el artículo 20 inciso 4 lo siguiente:

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la

vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y
- b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro

ii Requisitos

***Peligro inminente e imposible de evitar de otra manera:***

El peligro debe ser inminente, es decir, debe ser observable que tal es actual, a su vez debe haberse corroborado que no existía un medio menos lesivo que hubiera podido evitar el resultado temido.

El peligro debe ser imposible de evitar de otra manera. Es decir, que el acto del autor debe ser necesario; debe constituir el único medio para alejar el peligro. Quien obra por necesidad está obligado, antes de lesionar el bien jurídico de un tercero, a determinar si él no puede preservar de otra manera su bien en peligro. Si es factible, él debe huir del peligro. El estado de necesidad tiene evidentemente un carácter subsidiario. (HURTADO, 1987, pág. 193)

*Proporcionalidad del medio*

El medio empleado para vencer el peligro debe ser el adecuado a la amenaza en pie, en este extremo si existe una gran similitud entre el estado de necesidad justificante y la legítima defensa, toda vez que en ambas se requiere adecuar la defensa a lo estrictamente necesario.

*Predominancia del bien jurídico amenazado*

Tal como señala el código penal, el medio para evitar el daño debe ser proporcional. La vulneración de esta regla significaría aceptar que los derechos de una persona están por encima de los derechos de otra, toda vez que no por proteger los bienes de una persona se pueda afectar bienes de mayor valor de otra.

**c Otras causas de justificación**

Existen otras causas de justificación que no serán comprendidas en el presente informe, toda vez que no son relevantes al objetivo buscado, sin embargo, debe tenerse presente que existe un límite poco claro respecto a que causas hacen de una conducta atípica o en su defecto, antijurídicas.

Tal situación es mayor, si tenemos en cuenta que los principios de imputación objetiva señalan, en base a las reglas planteadas, como atípicas muchas causas que antes hubieran podido ser consideradas atípicas.

Así, por ejemplo, como se analizará más adelante, Jakobs plantea que no existe una conducta típica cuando la persona actúa dentro de los límites que la ley le permite, aun cuando ello afecte los bienes de otros.

Este es el caso en la que la víctima no tiene derecho a exigir que se proteja su bien jurídico, así por ejemplo, según estos principios, quien se encuentra internado en un hospital, dependiendo de unas máquinas para vivir y por diversas razones el hospital puede ya desconectarlas, originando consigo la muerte del paciente, en tales casos, no es una conducta típica de quien desconecta las máquinas, ni de quien da la orden de desconectarlas, toda vez que se encuentran aún en el ejercicio legítimo de un derecho. Ello vemos que

está comprendido en el código penal en el artículo 20 inciso 8 que señala:

8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo;

### **1.6.1.5.3. Culpabilidad**

Existen muchos criterios bajo los cuales se requiere determinar la culpabilidad de un ilícito penal, siendo lo determinante constatar si se puede considerar responsable a un sujeto de la acción típica y antijurídica.

La respuesta a la cuestión por las condiciones determinantes de la responsabilidad criminal por la realización de un ilícito (una acción típica y antijurídica) ha sido intentada desde diversos puntos de vista. Todas estas respuestas establecen, desde su mira particular, las condiciones bajo las cuales el autor es considerado *responsable* por la acción típica y antijurídica. (BACIGALUPO, 1996, pág. 149)

Como ya hemos señalado, no se puede hacer una comprobación de la culpabilidad si antes no se ha constatado los elementos de la tipicidad y de antijuridicidad, así, Bacigalupo señala:

El contenido del concepto de culpabilidad está predeterminado por el concepto personal de lo ilícito. Lo ilícito es un presupuesto de la culpabilidad y esta, por lo tanto, importa una comprobación adicional. (BACIGALUPO, 1996, pág. 149)

En virtud del elemento de la culpabilidad se debe constatar si el sujeto tuvo la capacidad de comprender la antijuridicidad, así, por ejemplo, se considera que un niño no está en la capacidad de comprender el carácter delictuoso de

muchos actos, o una persona con retraso mental. Además, se debe constatar también que la cognoscibilidad de la antijuridicidad.

Es así que Bacigalupo señala que:

El punto de vista tradicional entre los seguidores del concepto personal de lo ilícito es tratar como contenido de la culpabilidad la *capacidad de motivación por la comprensión de la antijuridicidad*. En este sentido se distingue en primer término la cuestión de la *capacidad de comprender la antijuridicidad y de dirigir las acciones de acuerdo con esta comprensión* (la llamada imputabilidad), para hacer luego lo mismo con la cuestión de la *cognoscibilidad de la antijuridicidad* (la cuestión de la conciencia potencial de la ilicitud). (BACIGALUPO, 1996, pág. 149)

El autor es reprochable por haber actuado contrario a derecho, pudiendo no haber actuado así es por ello que la reprochabilidad depende de que el autor haya podido comprender el derecho y comportarse de acuerdo a él.

La razón de ser de estos elementos se explica porque la culpabilidad se define como un obrar contra el derecho "*pudiendo hacerlo en forma adecuada al derecho*". La capacidad de motivarse por el cumplimiento del derecho determina que la realización del ilícito sea reprochable y esa capacidad depende de que el autor haya podido comprender el derecho, comportarse de acuerdo con esa comprensión y podido conocer el derecho (es decir, la antijuridicidad). las causas de inculpabilidad no son elementos que eliminen esa capacidad, como se vio, pero que, de todos modos, marcan el mínimo de gravedad de la reprochabilidad para fundamentar un reproche. (BACIGALUPO, 1996, pág. 149)

### 1.6.1.6. Formas de imputación penal

#### 1.6.1.6.1. DELITOS IMPRUDENTES

Anteriormente la culpabilidad se dividía en dos categorías, la culpa y el dolo, así, se consideraba que un delito había sido cometido con dolo cuando el agente había tenido la intención de cometerlo, mientras que se consideraba con culpa cuando el agente no tuvo tal intención. De esta forma, todo delito antijurídico debía ser, en principio, doloso o culposo, cumpliendo de todas formas el elemento de la culpabilidad.

Hoy en día, el dolo implica el conocimiento y la voluntad de cometer un acto ilícito, mientras que en la culpa se requiere de la previsibilidad, es decir, debe ser previsible que el acto cometido traerá consigo el resultado lesivo.

No había entonces una clara distinción respecto del caso fortuito, siendo este definido por Hurtado como:

El límite de la culpabilidad es señalado por el caso fortuito, que "es el confín donde comienza lo imprevisible". Caso fortuito no significa ausencia de causa, ni se debe pensar únicamente en un suceso de la naturaleza. El caso fortuito siempre está en relación con un hacer u omitir humano. Lo que caracteriza al caso fortuito es la "imprevisibilidad del acontecimiento que se produce en relación causal con la actividad de un hombre o con su omisión".

(HURTADO, 1987, pág. 217)

Ya hemos visto que los Códigos penales no sólo contienen supuestos de hecho típicos dolosos, es decir, tipos en los que la finalidad del autor coincide con la realización del comportamiento prohibido (típico). Existen también supuestos de hecho punibles en los que el autor realiza el tipo *sin quererlo*,



pero como consecuencia de su obrar descuidado, negligente. Aquí el fundamento de la imputación es el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos. En el delito culposo, en consecuencia, finalidad y comportamiento no coinciden (a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos); esta discrepancia está compensada por la infracción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal.

### **A La infracción del deber de cuidado**

No podemos imputar a una persona todas las consecuencias de sus actos, toda vez que en ocasiones es la naturaleza o distintos cursos causales los que influyen en el resultado nuestros actos. Es por ello, que a fin de no quedar propuestos a “la mala suerte” solo debemos punibilizar aquellas conductas que hayan infringido un deber de cuidado.

Así, el código penal no permite la responsabilidad exclusivamente objetiva, en su artículo VII del título preliminar señala:

Artículo VII.- Responsabilidad Penal La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

El primer elemento de la tipicidad es, como dijimos, la infracción de un deber de cuidado. Los códigos penales no definen un deber de cuidado específico referente a cada situación, sino un deber genérico cuya infracción resulta punible, si se cumplen además los otros elementos del tipo penal que condicionan la punibilidad. Estas características de la ley exigen que, en cada situación, o sea en cada caso concreto que se juzgue se requiere concretar cuál era el deber de cuidado que incumbía al autor.

Es preciso, por lo tanto, definir el deber de cuidado una vez conocidas concretamente las circunstancias en las que se desarrolló la acción. La tipicidad de dicha acción se determinará, entonces, mediante la comparación de la acción realizada con la exigida por el deber de cuidado en la situación concreta. Ejemplo: el médico que debe intervenir sin demora a un paciente que sufrió un accidente en la vía pública y no dispone de los elementos necesarios para tomar medidas preventivas de una infección, no infringe el deber de cuidado si como consecuencia de ello se produce la infección; por el contrario, sí lo infringe el que, en el quirófano, disponiendo a todos los medios para tomar las medidas preventivas, las omite.

La definición del deber concreto de cuidado exige decidir qué circunstancias deberán tomarse en cuenta a estos efectos. Las opiniones se dividen entre los que consideran que el deber de cuidado concreto debe definirse objetivamente, es decir, sin tomar en cuenta las capacidades del autor del hecho, y aquellos que —por el contrario— dan lugar a las capacidades y conocimientos del autor y que proponen por ello un criterio individual.

## **B El riesgo permitido**

El riesgo permitido será analizado con mayor profundidad en el capítulo dedicado a la imputación objetiva, sin embargo, podemos señalar que la sociedad señala los límites de riesgo que está dispuesta a aceptar en aras de obtener los objetivos que como sociedad requiere.

En la vida social moderna el riesgo de la producción de lesiones de bienes jurídicos es paralelo al avance de la mecanización de la misma. Ello ha determinado que la protección de los bienes jurídicos no implique una

tendencia absoluta a la puesta en peligro y que, consecuentemente, se autorice —dentro de ciertos límites— la realización de acciones que entrañan peligros para bienes jurídicos, siempre y cuando se cumpla con ciertos cuidados. Puede hablarse, en consecuencia, de un *riesgo permitido*, es decir, de la tolerancia social de un cierto grado de riesgo para los bienes jurídicos. En tráfico automotor importa un grado mayor de riesgo de accidentes que la circulación a pie, pero se lo autoriza en función de las ventajas que globalmente produce a la vida social.

### **C La imputación objetiva del resultado**

Como en los delitos dolosos de resultado de lesión, el resultado debe ser imputable objetivamente a la acción que ha infringido el deber de cuidado. El peligro creado por esa acción es el que debe haberse concretado en el resultado y no otro. Este requisito de la tipicidad se designa como conexión de antijuricidad, con lo que quiere decirse que el resultado debe estar estrechamente ligado (ser imputable objetivamente) a la acción realizada sin el debido cuidado o la debida diligencia.

De aquí se deduce que, en general, no se dará la tipicidad si el resultado se hubiera producido, aunque el autor hubiera puesto el cuidado exigido. Hay, sin embargo, diversidad de opiniones respecto de si el juicio sobre la no producción del resultado requiere que se afirme la posibilidad o la seguridad de la misma. Desde nuestro punto de vista es suficiente con que la acción ajustada al deber de cuidado hubiera impedido posiblemente la producción del resultado.

### 1.6.1.6.2. ITER CRIMINIS

La punibilidad de una conducta no inicia con su consumación, sino en el inicio de los actos ejecutivos. El límite entre los actos punibles e impunes es muy difícil de determinar y no será analizado en el presente trabajo toda vez que no es su objeto de estudio, sin embargo, se hará una breve exposición del tema a efectos de delimitar que se entiende por tentativa y por delito consumado.

Respecto de los límites de la punibilidad, Bacigalupo señala:

La acción es punible *no solamente* cuando concurren todas las circunstancias que comportan el tipo objetivo y el subjetivo (*consumación*) (suponiendo que el autor sea culpable), sino también — bajo ciertas circunstancias— cuando *falte* algún elemento requerido por el tipo objetivo (tentativa). De esta forma entraremos en la cuestión de la delimitación del comienzo de la punibilidad. (BACIGALUPO, 1996, pág. 163)

#### A Etapas de realización del hecho punible doloso

##### a Ideación

La ideación comprende el proceso subjetivo, es decir, dentro de la mente del agente de lo que va a hacer y de cómo piensa llevar a cabo su cometido. Así, Bacigalupo señala que: “Se trata de un proceso interno en el que el autor elabora el plan del delito y propone los fines que serán meta de su acción, eligiendo a partir del fin los medios para alcanzarlo”. (BACIGALUPO, 1996, pág. 163)

### **b Preparación**

En la preparación el sujeto va a preparar todos los medios de los que (bajo su criterio) requerirá para cometer su objetivo. Bacigalupo lo define como: “Es el proceso por el cual el autor dispone de los medios elegidos, con miras a crear las condiciones para la obtención del fin”. (BACIGALUPO, 1996, pág. 163)

En la ley peruana, así como en el todo el derecho penal, no se pena ni la ideación ni la preparación.

### **c Ejecución**

Aquí comienza la punibilidad de una conducta, es la puesta en marcha de los objetivos trazados previamente, es decir, es la utilización de los medios que previamente había preparado.

### **d Consumación**

La consumación es el momento en que el delito se ha cometido en su totalidad, incluidos todos los elementos configurativos del tipo.

### **B Tentativa**

Se conoce como tentativa a aquel acto que ya ha alcanzado el estadio de la ejecución, pero que no llegó a concretarse por circunstancias ajenas al autor, es decir, la tentativa es un comportamiento ilícito iniciado, pero no terminado.

Así, el código penal señala en su artículo 16:

Artículo 16.- Tentativa En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.

El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

Este concepto es común a los casos en que, a pesar de la falta de

consumación del delito, la acción era adecuada para alcanzarla (tentativa idónea) y a los casos en que la acción carece de aptitud para alcanzar la consumación (tentativa inidónea). (BACIGALUPO, 1996, pág. 165)

La tentativa inidónea, es decir aquella que no es posible de concreción, no es punible, así lo señala el artículo 17 del código penal:

Artículo 17.- Tentativa impune No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto. Artículo

Del mismo modo, aunque ello ya no implica tentativa, quien se encuentra realizando actos ejecutivos, pero no los concreta, debido a que voluntariamente desistió de ellos, tampoco es punible, así, el artículo 18 del código penal señala:

18.- Desistimiento voluntario - Arrepentimiento activo Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado sólo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos.

### **1.6.1.6.3. AUTORIA Y PARTICIPACIÓN**

Los tipos penales están redactados, en esencial, bajo la comisión de una sola persona, redactando como agravante la comisión conjunta de más de una persona. Sin embargo, en la realidad tal comisión puede ser cometido por más de una persona, ya sea como un actuar conjunto o como un actuar asistido.

Es así, que existen diversas formas de imputación penal en el ámbito de la autoría, así, por ejemplo, puede haber autor, coautores, cómplices e inductores, del mismo modo, dentro del concepto de autor se distingue al

autor mediato y al autor directo, los cómplices a su vez se distinguen en cómplices primarios y cómplices secundarios.

### **A Autor**

Es difícil definir al autor, toda vez que depende del principio rector de cada escuela el poder identificar los elementos esenciales de la autoría, así, por ejemplo, la postura unitaria del autor señalaba que autor es quien daba una contribución causal, el concepto extensivo de autor señalaba que autor era quien tenía un “animus autoris”.

Por su parte, una postura más clara, tenía un concepto más restrictivo de autor y señala que el autor es quien comete la conducta preestablecida en el tipo penal, tal postura se divide a su vez en dos: la teoría objetivo formal y la teoría objetivo material.

La teoría objetivo formal, basándose en el principio de legalidad, señala que es autor quien realiza estrictamente la conducta típica, mientras que la teoría objetivo material señala que autor es quien realiza la contribución más importante.

Sin embargo, la teoría dominante por el momento, es la teoría del dominio del hecho, que señala que la autoría depende de quien haya tenido el dominio del hecho respecto del ilícito.

El código penal en su artículo 23 señala

Artículo 23.- Autoría, autoría mediata y coautoría

El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

Así, el código señala “el que realiza por sí”, haciendo referencia al autor inmediato, señala también “o por medio de otro” haciendo referencia al autor mediato y “los que lo cometan conjuntamente” para hacer referencia a los coautores.

#### **a Autor inmediato**

Se llama autor inmediato a quien realiza directamente, y no por medio de otro, la conducta ilícita. Así, por ejemplo, en el delito de matar, es autor inmediato quien personalmente disparó sobre la víctima, o el que arrancó la cartera de su propietaria en el delito de hurto.

#### **b Autor mediato**

El autor mediato por su parte, se sirve de otro para cometer el ilícito penal. la expresión “sirve de otro” no hace referencia a todo actuar de otro con provecho del autor mediato, así, por ejemplo, existen 3 modalidades de autoría mediata:

Autor mediato es el que dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica. (BACIGALUPO, 1996, pág. 189)

Valga aclarar que aquellos casos en los que se haga uso de una fuerza física irresistible no comprenden los casos de autoría mediata, a modo de ejemplo, si una persona toma la mano de su compañero y la lleva a la fuerza contra un vidrio, o la lleva a la fuerza a presionar un botón que podría producir un desborde de sustancias tóxicas, no estaría en un supuesto de autoría mediata, pues solo está usando su brazo como un objeto.



Los casos en que *falte la acción* del instrumento porque se lo utiliza mediante *fuerza física irresistible* o de una forma análoga, no dan lugar a autoría mediata sino a autoría directa. Ejemplo: el que, atropellado por un automóvil da contra los vidrios de un escaparate y rompe el cristal, o el que rompe el jarrón ajeno como consecuencia de un acto reflejo que le provoca el médico, no son instrumentos de un autor mediato, sino que, quienes ocasionaron el desplazamiento violento del cuerpo o el acto reflejo resultan autores *inmediatos*. (BACIGALUPO, 1996, pág. 191)

i Por coacción

En estos casos, el autor mediato obliga al ejecutor a realizar una conducta por medio de la coacción, dejándolo en imposibilidad de negarse, en estos casos, el ejecutor es consciente de que su actuar es antijurídico, pero lo hace por miedo a la coacción sobre él.

Es el caso de quien apunta con un arma a otro, a fin de que este dispare sobre una tercera persona.

ii Por desconocimiento

Se da cuando el agente aprovecha que el intermediario desconoce algún hecho fáctico, y por tanto no sabe de la ilicitud de la conducta, así, por ejemplo, quien le pide a otro que le alcance un saco, engañándole que tal saco le pertenece, comete el delito de hurto a través de una autoría mediata.

iii Por aparatos organizados de poder

Se puede cometer un acto ilícito a través de la autoría mediata por aparato organizado de poder, para ello se requiere de la fungibilidad del intermediario y el dominio del hecho del autor mediato.

La autoría mediata solo adquiere una fundamentación adecuada a través de

la teoría del dominio del hecho. La teoría formal-objetiva no puede alcanzar tal fundamentación especialmente ya que su punto de partida es demasiado estrecho y en realidad reduce todos los delitos a delitos de propia mano. Sin embargo, la teoría formal-objetiva trató de superarlo sin contradicción mediante la llamada "*teoría de la preponderancia*", que procura remplazar la falta de la acción personal de ejecución, mediante una ampliación del concepto de autor para los casos de autoría mediata. De esta forma la falta de autoría directa resultaría compensada por otros elementos del delito, que son presupuestos de la punibilidad, que residen en el ámbito de la culpabilidad y que sólo concurren en el autor.

Así, por ejemplo, en el caso de la producción de un resultado mediante un instrumento que obra de acuerdo a derecho, porque lo ampara una causa de justificación, la autoría mediata resulta fundamentada porque, el que obra detrás del instrumento tiene una "preponderancia en el ámbito de la antijuricidad".

### **c Coautor**

Según la teoría del dominio del hecho son coautores los que toman parte en la ejecución del delito co-dominando el hecho. La coautoría es propiamente autoría. Por lo tanto, los elementos de la autoría deben ser compartidos por el coautor. En este sentido el coautor debe tener en primer lugar el co-dominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales) así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito concreto.

Coautoría, en el sentido de co-ejecución de la acción típica sólo es posible

en los delitos dolosos de comisión. Tampoco puede haber coautoría culposa, porque el delito culposo se caracteriza —como la omisión— por la violación de un deber (en el caso de la culpa se trata de un deber de cuidado) y esto no es susceptible de partición ni de división.

El elemento esencial de la coautoría es el codominio del hecho. Este elemento ha sido 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 a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo.

El co-dominio del hecho es consecuencia de una decisión conjunta al hecho. Mediante esta decisión conjunta o común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al hecho: uno de los autores sostiene a la víctima y el otro la despoja de su dinero; cada aporte está conectado al otro mediante la división de tareas acordadas en la decisión conjunta.

Problemático es distinguir esta decisión conjunta que fundamenta la coautoría de la división de tareas acordada de ordinario entre autor y cómplice o cooperador. Las opiniones están divididas. El criterio correcto de distinción debe establecer si la división de tareas acordada importa o no subordinación de unos respecto de otro o de otros. Para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito.

## **B Participación**

Estas formas fueron caracterizadas como "fundamentos de extensión de la pena " O del tipo penal. Esto significa que la participación no da lugar a un tipo autónomo, a un delito en sí, sino a un "tipo de referencia" o "concepto de

referencia". No es posible la participación si no se la conecta a un hecho punible cuyo autor es otro, distinto del partícipe. La extensión de cualquiera de los tipos de la parte especial a otras conductas que no son su comisión misma, sólo es posible mediante el dispositivo técnico que proporcionan las reglas referidas a la participación en sentido estricto (instigación y complicidad).

#### **a Instigador**

Instigador es el que determina directamente o induce a otro a cometer un hecho punible, es decir, instigar es crear en otro (el autor) la decisión al hecho punible (dolo).

Determinar o inducir a otro a la comisión del hecho punible significa que el instigado debe haber formado su voluntad de realización del hecho como consecuencia directa de la acción del instigador. La instigación a un delito que el autor ya decidió cometer es por lo tanto imposible. En tal caso sólo queda por analizar si puede tratarse de una tentativa punible de instigación.

Los medios por los cuales se crea en otro el dolo del hecho son indiferentes. Tanto son medios adecuados los beneficios prometidos o acordados al autor como la coacción u otra amenaza, mientras el autor, naturalmente, no pierda el dominio del hecho, pues en este caso estaríamos ante un supuesto de autoría mediata. De todos modos, se requiere en todos los casos una concreta influencia psicológica. El simple crear una situación exterior para que otro se decida al delito no es suficiente.

La instigación requiere siempre una conducta activa; la instigación por omisión no es en general admisible como forma de instigación. No se requiere

que el instigador haya tenido que vencer una determinada resistencia por parte del autor.

El instigador debe obrar dolosamente. El dolo eventual es suficiente. Vinculado con esta cuestión se encuentra el problema del llamado "agente provocador". El que instiga con el objeto de hacer incurrir a otro no en la consumación, sino sólo en tentativa, es considerado como no punible, pues la instigación se dice— requiere una voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico. Consecuentemente si el agente provocador contempla la posibilidad de que la acción del provocado alcance la consumación e, inclusive, una irreparable lesión del bien jurídico, habrá que admitir la instigación punible del agente provocador.

La voluntad del instigador debe estar dirigida a la provocación de un delito concretamente determinado. Una instigación indeterminada es insuficiente. Sin embargo, no se requiere una total precisión jurídica del hecho. Es suficiente también con que el instigador haya determinado dentro de sus rasgos fundamentales el hecho al que instiga. Las conductas instigadas que realizan el tipo de delito al que instigó el instigador son en este sentido suficientes, aun cuando puedan presentarse variedades en la modalidad de ejecución no previstas por el instigador.

### **b Cómplice**

Se conoce como cómplice a quien ayuda a la concreción de un delito, sin cometerlo, su función es solamente accesoria. La condición esencial de la participación es que el partícipe no haya realizado la acción típica. Esta delimitación negativa no debe entenderse en un sentido formal, sino material:

es preciso que el partícipe no haya tenido el dominio del hecho.

Cómplice, en sentido amplio, es el que dolosamente coopera en la realización de un delito doloso. La cooperación presentada puede serlo tanto por medio de *hechos* como de *consejos*. El aporte, en consecuencia, no debe ser necesariamente causal material. La cooperación debe ser *dolosa*. El cómplice debe saber que presta un aporte a la ejecución de un hecho punible.

El aporte debe ser "*co-causal*" respecto al hecho del autor principal. Sin embargo, no se trata de una causalidad en el sentido de la teoría de la condición: rigen aquí las reglas de la imputación objetiva y ello da lugar al problema de si deben imputarse objetivamente al cómplice las circunstancias causadas *antes* de su participación. En consecuencia, una complicidad por omisión no podría darse si se sostiene que el omitente no es causal respecto del resultado.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la co-causación no debe juzgarse desde puntos de vista estrictamente causales, la omisión también puede ser una forma de complicidad cuando ha tenido por efecto *facilitar* la comisión del hecho.

La diferencia de importancia del aporte al hecho principal determina diferencias en el grado de responsabilidad del partícipe, de esta manera, tenemos la figura del cómplice primario y el cómplice secundario.

El cómplice primario o el cooperador necesario es el que en la etapa de la *preparación del hecho* aporta al hecho principal una contribución sin la cual el delito no hubiera podido cometerse.

Bacigalupo, a fin de distinguir al cómplice primario del secundario, y al cómplice primario del coautor, señala que la figura del cómplice primario requiere de dos elementos:

Dos elementos caracterizan esta forma de complicidad:

1. *La intensidad objetiva de su aporte al delito*: sin él el hecho no hubiera podido cometerse; y

2. *El momento en que realiza el aporte*. Quien pone una condición sin la cual el delito no hubiera podido cometerse *sólo será cómplice si no toma parte en la ejecución*, sino sólo en la preparación del hecho. Si intervino en la ejecución sería coautor pues con un aporte decisivo hubiera tenido el dominio del hecho.

Ejemplo: El gerente de un banco que brinda a los autores *antes de la ejecución* la clave de la cerradura del tesoro que estos utilizarán en la ejecución del asalto, es cómplice primario. Si en cambio, el gerente concurre con los autores a la ejecución del hecho y abre el tesoro, aprovechando su conocimiento de la clave, será coautor. (BACIGALUPO, 1996, págs. 210-211)

El cómplice secundario en cambio presta una ayuda que no es esencial para la consecución del ilícito penal, o una ayuda que hubiera sido fácilmente obtenida por otra persona. Así también, la ayuda del cómplice secundario pudo haber sido obtenida de otro modo.

*El cómplice o cómplice secundario*. El cómplice (art. 16 del Código Penal español) o cómplice secundario sólo es caracterizable negativamente; es el que ha prestado una colaboración que no es indispensable para la comisión del delito. (BACIGALUPO, 1996, pág. 211)

La única distinción que corresponde hacer entre los cómplices es la relativa a su aporte al hecho principal, y al momento de la participación, que son presupuestos para determinar la pena aplicable. El concepto de complicidad es uno solo.

Desde el punto de vista del momento del aporte de estos cómplices sólo cabe señalar que puede darse tanto en la etapa de la preparación como en la etapa de la ejecución. No hay —como se dijo— una complicidad posterior a la consumación, ni siquiera cuando se cumple una promesa anterior al delito: lo que determina la complicidad es la promesa anterior. Si esta promesa no tuvo incidencia en el hecho no habrá complicidad, pero si la tuvo habrá complicidad aun cuando luego no se la cumpla. El que promete asegurar y guardar el botín a quienes han decidido un robo es cómplice si los autores han contado con esa ayuda para la comisión del hecho, aun cuando el hecho quede en tentativa y no haya luego botín a asegurar y por tanto falte la posibilidad de cumplir la promesa.

#### **1.6.1.6.4. OMISIÓN**

La mayoría de delitos están redactados bajo la forma comisiva, sin embargo, son posibles de aplicar a un actuar omisivo. la omisión, en palabras sencillas, es el actuar ilícito a través de la no-ejecución de una conducta.

El código penal, en su artículo 13 señala que:

Artículo 13.- Omisión impropia El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:



1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.
2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada.

Los delitos de omisión pueden ser a su vez, propios e impropios. Son delitos de omisión propios aquellos señalados en la ley como tal, por ejemplo, en el código penal peruano es delito el no prestar socorro (omisión de socorro), el no pagar una pensión de alimentos cuando este ya ha sido resuelto por el juez, etc.

Los delitos de omisión impropia por su parte, son delitos que han sido redactados de manera comisiva, pero que debido a una responsabilidad son penados también bajo una modalidad omisiva.

Así, Bacigalupo señala que:

Los delitos de comisión reconocen dos especies: delitos propios y delitos impropios de omisión. Existen diversas opiniones referentes a la forma en que se deben caracterizar la propiedad o impropiedad del delito. Desde un punto de vista formal se sostiene que la impropiedad reside en la falta de tipificación en la ley penal de la llamada comisión por omisión. (BACIGALUPO, 1996, pág. 225)

Desde otro punto de vista se sostiene que los delitos propios de omisión contienen un mandato de acción que ordena realizar una acción, sin tomar en cuenta a los efectos de la tipicidad si esta evitó o no la lesión del bien jurídico.

Los delitos impropios de omisión, por el contrario, requieren evitar la producción de un resultado: la realización del tipo depende, por lo tanto, de

la producción del resultado.

Los delitos propios de omisión, por el contrario, sólo son punibles si están expresamente tipificados.

### **1.6.1.7. La imputación penal del abogado en aras del D.L. 1249**

#### **1.6.1.7.1. Impunibilidad en los criterios de imputación objetiva**

Como se verá más adelante, los criterios de imputación objetiva expuestos por Jakobs señalan como impunes ciertas conductas en las que el agente se encuentra involucrado con el hecho, al menos involucrado de forma causal, y es que para que se impute penalmente a alguien no basta que exista un involucramiento con el hecho lesivo, sino que debe haber una responsabilidad u obligación de hacer o no hacer algo, responsabilidad que al ser transgredida quebrante el rol de esa persona y por tanto, la hace imputable del hecho.

#### **1.6.1.7.2. Responsabilidad penal como delito independiente**

Sin embargo, nada quita que el mismo agente que es impune por una conducta lesiva al no cumplir los requisitos que señala la imputación objetiva, sea responsable penalmente por otro acto relacionado al primer hecho.

A modo de ejemplo, quien va conduciendo y encuentra a un hombre moribundo en la carretera y aun así no lo ayuda, muriendo aquel hombre unas horas después. Según los criterios de imputación objetiva, el conductor solo es responsable penalmente si tenía algún rol que lo obligaba a ayudar al moribundo, como por ejemplo ser un familiar suyo, si, por el contrario, no existe ningún rol que lo obligue, no responde penalmente por la muerte del sujeto.

Ello se debe a que, según estos criterios, el conductor no está obligado a ayudar a la persona y por tanto el estar involucrado en el hecho no es suficiente, sin embargo, se debe tener muy presente que la impunidad del suceso se limita a la muerte del moribundo, más nada impide que sea punible por algún hecho asociado a su actuar.

Así, por ejemplo, en Perú, así como en la mayoría de países occidentales, está tipificado el delito de omisión de auxilio, en la que se pena a quien no presta ayuda a quien se encuentra herido o en peligro. De este modo, en el caso que acabamos de señalar, el conductor si respondería por un delito de omisión de auxilio, delito de omisión propia, que, por ser propio, no requiere de la ejecución de ningún otro autor.

#### **1.6.1.7.3. Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas como delito independiente**

Por delito independiente entendemos un delito que no se encuentra vinculado con otro, aun cuando el actuar del agente puede estar involucrado, al menos causalmente, con otro delito.

En el ejemplo del conductor y el moribundo, el conductor estuvo involucrado causalmente con la muerte del moribundo, toda vez que si él lo hubiera ayudado el moribundo se hubiera salvado, sin embargo, no se imputa al conductor la muerte (delito de homicidio) del moribundo, sino un delito independiente, distinto al homicidio, que es la omisión de auxilio, tipificado en el artículo 127 del código penal.

Artículo 127.- Omisión de auxilio o aviso a la autoridad El que encuentra a

un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero o se abstiene de dar aviso a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con treinta a ciento veinte días-multa.

Es oportuno entonces señalar el delito de Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, tipificado en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1106 DECRETO LEGISLATIVO DE LUCHA EFICAZ CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS Y OTROS DELITOS RELACIONADOS A LA MINERÍA ILEGAL Y CRIMEN ORGANIZADO.

El delito en mención señala:

Artículo 5°: Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas

El que, incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal. La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal.

#### **1.6.1.7.4. Obligados por el artículo N° 5 del D.L 1106**

Ahora bien, cabe señalar ahora quienes están obligados por el artículo N° 5 del D.L. 1106, así, el artículo en mención señala: “El que, incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias”. Cuando el artículo en mención señala “las leyes y normas reglamentarias” se refiere a la ley 29038 Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-PERÚ) a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones, Asimismo, cuando refiere “a la autoridad competente” indica a la UIF-PERÚ.

Respecto a las personas obligadas a reportar dichas operaciones, debemos guiarnos en la ley en mención, la ley N° 29038, en cuyo artículo 3 señala a las personas obligadas a informar, sin embargo, dicho artículo ha sido modificado recientemente por el Decreto Legislativo 1249 Decreto Legislativo que Dicta Medidas Para Fortalecer La Prevención, Detección y Sanción del Lavado de Activos y el Terrorismo.

Así, con dichas modificaciones, las personas obligadas a informar son:

“Artículo 3.- De los sujetos obligados a informar

3.1. Son sujetos obligados a informar y, como tal, están obligados a proporcionar la información a que se refiere el artículo 3 de la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera – Perú e implementar el sistema de prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, las personas naturales y jurídicas siguientes:

- 1) Las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros y las demás comprendidas en los artículos 16° y 17° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 y los corredores de seguros.
- 2) Las empresas emisoras de tarjetas de crédito.
- 3) Las cooperativas de ahorro y crédito.
- 4) Las que se dedican a la compraventa de divisas.
- 5) Las que se dedican al servicio postal de remesa y/o giro postal.
- 6) Las empresas de préstamos y/o empeño.
- 7) Los administradores de bienes, empresas y consorcios.
- 8) Las sociedades agentes de bolsa, las sociedades agentes de productos y las sociedades intermediarias de valores.
- 9) Las sociedades administradoras de fondos mutuos, fondos de inversión y fondos colectivos.
- 10) La Bolsa de Valores, otros mecanismos centralizados de negociación e instituciones de compensación y liquidación de valores.
- 11) La Bolsa de Productos.
- 12) Las que se dedican a la compra y venta de vehículos, embarcaciones y aeronaves.
- 13) Las que se dedican a la actividad de la construcción y/o la actividad inmobiliaria.

- 14) Los agentes inmobiliarios.
- 15) Las que se dedican a la explotación de juegos de casinos y/o máquinas tragamonedas, y/o juegos a distancia utilizando el internet o cualquier otro medio de comunicación, de acuerdo con la normativa sobre la materia.
- 16) Las que se dedican a la explotación de apuestas deportivas a distancia utilizando el internet o cualquier otro medio de comunicación, de acuerdo con la normativa sobre la materia.
- 17) Las que se dedican a la explotación de juegos de lotería y similares.
- 18) Los hipódromos y sus agencias.
- 19) Los agentes de aduana.
- 20) Los notarios.
- 21) Las empresas mineras.
- 22) Las que se dedican al comercio de joyas, metales y piedras preciosas, monedas, objetos de arte y sellos postales.
- 23) Los laboratorios y empresas que producen y/o comercializan insumos químicos y bienes fiscalizados.
- 24) Las empresas que distribuyen, transportan y/o comercializan insumos químicos que pueden ser utilizados en la minería ilegal, bajo control y fiscalización de la SUNAT.

25) Las que se dedican a la comercialización de las maquinarias y equipos que se encuentran comprendidos en las Subpartidas nacionales N° 84.29, N° 85.02 y N° 87.01 de la Clasificación Arancelaria Nacional.

26) Las que se dedican a la compraventa o importaciones de armas y municiones.

27) Las que se dedican a la fabricación y/o la comercialización de materiales explosivos.

28) Las que se dedican a la financiación colectiva o participativa y que operan a través de plataformas virtuales.

29) Los abogados y contadores públicos colegiados, que de manera independiente o en sociedad, realizan o se disponen a realizar en nombre de un tercero o por cuenta de este, de manera habitual, las siguientes actividades:

a. Compra y venta de bienes inmuebles.

b. Administración del dinero, valores, cuentas del sistema financiero u otros activos.

c. Organización de aportaciones para la creación, operación o administración de personas jurídicas.

d. Creación, administración y/o reorganización de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas.

e. Compra y venta de acciones o participaciones sociales de personas jurídicas.

La información que estos sujetos obligados proporcionan a la UIF-Perú se restringe a aquella que no se encuentra sujeta al secreto profesional.



#### **1.6.1.7.5. Implicancias penales derivadas del D.L. 1106**

Para detallar las implicancias penales derivadas del D.L. 1106 debemos iniciar señalando que el delito derivado de este decreto legislativo es un delito independiente, por tanto, quien, con su conducta, configure el delito de Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas no tendrá participación en delitos conexos a ellos. De este modo, quien no comunique de operaciones y/o transacciones sospechosas no se verá involucrado en los delitos de narcotráfico, extorsión, secuestro ni ningún otro delito precedente del delito de lavado de activos.

Respecto al delito en mención, omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, tal delito se configura por el hecho de no comunicar dichas operaciones, por tanto, es irrelevante si su omisión trajo consecuencias lesivas, el delito se configura por la sola omisión de informar.

Aun así, el delito no habla de quien no informa de operaciones sospechosas, como transporte de químicos que podrían destinarse a la producción de drogas, o de quien no importa de habituales llamadas intimidadoras a un gran número de personas, por el contrario, dicho artículo señala respecto a la omisión de informar operaciones de índole comercial financiero, como son:

- a. Compra y venta de bienes inmuebles.
- b. Administración del dinero, valores, cuentas del sistema financiero u otros activos.
- c. Organización de aportaciones para la creación, operación o administración de personas jurídicas.
- d. Creación, administración y/o reorganización de personas jurídicas u otras

estructuras jurídicas.

e. Compra y venta de acciones o participaciones sociales de personas jurídicas.

#### **1.6.1.7.6. Afectación al derecho de defensa**

Dicho artículo, a nuestro parecer, no afecta el derecho de defensa, ni la libertad de ejercicio de la profesión del abogado (ni contador), toda vez que su trabajo es únicamente informar de determinadas operaciones, obligación que ha sido impuesta a numerosas entidades, especialmente bancarias, desde hace mucho tiempo, no exigiendo a ambos profesionales, el rompimiento de su secreto profesional.

Y es que el artículo en mención solo hace referencia a determinadas operaciones, mas no exige al abogado ni al contador a contar respecto de declaraciones o secretos que podrían perjudicar o afectar la condición de su defendido en un proceso penal, ello queda claro en el último párrafo del artículo en mención cuando señala que: “La información que estos sujetos obligados proporcionan a la UIF-Perú se restringe a aquella que no se encuentra sujeta al secreto profesional”.

#### **1.6.1.7.7. Casos**

A modo de ejemplo describiremos un caso, en el que analizaremos el supuesto bajo los lineamientos de un delito dependiente, y de un delito independiente.

Jorge es líder de una mafia y le cuenta a Juan que espera un cargamento de droga el día miércoles a las 7pm en su departamento (el departamento de Jorge), a lo que Juan decide no comunicarle a ninguna autoridad competente.

Como delito dependiente de tráfico de drogas, Juan no es responsable penalmente, aun cuando pudo haber dado parte a las autoridades, ello se debe a que nada obliga a Juan a involucrarse por dicha conducta, toda vez que él no tiene ningún rol que lo obligue a informar del hecho, por tanto, Juan no puede ser inculcado como cómplice (ni ninguna otra figura participativa) de tráfico de drogas.

Por el hecho de no haber comunicado, como delito independiente, es decir, como omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, tampoco puede ser inculcado, toda vez que Juan ni siquiera cumple un rol correspondiente a dicho artículo, es decir, no es el abogado, ni contador de Jorge.

Ahora bien, en el supuesto de que Juan sea el abogado de Jorge, Juan no responde como cómplice del delito de tráfico de drogas, aun cuando pudo haber evitado dicho delito, toda vez que no participó en dicho acto, y por tanto el principio de prohibición de regreso de la imputación objetiva señala que Juan no es responsable penalmente de tal acto.

Respecto del delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, Juan tampoco es imputable, toda vez que el artículo en mención señala que: “La información que estos sujetos obligados proporcionan a la UIF-Perú se restringe a aquella que no se encuentra sujeta al secreto profesional”. Sin embargo, dicha información, se encuentra resguardada por el secreto profesional, bajo la cual el abogado no debe (ni puede) informar a las autoridades de los secretos que sus clientes le hayan contado que pudieran incriminarle.

Por tanto, Juan, como abogado de Pedro, no sería responsable tampoco por el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas.

BIBLIOTECA DE POSGRADO - UNT

### **Tema 3.- Fundamentos ius filosóficos de los límites a la intervención delictiva: La imputación objetiva**

#### **1.6.1.8. Fundamentos**

##### **a Es difícil determinar al culpable**

Jakobs en su libro La imputación objetiva señala que cuando existe una defraudación en un contacto social, se puede hablar de la existencia de dos personas, el autor y la víctima, sin embargo, esta denominación de “autor” es solo provisional, toda vez que no se puede excluir (prima face) que otras personas puedan ser comprendidas como autor. (JAKOBS, 1996, pág. 4)

Sin embargo, señalan, desde el punto de vista práctico, la pura relación circunscrita a dos personas carece de toda relevancia, pues siempre cabe identificar a terceras personas que han configurado de determinada manera el contacto y que por tanto también son potenciales autores.

Por ello, para determinar que conductas deben ser punibles, habrá que distinguir entre:

- Quienes hayan importado una causa **determinante**.
- Quienes hayan realizado una causa **no determinante**.

Tal es así, que se considerará autor a quien haya importado una causa determinante, mientras que quien no configure una causa determinante se considerará como una conducta adecuada.

A ello, dependerá de las circunstancias quien será considerado autor y quien tercero, a modo de ejemplo, si un señor compra un tractor, y uno de sus trabajadores sin consentimiento pretender usar tal maquinaria y resulta

lastimado, es evidente que el dueño del tractor será considerado autor, pero también podrá serlo el trabajador, o el vendedor del tractor, o el fabricante, tales cuestiones se deben resolver en base a determinadas circunstancias.

A estos supuestos se puede agregar otro, el de falta de imputación, así Medina (2010) señala que un delito también puede explicarse sin que haya explicación, es decir: que no hubo una conducta determinante del resultado

Así, por ejemplo, si una fábrica de autos vende un automóvil en buenas condiciones, el conductor y el peatón actúan de acuerdo al reglamento, pero por un hueco en la pista imposible de ver ocurre un accidente de tránsito, no habrá imputación.

Es así, que en el presente caso se puede considerar como posibles explicaciones al curso lesivo la imputación al dueño del tractor, a quien lo tomó, al vendedor del tractor, o se puede considerar como desgracia y no existirá culpable, sin embargo, estas posibilidades pueden ser combinadas.

Tal es así, que se puede considerar culpable en parte al dueño del tractor por no ubicar su maquinaria en un lugar inaccesible o por no haber dado las indicaciones debidas, como que en parte se le pueda atribuir la culpa al trabajador que utilizó la maquinaria sin consentimiento.

#### **b No se puede determinar al culpable sin tener en cuenta el estadio de desarrollo alcanzado por la sociedad**

Una vez observado lo complicado que es determinar al responsable en determinadas situaciones, postula la teoría de la imputación objetiva que tal determinación no es posible sin tener en cuenta el estadio de desarrollo alcanzado por la sociedad.

Así, Jakobs (1996) señala:

Se trata de toda una panorámica de posibilidades, pero, ¿cuál conduce a la solución correcta? La convicción de que esta pregunta no puede ser contestada sin tener en cuenta el estadio de desarrollo alcanzado por la sociedad concreta de la que se trate es una de las enseñanzas nucleares de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento. (pag. 17)

Así, Jakobs señala que la imputación penal, es decir la persona a quien se señale como responsable penal de un incidente, depende de que es lo que espera la sociedad. En el ejemplo citado de la maquinaria, si la sociedad espera que el fabricante invente maquinaria que no tenga riesgos, le exigirá la culpa al fabricante por no haber proporcionado una maquinaria libre de riesgos, pero si por el contrario la sociedad acepta el riesgo en aras de la modernidad, no le imputará la responsabilidad, sino que hará responsables al propietario o al trabajador que lo usó, incluso, señala, podría considerar correcto el actuar del propietario de la maquinaria debido a que al adquirir esta maquinaria está motivando el desarrollo de la industria mecánica, y considerar correcto también el actuar del trabajador por su “espíritu curioso” y exonerar también a ellos de la culpa.

La relación entre el propietario y el obrero se regirá, por un lado, por el grado de conocimientos relativos al riesgo que con carácter general quepa esperar de una persona dentro de su rol, y, por otro, por la configuración más bien paternalista o más bien liberal del vínculo que les une. En todo caso, depende del contexto social cuál de las posibles soluciones resulte elegida. Por consiguiente, la imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a la sociedad concreta. (JAKOBS, 1996, pág. 18)

### **c A todo suceso se le señala un destinatario**

Ahora bien, señala esta teoría que, en el marco de toda imputación, especialmente en el marco jurídico penal, se vincula un suceso acontecido en el mundo con un destinatario, es decir, que a todo suceso se le asigna un destinatario de dicha imputación.

De tal modo, señala Jakobs, que es él (el destinatario) quien aparece como aquel a quien pertenece el suceso, es él quien lo ha creado o ha permitido que suceda, ya sea para bien como algo meritorio, como para mal como un reproche.

Así, Jakobs señala que las preguntas que comúnmente se harían los sistemas causalistas y finalistas no resolverían el problema, toda vez que son insuficientes, así, Jakobs (1996) señala que:

Las respuestas habituales a la pregunta acerca de por qué se le imputa la muerte precisamente a quien disparó serían las siguientes: porque causó la muerte, o la causó de modo adecuado o, en todo caso, la causó dolosamente; estas serían las respuestas de causalistas y finalistas. Pero estas respuestas, en su naturalismo, son absolutamente insuficientes. El suceso también ha sido causado por un círculo inabarcable de personas, incluyendo a la propia víctima: quienes lo han causado de modo adecuado o doloso son algunos menos, pero siguen superando el número de destinatarios idóneos de la imputación. En este sentido, el constructor de un arma puede haber causado una muerte de modo adecuado e incluso conscientemente, sin que simplemente por ello hubiera que imputarle el homicidio. (pag. 19)



De tal modo, señala que la causación, aun cuando sea adecuada o dolosa, resulta insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. La causación, señala Jakobs (1996): “únicamente afecta al lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social. Si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada” (pág. 20).

Señala a modo de ejemplo, que nadie produciría alcohol, por miedo a que alguien cometa un ilícito penal luego de haberlo tomado, o como un ejemplo extremo, toda persona debería tener especial cuidado con las cuentas que paga por miedo a que el acreedor planee algo ilícito con el dinero recibido. Por tanto, señala: “la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares”. (pág. 21)

Sin embargo, en la realidad todos tienen un interés limitado respecto de las consecuencias de sus actos, así por ejemplo quien diseña un auto se debe preocupar con que el vehículo cumpla con los estándares, sin importar ningún otro aspecto. Del mismo modo, quien produce bebidas alcohólicas no se debe preocupar más que por los reglamentos sanitarios que exige la ley, y por supuesto, el no vendérselas a menores de edad.

Por tanto, señala Jakobs, las garantías normativas que el derecho establece no tiene como objetivo evitar todos los posibles daños, sino el de asegurar estándares personales, roles que deben ser cumplidos. Así, el citado autor señala:

Formulándolo de modo más general: las garantías normativas que el Derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles -si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social-, sino que adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción -y no a todas las personas-, determinados cometidos, es decir, aseguran standards personales, roles que deben ser cumplidos. De este modo, posibilitan una orientación con base en patrones generales, sin necesidad de conocer las características individuales de la persona que actúa. Sólo de este modo son posibles contactos anónimos o, al menos, parcialmente anónimos: no es necesario averiguar el perfil individual de quien tenemos en frente, pues dicha persona es tomada como portadora de un rol. (JAKOBS, 1996, pág. 21)

#### **d El Portador de un rol**

Ahora bien, conviene precisar a qué se refiere la teoría con el término “rol”, así, rol es definido como un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables, se trata entonces, según señalan, de una institución que se orienta con base en personas.

Una vez definido el rol, queda claro cuál es el objetivo de la imputación penal, esto es, determinar o regular en que momento una persona portadora de un rol, se desvía de las expectativas de su rol, en tal sentido señalan, no son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las capacidades que debería tener el portador de ese rol.

Así, la premisa del cumplimiento del rol, señala que el incumplimiento de las expectativas esperadas son el fundamento de la reprochabilidad de la conducta, es decir, la conducta es punible porque quebrantó el rol.

Sin embargo, Hefendehl (2002) resalta que este incumplimiento es en la mayoría de ocasiones paralelo a un actuar doloso, por lo que ante un resultado lesivo, observamos el dolo sin comprender que lo verdaderamente reprochable es la defraudación de las expectativas sociales.

Por ello, solo ha sido posible de apreciar en los delitos imprudentes en los que se reprocha no haber tomado el cuidado debido, sin darnos cuenta que con ello estamos reprochando **el no haber cumplido con las expectativas sociales de cuidado.**

Por ello, concluimos que el incumplimiento de un rol es el fundamento de reprochabilidad tanto del actuar doloso como del imprudente, aunque solo se aprecie en el segundo de ellos.

### **e La conducta de la persona como un acontecer socialmente relevante**

Es así como para la teoría de la imputación objetiva del comportamiento, el suceso puesto en marcha por una persona puede interpretarse como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como socialmente extraño o adaptado, como algo meritorio o como algo negativo, sin este material interpretativo señala, refiriéndose a los postulados de la teoría de la imputación objetiva, lo sucedido (el actuar de la persona) no es más que un conglomerado naturalista, o, como señala Jakobs, en el mejor de los casos, “algo que el individuo perseguía, un curso causal, o un curso causal psíquicamente sobredeterminado: en todo caso, no es más

que una amalgama heterogénea de datos que no han adquirido significado social". (JAKOBS, 1996, pág. 24)

Sólo la imputación objetiva convierte dicha amalgama en algo comunicativamente relevante, en algo comprensible. Con otras palabras: sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse en un sentido general "acción". Por consiguiente, desde el punto de vista del Derecho penal, no se plantea la cuestión acerca de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídico- penalmente relevante. (JAKOBS, 1996, pág. 24)

#### **1.6.1.9. Instituciones dogmáticas**

Es necesario, señala esta teoría, que los presentes postulados se manifiesten en la dogmática jurídico penal, es decir, a un sistema de imputación manejable en la práctica. Así, Jakobs señala que ya no se debería hacer hacer el intento de construir el delito tan sólo con base en datos naturalistas - causalidad, dolo-; por el contrario, lo esencial es que concurra el quebrantamiento de un rol. Por consiguiente, ya no resulta suficiente la mera equiparación entre delito y lesión de un bien jurídico.

##### **1.6.1.9.1. El Principio de Riesgo Permitido**

El principio de riesgo permitido se expresa de la siguiente forma:

No forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión de otro. Existe un riesgo permitido.

El principio del riesgo permitido señala que cuando la ley exige un estándar de cuidado, indirectamente está señalando también que el cuidado que esté por encima de lo exigido, es una conducta permitida.

Así, la ley señala cual es la conducta residual que no debe ser objeto de imputación penal, otorgando, por tanto, inimputabilidad a esa conducta.

Así, jakobs señala que:

Quando las leyes determinan cómo ha de estar diseñado un automóvil o un avión para que sea seguro en el tráfico, o cuándo cabe reconocer lo que es un buen standard de comportamiento médico, esto significa al mismo tiempo que el riesgo residual que subsiste está permitido, al menos en los casos normales. Y es que la sociedad no es un mecanismo cuyo único fin sea ofrecer la máxima protección a los bienes jurídicos, sino que está destinada a posibilitar las interacciones, y la prohibición de cualquier puesta en peligro, sea de la índole que sea, haría imposible la realización de cualquier comportamiento social, incluyendo también los comportamientos de salvación. (JAKOBS, 1996, pág. 21)

Por otra parte, si bien el derecho señala los estándares en la producción de objetos potencialmente peligrosos, o los mínimos y máximos de determinadas conductas peligrosas, existen muchas situaciones permitidas por la sociedad utilizadas no por requerimiento de la ley, sino que fueron instauradas por la costumbre, Así, Jakobs señala que:

Numerosos supuestos de riesgo permitido se han generado sencillamente por aceptación histórica: estos riesgos constituyen costumbres. Por ejemplo, los riesgos de una intensa cacería, de llevar a un adolescente a un

viaje en un velero o a un recorrido por la montaña, o, simplemente, el de un paseo en automóvil y otros muchos, no pueden traducirse en beneficios para los bienes jurídicos. forman parte de la configuración de la sociedad, concretamente de la configuración que debe tener la sociedad. (JAKOBS, 1996, pág. 22)

Es así que las costumbres influyen en la permisión que la sociedad les da a ciertas costumbres, no implicando ello que toda costumbre es penalmente aceptada, es por ello que el citado autor señala que ello no significa que todo aquello que sea más o menos habitual esté permitido.

Así, el citado autor señala:

Esta vinculación del Derecho a la costumbre no significa que todo aquello que sea más o menos habitual esté permitido: no se trata, por tanto, de equiparar el Derecho y el promedio de la realidad. No es la propia praxis, sino las normas que determinan la práctica las que conforman el riesgo permitido. Sin embargo, resulta evidente que con frecuencia una praxis consolidada modifica las normas rectoras de la práctica hacia una regulación más laxa o más estricta. El Derecho no puede desvincularse de la evolución de la sociedad en la que ha de tener vigencia. (JAKOBS, 1996, pág. 22)

#### **1.6.1.9.2. El Principio de Confianza**

El principio de confianza consiste en que no es obligación nuestra, y por tanto no es razón de imputabilidad el no hacerlo, el preocuparnos por el actuar de otros.

Así, el principio de confianza es explicado bajo la premisa:

Cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo. Existe un principio de confianza.

El principio de confianza, señala, puede presentarse bajo dos modalidades:

En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua siempre y cuando el autor que actúe a continuación cumpla con sus deberes.

En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto. Un ejemplo trivial: alguien entrega a otra persona un reloj ajeno de gran valor, y esto no causará un daño sólo si quien recibe el reloj lo coge con cuidado. Normalmente, puede confiarse en que así suceda.

En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes, no ocasiona daño alguno. De nuevo, un ejemplo: el cirujano confía en que el material que utiliza en la operación haya sido convenientemente esterilizado.

El principio de confianza no es un principio establecido al albedrío, sino que es una necesidad en toda sociedad, es así, que el principio de confianza permite la división del trabajo, de tal modo que no todos deban hacer todo, si no todos deben hacer todo, mucho menos deben ser responsables por todo lo que pase.

Así, Jakobs señala que:

El principio de confianza está destinado a hacer posible la división del trabajo; por consiguiente, concluye cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente cuando puede verse que la otra parte no hace, o no ha hecho, justicia a la confianza de que cumplimentará las exigencias de su rol. En tales casos, ya no resulta posible repartir el trabajo para alcanzar un resultado exitoso. A modo de ejemplo: Ya no se confía en quien de modo evidente se halla en estado de ebriedad o, en el seno de un equipo, en el colega que de manera evidente se halla inmerso en un error. (JAKOBS, 1996, pág. 31)

Este principio es de aplicación a todos los ámbitos de desarrollo de la sociedad, toda vez que sería imposible adecuar la sociedad sin la idea de que debemos comportarnos confiando en que los demás se comportarán de acuerdo a las reglas señaladas.

Al igual que el riesgo permitido, también el principio de confianza se manifiesta en todos los ámbitos vitales, puesto que prácticamente en todas partes cabe encontrar organización en régimen de reparto de tareas. En este sentido, puede que se trate de una división muy intensa de trabajo -en el equipo de cirujanos, en la carlinga de un avión- o más bien laxo -así, en el tráfico rodado, por ejemplo, en lo que se refiere a la confianza en que el sujeto obligado a respetar la preferencia efectivamente cederá el paso-. En todo caso, una sociedad sin este punto de partida no es imaginable. (JAKOBS, 1996, pág. 31)



### 1.6.1.9.3. El Principio de Prohibición de Regreso

El principio de prohibición de regreso señala que no se puede imputar a otros responsabilidad penal si su comportamiento es inocuo. Así, el principio de prohibición de regreso es descrito en la imputación objetiva como:

El carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario.

Respecto del principio de prohibición de regreso, se señala que quien asume un vínculo que en un contexto normal es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano, aun si la otra persona aproveche ese vínculo para un actuar ilícito. Por tanto, un comportamiento “estereotipado” no constituye participación en una organización no permitida.

Así, Jakobs señala que:

El carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano, aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento, que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida. (JAKOBS, 1996, pág. 31)

El principio de prohibición de regreso, señalan, se trata de casos en los que un autor desvía hacia lo delictivo el comportamiento de un tercero que *per se* carece de sentido delictivo.

#### **1.6.1.9.4. El Principio de Competencia de la Víctima**

En algunas situaciones no se podrá imputar a alguien un hecho, pese a haber actuado conforme lo indica el tipo penal, toda vez que existe una competencia de la víctima. Existen principalmente dos casos en los que se debe imputar la responsabilidad del curso lesivo a la víctima: el consentimiento y la conducta riesgosa de la víctima.

El consentimiento, como su nombre lo indica, consiste en que el titular del bien jurídico permite al agente activo que dañe el bien jurídico tutelado.

Así, Jakobs señala: “La competencia de la víctima por su comportamiento es algo conocido: el caso más conocido es el del consentimiento.”

(JAKOBS, 1996, pág. 34)

Un ejemplo de ello es quien autoriza para que se practique una cirugía, tanto necesaria como aquella hecha por razones estéticas, en ellas, la conducta realizada por el agresor bien podría configurar el delito de lesiones, sin embargo, el permiso que la víctima da al “agresor” hace que la conducta no sea típica.

Entonces, se considera que no existen responsabilidad penal cuando la víctima ha autorizado al agresor a realizar la conducta prohibida por la ley.

Otro caso dentro del principio de competencia de la víctima es cuando la víctima es realmente la culpable de la lesión, ello es el caso, por ejemplo, de quien cruza la pista contra las reglas de tránsito (por ejemplo, durante el semáforo en rojo), siendo lastimada por tanto por quien manejaba correctamente y no tuvo oportunidad de frenar a tiempo.

Sin embargo, mayor importancia práctica lo tienen aquellos supuestos en los que la víctima con su propio comportamiento da la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada; casos en los que, por tanto, la modalidad de explicación no es la "desgracia", sino la "lesión de un deber de autoprotección" o incluso la "propia voluntad"; las infracciones de los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan aquí bajo el rótulo de "acción a propio riesgo".

El aspecto más controversial de este principio, contrario definitivamente a la perspectiva causal es respecto de la no responsabilidad de la víctima aun cuando el daño depende de la organización del autor, mas no depende jurídicamente de él.

Incluso el autor que es conocedor de las consecuencias lesivas de su comportamiento puede afirmar frente a la víctima que dichas consecuencias son asunto de ella cuando el autor se ha comportado conforme a su rol. Un comportamiento del que se sabe que producirá lesiones sigue siendo conforme al rol en la medida en que la víctima no tenga derecho a que no se produzca el comportamiento lesivo, esto es, en tanto y en cuanto el conjunto de bienes que desde el punto de vista fáctico depende de la organización del autor, no dependa jurídicamente de ella. (JAKOBS, 1996, pág. 34)

Así, el autor señala que incluso en una situación en la que el autor sabe que su comportamiento traerá consecuencias lesivas, y estando ese actuar en su organización, su conducta no será ilícita si el autor se ha comportado conforme

a un rol, cuando la víctima no tiene derecho a que **no se** produzca el comportamiento lesivo.

Así, Jakobs señala un ejemplo muy ilustrativo:

Un agricultor riega sus plantas en un predio situado en una ladera; cierta cantidad de agua suele descender por la ladera y sacia los cultivos de su vecino. Ciertamente, este hecho no otorga al vecino afectado derecho alguno en el sentido de que no se pueda desconectar la instalación de regadío del campesino situado en la parte superior de la ladera. Dicho de otro modo, los apoyos en favor de bienes ajenos que no son conformes al rol, sino que exceden de lo que es obligatorio, pueden ser revocados lícitamente.

De este modo, este ejemplo conceptualiza la esencia de esta forma del principio de competencia de la víctima, los apoyos en favor de bienes ajenos que no son conformes al rol, sino que exceden de lo que es obligatorio, pueden ser revocados lícitamente.

Así también, el citado autor señala que otro ejemplo importante, y de gran interés social, es respecto a las personas que se encuentran en cuidados intensivos, dependiendo la viabilidad de su vida, de algún aparato. En estos casos, si se deben desconectar los aparatos que hacen posible que la persona siga viva, ya sea porque la familia del paciente ya no puede pagar los servicios, o porque ya pasó el tiempo reglamentario de uso de las máquinas, aún conscientes de la función de las máquinas, y dependiendo enteramente de quien las desconecte, no se aplicará un criterio causal para determinar al culpable de la muerte del paciente, sino que tal lesión (la muerte del paciente) se considerará dependiente de la “desgracia”, es decir, de la desafortunada

situación del paciente, al encontrarse dependiente de unas máquinas que ya deben ser retiradas.

Este caso es descrito por el autor de la siguiente manera:

El caso probablemente más importante dentro de este campo se refiere a la medicina en el ámbito de los cuidados intensivos: es lícito suspender determinadas prestaciones que se realizan por medio de aparatos que conservan con vida al paciente cuando dichas prestaciones ya no estén indicadas médicamente. En estos casos, aunque la desconexión de los aparatos, es decir, un actuar positivo, tenga efectos causales respecto de la muerte del paciente, el médico se mantiene dentro de su rol y no se arroga una organización ajena; por el contrario, constituye una desgracia del paciente el hecho de estar organizado de una manera propensa a sufrir el daño.

BIBLIOTECA DE POSGRADO - UNIT

#### **Tema 4.- Los límites de la intervención delictiva: el principio de prohibición de regreso**

Antes de iniciar el desarrollo de este tema vamos a plantear un caso, unos sujetos ingresan a una casa en la que extraen bienes muebles mientras que otra persona los espera dentro del auto, el vehículo se encuentra fuera de la casa, los agentes sacan los bienes de la casa y los ingresan al vehículo, luego de ello, los agentes y el conductor del vehículo se van todos en el auto.

En este caso, cabe preguntarse cuál sería la responsabilidad penal del conductor del vehículo, hacer una descripción de qué pensaría cada postura

Es así como en la doctrina peruana tal conducta sería considerada complicidad primaria, o complicidad secundaria, coautoría e incluso como un delito distinto (por ayudar a fugarse), sin embargo, como se verá en la jurisprudencia analizada líneas abajo, en un caso similar (en las que incluso el aporte del conductor es mayor porque estacionó el vehículo dentro del garaje) la Corte Suprema señaló que la conducta del conductor del vehículo era atípica, toda vez que cumplía con su rol de taxista, aun considerando que el conductor sabía que se los coimputados estaban hurtando cosas de la casa.

La Corte Suprema en el referido caso, llegó a dicha decisión basándose en el principio de prohibición de regreso expuesto en la obra de imputación objetiva, tal decisión, muy distante de las usuales en este caso, causa mucha sorpresa en la comunidad jurídico penal, siendo incluso más controversial que el ejemplo que el mismo Jakobs puso para expresar este principio.

En el ejemplo expuesto por Gunter Jakobs, señala que un taxista es llamado por un sujeto, quien le da una dirección a la cual quiere ser llevado. En el camino, el pasajero

le expresa al conductor que quiere llegar a la dirección solicitada para matar a quien vive ahí, quedando claro para el conductor que llevar a su pasajero a esa dirección significará la muerte de una persona. En efecto, el taxista lo lleva a esa dirección y su pasajero entra a la casa, matando seguidamente al dueño de la casa.

Ante este caso, Jakobs se hace una pregunta: ¿se felicitaría al taxista que llevó a un atleta a los juegos olímpicos, si luego este gana tal competencia? ante la respuesta negativa, señala que de la misma manera no tiene por qué imputarse responsabilidad penal al conductor señalado en el presente caso, toda vez que solo cumplió su rol de taxista. Tales casos son ejemplos, muy controversiales, de lo que significa el principio de prohibición de regreso.

#### **1.6.1.10. Los Roles**

Los roles son figuras normativas con sujetos intercambiables dentro de la sociedad, de quienes se espera una conducta. Es así que a la sociedad no le importa el actuar de Juan, José o María, sino el actuar del médico, el alcalde o la gobernadora, que si bien, en ese momento tales roles pueden ser llevados por ellos, bien podrían ser intercambiados, de manera que otros asuman esos roles, sin que ello signifique el menor cambio en la sociedad.

Existen, según esta doctrina, dos tipos de roles, el primero es el rol especial, en el que no detallaremos mucho debido a que no es el esencial en el presente caso, el rol especial es el rol segmentado de la configuración actual de la sociedad, así, por ejemplo, se dice que la esencia de la sociedad es la familia, mientras que un rol especial es, por ejemplo, el rol familiar, como el rol de padre, de madre, de esposo, esposa y el rol de hijo.

Los roles pueden ser muy diversos, pero en líneas generales necesitamos conocer de qué modo está articulada la sociedad para comprender cuáles son sus roles, así por ejemplo, en la cultura occidental, se asume que son los padres los que deben velar por los hijos, y son ellos los responsables de su cuidado, que el médico nos va a indicar que enfermedad tenemos e incluso nos va a advertir si de tu análisis encuentra una enfermedad distinta por la que hemos llegado a consulta, entendemos que la policía nos va a cuidar en caso observe de algún delito en nuestra contra, que el fiscal investigará de un delito que llegue a su conocimiento y que las personas encargadas de prevención de desastres naturales de los gobiernos (municipales, regionales y nacionales) están monitoreando cualquier incidente que haga sospechar que ocurrirá pronto una desgracia.

Así, Jakobs señala que:

Por un lado, están los roles especiales, los que una determinada persona tiene porque debe configurar junto con otras personas un mundo común, más o menos completo; este es el caso, por ejemplo, del rol de padre -los padres deben formar con los hijos una comunidad-, o del rol de cónyuge -junto al esposo o a la esposa ha de construirse un mundo conyugal común-, o el de los servicios de asistencia en casos de emergencia -deben actuar en caso de necesidad en interés de quien está desamparado-.

Estos roles, cuando adquieren relevancia jurídica, siempre son segmentos, referidos a personas, de las instituciones que confieren a la sociedad su configuración fundamental específica, es decir, aquella configuración que se considera indisponible en el momento actual: esa configuración es específica porque dichas instituciones concurren con independencia de la juridicidad de la



constitución de la sociedad, que es tomada como presupuesto. Se trata, por ejemplo, de la relación entre padres e hijos, (aun) del matrimonio, del Estado como corporación de protección dotada de un monopolio de violencia, y de algunas otras.

Sin embargo, lo importante son los roles comunes, aquellos que toda persona tiene, aunque pueden ser entendidos como una falta de rol, en realidad este consiste en el rol de toda persona de vivir respetando la ley y conforme está configurada su sociedad.

Así, Jakobs señala:

En lo fundamental, aquí se trata de abordar el quebrantamiento de roles pertenecientes a un segundo grupo, roles sin características especiales, esto es, roles comunes, o dicho con mayor precisión: se trata del quebrantamiento del único rol común que existe, el rol de comportarse como una persona en Derecho, es decir, el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios. (JAKOBS, 1996, pág. 92)

#### **1.6.1.11. El Injusto de los Actos Anteriores a la Ejecución**

Jakobs inicia preguntándose a que se debe la imputación de quien, aunque tiene un aporte previo a la ejecución del hecho, no comete actos ejecutivos, y sin embargo es susceptible de imputación penal.

Ahora bien, en el ámbito del Derecho penal, la obra cuya realización es objeto de reparto constituye un delito; así, por ejemplo, la muerte de una persona como asesinato o la fractura de una ventana ajena como delito de daños. Lo punible en este tipo de comportamientos es el comportamiento que tiene lugar a partir del comienzo de la tentativa; todo lo anterior es comportamiento previo al hecho, todo lo que acontece después, comportamiento posterior al hecho. De esto se

deduce que quien no participa en la ejecución del hecho (que tiene su inicio en el comienzo de la tentativa) no comete de propia mano un delito, sino que, al inducir, aportar medios para la realización del hecho, etc., lleva a cabo un comportamiento anterior a dicho hecho. (JAKOBS, 1996, pág. 75)

De esta manera, Jakobs se pregunta a que se debe la imputación de quien no comete actos ejecutivos, señalando:

Pero si el partícipe que no realiza actos ejecutivos no comete de propia mano un delito, y si la afirmación de que todos responden de su propio injusto y no del injusto ajeno ha de mantener su vigencia, ¿cómo puede imputarse a quien no realiza el mismo todos los actos de ejecución? (JAKOBS, 1996, pág. 75)

Señala entonces el citado autor, que la respuesta habitual a esa pregunta, radica en que se actúa sin realizar actos ejecutivos participa en el hecho de quien, si realiza actos ejecutivos, señala entonces, que según esa respuesta (la cual no comparte) ello es lo que constituye su propio injusto.

Tal solución, señala, nos lleva a un resultado poco favorable, toda vez que implica pensar que la responsabilidad penal se amplía en base a la participación del partícipe. Por tanto, señala, si en los delitos el injusto está conformado por la arrogación de una organización ajena, por qué es imputable el partícipe que actúa antes del comienzo de la ejecución, si este no es arroga nada.

La respuesta habitual a esta situación de apariencia un tanto confusa es la de afirmar que quien actúa sin realizar actos de ejecución participa en el hecho de quien lleva a cabo actos ejecutivos: en este sentido, se afirma que eso es lo que constituye su propio injusto. Formulado de otro modo: se dice que el injusto puede

ser ampliado estableciendo la punibilidad de la participación, y se amplía precisamente por medio del comportamiento del partícipe. Sin embargo, esta solución conduciría a un resultado poco plausible. En los delitos a los que ahora nos referimos, el injusto está conformado por la arrogación de una organización ajena; sin embargo, el partícipe que actúa antes del comienzo de ejecución, no se arroga nada. Además, ¿por qué razón habría de constituir injusto un comportamiento de participación llevado a cabo antes del comienzo de la ejecución si ese mismo comportamiento, en caso de ser realizado por quien posteriormente realiza actos ejecutivos, no constituye injusto? (JAKOBS, 1996, pág. 77)

Ante tal pregunta, queda responder que quien realiza actos ejecutivos no solo ejecuta su propia conducta ilícita, sino también “el hecho” ilícito de todos, de tal modo que la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los partícipes. Por tanto, el aporte previo a la ejecución realizada por los partícipes, no se pena como injusto propio, sino que su conducta hace que se le impute el injusto de otra persona (el autor). Por tanto, se concluye que el injusto propio no sólo puede ser el injusto realizado de propia mano; pues tal afirmación llegaría a excluir completamente toda participación en la fase previa.

Tal conclusión es muy importante, pues permite comprender un rasgo esencial de la contribución previa, así que a modo de énfasis que: quien participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio.

Aun así, tales afirmaciones tienen algo de la concepción naturalísticas, pero ahora cabría preguntarse cuáles son las condiciones bajo las cuales a una persona que ha contribuido en la fase previa se le debe imputar el injusto del autor.

Ahora bien, cuando nosotros decimos que Juan atacó a Pedro con un cuchillo, nos percatamos de una lesión, sin embargo, si solo nos fijamos en el movimiento corporal de Juan, partiríamos de una concepción naturalística, la cual, al menos en ese aspecto, ya demostró no ser tan precisa. Así, que lo importante de tal evento descrito, no es el movimiento corporal de Juan en ofensiva a Pedro, sino como expresión de un destinatario, con relevancia social.

Ahora, bien, señala Jakobs que tal imputación, no se le puede destinar únicamente a una persona, sino también a un colectivo, así, Jakobs señala: “(...) sino como el destinatario de la imputación, y nada impide que ese destinatario también sea un colectivo, esto es la unión de varias personas”.

Ahora bien, la siguiente pregunta es, ¿a quién se puede imputar entonces, entre aquellas personas del colectivo? Señala Jakobs que se debe imputar solo a aquellas personas que se hayan organizado de modo tal, que lo organizado objetivamente tenga sentido como para alcanzar consecuencias delictivas.

Es entonces, la expresión de sentido lo que se imputa y en este caso, la expresión de sentido de quien realiza el acto de manera ejecutiva le debe ser imputada a estas personas por ser el sentido que ellos perseguían, de este círculo forma parte entonces tanto el inductor como el cómplice.

De esta manera, señala Jakobs que el autor ejecutivo solo tiene un papel más drástico, pero no imputablemente distinto al del cómplice o autor. Así el citado autor señala:

De este círculo forma parte tanto el inductor como el cómplice: en el marco de esta imputación, el ejecutor sólo conforma un caso especialmente drástico: para quien quebranta el rol, el quebrantamiento del rol siempre tiene objetivamente sentido, pero no por ser él el último en realizar un movimiento corporal, sino porque al igual que lo hacen todos los intervinientes, configura su organización de tal manera que tiene sentido para alcanzar consecuencias objetivamente delictivas. (JAKOBS, 1996, pág. 78)

Por tanto, no es la comisión de propia mano, sino el sentido delictivo del comportamiento lo que convierte el injusto en injusto propio, ello se manifiesta claramente en los casos en los que el comportamiento comisivo no tiene sentido delictivo. Ello ocurre, cuando quien tiene el rol de ejecutar de propia mano un resultado lesivo tiene solo un ámbito restringido de administración.

Ello ocurre, por ejemplo, en el caso de quien ejecutar de propia mano un acto por órdenes de un superior militar, o de su jefe de trabajo en la que el ejecutor tiene una tarea restringida, sin que sea parte de su función el control anterior de tales actos.

Por tanto, injusto propio es el injusto que es imputado; se le imputa a todo aquel que organiza un contexto con consecuencias objetivamente delictivas; y en este marco la comisión de propia mano frecuentemente fundamenta la imputación, pero no siempre. (JAKOBS, 1996, pág. 80)

#### **1.6.1.12. La accesoriadad cuantitativa**

Como se detalló, el injusto del cómplice e inductor no es injusto propio, sino un injusto del autor ejecutivo, la consecuencia de ello es que solo se puede castigar como tentativa a ambos, cuando el autor ejecutivo inicia la ejecución del acto, aunque el cómplice e inductor ya hayan cumplido su papel, de la misma manera, no se podrá considerar el

delito consumado para cómplice e inductor mientras el ejecutor no haya consumado el delito. Así, Jakobs señala:

Al cómplice, al inductor, o también al coautor que no realizan actos ejecutivos, sólo se les castiga cuando, como suele formularse, el hecho principal entra en un estadio punible. Esta es la consecuencia de la tesis aquí desarrollada, según la cual la ejecución es algo propio de cada uno de los intervinientes. Por tanto, un hecho, con independencia de que sea preparado y efectuado por uno o por varios autores, sólo pasa una vez -y no por separado para cada uno de los intervinientes del estadio de la preparación al estadio del comienzo de la tentativa, como también una sola vez lo hace al estadio de la tentativa acabada; y es que se trata de un solo injusto, aunque sea propio de varias personas. (JAKOBS, 1996, pág. 80)

#### **1.6.1.13. El Sentido del Comportamiento Delictivo**

Queda sentada entonces, la idea de que solo son imputables dentro de un colectivo, aquellas personas que se hayan organizado objetivamente de modo tal que su configuración tenga sentido delictivo.

Entonces, ¿qué debemos entender por sentido delictivo, respecto del actuar del agente?, bien es sabido la importancia de que, para imputar una conducta, esta debe ser evitable, tal condición es esencial para la imputación, pues afirmar lo contrario significaría quedar a merced de la suerte, o, mejor dicho, que la imputación penal dependa de la suerte, toda vez que consistirá en la suerte si un comportamiento evitable trajo consigo una lesión o no. De igual manera se observa en la omisión, en la que es requerida la capacidad de evitación del resultado para imputar una omisión al agente, toda vez que negar dicho requisito sería, como dijimos, dejar a la suerte la imputación del actuar.

La concurrencia de un comportamiento evitable no basta para atribuirle a una organización un sentido delictivo, al igual que en el ámbito de la omisión la capacidad de evitación del resultado no es suficiente para definir como garante a quien tiene esa capacidad. (JAKOBS, 1996, pág. 81)

La siguiente cuestión es, ¿por qué razón se debe evitar?, llevando esto al ámbito penal, ¿por qué razón se debería imputar a quien no evitó? Así, Jakobs señala que existe obligación de evitar cuando forma parte del rol de quien actuar, en primer lugar, velar por el comportamiento de quien actúa a continuación. En cambio, la evitabilidad es, a opinión suya, puramente cognitiva.

#### **1.6.1.14. Casos**

##### **1.6.1.14.1. Donde queda excluida la responsabilidad**

###### **A Cuando no hay nada en común**

En estos casos no existe una relación entre el agente ejecutivo y quien presta un servicio anterior, en cambio, el agente enlace su comportamiento con el comportamiento de otro desviándolo hacia lo delictivo.

Es el caso de quien condiciona a otro de que si no hace o deja de hacer lo que él quiere, cometerá un delito, en este caso, si la persona condicionada opta por no ceder al chantaje, y por tanto no cumple con la condición impuesta, y el agente cumple su amenaza, las consecuencias lesivas no acarren responsabilidad para quien no cedió al chantaje.

Un comportamiento cotidiano e inocuo no adquiere significado delictivo cuando el autor lo incluye en sus planes. Puesto que se ha mantenido dentro del marco de su rol inocuo, el sujeto no tiene por qué consentir que se le imponga como definición de su comportamiento la que el autor del delito

establece tomando dicho comportamiento como razón del hecho delictivo. La ejecución no le es propia. (JAKOBS, 1996, pág. 82)

### **B Cuando lo que hay en común es una prestación que puede encontrar en cualquier sitio**

En estos supuestos, si existe algo en común entre el autor y el agente, pero esta se limita a una prestación que podría encontrar en cualquier sitio, Así, Jakobs señala que:

Entre el autor y la otra persona existe algo en común, pero lo que hay de común se limita a una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, y que no entraña riesgo especial alguno, no obstante, lo cual el autor hace uso precisamente de esta prestación para cometer un delito. (JAKOBS, 1996, pág. 83)

Del mismo modo, el citado autor señala:

Bien es cierto que en tal caso la otra persona ya no puede alegar que simplemente nada tiene en común con el autor pues dicha persona consintió en transferir la prestación al autor-, no obstante, lo cual, lo que de común hay carece de todo significado delictivo; de ahí que el sujeto no haya quebrantado su rol inocuo. (JAKOBS, 1996, pág. 83)

Esta categoría es la más importante del principio de prohibición de regreso, y es lo señalado anteriormente, el hecho de que una persona pueda evitar un delito, es decir, que se encuentre en capacidad física y psíquica de evitarlo, no es suficiente para imputarle las consecuencias del resultado, incluso, señala Jakobs, bastaba con haber querido evitarlo, sin embargo, no han quebrantado su rol de ciudadanos.



Es así, que el citado autor señala:

Aquí se encuentra el ámbito principal de aplicación de la prohibición de regreso, esto es, de la prohibición de recurrir, en el marco de la imputación, a personas que si bien física y psíquicamente podrían haber evitado el curso lesivo -hubiese bastado tener la voluntad de hacerlo-, a pesar de la no evitación no han quebrantado su rol de ciudadanos que se comportan legalmente. (JAKOBS, 1996, pág. 83)

Por tanto, en una sociedad compleja como la nuestra, debe diferenciarse el sentido objetivo de un contacto social de las intenciones de cada una de las partes, siendo estas segundas relegadas solo al ámbito subjetivo. Así, señala el autor que se debe tener en cuenta únicamente el sentido objetivo.

Así el citado autor señala:

En una sociedad organizada en régimen de reparto de tareas, con un intercambio de información y de bienes extremadamente complejo, ha de diferenciarse de manera rigurosa lo que es el sentido objetivo de un contacto social y qué es lo que los intervinientes pretenden con ese contacto desde el punto de vista subjetivo. Con carácter general, únicamente se debe tener en cuenta el sentido objetivo; éste es el sentido socialmente válido del contacto. Al no objetivarse, al menos no en ese contexto, el sentido que subjetivamente se persigue en nada atañe a la otra persona. (JAKOBS, 1996, pág. 83)

A modo de excepción, se señala que si existe un deber especial de cuidado, cuando el agente es garante de quien puede resultar afectado, señala Jakobs

que “Esa razón la conforma, especialmente, la preexistencia de una posición de garantía independiente de la conducta, posición de garantía que sirve precisamente para evitar daños que amenacen al bien en cuestión”. Por tanto, ante esta situación, quien es garante si sería imputable.

Cuando señala el autor de la preexistencia de una posición de garantía independiente de la conducta, se refiere a la una posición de garantía independiente de la injerencia, es decir solo aquellas que se fundamenten en una organización o institución.

A modo de ejemplo, el padre, la madre, etc, que sabe de la comisión de un delito contra su hijo, debe evitarlo, en estos casos no es irrelevante el conocimiento del agente respecto de los actos que cometerá la otra persona.

Así, por ejemplo, en el caso del conductor que lleva a un sicario hasta la casa donde cometerá el crimen, de ser la víctima hijo o hija del conductor, este último no solo debe negarse a llevarlo, sino que debe tomar todas las medidas que estén a su alcance para evitar el resultado.

Y es que el garante, para cumplir con su deber de protección, incluso estaría obligado a revocar, de poder hacerlo, una prestación similar llevada a cabo por terceras personas. (JAKOBS, 1996, pág. 85)

Debe tenerse presente también que tal forma de resolución se debe (como hemos insistido bastante) en que el injusto del cómplice no es injusto propio, sino dependiente del ejecutor. Es por ello, que tal resolución no quita que ante un delito típico que obligue a una persona a realizar o no determinado comportamiento, si existirá responsabilidad penal.

Además, en la medida en que por debajo de los delitos comisivos como de los delitos de comisión por omisión haya una norma que impone no denegar la ayuda necesaria en casos de extrema necesidad, esta norma obliga a quien realiza la prestación a omitir dicha prestación cuando de ser realizada -y a causa de la planificación delictiva del receptor se generaría una situación de necesidad extrema para la víctima. (JAKOBS, 1996, pág. 86)

Este es el caso, en Perú, del delito de omisión de socorro, tipificado en el código penal en el artículo 126 como:

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

#### **1.6.1.14.2. Donde no queda excluida la responsabilidad penal**

##### **A El comportamiento suele tener un sentido delictivo**

En este grupo de casos la conducta analizada no es una conducta inocua, como en el primer caso, sino que esta conducta suele tener un sentido delictivo, es decir, es una conducta que en la mayoría de los casos se usa con un fin delictivo.

A modo de ejemplo, si a una persona le encargan que transporte unos productos químicos cuyo uso es únicamente la elaboración de droga, tal conducta no deviene en inocua, toda vez que el transporte de esos productos es parte de una configuración delictiva. Claro está que, en el caso peruano, y asumimos que, en todos los demás países occidentales, el transporte de estas sustancias es un delito aparte, al menos cuando no se cumple con las cuestiones administrativas de control de este tipo de productos. Por tanto, sería

tipificado con ese delito, pero en el caso que tal conducta no tuviera un tipo propio, si podría configurar como imputable de las consecuencias de tal transporte.

Se trata de que lo común viene determinado por la configuración de la prestación, peligrosa per se: a tales prestaciones es inherente un uso ulterior -que, al menos, también, puede ser- delictivo, y de ahí que den lugar a una comunidad con quien realiza los actos ejecutivos: por regla general, este tipo de prestaciones también suelen estar prohibidas en cuanto constituyen puestas en peligro abstractas. (JAKOBS, 1996, pág. 87)

En estos casos, señala, quien las realiza no puede desvincularse de las consecuencias delictivas, así el citado autor señala: “Por tanto, quien las realiza no puede verse distanciado de las consecuencias delictivas; por el contrario, las consecuencias que se producen también le son propias.”

En estos casos, la comunidad se genera de manera normativa: con independencia de lo perseguido por quien realiza la prestación, quien lleva a cabo este tipo de prestaciones se pone en un nivel común con quien complementa la prestación recibida hasta dar lugar a un comportamiento delictivo. (JAKOBS, 1996, pág. 87)

### **B El comportamiento encaja con la empresa delictiva**

En este supuesto la conducta del imputado no es inocua, es decir su conducta no se ensambla con la configuración de la sociedad, sino por el contrario, encaja perfectamente con la empresa delictiva.

El partícipe no se aviene a realizar una prestación con carácter neutral, sino que específicamente configura su prestación de tal modo que encaje dentro de un contexto delictivo de comportamiento. (JAKOBS, 1996, pág. 89)

Este supuesto tiene especial relevancia en los supuestos de inducción, de complicidad psíquica, o complicidad física. Así, por ejemplo, sería el caso de quien presta asesoría en empresas delictivas (que es, propiamente, la investigación del presente proyecto), o la prestación de un servicio específico de gran encaje con la empresa delictiva, como las llaves de la casa.

Y es que no es lo mismo que alguien pida a otro que cometa un delito o que se limite a constatar que una casa carece de vigilancia; que alguien explique cómo puede neutralizarse a los vigilantes de un banco o que sólo explique el funcionamiento de una cerradura normal; que alguien organice la ruta de huida o que sólo aporte un plano de la ciudad; que alguien venda un juego de llaves de reserva o tan sólo un destornillador: que alguien recorte, tal como se le indicó, el cañón de una escopeta o que sierre una vulgar barra de hierro; que alguien espere delante del lugar del delito con el motor en marcha o que simplemente lleve a cabo un servicio de taxi, etc. Puede que todos estos comportamientos tengan el efecto de favorecer el delito, pero sólo en los supuestos enunciados respectivamente en primer término, el sentido del comportamiento-incluso con independencia del sentido perseguido subjetivamente es el de favorecer un delito que de este modo también se convierte en propio delito del interviniente; los supuestos enunciados en

segundo término agotan su sentido en lo socialmente adecuado. (JAKOBS, 1996, pág. 90)

BIBLIOTECA DE POSGRADO - UNT

## **Tema 5.- La improcedencia de acción en la jurisprudencia**

### **1.6.1.15. Recurso de Nulidad N° 1481 - 2011**

#### **1.6.1.15.1. HECHOS**

En el recurso de nulidad N° 1481 - 2011 el Fiscal Superior y el Procurador Público Anticorrupción del Distrito Judicial de Arequipa interponen el recurso de nulidad contra la sentencia de fojas mil quinientos treinta y siete, del veinticuatro de marzo de dos mil once, en el extremo que absolvió a Oscar Umberto Llosa Palacios y Pepe Julio Gutiérrez Zeballos -en calidad de autores-, y a Milagros Margot Rodríguez Cabana y Juan Pablo Farfán Salas - como cómplices primarios- de la acusación fiscal formulada en contra de ellos por delito contra la Administración Pública - colusión en agravio del Estado Municipalidad Distrital de la Punta de Bombón.

En ella, el Fiscal Superior cuestiona la sentencia absolutoria, sosteniendo que ha quedado debidamente acreditada la comisión de delito, pues considera que está acreditado que el vehículo (materia de Litis) adquirido por la municipalidad ha sido sobrevalorado, señalando así que dicha compra se realizó lo dispuesto por el Decreto Supremo número treinta y nueve - noventa y ocho -PCM y las normas de tesorería, así como el Informe número diez-dos mil cuatro-AC/MDPB.

Señala también que la municipalidad resultó agraviada, toda vez que hubo un perjuicio económico respecto a su patrimonio. Refiere también respecto de los extraneos, que está acreditada también la responsabilidad penal de Milagros Rodríguez Cabana y Pablo Farfán como cómplices primarios por haberse coludido con los implicados para la compra de la camioneta en cuestión.

Por otra parte, el Procurador Público Anticorrupción del Distrito Judicial de Arequipa en su recurso de nulidad impugna la absolución; que, al respecto, sostiene que el Colegiado Superior no ha efectuado una debida valoración de los actuados, señalando que el peritaje en que se sustenta la sentencia carece de valor probatorio, pues se realizó únicamente sobre la base de comparaciones de precios y en mérito a un análisis físico del vehículo.

Es así que, en la acusación planteada, se señala que en la Municipalidad Distrital de la Punta de Bombón, el alcalde, el señor Oscar Umberto Llosa Palacios y el asesor municipal, el señor Pepe Julio Gutiérrez Zevallos adquirieron a nombre de la municipalidad por la suma de veintinueve mil novecientos siete nuevos soles, con los acusados Milagros Rodríguez Cabana y Juan Pablo Farfán Salas. Sin embargo, en dicha adquisición no se cumplió con los procedimientos respectivos de compra.

Tal arreglo, se pretende demostrar a través de la comparación de precios en lo que se acredita que el vehículo fue adquirido por el precio de siete mil ochocientos cincuenta dólares americanos cuando en el año mil novecientos noventa y ocho -esto es, dos años antes de la fecha de la adquisición-. el mismo se encontraba valorizado en la suma de cinco mil dólares americanos, existiendo una sobrevaluación evidente de la unidad vehicular, cuando por el plazo de tiempo, así como por el uso debió depreciarse, hecho que permite inferir la existencia de indicios de una defraudación a la Municipalidad, mediante un concierto de voluntades por parte de los funcionarios ediles con la parte vendedora del vehículo.



Señala la fiscalía que dicha conducta se encuentra tipificada en el artículo 384° del Código Penal que señala:

El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en lo que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con /os interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros.

#### **1.6.1.15.2. ANALISIS JUDICIAL**

Señala la Corte Suprema respecto de este caso, que en el delito mencionado (colusión) lo que se reprime son “los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados”, por lo que, señalan, se debe analizar si concurren los dos elementos típicos esenciales del delito de colusión desleal, que son:

- a) La concertación
- b) El potencial perjuicio económico

Señala también la Corte Suprema que no se advierte la existencia de pruebas indiciarias concomitantes a la etapa de negociación que permitan inferir que el presente caso evidencia una negociación fraudulenta toda vez que los imputados (alcalde y asesor municipal) no acordaron nada con los vendedores (extraneus) ya que tal compra fue aprobada y acordada por el alcalde en sesión de Consejo aunque las tratativas para la compra se realizaron entre los imputados en su condición de alcalde y asesor municipal,

Por tanto, señala al Corte Suprema que se reluce aquí la atipicidad de la conducta de los procesados Milagros Margot Rodríguez Cabana y Juan Pablo Farfán Salas en la imputación recaída en su contra como partícipes necesarios, toda vez que no basta su condición de meros propietarios del vehículo vendido a la Municipalidad agraviada para reputárseles el título de complicidad en el delito de colusión, sino que es necesario comprobar su efectiva intervención en el acuerdo colusorio, es decir que hayan realizado un despliegue activo de las conductas mediante tratos, componendas o arreglos con los funcionarios públicos competentes para llevar adelante la negociación, de tal manera que actuando de este modo pudieran haber superado el riesgo permitido para concretarse luego en el resultado; sin embargo, señalan, ello no sucedió, puesto que ellos como propietarios delegaron a terceras personas el encargo de la venta del vehículo, siendo estas últimas quienes, al final de cuenta, tuvieron los tratos con los funcionarios públicos, saliendo a relucir la neutralidad de su conducta lo que indica que la conducta de los particulares "se ha practicado dentro de los márgenes de lo adecuación social reconocido por el Derecho, o dentro del riesgo permitido, de tal manera que la posibilidad de una imputación por intervención delictiva queda excluida de plano.

#### **1.6.1.15.3. ANÁLISIS DEL CASO**

En la presente sentencia la Corte Suprema ha puesto especial énfasis en el cumplimiento de funciones, de este modo, ha señalado que el alcalde y el asesor municipal no incurren en el delito de colusión desleal toda vez que las tratativas las hicieron en calidad de alcalde y asesor municipal, es decir, que aquellos tratos los hicieron en cumplimiento de sus funciones. Cabe señalar

también que en la presente sentencia se distingue (aunque de manera no tan directa) el “trato” con la “tratativa”, toda vez que el alcalde y el asesor municipal realizaron las tratativas para la compra del vehículo, pero la aprobación fue, como indica la ley, a través de sesión de Consejo.

Respecto a los extraneus, es decir, de los propietarios del vehículo, la Corte Suprema recalcó también que ellos no realizaron directamente la negociación, sino que esta fue delegada, por tanto, no debe existir responsabilidad penal respecto de ellos, quienes, en calidad de propietarios del vehículo.

Aun así, considero que, de no probarse un arreglo colusorio, es irrelevante que el trato haya sido delegado a otros o que haya sido directamente con los propietarios, toda vez que no se ha comprobado hasta ahí una conducta típica.

#### **1.6.1.15.4. CONCLUSIÓN FINAL**

La Corte Suprema enfatiza que no existe tipicidad si las personas actuaron bajo lo socialmente adecuado (en el caso de los extraneus), o en cumplimiento de sus funciones (en el caso de los intraneus)

### **1.6.1.16. Recurso de Nulidad N° 2242-2011**

#### **1.6.1.16.1. HECHOS**

En el presente caso se imputa responsabilidad penal a Gladys Julieta Orihuela Cárdenas de Huaynate, toda vez que siendo ella locataria conductora de la empresa “Baterías Astos” al ser inspeccionada respecto al control de venta de insumo químicos fiscalizados, por parte de la unidad policial, se constató su no operatividad y se levantó el acta del caso, sin embargo, en el periodo de

marzo y julio de 1996 se adquirió 750 kilos de insumos químicos fiscalizados, desconociéndose su destino, que, posteriormente, por pedido del policía Oscar Núñez Enero y con el financiamiento de este, adquirió mil kilos de ácido sulfúrico no acreditándose el destino final del mismo, que tras el interrogatorio policial la condenada (la señora Gladys Julieta) sindicó al PNP Terrel Mayta Fernando Luis haberle retenido el libro de registro comercial de ventas y para su devolución la condicionó al pago de mil nuevos soles y al tener la condenada Gladys Julieta una multa de once mil nuevos soles ante la ICTA, el encausado Oscar Núñez Enero le propuso la adquisición de Insumos Químicos Fiscalizados a fin de favorecerla en el pago de la infracción, de lo que se coligen actos destinados a favorecer el comercio de tales sustancias para elaborar alcaloides.

#### **1.6.1.16.2. ANALISIS JUDICIAL**

La Corte Suprema señala que la posición de la parte civil que sostiene que la incriminación está probada con las declaraciones de Núñez enero y Orihuela Cárdenas no es correcta, pues estas sólo demuestran que el encausado participó del recojo de las sustancias –lo cual, como se indicó en el fundamento jurídico que antecede, este hecho no fue negado por el encausado- pero que no lo ligan al resultado de la actividad que finalmente desplegó la sentenciada Orihuela Cárdenas- su comercio de manera informal y sin controles de ley-, conducta que, por lo demás, si mereció reproche penal, por tanto aquellas versiones sólo sostienen la sospecha inicial de que el encausado Huaynate Callupe también participaba en la actividad ilícita por la que fue sancionada Orihuela Cárdenas, empero no se estableció objetivamente aquella hipótesis, por tanto el argumento absolutorio respecta

en principio, el artículo VII del título Preliminar del Código Penal, que se refiere a la proscripción de responsabilidad objetiva.

Señala también la Corte Suprema que, en ese sentido, no todas las conductas son relevantes para el Derecho Penal frente al juicio de imputación, en un suceso típico donde existe la concurrencia de varias personas, de suerte que el instituto dogmática de la prohibición de regreso, diferencia las conductas que son relevantes y punibles y cuales se mantienen al margen de ello, que la prohibición de regreso materializada con las denominadas conductas neutrales –inocua o estereotipadas, adecuadas a determinada profesión u oficio, etc.- , entiende que algunas acciones creen ciertos riesgos permitidos o jurídicamente tolerados, y aunque favorezcan en forma causal un delito, no alcance a constituir un acto de complicidad, pues estas se mantienen alejadas del hecho delictivo, por ser acciones con contenido social, con sentido inocuo, realizadas dentro del rol que le compete a toda persona en la sociedad; que, por correspondiente, común u ordinario a toda persona, no representa ningún aporte a un hecho punible, pues lo contrario obligaría a cuestionar todo acto cotidiano y someterlo a escrutinio para desentrañar las intenciones del tercero con el que se interactúa.

Señala también que, por tanto, no se puede reprochar penalmente al acusado Huaynate Callupe, pues no se advierte que haya conocido las tratativas de su coacusada en el uso del insumo químico fiscalizado, ni que la acción que realizó –recojo y traslado de la mercadería del local del proveedor al comercio de la sentenciada Orihuela Cárdenas- haya sido ajena a una actividad ordinaria y común, por tanto, es de rigor amparar el fallo absolutorio en todos sus términos.

Por tanto, la Corte Suprema declaró no haber nulidad en la sentencia absolutoria contra Huaynate Callupe.

#### **1.6.1.16.3. ANÁLISIS DEL CASO**

En la presente sentencia se analiza si la conducta de Huaynate Callupe debe ser reprochable penalmente, toda vez que él hizo el traslado de unos productos químicos que debían ser fiscalizados, que, sin embargo, con la investigación se determinó que aquellos productos no eran fiscalizados y por tanto se estaban promoviendo con ello el comercio de bienes destinados a la fabricación de sustancias ilícitas.

En la presente tesis se observa entonces, que el actuar del acusado no es penalmente reprochable toda vez que su conducta, es una conducta inocua, como es el transporte de una mercadería de un lugar a otro, que además las sustancias que transportó no son ilegales por si, sino que son materiales necesarios para la fabricación de otras sustancias ilegales.

Es así que se presenta una distinción entre el transporte de una sustancia ilegal, como la droga, al transporte de una sustancia permitida, aunque bajo fiscalización.

#### **1.6.1.16.4. CONCLUSIÓN FINAL**

La Corte Suprema señaló que la conducta del acusado no era reprochable penalmente, toda vez que ella misma no configura un actuar delictuoso, aunque haya contribuido a que otras personas si concurran en una conducta antijurídica.

### **1.6.1.17. Recurso de Nulidad N° 2756-2010**

#### **1.6.1.17.1. HECHOS**

Según se señala, el 19 de enero del 2008, las autoridades policiales efectuaban labores de vigilancia en el inmueble ubicado en la calle San Salvador número 15300, del pueblo Joven Santa Ana, distrito de José Leonardo Ortiz, Provincia de Chiclayo, cuando advirtieron que el encausado José Mercedes Gonzales Requejo, ingresó al predio de intervención luego de descender de su vehículo, siendo en estas circunstancias que decidieron allanar el mencionado inmueble, encontrando en una de sus habitaciones a los encausados Gonzalo Amarante Oblitas Vargas y José Mercedes Gonzales Requejo quien le reservaron el juzgamiento a la vez que se incautó ocho botellas de plástico que contenían látex de opio con un peso neto de catorce kilos con ochocientos ochenta aramos; además, en el mismo lugar se encontró debajo de la cama un revolver marca Taurus abastecida con seis cartuchos; posteriormente las investigaciones se orientaron a las personas relacionadas con el vehículo de donde descendió Gonzales Requejo el día del operativo policial, por lo que se procedió a intervenir a los encausados Llatas Pérez – propietario del vehículo- y a Dávila Mera –quien conducía el mencionado vehículo el día de los hechos.

Asimismo, el acusado Oblitas Vargas señaló que viajó desde Querocotillo hasta Chiclayo con la finalidad de comprar medicinas porque su esposa se encontraba enferma y en ese cometido se le acercó una persona desconocida quien le solicitó como favor que le guardara unos paquetes, encargo que cumplió sin saber que en tales especies se escondía droga.

#### **1.6.1.17.2. ANÁLISIS JUDICIAL**

La Corte Suprema sin embargo, señala que tal alegación carece de visas de verisimilitud pues resiente al sentido común que personas involucradas en acciones de tráfico de drogas encarguen a un desconocido la custodia del objeto de su ilícito accionar, además debe tenerse en cuenta que del acta de registro domicilio se verifica que las botellas que contenían la droga materia del proceso se encontraban descubiertas pudiéndose apreciar fácilmente su contenido, lo que desvirtúa la alegación del impugnante en el sentido que desconocida que se le había dado a guardar droga. Por otro lado, señalan, lo manifestado por el testigo Adelino Gonzales Cruz, quien vive en el inmueble intervenido, se desprende que el acusado Oblitas Vargas, junto con otro familiar, ocupaban la habitación en donde se verificaron los hallazgos ya referidos, señalan además que teniendo en cuenta lo antes anotado es de estimar lo actuado, resulta suficiente para establecer una conexión entre el accionar del acusado Oblitas Vargas con el delito juzgado, por tanto la presunción de inocencia que lo amparó se encuentra razonablemente desvirtuada por lo que lo resuelto por el Colegiado Superior en lo concerniente al juicio de culpabilidad se sujeta al mérito de lo actuado.

Señala también que con relación a los acusados Llantas Pérez y Dávila Mera, debe señalarse que el único elemento incriminatorio en su contra se relaciona con el vehículo de placa de rodaje número TL – dos mil trescientos noventa y uno, en el que el encausado Gonzales Requejo se trasladó hasta la ciudad de Chiclayo –situación que es aceptada por ambos acusados; sin embargo, no puede dejarse de valorar los siguientes indicadores:



i) que el acusado Dávila Mera indicó que trabajó en la empresa de transportes “San Martín de Tours” como chofer, que conoció al encausado Gonzales requejo quien le solicitó los servicios de movilidad desde Pucará hasta la ciudad de Chiclayo y viceversa por la suma de 300 nuevos soles.

ii) el imputado Llatas Pérez expresó que se desempeñó como Gerente de la empresa de transportes “San Martín de Tours”, que su vehículo fue contratado para realizar un servicio desde la localidad de Pucará hasta la ciudad de Chiclayo y viceversa.

iii) La versión de Llatas Pérez se acredita con la constancia de la división de Tránsito y Transportes de la Municipalidad Provincial de Jaén en la que se consignó que el precitado se encuentra gestionando su tarjeta de operatividad de su vehículo y uno que trabajara en la empresa de transportes “San Martín de Tours” que hace la ruta Jaén-Pucara-Pomahuaca y viceversa.

iv) el encausado Oblitas Vargas señaló que no conoce a los imputados Llatas Pérez y Dávila Mera.

Por tanto, la Corte Suprema señala que en dicho contexto no se aprecia la existencia de una relación de causalidad entre la droga encontrada y la acción desarrollada por los encausados Wilder Llatas Pérez y Vider Dávila Mera, estimándose que las conductas en el contexto de los hechos probados resultan inocuas y socialmente adecuadas por lo que no resulta operante imputárseles responsabilidad en el delito juzgado en aplicación el criterio de imputación objetivo referido a la prohibición de regreso; que en atención a lo expuesto se concluye que lo actuado resulta insuficiente para enervar la presunción de inocencia, prevista en el artículo segundo inciso veinticuatro, literal “e” de la

Constitución Política del Estado que crea en toda persona el derecho de ser considerado inocente mientras no se pruebe fehacientemente lo contrario.

Por ello, declararon no haber nulidad en la sentencia que condena a Gonzalo Amarante Oblitas Vargas como autor del delito contra la Salud Pública – tráfico ilícito de drogas- y absuelve a Wilder Llatas Pérez y Vilder Dávila Mera por el mismo delito.

### **1.6.1.17.3. ANÁLISIS DEL CASO**

En la presente sentencia se cuestiona la decisión de condenar a Gonzalo Amarante Oblitas Varas como autor del delito contra la Salud Pública –tráfico ilícito de drogas-, al respecto el imputado señala que desconocía el contenido del material que transportaba. La Corte Suprema señaló que no es creíble tal versión, toda vez que es poco factible que quienes quisieran el transporte de tales sustancias se lo encargasen a un desconocido.

Respecto a los otros imputados, su involucramiento en el proceso fue por haber estado acompañando en el momento de la intervención (lo que hace suponer su participación), además que uno de ellos, Wilder Llatas Pérez, era el dueño del vehículo, y Vilder Dávila Mera era quien conducía el mismo.

Es así, que la Corte Suprema determinó que el aporte de ambos no fue determinante, es decir, fue inocuo, toda vez que ser propietario del vehículo usado no implica un aporte y el haber conducido tampoco, ya que se demostró que se encontraba conduciendo el vehículo en ejercicio de sus labores.

#### **1.6.1.17.4. CONCLUSIÓN FINAL**

La Corte Suprema determinó que Wilder Llatas Pérez y Vilder Dávila Mera no eran autores porque su conducta su inocua.

#### **1.6.1.18. Recurso de Nulidad N° 4212-2009**

##### **1.6.1.18.1. HECHOS**

Se acusa a José Luis Novoa Flores quien, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Provincial de Utcubamba recibió dinero de parte de la entidad por diversos conceptos, del cual no cumplió con rendir cuentas.

Se acusa también a Alfonso Tafur Gonzales quien en calidad de Director Municipal no solicitó al área contable la información antes señalada, con lo cual se impidió realizar oportunamente el descuento respectivo de los haberes del entonces alcalde.

Así mismo, se denunció a Samuel Herrera Bustamante en su calidad de Jefe del Área Contable por no informar oportunamente sobre los funcionarios que no habían rendido cuentas.

En el auto de apertura de instrucción, la fiscalía imputa a los tres procesados por la comisión del delito de peculado doloso, sin embargo, el representante del Ministerio Público en su dictamen, acusó al procesado José Luis Novoa Flores por la comisión del delito de peculado doloso y a los procesados Luis Alfonso Tafur Gonzáles y Samuel Herrera Bustamante por la comisión del delito de peculado culposo.

Posteriormente, la Sala Penal Superior sólo condenó al primero de ellos y absolvió a los demás, señaló que, en ese sentido, de acuerdo a lo mencionado, son objeto de absolución de grado:

- i) La participación y responsabilidad penal del procesado José Luis Novoa Flores respecto del delito de peculado doloso.
- ii) La participación y responsabilidad penal de los procesados Luis Alfonso Tafur Gonzales y Samuel Herrera respecto del peculado culposo.
- iii) La observancia del principio de proporcionalidad respecto de la relación entre el monto de la reparación impuesta al procesado y el daño patrimonial ocasionado a la mencionada municipalidad.

A José Luis Novoa Flores se le dio dinero por dos rubros, el primero por el rubro de préstamos, deudas diversas y encargos, por la suma aproximada de 20 000 nuevos soles, y el rubro de viáticos por la suma de 44 791 nuevos soles.

#### **1.6.1.18.2. ANÁLISIS JUDICIAL**

La Corte Suprema parte de la tipificación del artículo 387° del Código Penal el que señalaba que el delito de peculado se configuraba l cuando: “Un funcionario o servidor público se apropia o utiliza, de cualquier forma, para

---

<sup>1</sup> Téngase presente que el artículo señalado es el vigente al momento de la comisión del hecho, toda vez que hoy en día dicho artículo ha sido modificado

sí o para un tercero, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo”.

Por tanto, señalan, para emitir una sentencia condenatoria deberá estar acreditado en autos, entre otras cosas, que el agente:

- a) tuvo una competencia funcional específica sobre los bienes de la administración (relación funcional – poder de vigilancia y control sobre los bienes)
- b) tuvo la posibilidad de libre disposición de estos bienes que en mérito de sus atribuciones legales en tanto funcionario o servidor público (disponibilidad jurídica)
- c) que al momento de los hechos era funcionario o servidor público
- d) se apropió para sí o para terceros de los caudales o efectos de la administración, entendiéndose por apropiación el apartamiento de dichos bienes de la esfera de la función de la Administración Pública, colocándolos en una situación tal que permita su disposición por parte del sujeto activo; que, además, para la configuración del delito doloso –por lo menos en la modalidad de apropiación-, para poder trascender la infracción administrativa, debe acreditarse, a través de una pericia contable, un perjuicio patrimonial al Estado.

Ahora bien, como se señaló fueron dos los rubros por las que el imputado debía rendir cuentas a la municipalidad, es así que respecto a las cuentas por pagar que no son viáticos, se tiene que tal deuda es probada, sin embargo, señala la Corte Suprema que si bien se acredita la existencia de un desbalance

patrimonial respecto de los fondos de la Municipalidad de Utcubamba, consideran que el procesado si bien tenía una competencia indirecta sobre los bienes estatales, ésta no se traducían en un poder de vigilancia y control sobre los mismos, por lo que, en virtud de ello, señalan, no tenía la posibilidad de su libre disposición (apropiación); por tanto, no consideran que se acredite la tipicidad del delito de peculado al no haberse acreditado, por el lado objetivo, la capacidad de disposición de los bienes estatales ni mucho menos su apropiación por parte del procesado, siendo fundamental la aplicación al caso concreto el filtro de la prohibición de regreso, todo lo cual impide imputar objetivamente la conducta típica la conducta típica de peculado doloso al procesado; consecuentemente, señalan, la conducta desplegada por el procesado es atípica respecto del delito de peculado doloso, siendo que la mera ostentación de un cargo público no fundamenta la autoría, máxime si se toma en cuenta que el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Penal prohíbe la responsabilidad jurídico penal objetiva.

El otro rubro objeto de imputación es el rubro de viáticos no declarados, así, la Corte Suprema señaló respecto de ellos que es palmaria la necesidad de reformar el criterio jurisprudencial que hasta la fecha han venido expresando los suscritos en cuanto a considerar a los viáticos como caudales y efectos públicos; esto con el propósito de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y a nuevos criterios interpretativos, incluso, de la propia doctrina y, en virtud de ello, el Derecho no es petrifique, toda vez que lo expresado en anteriores pronunciamientos por los suscritos no contienen fundamentos sacrosantos, empero, el cambio de criterio demanda una especial justificación.

Es así que la Corte Suprema que en el caso de los viáticos, además de acreditarse la relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos del Estado, debemos entender por “percepción” la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita; por “administración” debemos deducir que corresponde a las funciones activas de manejo y conducción; y por “custodia”, la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida de los caudales y efectos públicos.

Respecto del término “viáticos”, señala la Corte Suprema que esta constituye la asignación que se otorga al funcionario o servidor público, o personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento del local donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque), es decir, en puridad, es un dinero que se facilita a un trabajador para cubrir los gastos en los que incurre por desplazamientos realizados en la consecución de un objetivo excepcional.

Por tanto, señalan, los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en éste subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o el total de la suma asignada, incluso, en este último caso, el trabajador está autorizado a utilizar el íntegro del “viático” que se le asignó.

Señala entonces, que es un aspecto diferente el que con posterioridad no haya rendido cuentas o las haya efectuado de manera fraudulenta, circunstancias

que debe dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto.

Tal control, a opinión de la Corte Suprema, podría requerir bajo apercibimiento de imponer medidas de carácter disciplinario, la corrección de la justificación efectuada indebidamente; aún más, de persistir las omisiones o deficiencias, debe agotarse la exigencia directa, posiblemente mediante un resarcimiento con descuentos o en la modalidad que lo considera pertinente la autoridad administrativa competente. Por tanto, señala, el rubro de viáticos no puede constituir objeto del delito de peculado.

Respecto al delito de peculado culposo imputado a los procesados Luis Alfonso Tafur Gonzáles y Samuel Herrera Bustamante, quienes fueron imputados por no haber cuestionado al imputado respecto de dicha cantidad de dinero, de manera culposa (entendida como negligente), la Corte Suprema señala que, para el delito de peculado culposo se debe acreditar:

- i) Que el agente tuvo una competencia funcional específica sobre los bienes de la administración (relación funcional – poder de vigilancia y control sobre los bienes)
- ii) el agente se comporta negligentemente respecto a su deber de vigilancia y control sobre los bienes estatales
- iii) esta negligencia permite que un tercer o se apropie para sí o para terceros de los caudales o efectos de la administración.



Respecto de las cuentas que no constituyen un supuesto de viáticos, se tiene que del examen del expediente no se ha logrado acreditar, señalan, la tipicidad del delito de peculado al no haberse acreditado, por el lado objetivo, la capacidad de disposición de los bienes estatales ni mucho menos su apropiación por parte de los procesados, siendo fundamental la aplicación al caso concreto el filtro de la prohibición de regreso, todo lo cual puede imputarles objetivamente la conducta típica de peculado culposo; que, de otro lado, no se ha acreditado una infracción del deber, puesto que, en aplicación del principio de confianza, se tiene que estos procesados tenían a su cargo a personal, los cuales les proporcionaron información de la que ellos no podían desconfiar, siendo que tampoco se encontraban en capacidad de advertir las omisiones por parte del personal subordinado, por lo que no se ha acreditado el comportamiento negligente imputado a los procesados Tafur Gonzáles y Herrera Bustamante, consecuentemente, para este Supremo tribunal las conductas desplegadas por los mencionados procesados no se subsumen en el supuesto de hecho del delito de peculado culposo.

Respecto a las cuentas por viáticos, señalan, se tiene que al ser un objeto del delito (viáticos) un supuesto no típico, este Supremo tribunal no puede realizar un análisis más profundo, puesto que la conducta imputada, incluso si es a título de imprudencia, es siempre atípica, tal como se desprende de lo señalado en el considerando sexto de la presente Ejecutoria Suprema, por lo que el accionar de los procesados resulta atípico, máxime si se toma en cuenta que el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Penal prohíbe la responsabilidad jurídico-penal objetiva.

### 1.6.1.18.3. ANÁLISIS DEL CASO

La Corte Suprema divide el análisis en dos partes, una respecto del rubro de deudas existentes entre el imputado, que en su calidad de alcalde no pagó a la municipalidad, y otra respecto de los viáticos de los cuales no rindió cuentas.

Así, respecto del primer rubro, la Corte Suprema señala que, si bien se acredita el desbalance patrimonial, no se ha acreditado un poder de vigilancia o control sobre los bienes en cuestión, por tanto, no se configura el delito de peculado.

Al respecto, el punto de discusión es si el control o poder de vigilancia respecto del bien debe ser necesariamente directo, o puede ser de manera indirecta, esto es, si para la configuración del “control o poder de vigilancia” es necesario que el alcalde tenga un control directo sobre los bienes materia de litigio o si basta un control indirecto toda vez que el alcalde, en su cargo, puede influir de manera considerable sobre los responsables de su verdadera custodia.

De esta manera cabe la hipótesis respecto de si el alcalde, al poder influir, e incluso coaccionar al contador, tesorero y demás responsables de pedirle cuentas, configura de este modo el elemento de control o poder de vigilancia.

Aunque tal afirmación tiene algo de sentido, cabe recordar que, en el derecho penal, en principio, toda persona es responsable de sus actos, sin embargo, existen dos formas en las que un sujeto puede aprovechar o usar a otros en aras de cometer un delito a través de él.

Tales formas, implican, por un lado, la coacción, en ella, el primero sujeto obliga a otro a cometer un ilícito a través de una amenaza grave e inminente, como un atentado contra su vida o contra su integridad.

La otra forma, es aprovechándose de un desconocimiento insuperable, de modo que el segundo sujeto cree que actúa legalmente, pero en realidad está cometiendo un delito.

Tales casos, sin embargo, no se presentan en esta situación, toda vez que los verdaderos responsables de vigilar el dinero no cumplieron su rol, en el peor de los casos, por miedo a ser despedido, y no por los supuestos anteriormente mencionados.

Es así, que, en tal caso, no existe responsabilidad penal por parte del imputado por la no-fiscalización o no devolución del dinero, responsabilidad que, si podría tener, en todo caso, los verdaderos responsables de su vigilancia.

Respecto del dinero no devuelto por concepto de viáticos, señala la Corte Suprema que ellos son otorgados al funcionario por conceptos de gastos en su gestión, razón por la cual no están dentro del concepto de “control”, o “vigilancia” toda vez que ellos fueron otorgados para que el funcionario disponga de ellos.

Señalan entonces, que su no devolución, debe verse de modo interno en la Municipalidad en cuestión, bajo una sanción disciplinaria, mas no en la vía penal.

Respecto de los imputados por peculado culposo, a quienes se les señaló por no haber cuestionado al imputado sobre el dinero no declarado, consideramos

que la acusación fiscal estuvo mal orientada respecto de ellos, es así, que el delito de peculado debe ser cometido por quien tenga el control de o poder de vigilancia, algo que estos imputados carecían, de modo que no pueden configurar delito de peculado bajo la modalidad de autor.

Tampoco podría platearse que lo hicieron en colusión con los imputados, toda vez que la acusación fiscal los señala como responsables culposos, descartando de esta manera la posibilidad de colusión.

Su imputación como peculado por omisión impropia, hubiera sido un poco más viable, toda vez que tenían la función de custodiar, no el dinero, sino la correcta administración de los fondos, sin embargo, tal alternativa no hubiera tenido éxito en este caso porque la conducta de los principales imputados no fue considerada como configurativa del delito de peculado.

Consideramos, que, si bien estos últimos imputados por el delito de peculado culposo cometieron un delito, este no fue el de peculado, en todo caso debió postularse otra imputación.

#### **1.6.1.18.4. CONCLUSIÓN FINAL**

Se ha considerado la aplicación del principio de prohibición de regreso, toda vez que no existió una disposición del dinero por parte de los imputados.

### **1.6.1.19. Recurso de Nulidad N° 3538-2007**

#### **1.6.1.19.1. HECHOS**

En el presente proceso, el Procurador del Estado en su recurso formalizado, cuestiona la absolución de las acusadas, porque, estima, que en autos existen pruebas que acreditan la responsabilidad penal de las precitadas, puesto que,

según su posición, ellas se dedicaban a apoyar la comercialización de la droga.

Es así que conforme a la acusación fiscal, se atribuye a las encausadas Jacqueline Margot Rodríguez Godoy y Silvana Mercedes Grados Zavala, facilitar el cobro del dinero enviado del extranjero por terceras personas, con el objeto de financiar los gastos que demandaba la estadía y la adquisición de pasajes para los denominados "burriers" los que eran captados por sus coacusados Alfredo Francisco Toral Morales y Juan Carlos Terán Guerra con el propósito que transportaran droga en sus estómagos, atribuyéndoseles a las citadas encausadas que tenían perfecto conocimiento de estas ilícitas actividades.

#### **1.6.1.19.2. ANÁLISIS JUDICIAL**

Es así, que la Corte Suprema señala que del estudio de autos se advierte que el único elemento que podría involucrar a las acusadas con el delito investigado, está constituido por la declaración del condenado Walner Enrique Ruiz Bolaños —quien fue encontrado responsable del delito de tráfico de drogas, quien en su manifestación policial, así como en su inestructiva, expresó que el 27 de enero del 2006, el acusado Juan Carlos Terán Guerra junto con Alfredo Francisco Toral Morales llegaron al hotel donde se hospedaba dirigiéndose luego a almorzar, advirtiéndole que en el camino el primero recibió una llamada telefónica de la encausada Rodríguez Godoy, a quien procedieron a recogerla en su trabajo, la que estaba acompañada de la encausada Grados Zavala.

Sin embargo, señalan, resulta evidente que de tal comprobación no puede deducirse lógicamente que las aludidas compartían la voluntad criminosa de sus acompañantes, más aún si sobre el particular no se ha actuado ningún otro elemento de juicio que permita una convicción al respecto.

Además de ello, la Corte Suprema señala que no puede pasarse por alto el hecho de que las citadas acusadas trabajaban como vendedoras de la agenda de viajes Cotours, de allí sus versiones resultan verosímiles, en el sentido que la relación con los encausados Juan Carlos Terán Guerra y Alfredo Francisco Toral Morales se vinculaba con operaciones propias de su trabajo.

Dentro de este contexto, señalan, también resulta explicable lo aceptado por la encausada Rodríguez Godoy cuando afirmó que en algunas oportunidades recogió dinero, y en otras, pasajes de terceras personas de la empresa Jet Perú, provenientes de Estados Unidos o España, conducta que en sí mismas no pueden ser indicador de responsabilidad de un delito del cual no está probado que tenían conocimiento.

Aunado a ello, señalan, se suma el hecho de que las acusadas Rodríguez Godoy y Grados Zavala en todo momento negaron ser responsables del delito objeto de acusación.

Teniendo en cuenta lo anteriormente descrito, la Corte Suprema señala que ahí debe operar el filtro de imputación objetiva referido a la prohibición de regreso, por el cual no es operante imputar responsabilidad a quien realiza un comportamiento de modo estereotipado e inocuo sin quebrantar su rol como ciudadano, no pudiendo responder de la conducta ilícita de terceros.

Es así que la Corte Suprema señala que en este sentido la eventual conducta delictiva de los acusados Juan Carlos Terán Guerra y Alfredo Francisco Toral Morales no puede "rebotar" o regresar a las acusadas quienes en función a sus actividades regulares desarrollaron una conducta neutral o cotidiana, más aún si como ocurre, en el presente caso, no existe elementos de prueba que permitan determinar que conocieron los reales propósitos de los aludidos.

Por estos argumentos, la Corte Suprema señaló que, en consecuencia, es de estimar que lo actuado no reúne las condiciones de certeza necesario para enervar la presunción de inocencia que está revestido todo ciudadano en armonía con el artículo 2, inciso 24, apartado e) de la constitución Política del Perú.

En tal sentido el Colegiado Superior evaluó debidamente los hechos y medios probatorios actuados y declaró no haber nulidad en la sentencia que absuelve a las procesadas Jacqueline Margot Rodríguez Godoy y Silvana Mercedes Grados Zavala de la acusación fiscal formulada contra ellas por delito contra la Salud Pública —tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado

### **1.6.1.19.3. ANÁLISIS DEL CASO**

En el análisis del colegiado para el presente caso, se analizó exclusivamente el conocimiento de las procesadas Jacqueline Margot Rodríguez Godoy y Silvana Mercedes Grados Zavala de la conducta ilícita de los imputados.

Si bien la sentencia fue correcta, porque su conducta no configura un ilícito penal, es de lamentar que dicho análisis se haya valorado solo en base a la falta de conocimiento de la conducta ilícita cuando el punto central era la conducta inocua de las procesadas.

Tal análisis de la falta de conocimiento de la conducta ilícita de los procesados, fue no solo en el plano teórico como en el plano probatorio, toda vez que la Corte señalaba que no existen pruebas suficientes que acrediten que las acusadas conocían el actuar ilícito de los procesados.

Señala también, muy correctamente, que debe tenerse en cuenta que las procesadas trabajaban como asesoras de viaje, por lo que su conducta (la de transferir dinero, o pasajes) es propia de quien se dedica a ese trabajo, por lo cual su conducta cumplía el rol.

Sin embargo, debe tenerse presente que el filtro de prohibición de regreso, exonera de responsabilidad penal a quien, en ejercicio de sus funciones normales, comete actos que facilitan la comisión de un delito o causan una lesión al bien jurídico.

Por ello, lo importante no es el conocimiento de las procesadas respecto del actuar ilícito, sino el cumplimiento o no de un rol, es así que de comprobarse que ellas cumplían su rol, es irrelevante si conocían o no del actuar de los procesados.

#### **1.6.1.19.4. CONCLUSIÓN FINAL**

La Corte Suprema señala como importante la falta de conocimiento de los procesados de que su conducta, pese a ser inocua, ayudaba a la comisión de un delito



### **1.6.1.20. Recurso de Nulidad N° 1221-2002**

#### **1.6.1.20.1. HECHOS**

En el presente proceso se imputa al acusado la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 296 del Código Penal, es así, que el acusado fue intervenido por la policía el día 19 de enero de 1995 conduciendo un camión Volvo, cargado de productos comestibles con destino a la ciudad de Arequipa; encontrando dentro de la carga pequeños paquetes conteniendo hojas de coca de procedencia boliviana con un peso aproximado de ciento cincuenta kilos, ocurriendo que el procesado ante la policía ha sindicado como los verdaderos propietarios de las hojas de coca a los procesados Hilda Laura Mamami y Mariano Usaja Chura, manifestando desconocer el contenido de la mercadería que la fuera entregada por éstos.

#### **1.6.1.20.2. ANÁLISIS JUDICIAL**

Señala la Corte Suprema que en el caso es pertinente aplicar el principio normativo de imputación objetiva, que se refieren al riesgo permitido y al principio de confianza, ya que el acusado dentro de su rol de chofer realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad, y por tanto, no le es imputable el resultado (prohibición de regreso) al aceptar transportar la carga de sus coprocesados Hilda Laura Mamani y Mariano Usaja Churra y al hacerlo en la confianza de la buena fe en los negocios y que los demás realizan una conducta lícita, no habiéndose acreditado con prueba en concierto de voluntades con los comitentes y estando limitado su deber de control sobre los demás en tanto no era el transportista, dueño del camión sino sólo el

chofer asalariado del mismo, estando además los paquetes de hojas de coca camuflados dentro de bultos cerrados, aclarando que el conocimiento exigido no es el del experto sino por el contrario de un conocimiento estandarizado socialmente y dentro de un contexto que no implique un riesgo no permitido o altamente criminógeno.

Es así, que la Corte Suprema resolvió no haber nulidad en la sentencia que absuelve al procesado.

### **1.6.1.20.3. ANÁLISIS DEL CASO**

En el presente proceso la Corte Suprema se basó tanto en el filtro de la prohibición de regreso como en otros filtros de la imputación objetiva. Es así, que se basa en el principio de confianza para señalar que el chofer confió en que las personas que transportaba, no tenían entre sus pertenencias productos ilícitos.

De igual forma, señala la aplicación del riesgo permitido, toda vez que su conducta no superó los límites de la expectativa social.

Por otro lado, señala también la aplicación del filtro de la prohibición de regreso indicando que su conducta era inocua.

Al respecto, consideramos que no se puede asignar 3 principios distintos a un mismo hecho, toda vez que estos filtros son precisamente categorías excluyentes, por lo que consideramos oportuno hacer una distinción:

El principio de riesgo permitido consiste en que no se puede asignar responsabilidad penal cuando su actuar no es lo suficientemente riesgoso y

por tanto, se señala como cuestiones del “azar” o comúnmente llamada “mala suerte” a la lesión de un bien jurídico sucedida por esta conducta.

Es el caso de quien lustra el piso de una tienda, con la mala suerte de que uno de los compradores resbala y se lesiona producto del golpe, es así, que el actuar de quien lustró el piso puso producir un riesgo, pero un riesgo “mínimo” aceptado por la sociedad, aunque lamentablemente, producto de este, fue lesionado un bien jurídico.

En el presente caso, no fue el “azar” o mala suerte” lo que hizo que se transporte la droga, más aún si consideramos que la conducta fue precisamente el transporte de droga. En este filtro el tema a discutir no es el conocimiento o no del actuar, sino la influencia que el actuar del agente tuvo en el resultado.

Así, este filtro señala que no es responsable penalmente, quien comete un acto permitido por la sociedad, aun si producto de ello se lesiona un bien jurídico con POSTERIORIDAD, es decir, este filtro aplica cuando el daño se produce como consecuencia del acto, y no cuando el acto mismo es la conducta configurativa del delito.

Por esta razón, el presente caso no configura el filtro del riesgo permitido, al margen de representar otro principio de la imputación objetiva.

Respecto a la prohibición de regreso, esta consiste en que no debe REBOTAR la responsabilidad penal del autor, en quien “ayudó”, cuando el segundo actuó de forma inocua, es decir que este filtro se aplica más a quien es imputado como partícipe, a diferencia del principio de riesgo permitido que se aplica al autor.

En el presente caso, al chofer se le imputa el delito de transporte de productos ilícitos, a título de autor, toda vez que él conducía el camión, por tanto, no se le puede aplicar el filtro de la prohibición de regreso.

Por el contrario, tal como se ha señalado reiteradas veces, tal conducta fue debida a que el conductor no sabía dentro de las pertenencias de los pasajeros se encontraba droga, es así, que tal error se debió a un acto de confianza, confianza en que los demás actuarán de la forma correcta y señalada por la ley.

Por tanto, el principio a aplicar acá, debió ser el principio de confianza.

Sin embargo, acá pudo aplicarse el artículo 14 del Código Penal que señala:

**Artículo 14.-** El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

#### **1.6.1.20.4. CONCLUSIÓN FINAL**

La Corte Suprema señala como importante la falta de conocimiento de los procesados de que su conducta, pese a ser inocua, ayudaba a la comisión de un delito

### **1.6.1.21. Recurso de Nulidad 4166-1999**

#### **1.6.1.21.1. HECHOS**

En el presente proceso se imputa al encausado, Luis Alberto Villalobos Chumpitaz, ser coautor del delito de robo agravado, en agravio de Sixto Regato Basilio Minaya, Víctor Eduardo Santolalla Villanueva Meyer y José Manuel Ignacio Chávez.

En este proceso, según los hechos probados, el suceso se habría perpetrado el 14 de febrero de 1999, en horas de la madrugada, en compañía de otros sujetos no identificados, siendo el rol del imputado el de conducir el vehículo automotor a bordo del cual desplazaron las especies sustraídas del domicilio de los citados agraviados, hasta ser interceptados por efectivos policiales, quienes procedieron a la captura del referido encausado mas no así de sus acompañantes, quienes lograron darse a la fuga.

Así mismo, ha quedado establecido a través de las pruebas aportadas al proceso, que Villalobos Chumpitaz, el día de los hechos, se encontraba por inmediaciones del domicilio de los agraviados, ubicado en la manzana Q-1, lote 11 Villa Chorrillos, realizando su labor habitual de taxista, siendo requeridos sus servicios por un individuo que lo condujo hasta el inmueble en mención al llegar al lugar recibió la indicación de hacer ingresar el vehículo hasta la cochera del mismo, lugar donde esperaban otros cinco sujetos, quienes introdujeron diversas especies al vehículo, luego de lo cual, le indicaron que iniciara la marcha, siendo intervenidos durante el trayecto por la autoridad policial.

Así también, conforme ha quedado sentado en su manifestación policial, el encausado Villalobos Chumpitaz afirmó haberse percatado de las intenciones delictivas de los sujetos

que tomaron sus servicios, en el instante que lo hicieron ingresar a la cochera del inmueble, situación ante la cual, refirió, no podía hacer nada dado que ya se encontraba dentro.

#### **1.6.1.21.2. ANÁLISIS JUDICIAL**

La Corte Suprema señaló que, siendo estos los hechos que han quedado establecidos como presupuesto fáctico en el presente proceso, corresponde calificar la participación de Villalobos Chumpitaz a efectos de determinar si es posible imputarle o no el delito materia de autos, es decir, de robo agravado.

Así, la Corte Suprema señala que, el punto inicial del análisis de las conductas a fin de establecer si devienen en penalmente relevantes, es la determinación del rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción; así el concepto de rol está referido a "un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables", de modo que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol, es aquello que objetivamente se imputa a su portador; que, una vez establecido esto, cabe afirmar, que tratándose de actividades realizadas por una pluralidad de agentes, la comunidad que surge entre ellos, no es de manera alguna, ilimitada, ya que quien conduce su comportamiento de modo adecuado socialmente, no puede responder por el comportamiento lesivo de la norma que adopte otro.

Así, la Corte Suprema señala que ha quedado acreditado en autos que Villalobos Chumpitaz, se limitó a desempeñar su rol de taxista, comportamiento que califican de inocuo, ya que no es equivalente per se, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado; que, de otro lado, se ha establecido en autos que el citado encausado, en un momento determinado del desarrollo de la acción, tuvo pleno conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes, lo cual tampoco es sustento suficiente para dar lugar a alguna forma de ampliación del tipo, de modo que la responsabilidad penal por el delito perpetrado pueda alcanzarle, ya que el sólo conocimiento, no puede fundar la antijuridicidad de su conducta.

Es así, que del análisis judicial se concluye que si bien el encausado, intervino en los hechos materia de autos su actuación se limitó a desempeñar el rol de taxista, de modo, que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos, fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable en virtud a la prohibición de regreso, lo que determina que su conducta no pueda ser calificada como penalmente relevante, situándonos, en consecuencia, ante un supuesto de atipicidad.

Por ello, la Corte Suprema señaló no haber nulidad en la sentencia que absuelve a Luis Alberto Villalobos Chumpitaz, de la acusación fiscal por el delito contra el Patrimonio -robo agravado.

#### **1.6.1.21.3. ANÁLISIS DEL CASO**

En esta acertada sentencia se imputa a Luis Alberto Villalobos Chumpitaz, de la acusación fiscal por el delito contra el Patrimonio -robo agravado, en

ella, Luis Alberto cumplió su rol de taxista, servicio que brindó a los demás acusados quienes inicialmente le llevaron ante una cochera y luego retiraron pertenencias, depositándolas en la parte trasera del auto, para irse de la casa después.

Esta sentencia, evidentemente muy interesante, responde de una distinta manera a una cuestión muy polémica. Existe hace muchos años una polémica respecto a la responsabilidad penal de quien conduce el vehículo en los delitos contra el patrimonio, constatándose en la jurisprudencia que ha sido declarado como cómplice primario, y en otras sentencias como cómplice secundario. Esta sentencia, por el contrario, señala que la conducta realizada por el taxista no es siquiera típica.

Valga aclarar que, si el taxista hubiera cumplido su función de conducir el vehículo bajo la amenaza de los asaltantes, tal conducta hubiera sido típica pero no antijurídica, eximiéndose bajo el artículo 20 inciso 5 del Código Penal que señala:

### **Inimputabilidad**

**Artículo 20.-** Está exento de responsabilidad penal:

5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

De tal modo, que en el supuesto en que el taxista hubiera actuado bajo amenaza, no hubiera sido punible penalmente por dicha causal. Es por ello,



que entendemos que, en el presente caso, la Corte Suprema no consideró ese supuesto como el cometido en el presente proceso.

Así también, se observa que la Corte Suprema no consideró este caso como una falta de conocimiento de que se estaba realizando un hurto, toda vez que el propio taxista señaló entender que se trataba de un hurto cuando se encontraban en la cochera. Además, en caso se tratará de una falta de conocimiento, se hubiera aplicado el artículo 14 del Código Penal que señala:

### **Error de tipo y error de prohibición**

**Artículo 14.-** El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

Es así, que en vista que no fueron aplicados estos artículos, el problema descrito representa un caso en el que el conductor manejaba su taxi como habitualmente hace, fue requerido para una carrera, la que consistía en movilizarse con unos objetos robados, el conductor sabía del proceder ilícito de los pasajeros y no actuó por amenaza. Aun así, condujo el vehículo, tras lo cual fue intervenido.

Es curiosa la similitud de este caso, con el ejemplo propuesto por Günter Jakobs para graficar el principio de la prohibición de regreso, en la que

señalaba que no es responsable penalmente el taxista que trasporta a un sicario a la casa de la víctima, aun sabiendo el conductor cual es el propósito de su pasajero. Tal supuesto, debido a su ejemplo, fue considerado extremo, toda vez que la conducta del taxista es, cuanto menos, moralmente muy reprochable.

En el presente caso, el conductor sabe de las intenciones de los pasajeros, pero su contribución no consiste en llevarlos hasta el lugar donde se producirá el ilícito, puesto que ellos ya se encontraban dentro del hogar. Sin embargo, el haber permitido que se ingrese los bienes a su vehículo (tégase presente que no se hizo por amenaza), facilita que los bienes puedan ser ocultados de la mirada de los vecinos o de la policía, pues el hurto sería evidente si los ladrones salieran con los objetos en brazos, e incluso, que es poco probable que los ladrones hayan podido salir del hogar con los objetos cargados por falta de fuerza.

Es así, que esta interesante sentencia nos lleva a reflexionar los amplios alcances a los que puede llevar la figura de la prohibición de regreso.

#### **1.6.1.21.4. CONCLUSIÓN FINAL**

La Corte Suprema consideró que no existe responsabilidad penal pese a conocer la conducta delictiva de los co imputados, toda vez que el imputado solo cumplió con su rol.

## II. MATERIAL Y MÉTODO

### 2.1. Objeto de estudio:

El objeto de estudio fue la intervención delictiva en el ejercicio de defensa de los procesados en delitos de Criminalidad Organizada.

### 2.2. Población y muestra

#### 2.2.1 Población

La población estuvo constituida por un total de 7 casos en los que la Corte Suprema ha decidido en los casos de Los límites de la intervención delictiva, durante el periodo 1999 hasta la actualidad.

#### 2.2.2 Muestra

En vista de que existen pocos casos al respecto y de que esta es una muestra representativa, se tomó el total de casos que analizan este objeto de estudio. Por ello, la muestra estuvo constituida por 7 casos en los que la Corte Suprema ha decidido en los casos de Los límites de la intervención delictiva durante el periodo 1999 hasta la actualidad.

#### 2.2.3 Unidad muestral

La unidad muestral estuvo constituida por cada caso en los que la Corte Suprema ha decidido en los casos de Los límites de la intervención delictiva.

#### 2.2.4 Tipo

Por el tipo es una investigación explicativa toda vez que va a explicar cómo la variable independiente influye en la variable dependiente, sin medir el grado de correlación entre ambas variables.

#### 2.2.5 Diseño

Por su diseño es no experimental, toda vez que no se modificará la variable independiente para ver su influencia en la variable dependiente.

### 2.2.6. Procedimiento

- **Primero paso:** Se recurrió a bibliotecas de Pre y Post Grado de Universidades como la UNT, UCV, UPAO, UPN, para obtener información de artículos, libros u otros, así como recabar información de la página del Poder Judicial y obras que compilan Jurisprudencia.
- **Segundo paso:** Se procedió a elaborar nuestros instrumentos.
- **Tercer paso:** Se aplicó las técnicas e instrumentos que nos permitió recabar los datos, que organizados se constituyeron en los resultados a fin de realizar la contrastación y comprobación de la hipótesis.

## 2.3. Métodos y técnicas:

### 2.3.1 Métodos:

**Método Universal:** Es el método científico, se aplicará durante toda la investigación a efectos de poder contrastar la hipótesis de estudio.

#### Métodos Generales:

**Deductivo:** Este método implica partir de bases o datos generales para llegar a una conclusión particular, utilizaremos el método deductivo para analizar diversas aristas de la problemática planteada.

**Inductivo:** A partir de éste método se partirá de datos particulares para llegar a una conclusión general, esto se aplicará en la medida del estudio de determinar cuál es el límite de intervención delictiva en el ejercicio de la defensa de los procesados en los delitos de Criminalidad Organizada

**Análisis:** A través de éste método se podrá estudiar descomponiendo cada uno de los elementos que configuran la problemática del límite de intervención delictiva en el ejercicio de la defensa de los procesados en los delitos de Criminalidad Organizada.

**Síntesis:** En aplicación del método Sintético se podrá de construir todos los elementos

que fueron analizados particularmente, a fin de llegar a conclusiones sobre si los límites de intervención delictiva en el ejercicio de la defensa de los procesados en los delitos de Criminalidad Organizada.

### **Método Particular**

**Hermenéutico:** a partir de este método se usará en cuanto al análisis de cada de las posturas de la doctrina, Sentencias de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, para determinar los límites de intervención delictiva en el ejercicio de la defensa de los procesados en los delitos de Criminalidad Organizada.

#### **2.3.2 Técnicas:**

##### **De Procesamiento**

**Cuadros:** Cuadros respecto a los fundamentos jurídicos de la doctrina y casos en los que se ha investigado a abogados como miembros de una organización criminal, en procesos penales, en la Provincia de Trujillo.

**Prueba de Hipótesis:** Estará conformada por el análisis de la doctrina y casos en los que se ha investigado a abogados como miembros de una organización criminal, en procesos penales, en la Provincia de Trujillo.

##### **De recolección**

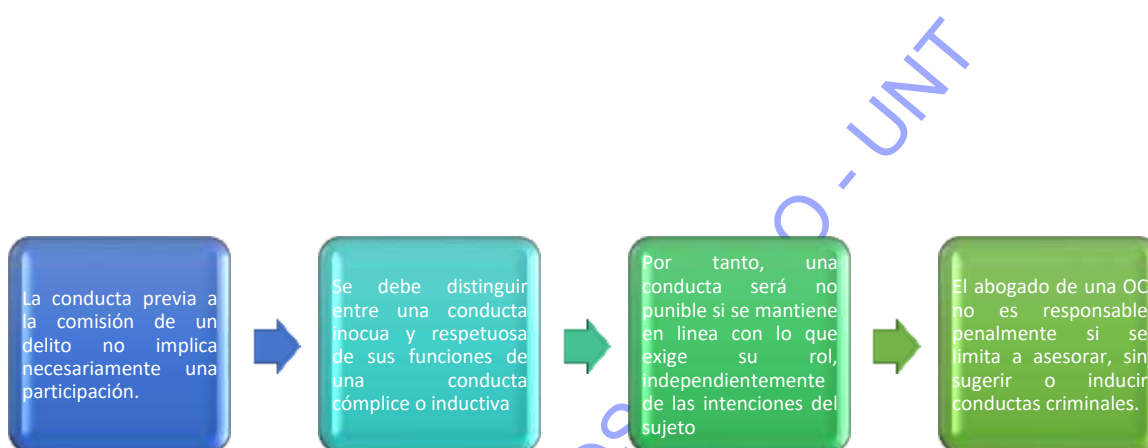
**Fichaje:** En nuestra etapa de recolección de información empleamos fichas de investigación (textuales, resumen, comentario, mixtas), así como las fichas de campo, a fin de almacenarlas y procesarla debidamente en el momento respectivo o en la elaboración del Informe Final.

**Análisis de contenido:** Se analizará la información que se obtendrá de la legislación procesal penal nacional, doctrina y Sentencias de la Corte Superior de Justicia de La Libertad referidas.

### III. RESULTADOS

#### 3.1. Resultado N° 1

La responsabilidad penal del abogado dependerá en que se limite a asesorar, sin sugerir la comisión de ningún ilícito.



#### 3.2. Resultado N° 2

Se observa que en la mayoría de los casos el colegiado confundió la prohibición de regreso con el error de tipo.

| RECURSO DE NULIDAD                | SE CONFUNDIÓ CON ERROR DE TIPO |
|-----------------------------------|--------------------------------|
| RECURSO DE NULIDAD N° 1481 - 2011 | No                             |
| RECURSO DE NULIDAD N° 2242-2011   | Si                             |
| RECURSO DE NULIDAD N° 2756-2010   | Si                             |
| RECURSO DE NULIDAD N° 4212-2009   | No                             |
| RECURSO DE NULIDAD N° 3538-2007   | Si                             |
| RECURSO DE NULIDAD N° 1221-2002   | Si                             |
| RECURSO DE NULIDAD 4166-1999      | No                             |

### 3.3. Resultado N° 3

Se observa que en el 42.8% de los casos no se hace referencia a una conducta inocua.

| RECURSO                           | HACEN REFERENCIA A CONDUCTA INOCUA |
|-----------------------------------|------------------------------------|
| RECURSO DE NULIDAD N° 1481 - 2011 | No                                 |
| RECURSO DE NULIDAD N° 2242-2011   | Si                                 |
| RECURSO DE NULIDAD N° 2756-2010   | Si                                 |
| RECURSO DE NULIDAD N° 4212-2009   | No                                 |
| RECURSO DE NULIDAD N° 3538-2007   | Si                                 |
| RECURSO DE NULIDAD N° 1221-2002   | No                                 |
| RECURSO DE NULIDAD 4166-1999      | Si                                 |

### 3.4. Resultado N° 4

Se observa que en el 71.4% de las sentencias señalan el cumplimiento de su función como fundamento de la no responsabilidad penal del acusado.

| RECURSO                           | ACORDE A SU FUNCIÓN |
|-----------------------------------|---------------------|
| RECURSO DE NULIDAD N° 1481 - 2011 | Si                  |
| RECURSO DE NULIDAD N° 2242-2011   | No                  |
| RECURSO DE NULIDAD N° 2756-2010   | Si                  |
| RECURSO DE NULIDAD N° 4212-2009   | Si                  |
| RECURSO DE NULIDAD N° 3538-2007   | Si                  |
| RECURSO DE NULIDAD N° 1221-2002   | No                  |
| RECURSO DE NULIDAD 4166-1999      | Si                  |

### 3.5. Resultado N° 5

Se observa que en el 71.4% de las sentencias estudiadas se hace referencia al involucramiento de la imputación subjetiva.

| RECURSO                           | INVOLUCRAMIENTO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA |
|-----------------------------------|---|
| RECURSO DE NULIDAD N° 1481 - 2011 | Si                                      |
| RECURSO DE NULIDAD N° 2242-2011   | Si                                      |
| RECURSO DE NULIDAD N° 2756-2010   | Si                                      |
| RECURSO DE NULIDAD N° 4212-2009   | No                                      |
| RECURSO DE NULIDAD N° 3538-2007   | Si                                      |
| RECURSO DE NULIDAD N° 1221-2002   | No                                      |
| RECURSO DE NULIDAD 4166-1999      | Si                                      |

## IV. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

### 4.1. Discusión de resultado N° 1

De las sentencias de la Corte Suprema analizadas se encuentra que el límite de responsabilidad penal se encuentra en el cumplimiento de las funciones que le asisten al cargo. Así, podemos observar que no se encuentran exentos de responsabilidad penal quienes realizaron actos ajenos a su función, en favorecimiento de una organización criminal.

Así, tenemos que en la formalización de investigación preparatoria de la Carpeta Fiscal N° 15-2016 se acusa a E.R.J.M. (apodado Juárez) toda vez que se tiene escuchas telefónicas con otro investigado, ambos presuntos miembros de la Organización Criminal KyK, en la que se evidencia que el mencionado trabajaba en el área de inteligencia de la Policía Nacional del Perú y comunicaba al coimputado sobre movimientos de la policía que podrían afectar a la organización.

Del mismo modo, informaba, según las escuchas, que áreas o sectores no eran materia de investigación por parte de la policía, lo que le permitía a la organización actuar con tranquilidad en dicha jurisdicción.

En ese sentido, el Ministerio Público señala:

Asimismo, se tiene que el investigado Juárez Moya cuando dejó de laborar en el área de inteligencia de la Policía Nacional del Perú mantenía comunicación permanente con el investigado Quispe Narcizo y Valverde Diestra teniendo conocimiento así de las actividades ilícitas que realizaban los miembros de la organización criminal.

Además de ello, se observa de las escuchas telefónicas, que el acusado, así como su coacusado Q.N. (apodado Malaco), aprovechando su calidad de miembros de la policía nacional del Perú, ingresaban al penal para cobrar la cuota de extorsión que previamente la Organización



Criminal había pactado con la víctima.

Así el Ministerio Público señala:

También tenemos que en su calidad de efectivo policial incumpliendo sus funciones con su co imputado Q N (a) Malaco vendría cometiendo ilícitos penales, esto último se desprende de la escucha legal realizada el día 18 de Junio del 2016 donde el investigado (a) JUAREZ recibe una comunicación (a) MALACO (que también es integrante de la Organización en calidad de efectivo policial) donde MALACO pregunta dónde estás?, JUAREZ responde, acá en mi sobre, MALACO le dice estas de servicio o franco, JUAREZ le dice franco, MALACO le dice hay una chambita mañana temprano acá en el penal es cobranza, mañana quiero un apoyo tengo el carro, tengo el puntero faltas tú, a las 7 o 7 30 porque el pata va a visitar todos los días a una jerma en el penal y esta el pata por RQ, JUAREZ indica que mañana va estar botado porque es día del padre y nadie va querer canear, MALACO háblale a tu jefe el superior que lo hacemos un par de hora y la hacemos linda, JUAREZ le los otros chalequeando ahí, dice que el muchacho te bota 15 lucasas esta pedido por Chiclayo por robo, JUAREZ le dice mañana lo llamo a mi jefe “yo tengo otra chambita para que tú me hagas”. los otros chalequeando ahí, dice que el muchacho te bota 15 lucasas está pedido por Chiclayo por robo, JUAREZ le dice mañana lo llamo a mi jefe “yo tengo otra chambita para que tú me hagas”.

En otro caso, en la formalización de investigación preparatoria del Caso N° 2306015600-2016-23-0 se acusa a H.D.H (apodado el chino) que formaba parte de la sección de Robo de la DIVINCRI, quien brindaba apoyo a la organización criminal al informarle sobre las actividades de la policía y a desaparecer evidencias de estas que puedan perjudicar a los miembros de la organización.

Así, la citada formalización señala:

**ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR**, siendo su rol el de **COLABORADOR**, valiéndose de su condición de efectivo policial, brinda apoyo a integrantes de la O.C. “Gran Márquez” que fueran capturados, a fin de poder sustraer evidencias que puedan vincular a los DD.CC. con los ilícitos penales en los que sean investigados; en virtud de lo cual se también se le imputa los delitos de **COHECHO PASIVO** y **ENCUBRIMIENTO REAL**.

Hruschka (2000) considera que la base de la acción humana es la libertad (libertad física y libertad psíquica), de ese modo, no puede considerarse acción humana a algo que no fue hecho con libertad, mucho menos a aquello que es solo consecuencia causal de la naturaleza. Es por ello, que señala que solo se puede imputar un hecho como delito, a aquella acción que la persona tuvo libertad de hacer.

Así, el citado autor señala que cuando a una persona se le imputa un delito, es porque se lo considera autor de un hecho, de donde se sigue que lo que se halla «tras» un autor al que se imputa una acción como libre, no puede aportar causa alguna que produzca la acción libre.

Así, señala que las condiciones que contribuyen a la formación de un delito, no pueden ser consideradas como causas del resultado del delito, de esta forma señala:

El elemento más allá del cual no pueden considerarse [otros] sucesos como causas es, con otras palabras, aquel proceso que contemplamos como acción libre de un autor (como actio libera). Quien se halle tras dicha acción libre ni ha «causado» el resultado descrito en el tipo delictivo producido por el autor principal, ni ha «causado» la acción descrita en el tipo del delito del autor principal. Si el autor principal actúa libremente, entonces no hay nada más que haya de ser «causado». (p. 195)

La conclusión a toda esta lógica es muy importante, toda vez que señala que la persona hace el hecho contributivo solo puede ser autor o inductor, más no ambos a la vez.

En la prohibición de regreso se fundamenta también una relación de exclusión entre un hecho y la inducción a ese hecho. Partiendo de que el autor ha causado el resultado típico y precisamente por eso el inductor no es autor, dado que no es el caso de que él cause el resultado típico, entonces hecho e inducción al hecho se excluyen mutuamente. Sólo puedo ser autor o bien inductor, pero no ambas cosas a la vez, porque con una y la misma acción sólo puedo causar o no causar el resultado descrito en el tipo; en efecto, no puedo a la vez causar y no causar. (p. 196)

Bajo este punto de vista, si se pretende imputar el actuar del abogado en una organización criminal, solo tenemos dos posibles caminos: imputarlo como autor o imputarlo como inductor, siendo ambos caminos inviables.

Así, no se puede considerar que el abogado causó el hecho, pues su asesoría jurídica no causó la muerte, no defraudó, o no vendió la droga, por lo tanto, no es posible considerarlo como autor del hecho.

Tampoco se le puede imputar como inductor, pues según señala este autor, la posibilidad de inducir no es viable toda vez que el autor directo tuvo toda la libertad de decisión. Esta posibilidad de actuar, o, mejor dicho, esta libertad de actuar de parte del autor directo, es la que descarta la punibilidad del abogado en aun los casos en los que el autor directo se haya animado a cometer el hecho **solo después** de la consulta jurídica realizada al abogado.

Existe en la dogmática también, controversia respecto de aquellos casos en los que la conducta, aunque inocua, si podría interpretarse como una inducción o provocación a cometer un delito.

En la búsqueda de esos límites, Frisch (1995) señala que el criterio delimitador debe ser el “contenido de sentido” de la conducta del autor. De esta forma, señala, solo será punible la conducta del “primer sujeto” si esta muestra un claro sentido de favorecer o inducir la conducta criminal del “segundo sujeto”.

Por el contrario, no será punible cuando el sujeto se limita a no hacer una advertencia, producto de sus conocimientos especiales. Tampoco será punible, señala, el entregar un producto inocuo, aun cuando el receptor de claras muestras de querer usar el objeto con una finalidad auto lesiva, por ejemplo, al entregar pegamento, que podría ser inhalado por el receptor.

En el presente caso, se observa que en las formalizaciones se tuvo en cuenta el criterio delimitador de la función correspondiente al rol. Así, podemos observar que el abogado no será imputado penalmente si su función se limita a su papel de abogado, más no podrá hacer algo más que asesorar.

En ese sentido, no corresponde al abogado el sugerir la comisión de un delito, ni siquiera cuando sugiera que ello facilitará la absolución del miembro de la organización, así, por ejemplo, no podrá sugerir que la organización amenace a un testigo, ofrezca dinero a un testigo a cambio de declarar a su favor, etc.

Del mismo modo, la conducta del abogado de una organización debe limitarse a los actos procesales establecidos en el Código de procedimientos penales o el Nuevo Código Procesal Penal, según sea el caso. No podrá, por el contrario, conversar con el juez o fiscal a cargo, solicitando una conducta por parte de ellos, distinta a la que el procedimiento exige, ya sea de forma onerosa o gratuita.

Otro tema que ha sido objeto de discusión en el último trienio es el pago que debe recibir un abogado. Es obvio que el pago entre el abogado y su cliente es una cuestión que le

corresponde solo a ellos, aun cuando el cliente sea parte de la organización.

Sin embargo, hay ocasiones en las que la suma pagada hace sospechar que esta corresponde no solo al pago por sus honorarios, sino que es usada como una forma de evadir el control del gobierno respecto del dinero.

Dicho de otro modo, que, en ocasiones, la suma pagada (por ejemplo, un millón de dólares) puede hacer sospechar que este será regresado total o parcialmente al investigado, quien podrá hacer uso de este pese a que se han congelado sus cuentas o embargado sus propiedades.

Así mismo, deberá ser motivo de investigación, si se encuentran pagos realizados por el abogado, a testigos, peritos, fiscales, jueces, o familiares o personas cercanas a estos, aun cuando no existan aun evidencias de tener un carácter ilícito.

#### **4.2. Discusión de resultado N° 2**

De las sentencias de la Corte Suprema durante el periodo 1999 - 2019 se advierte que el colegiado confunde recurrentemente la prohibición de regreso con un error en el conocimiento (o error de tipo).

Es así, que observamos en el Recurso de Nulidad N° 2242-2011 en el que señala que no se puede reprochar penalmente al acusado Huaynate Callupe, pues no se advierte que haya conocido las tratativas de su coacusada en el uso del insumo químico fiscalizado, ni que la acción que realizó –recojo y traslado de la mercadería del local del proveedor al comercio de la sentenciada Orihuela Cárdenas- haya sido ajena a una actividad ordinaria y común, por tanto es de rigor amparar el fallo absolutorio en todos sus términos.

Es así, que observamos que el colegiado sustenta la prohibición de regreso, en que el imputado no tenía conocimiento de las tratativas de la coacusada.

Por otra parte, en el Recurso de Nulidad N° 3538-2007 se señala: “conducta que en sí mismas no pueden ser indicador de responsabilidad de un delito del cual no está probado que tenían conocimiento”. En él, se aprecia que la ausencia de responsabilidad se sustenta en el desconocimiento del imputado respecto al **contexto ilícito** de su participación.

Así, no corresponde fundamentar la prohibición de regreso en la ausencia de conocimiento de un elemento del tipo penal. La prohibición de regreso busca determinar si corresponde relacionar una conducta, con un resultado, es decir, analiza el nexo causal.

El análisis de estas conductas (en la imputación objetiva) se basa únicamente en las acciones realizadas por el imputado y la orientación que la conducta tiene (a diferencia de la orientación del autor).

Igualmente, «no es libre» una acción si alguien actúa en situación de ignorancia facti, en una situación de error sobre un elemento fáctico relevante. Un elemento fáctico es relevante si resulta decisivo para el juicio de si es contrario a Derecho o no. (Cancio, 2005, pág. 209)

En la presente investigación, determinamos que es irrelevante (al menos hasta esa fase de análisis) para la imputación del abogado, su conocimiento respecto de las actividades a las que se dedica la organización criminal.

Del mismo modo, es irrelevante que el abogado conozca los actos a realizar por la organización producto de su asesoría. A modo de ejemplo, si se le consulta al abogado si la modificación de una fotocopia de un documento constituye delito de falsificación de documentos, y este responde de acuerdo a sus conocimientos, no será responsable penalmente por los actos de la organización respecto de dicho delito.

Del mismo modo, no constituye delito de omisión si el abogado conoce de actividades (delictivas) futuras de la organización y no las evita (o informa a las autoridades), toda vez que no tiene una posición de garante sobre el bien jurídico amenazado.

### **4.3. Discusión de resultado N° 3**

De las sentencias estudiadas, observamos que en el 42.8% de los casos, es decir, en el Recurso de Nulidad N° 1481 – 2011, Recurso de Nulidad N° 4212-2009 y el Recurso de Nulidad N° 1221-2002, no se hace mención a la inocuidad de la conducta.

Un punto importante en el análisis de la prohibición de regreso es el tratamiento de la Corte Suprema de la inocuidad de la conducta, ya que, para un importante sector de la doctrina, es la inocuidad de la conducta la que fundamenta la no punibilidad de la conducta a título de participación (a través de la prohibición de regreso, mientras que otro sector se fundamenta en el cumplimiento de un rol (el cual se verá en la siguiente discusión de resultados).

Así, por ejemplo, el Recurso de Nulidad N° 2756-2010 señala que la conducta fue inocua, toda vez que el acusado era el dueño del vehículo en el que se cometió el ilícito. Así, la Corte Suprema abandona la costumbre de sentenciar al dueño del vehículo como un cómplice secundario que aportó un objeto (el vehículo) para la consumación del delito, señalando que el solo ser el dueño no es una conducta de orden criminal.

Por el contrario, el Recurso de Nulidad N° 2242-2011 señala que la conducta no fue inocua, aun así, consideró no punible la conducta del acusado por prohibición de regreso. Lo interesante del caso fue que el colegiado, lejos de señalar la inocuidad de la conducta, señaló que esta debió sancionarse, pero por otras razones.

La inocuidad de la conducta es el eje central de la imputación objetiva y específicamente en la prohibición de regreso. En base a ello, se valora una conducta que ha contribuido a la

comisión de un delito, incluso, dicha conducta contributiva pudo haber sido bajo conocimiento y voluntad del agente, quien quiso que el delito se cometa.

Así, para la prohibición de regreso, una conducta que consciente e intencionalmente contribuye a la comisión de un delito, no es punible si esta se ejecutó bajo los parámetros de lo inocuo.

Las acciones cotidianas son definidas por López (1997) como aquellas intervenciones en un intercambio de bienes o servicios en principio legal y habitual, pero que simultáneamente pueden incrementar las posibilidades de éxito de la comisión de un delito.

Así, Ángeles (2002) señala que estas acciones pueden verse involucradas en la comisión de un hecho doloso de un tercero. Así, la citada autora señala que estas se caracterizan:

1) Porque suponen un favorecimiento en la comisión de un hecho doloso que un autor principal ha resuelto realizar, 2) se encuentran en base de actos preparatorios y 3) existen datos objetivos que lo demuestran.

En la presente investigación, se pudo determinar que la conducta inocua hará no responsable penalmente, a toda conducta contributiva del abogado dentro de la organización criminal.

De este modo, se entiende como conducta inocua (en el abogado):

- El defender en un proceso (penal, civil, administrativo o de otra materia) a un miembro o colaborador de la organización criminal
- Representarlo (a través de un poder general o especial) en contratos u otros actos jurídicos de naturaleza no-criminal o firmar por él
- Recibir de un miembro o colaborador de la organización criminal un pago por sus servicios, siempre que sea un monto razonable a su trabajo
- Indicarle sobre las posibles penas a recibir en caso cometa un delito, aun cuando el



asesorado le manifieste expresamente su decidida resolución a cometerlo.

- Ser parte del grupo u organización, que realice actividades no ilícitas, aun cuando de forma paralela esta realice actividades criminales. A modo de ejemplo, una empresa productora puede paralela y clandestinamente realizar actividades ilícitas, en tal caso, no será punible ser integrante, directivo o presidente de dicha empresa.

#### **4.4. Discusión de resultado N° 4**

De las sentencias observadas, se aprecia que el 71.4% de las sentencias señalan el cumplimiento de su función como fundamento de la no responsabilidad penal del acusado, en aplicación de la prohibición de regreso.

De manera muy clara, en el Recurso de Nulidad N° 1481 – 2011, La Corte Suprema enfatiza que no existe tipicidad si las personas actuaron bajo lo socialmente adecuado (en el caso de los extraneus), o en cumplimiento de sus funciones (en el caso de los intraneus).

Del mismo modo, el Recurso de Nulidad N° 2756-2010, que ya se había pronunciado sobre la inocuidad, señala que el acusado no es responsable toda vez que, como conductor del vehículo, cumplía con su función. En el mismo sentido, en el Recurso de Nulidad 4166-1999 el colegiado absolvió al imputado toda vez que este era taxista y cumplió con su rol de tal.

Un caso sumamente importante se dio en el Recurso de Nulidad N° 3538-2007. En él, las imputadas se encargaban de cobrar un dinero, con el que financiaban el hospedaje, estadía y pasajes de los coacusados, siendo estos últimos quienes se encargaban de transportar droga.

De este modo, mientras los coacusados cometían el delito de tráfico ilícito de drogas, las acusadas se encargaban de las funciones propias de una agente de viajes, con la peculiaridad que eran terceras personas (y no los coacusados) quienes enviaban ese dinero.

En este recurso, el colegiado determinó que las acusadas encargadas de cobrar el dinero y proveer alojamiento y viáticos a los narcotraficantes, no eran responsables penalmente a título de cómplices.

Lo interesante de este recurso, es que el colegiado fundamentó su decisión en que las acusadas se dedicaban a ser agentes de viaje, por lo que solo cumplían con su labor. Sin embargo, es de preguntarse cuál hubiera sido la decisión del colegiado, si, las acusadas no se hubieran dedicado a dicho trabajo.

Al respecto, si el colegiado hubiera partido de una postura fundamentada en la “conducta inocua”, hubiera absuelto del mismo modo absolviendo a las acusadas, sin embargo, si la postura del colegiado se fundamente únicamente en el cumplimiento del rol, entonces hubiera condenado a las acusadas, pues su participación no fue acorde a su función.

En el caso del abogado de la organización criminal, se señala que no es punible su actuar toda vez que solo cumple su función. Sin embargo, la discusión de la doctrina respecto al cumplimiento del rol como base de la falta de responsabilidad, tiene consecuencias en la discusión respecto de la falta de responsabilidad del abogado que asesora a una organización criminal.

Tal cuestión, tendrá como consecuencia: i) determinar el alcance, es decir, hasta qué límite quitar la punibilidad el hecho de ser abogado y ii) determinar si dichas conductas serian punibles en caso hayan sido cometidas por una persona no dedicada a dicha profesión.

Respecto del límite a no punibilidad por la profesión de abogado, consideramos que este no debe ser un elemento diferenciador, toda vez que, si una conducta no merece una pena, es incoherente que si la merezca si es ejercida por una persona de distinta profesión.

Sin embargo, debe tenerse presente que un abogado puede responder penalmente, por el hecho de serlo, cuando la ley así expresamente lo indica, es así, que se relacionó al D.L. 1249 con la idea de la penalización de la asesoría jurídica en las organizaciones criminales, señalando que esta ley sanciona al abogado que asesora a organización.

Tal conclusión es errada, toda vez que el D.L. 1249 modifica la Ley 29038 y en tal sentido obliga a los abogados y contadores a informar sobre el movimiento financiero de las empresas para las que trabajan, sin exigir informar sobre conductas ilícitas.

Sin embargo, tal conducta regula sobre la información de movimientos, no sobre la actividad criminal de una organización. Además de ello, el no cumplimiento de dicha ley no implica una pertenencia, o participación en una organización criminal, sino únicamente un delito de incumplimiento de funciones.

Respecto a la no punibilidad de quien no ejerce la profesión de abogado, bajo las mismas conductas, consideramos que la responsabilidad penal de ambos grupos debe ser la misma, tanto en su punibilidad como en su no punibilidad.

En otras palabras, consideramos que el ejercicio de la profesión de abogado no debe implicar una ampliación del ámbito de no punibilidad, sino que esta debe determinarse en base a una conducta inocua o lesiva, según sea el caso.

#### **4.5. Discusión de resultado N° 5**

En el 71.4% de las sentencias estudiadas, es decir, en el Recurso de Nulidad N° 1481 – 2011, Recurso de Nulidad N° 2242-2011, Recurso de Nulidad N° 2756-2010, Recurso de Nulidad N° 3538-2007 y Recurso de Nulidad 4166-1999, se hace mención a cuestiones referentes a la imputación subjetiva.

Así, por ejemplo, en el Recurso de Nulidad N° 2242-2011 se aplica la prohibición de regreso,

aun señalando que la conducta no fue inocua (y que se tuvo que sancionar por otro delito), toda vez que no fue la intención del imputado la comisión de dicho delito.

Así, la prohibición de regreso en este Recurso de Nulidad se fundamenta en cuestiones referencias a la imputación subjetiva y no en imputación objetiva como a este principio corresponde. Del mismo modo, el Recurso de Nulidad N° 2756-2010 y Recurso de Nulidad N° 3538-2007 absuelven a los imputados señalando que estos no conocían la ilicitud de la conducta de sus compañeros, es decir, basan la prohibición de regreso en el conocimiento o intención del imputado.

Por otro lado, en el Recurso de Nulidad N° 1221-2002 se señala que el principio de prohibición de regreso se aplica toda vez que no se demostró acuerdo entre los acusados. Si bien el acuerdo o no entre los coacusados es una cuestión objetiva, no corresponde tampoco a la aplicación de la prohibición de regreso, sino a un elemento del tipo objetivo.

Por el contrario, una correcta separación de los aspectos subjetivos en la determinación del principio de prohibición de regreso lo encontramos en el Recurso de Nulidad N° 1481 – 2011 en la que es irrelevante el conocimiento o intención de los acusados, dueño de un vehículo que se vendió de manera irregular a la municipalidad, toda vez que estos le encargaron la venta de tal a un tercero, quien se encargó de vender y tramitar dicha venta con la municipalidad.

Del mismo modo, en el Recurso de Nulidad 4166-1999 el colegiado se desprende de los aspectos subjetivos en la imputación, toda vez que absuelven al conductor en un delito de hurto, aun cuando este sabía de las intenciones de los coimputados, toda vez que, según señala el colegiado, solo respondía a su rol de taxista.

Cancio (2005), en su artículo “Lo objetivo y lo subjetivo de la imputación objetiva”, señala de manera introductoria que los defensores de la imputación objetiva, señalan primero

cuestiones objetivas, pero luego le agregan elementos objetivos, de tal modo que podría parecer solo una forma de salir del paso.

Por ello, si la opinión dominante defensora de la imputación objetiva maneja la distinción entre “tipo objetivo” y “tipo subjetivo”, atribuye a la imputación objetiva al primero y después introduce datos subjetivos (como los “conocimientos especiales” en el delito doloso) para determinar esa “imputación objetiva”, es evidente que la pelota está en su tejado. En este sentido, decir frente a las formulaciones de los críticos que la teoría de la imputación objetiva “no se detiene ante circunstancias subjetivas” o que el homicidio, las lesiones, etc., es decir, el hecho imputado es “algo objetivo”, no parece más que una finta para salir del paso. (Cancio, 2005, pág. 220)

Cancio (2005) señala que generalmente el instituto de prohibición de regreso se desarrolla en un contexto de conducta subjetivamente dolosa, pero objetivamente objetiva. Es así que el citado autor señala:

Como casos en los que puede ser de aplicación esta institución se mencionan habitualmente supuestos en los que existe una aportación inicial subjetivamente dolosa, pero objetivamente ambivalente, a un posterior desarrollo delictivo o a una autolesión: así, por ejemplo, cuando el empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un automóvil cuyas cubiertas se encuentran de modo tan evidente en mal estado que es palmario que va a producirse un accidente (que produzca lesiones al conductor o a los ocupantes del vehículo, o a otros terceros) si se sigue circulando con el vehículo, esta aportación causal del empleado no puede dar lugar a una responsabilidad por un delito de lesión -doloso o imprudente, dependiendo del lado subjetivo-. (p. 99)

En el caso del abogado de la organización criminal, debemos tener presente que, si su conducta es inocua, no será relevante si tenía o no conocimiento del uso ilícito que le darían terceros (en este caso la organización), en base a su conducta.

No será relevante tampoco la intención que tenía el abogado, toda vez que este pudo haber querido el resultado ilícito, incluso para sí, toda vez que será no punible si su actuar fue de acuerdo a ley.

BIBLIOTECA DE POSGRADO - UNT

## V. CONCLUSIONES

1. El límite de la intervención delictiva se encuentra en el cumplimiento de las funciones que le están encomendadas al cargo a través de actividades neutrales. El límite de responsabilidad penal no abarca las sugerencias del abogado a sus patrocinados de cometer un delito.
2. No se debe confundir la atipicidad de la conducta por ser inocua o acorde a un rol, con el error de tipo, toda vez que el error puede ser parcial o total, y es personal (es decir, depende de cada persona si conocía o no el acto), mientras que una conducta inocua será atípica sin importar los conocimientos de la persona que la ejecute.
3. Existe en las sentencias de la Corte Suprema poca vinculación entre la prohibición de regreso y la inocuidad de la conducta, cuando en realidad esta debe ser la que la determine, ya que es la ausencia de lesividad de una conducta la que hace que esta no sea punible.
4. No existe unanimidad en las sentencias de la Corte Suprema respecto del cumplimiento del rol como fundamento de atipicidad de una conducta, sin embargo, es muy importante para determinar los límites entre aquellas conductas típicas y atípicas en el ejercicio de la abogacía dentro de una organización criminal.
5. Existe aún de manera parcial, un pensamiento causalista en las sentencias de la Corte Suprema en cuanto a la relevancia de aspectos subjetivos en la evaluación objetiva de una conducta, lo que podría llevar a error en cuanto a la inocencia o culpabilidad del imputado.

## VI. RECOMENDACIONES

1. Se deben determinar criterios más unánimes para ser usados en el análisis de la tipicidad de una conducta, respecto de aquellas conductas necesarias en el ejercicio de una profesión.
2. Se deben difundir criterios de distinción, para que todo profesional sepa que conductas puede y que otras no puede realizar, a fin de brindar mayor seguridad jurídica a su profesión.

BIBLIOTECA DE POSGRADO - UNT



## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Montenegro M., Marisela; PIPER, Isabel. (2009). Reconciliación y Construcción de la categoría víctima: Implicaciones para la acción política en Chile. *Revista de Psicología*, 30.
- Perez Saucedo, José; Zaragosa Huerta, José. (s.f.). Justicia restaurativa: Del castigo a la reparación. *Estudios En homenaje a la maestra Emma Mendoza Bermudez*, 16.
- Aguiar, H. (1950). *Hechos y actos jurídicos: La voluntad jurídica*. Buenos Aires: Editora Argentina.
- Ambos, K. (2002). La aceptación por el abogado defensor de honorarios "Maculados": ¿Lavado de dinero. *Juristenzeitung*.
- Andueza, D. (2008). *El tratamiento del lavado de dinero en Chile ante la normativa de la ley 19.913*. Universidad de Chile, Santiago.
- Ángeles, R. M. (2002). Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso. *Revista penal*(9), 122-133.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis.
- Barruio Ruiz, C. (1998). *La contratación electrónica*. Madrid: Dykinson.
- Bolívar Daniela, . (2015). Víctimas en Justicia restaurativa: ¿Sujetos activos o en necesidad? *revista de la Universidad de Psychol-Colombia Bogotá*, 22.
- Cancio, M. (2005). Aproximación a la teoría de la imputación objetiva. En P. S. Mir, R. J. Martínez, & M. C. Cancio, *Imputación objetiva y dogmática penal* (pág. 247). Mérida.
- Cancio, M. (2005). Lo objetivo y lo subjetivo ten la imputación objetiva. En P. S. Mir, R. J. Martínez, & M. M. Cancio, *Imputación objetiva y dogmática penal* (pág. 247). Mérida.
- Caro, D. (2012). Sobre el tipo básico de lavado de activos. *Anuario de derecho penal económico y de la empresa*.
- Cuadros Villenas, C. F. (1998). *Acto Jurídico*. Lima: Editorial San Marcos.
- Donna, E. (1999). *Derecho Penal. Parte especial*. Santa Fe.
- Fernández Fernández, C. A., & Ortega Chacón, D. P. (2009). *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*. Trujillo: Depósito Legal de la Biblioteca Nacional del Perú.

- Fernández, V. (2008). La imputación objetiva. fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs. . *Artículos de Derecho Penal*.
- Frisch, W. (1995). *Tipo penal e imputación objetiva*. (M. M. Cancio, Trad.) Madrid.
- Gaceta Jurídica. (2004). *Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas – Derecho de Personas y Acto Jurídico Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica.
- GAlvez, T. (2009). *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N° 27765*. Lima: Jurista Editores.
- García, P. (2000). *El delito de lavado de activos*. Lima: Jurista Editores.
- Gómez, I. (s.f.). El delito de blanqueo de capitales en derecho español.
- Gómez, M. (s.f.). Riesgo permitido por legitimación . *El Funcionalismo en Derecho Penal*.
- Hruschka, J. (2000). Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias. *Revista de derecho penal y criminología*(5), 189-218.
- Hurtado, J. (1987). *Manual de Derecho Penal*. Lima.
- Idrogo Delgado, T. (1993). *Teoría del Acto Jurídico*. Lima: Marsol Perú Editores.
- Jakobs, G. (1996). *La imputación objetiva en el derecho penal*.
- León Barandiarán, J. (1991). *Tratado De Derecho Civil Tomo II*. Lima: WG Editores.
- Lohman Luca de Tena, J. (1994). *El Negocio Jurídico*. Lima: Grijley.
- López, P. M. (1997). *La complicidad en el delito*. Tirant to Blanch.
- Masters, G. (2002). Reflexiones sobre el Desarrollo. *Conferencias de Grupo Familiar*, (pág. 3). Santiago de Chile .
- Mesía, C. (2004). *Exegesis de Código Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Miró, F. (2011). *ADPE*. Obtenido de [http://www.crimina.es/documentos/miembros/00001/IntervenciAsn\\_en\\_actividades\\_ilAscitas\\_y\\_conductas\\_neutrales.pdf](http://www.crimina.es/documentos/miembros/00001/IntervenciAsn_en_actividades_ilAscitas_y_conductas_neutrales.pdf)
- Montesinos, P. (2016). Termino Crimipedia: Justicia Restaurativa. *CRIMINA: Centro de estudios y prevencion de la delincuencia*, 20.
- Muñoz, M. (2014). Lavado de activos por percepción de honorarios profesionales. *Revista Pontificia Javeriana de Bogotá*.
- Navarro Alviña, R. (2009). *Manual de Derecho Civil*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.

- Opan/Np, R. T. (2013). Cartilla de fundamentos para educadores Justicia Restitutiva 1098/2006., (pág. 119).
- Ore, A. (199). *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Alternativas.
- Prado, V. (2013). *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Lima: Grijley.
- Recurso de Nulidad 4166-1999 (Corte Suprema 1999).
- Recurso de Nulidad N° 1221-2002 (Corte Suprema 2002).
- Recurso de Nulidad N° 1481 - 2011 (Corte Suprema 2011.).
- Recurso de Nulidad N° 2242-2011 (Corte Suprema 2011).
- Recurso de Nulidad N° 2756-2010 (Corte Suprema 2010).
- Recurso de Nulidad N° 2756-2010 (Corte Suprema 2010).
- Recurso de Nulidad N° 3538-2007 (Corte Suprema 2007).
- Recurso de Nulidad N° 4212-2009 (Corte Suprema 2009).
- Reyna Mantilla, R. (2004). *Acto Jurídico*. Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad César Vallejo.
- Rosas, J. (2014). La tipicidad objetiva en el delito de lavado de activos conforme al Decreto Legislativo N° 1106. *Gaceta Penal y Procesal Penal*(65).
- Salas, C. (2011). *El proceso penal común*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Sánchez, F. (2000). EL PRINCIPIO DE CONFINAZA COMO CRITERIO NORMATIVO DE IMPUTACIÓN. *Revista de Derecho Penal y Criminología*.
- Sánchez, B. (2006). Blanqueo de capitales y fraude inmobiliario. En *El desafío de la criminalidad organizada*. Comares.
- Sánchez-Vera, J. (2008). Blanqueo de capitales y abogacía. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*.
- Schott, P. (2007). *Guía de referencia para el lavado de activos y contra el financiamiento al terrorismo*. Bogotá: Mayol Ediciones.
- Sentencia del TC N°04799-2007-PHC/TC. Fundamento a.9, N°04799-2007-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 2007).
- Taboada Córdova, L. (2000). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley.
- Tamayo y Tamayo, M. (1998). *El proceso de investigación científica*. México: Limusa.
- Torres Vásquez, A. (1998). *Acto Jurídico*. Lima: San Marcos.

- Trallas, H. (1987). *Cómo se hace una tesis: Técnicas de procedimiento de investigación, estudio, escritura*. México: Gedisa.
- Vélez, G. (s.f.). *La imputación objetiva: fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs*.
- Vidal Ramírez, F. (1998). *Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Vidales, C. (1997). *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villavicencio, F. (s.f.). *Ciencias Penales. net*. Obtenido de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20100205\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20100205_02.pdf)
- Volvodich, I. (4 de Abril de 2009). *Derecho, Justicia y Sociedad*. Obtenido de <http://derechojusticiasociedad.blogspot.pe/2009/04/lavado-de-activos-y-abogacia.html>

BIBLIOTECA DE POSGRADO - UNI