

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS

POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS DE PELIGRO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA

Asesor:

Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA

Cajamarca - Perú

2020

COPYRIGHT © 2020 by
MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS

POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS DE PELIGRO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA

JURADO EVALUADOR

Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Asesor

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

M.Cs. Segundo Henry Alcántara Salazar
Jurado Evaluador

M.Cs. José Luis López Núñez
Jurado Evaluador

Cajamarca - Perú

2020



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las 18:09 horas del día 22 de setiembre de Dos mil veinte, reunidos a través de meet.google.com/vdp-retx-tai, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. OMAR NATHANAEAL ÁLVAREZ VILLANUEVA, M.Cs.**, **HENRY SEGUNDO ALCÁNTARA SALAZAR, M.Cs.**, **JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ**, y en calidad de Asesor el **Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS DE PELIGRO.**

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de **DIECISIETE (17)**, la mencionada Tesis; en tal virtud, la **Bach. en Derecho MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA.**

Siendo las 19:20 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

.....
Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Asesor

.....
M.Cs. Segundo Henry Alcántara Salazar
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. José Luis López Núñez
Jurado Evaluador

A:

Mis padres, Ricardo y María, por su constante apoyo en mi
formación personal y profesional.

Yuleysi, mi hermana, por su incondicionalidad en todos los
momentos de mi vida.

AGRADECIMIENTOS

A mi asesor, Dr. Juan Carlos Tello Villanueva, por su colaboración en el desarrollo de la presente tesis y quien ha sido, además, una importante guía en mi desarrollo académico y profesional. A la Asociación de Derecho Penal y Criminología “Ius Puniendi”, de la cual soy miembro fundador, por haber cultivado en mí el interés por el Derecho Penal; y la gratitud a cada miembro que hoy la conforma por compartir y mantener vigentes los fines a los cuáles estuvo orientada.

“El peligro es un ente de razón, pura fantasía creada por la imaginación o sensibilidad humana.”

Finger

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	vi
LISTA DE ILUSTRACIONES	xi
LISTA DE ABREVIACIONES	xii
GLOSARIO	xiii
RESUMEN	xiv
ABSTRACT	xvi
INTRODUCCIÓN	xviii

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.1.1.Contextualización o problemática	1
1.1.2.Descripción del problema	3
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	3
1.3. JUSTIFICACIÓN.....	4
1.4. OBJETIVOS	6
1.4.1.General	6
1.4.2.Específicos	6
1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	6
1.5.1.Espacial.....	6
1.5.2.Temporal	6
1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN	7
1.6.1.De acuerdo al fin que se persigue	7
1.6.2.De acuerdo al diseño de investigación	7
1.6.3.De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	8
1.7. HIPÓTESIS	9
1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	9
1.8.1.Genéricos	9
1.8.2.Propios del Derecho	10
1.9. TÉCNICAS DE LA INVESTIGACIÓN.....	11
1.10. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN	11

1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	11
CAPÍTULO II	
MARCO TEÓRICO	15
2.1. TEORÍA DEL DERECHO PENAL	15
2.1.1. Concepto de Derecho Penal.....	16
2.1.2. Fines y funciones del Derecho Penal y de la pena	18
2.2. TEORÍA DEL DELITO	23
2.2.1. El delito	25
2.2.2. Clasificación de los tipos penales en delitos de lesión y de peligro	32
A. Delitos de Lesión.....	32
B. Delitos de Peligro	34
2.3. TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	57
2.3.1. Origen de la responsabilidad civil	57
2.3.2. Definición de Responsabilidad	60
2.3.3. Responsabilidad civil contractual.....	63
2.3.4. Responsabilidad civil extracontractual.....	64
2.3.5. Unificación de la responsabilidad civil	68
2.3.6. Funciones de la responsabilidad civil	72
A. Función reparatoria	72
B. Funciones complementarias a la función reparatoria de la responsabilidad civil	73
2.3.7. Elementos de la responsabilidad civil extracontractual	76
A. El daño.....	76
B. La imputabilidad	80
C. Antijuridicidad o ilicitud	82
D. El factor de atribución.....	84
E. El nexo causal.....	87
2.3.8. La reparación civil	88
2.3.9. La reparación civil en el proceso penal.....	90
A. Naturaleza privada de la reparación civil en el ámbito penal	95
B. Naturaleza penal o pública de la reparación civil en el ámbito penal	98
C. Naturaleza mixta de la reparación civil en el ámbito penal	103

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN DE RESULTADOS Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	107
3.1. PRECISIONES SOBRE LA FORMA DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	107
3.2. PROCEDIMIENTO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	109
3.3. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	112
3.1.1.Exclusión de la imposición de una reparación civil en los delitos de peligro	112
A. Presentación y análisis de casos tipo	113
B. Consecuencias que se derivan de asumir que los delitos de peligro pueden producir daños civiles	141
C. Consecuencias que se derivan de asumir que no causa daños civiles	144
3.1.2.Fundamentos de la imposición de una reparación civil en los delitos de peligro	146
A. Consecuencias que se derivan de asumir la naturaleza Penal o pública, de la reparación civil en el ámbito penal.....	147
B. Consecuencias que se derivan de asumir la naturaleza binaria de la reparación civil en el ámbito penal	161
C. Consecuencias que se derivan de asumir la naturaleza privada de la reparación civil en el proceso penal, con contribución a los fines penales	163

CAPÍTULO IV

PROPUESTA NORMATIVA.....	176
CONCLUSIONES	183
RECOMENDACIONES	185
LISTA DE REFERENCIAS	186
ANEXOS.....	192

LISTA DE ILUSTRACIONES

Gráfico 1. Procedimiento de contrastación	112
Gráfico 2. Daño en delitos de peligro concreto.....	116
Gráfico 3. Factor de atribución en delitos de peligro concreto	119
Gráfico 4. Nexo causal en delitos de peligro concreto.....	120
Gráfico 5. Daño en delitos de peligro abstracto.....	123
Gráfico 6. Factor de atribución en delitos de peligro abstracto.....	125
Gráfico 7. Nexo causal en delitos de peligro abstracto.....	126
Gráfico 8. Resultado Final.....	175

LISTA DE ABREVIACIONES

CP	: Código Penal
CC	: Código Civil
CPP	: Código Procesal Penal
TP	: Título Preliminar

GLOSARIO

Delito de peligro: tipo de delitos en los que no se afecta el bien jurídico protegido, sino que basta con la puesta en peligro del mismo.

Reparación civil: aseguramiento al perjudicado de recibir un exacto equivalente a la pérdida o afectación sufrida, la cual no necesariamente es patrimonial. Su imposición debe estar determinada por la concurrencia del daño, imputabilidad, antijuridicidad, factor de atribución y nexo causal.

RESUMEN

La reparación civil en los delitos de peligro es una práctica muy asentada en el ámbito jurídico, sustentada en el Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-117; esta práctica se deriva –además de este acuerdo plenario–, de los planteamientos que existen en torno a la naturaleza que adopta la reparación civil al instituirse en el proceso penal y del concreto contenido que se atribuye a los delitos de peligro, para justificar en ello la imposición de una reparación civil.

Es en virtud de ello que el objetivo buscado con la presente investigación fue el de determinar la razón jurídica principal que desde un punto de vista dogmático excluye la posibilidad de establecer una reparación civil en los delitos de peligro y que, desde un punto de vista político criminal, la fundamenta. Lo cual se deriva del concreto tratamiento que se brinda a la reparación civil en el proceso penal y del contenido que concretamente se atribuye a esa clase de delitos; así también, de la función que cumplen las instituciones o categorías involucradas.

Para arribar a ello, se ha identificado las posturas e interpretaciones que giran en torno a esta práctica y adoptar aquella que armonice con el Ordenamiento Jurídico. Así, se ha debido partir de la asunción que los delitos de peligro están determinados por un riesgo o peligro para el bien jurídico y por ende no generan daños civiles pasibles de reparación, pues solo bajo esta interpretación se descarta la imposición de reparación civil en tales casos.

Por su parte, en relación a la naturaleza de la reparación civil, existen diversas posturas; no obstante se ha asumido aquella que sustenta su naturaleza privada, con lo que su imposición se rige por la concurrencia de los elementos de la

responsabilidad civil; muy en contraposición a las otras posturas que arraigan el problema detectado como las que asumen su naturaleza pública, pues al instituirse dentro del proceso penal se dota de sus características y contenidos; y, finalmente, quienes le atribuyen naturaleza mixta, es decir, privada y pública. De dichas asunciones doctrinarias, surgen determinadas consecuencias que han sido abordadas en la presente tesis; estas han permitido determinar cuál planteamiento o asunción es la correcta.

Por otro lado, partiendo de los fines a los cuales se orientan las instituciones o categorías en juego, se ha logrado determinar la razón que fundamenta esta imposición, sin que ello represente una contradicción en el Ordenamiento Jurídico; esto claramente parte de los fines de la responsabilidad civil y de la pena, los cuales han sido tratados con la finalidad de armonizar sus contenidos. Es así como se logra contrastar la hipótesis formulada.

Con ello no solo se ha clarificado la disyuntiva que existe en torno a imponerse o no una reparación civil en los delitos de peligro; sino que, al identificar el fundamento por el cual se continúa con dicha práctica, se ha llegado a la conclusión de cómo debe ser el tratamiento concreto atribuible a cada categoría, aportando a partir de allí una solución alternativa al problema detectado, que pese a corregir la incorrecta aplicación del Derecho que se ha generalizado, mantiene la utilidad práctica que, según ha considerado la investigadora, constituye la verdadera razón por la cual se ha mantenido a lo largo de los años.

Palabras clave: Reparación civil. Delitos de peligro. Naturaleza jurídica. Reparación penal.

ABSTRACT

Civil reparation in the crimes of danger is a very settled practice in the legal field, supported by the Plenary Agreement 6-2006 / CJ-117; this practice is derived - in addition to this plenary agreement - from the approaches that exist regarding the nature of civil compensation when it is instituted in criminal proceedings and the concrete content attributed to crimes of danger, to justify this. the imposition of civil compensation.

It is by virtue of this that the objective sought with the present investigation was to determine the main legal reason that, from a dogmatic point of view, excludes the possibility of establishing civil reparation in crimes of danger and that, from a political point of view criminal, the foundation. Which is derived of the concrete treatment that is offered to the civil repair in the criminal process and of the content that concretely is attributed to that class of crimes; also, of the function that the institutions or categories involved fulfill.

To arrive at this, it has been decided to identify the positions and interpretations that revolve around this practice and adopt the one that harmonizes with the Legal Order. Thus, it must have been based on the assumption that the crimes of danger are determined by a risk or danger to the legal good and therefore do not generate civil damages subject to redress, since only under this interpretation is the imposition of civil compensation such cases.

On the other hand, in relation to the nature of civil reparation, there are different positions; nevertheless, the one that sustains its private nature has been assumed, with which its imposition is governed by the concurrence of the

elements of civil responsibility; very in opposition to the other positions that root the problem detected as those that assume their public nature, because when instituted within the criminal process it is endowed with its characteristics and contents; and, finally, those who attribute to it a mixed nature, that is, private and public. From these doctrinal assumptions, certain consequences arise that have been addressed in this thesis; these have allowed to determine which approach or assumption is correct.

On the other hand, starting from the ends to which the institutions or categories at stake are oriented, it has been possible to determine the reason that this imposition bases, without this representing a contradiction in the Legal Order; This is clearly part of the purposes of civil responsibility and punishment, which have been treated with the aim of harmonizing their contents. This is how it is possible to contrast the formulated hypothesis.

This not only has clarified the dilemma that exists around imposing or not a civil repair in the crimes of danger; but, by identifying the basis by which this practice is continued, has come to the conclusion of how the concrete treatment attributable to each category should be, contributing from there an alternative solution to the problem detected, which despite correcting the incorrect application of the Law that has become generalized, maintains the practical utility that, according to the researcher has considered, constitutes the real reason why it has been maintained over the years.

Keywords: *Civil repair. Crimes of danger. Legal nature. Criminal reparation.*

INTRODUCCIÓN

La práctica de imponer una reparación civil en los delitos de peligro, se ha ido generalizando sustentada en la doctrina jurisprudencial que instituye el Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116, el cual surgió precisamente en virtud a la disparidad que existían entre unas decisiones jurisdiccionales y otras, que manifestaban su posición a favor o en contra de dicha imposición.

Para poder apreciar las razones que excluyen o fundamentan la imposición de la reparación civil en los delitos de peligro, es necesario recurrir a las formas en que, en el campo doctrinario y jurisprudencial, se han desarrollado o tratado a la reparación civil dentro del proceso penal y a los delitos de peligro. En cuanto a este último, el Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-2017 asume que son capaces de producir una alteración suficiente causando un daño civil, entendiéndose de ello que se asume que esta clase de delitos tienen un contenido lesivo, en contraposición a lo que la doctrina siempre ha establecido en torno al contenido peligroso o riesgoso para el bien jurídico que representan esta clase de ilícitos penales. Asimismo, en cuanto a la reparación civil, existen tres posturas: la primera, considera que la reparación civil tiene naturaleza privada; por lo que, su imposición se rige por la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil. La segunda, asume que la reparación civil tiene naturaleza pública, pues al instituirse dentro del proceso penal se dota de sus características y contenidos. Y, la tercera, considera que la reparación civil en el proceso penal tiene una naturaleza mixta, es decir, es privada y pública.

En tal contexto, en la presente investigación, respecto al contenido de los delitos de peligro se ha asumido el segundo criterio de interpretación, vinculado al contenido peligroso o riesgoso a un bien jurídico que importan los delitos de peligro, con ello se concluye que no son lesivos o causantes de daños civiles. Asimismo, en cuanto a la naturaleza de la reparación civil se ha asumido el primer criterio (naturaleza privada de la reparación civil).

De otro lado, en cuanto al fundamento que gira en torno a su imposición se ha partido de un análisis desde la función o fines de la pena y de la responsabilidad civil, esto nos ha permitido identificar un fundamento político criminal basado en la utilidad práctica de tal imposición, que se materializa en la consecución de los fines penales.

Pese a que el tema ha sido desarrollado por varios autores¹, preocupándose más por formular su punto de vista; la doctrina no lo ha abordado profundamente, procurando descubrir no solo el motivo de la exclusión de la imposición de la reparación civil en tales casos, sino básicamente los fundamentos por los cuales se mantiene vigente dicha práctica. Ello sí se ha buscado en la presente tesis, procurando dar sistematicidad al Ordenamiento Jurídico en general, al hacer frente de manera crítica y sobre todo práctica a la inconsistencia dogmática existente al imponer una reparación civil en los delitos de peligro.

¹ Como Gálvez Villegas, Villanueva Juipa, Mir Puig, entre otros, cuyos planteamientos se han desarrollado a lo largo de la presente tesis.

Con base en ello en la presente tesis se ha desarrollado un procedimiento de contrastación de hipótesis empleando el método dogmático; por lo que, el estudio planteado ha tenido que partir de las consecuencias que se generan al asumir determinada postura en torno al contenido de los delitos de peligro y la naturaleza jurídica de la reparación civil; es decir, se ha tenido que desentrañar –primero– qué naturaleza y contenido les atribuye la doctrina o jurisprudencia; para que, a partir de allí se puedan identificar las consecuencias de asumir tal o cual tratamiento concreto a dichas categorías o instituciones del Derecho. Ello a efectos de optar por la posición que resulte más coherente con el Ordenamiento Jurídico y por tanto menos cuestionable desde la dogmática civil y penal. Posteriormente, se ha tenido que abordar la función que cumple la pena y las funciones de la responsabilidad civil, pues la equiparación de ambas permite identificar un punto de encuentro que justifique la práctica jurisdiccional cuestionada.

Todo ello, tiene como propósito encontrar una alternativa de solución que permita evitar los efectos negativos que se han identificado al imponer una reparación civil en los delitos de peligro; para esto no se puede, sino partir de cómo debe interpretarse el concepto monetario que se impone en los delitos de peligro, al cual la doctrina y la jurisprudencia ha denominado –sin mayor argumento–, reparación civil.

En tal sentido, en el capítulo I, se han desarrollado los aspectos metodológicos, que permiten darle orden a la investigación, estableciendo el camino a seguir para alcanzar el objetivo general planteado; en el capítulo II, se ha desarrollado

el marco teórico, el cual consta del desarrollo de los siguientes *ítems*: la teoría del Derecho Penal, la teoría del delito, definición de delito, clasificación, delito de lesión y de peligro, concepto de este último, su fundamento y clases; así también se ha desarrollado lo concerniente a la teoría de la responsabilidad civil, la reparación civil concretamente, su definición, origen, clases, funciones que esta cumple y los elementos que la conforman; finalmente se ha tratado el tema de la reparación civil en el proceso penal y las posturas en torno a la naturaleza que ésta adopta. En el capítulo III, se ha desarrollado la discusión de resultados y contrastación de hipótesis para lo cual se ha seguido el siguiente procedimiento: se ha partido de la presentación y análisis de casos tipo, tanto de delitos de peligro concreto como de abstracto, para identificar el concreto tratamiento brindado a las categorías involucradas (reparación civil y delitos de peligro); esto nos permite abordar su contenido y naturaleza, para que a partir de allí identifiquemos las consecuencias que se generan de adoptar una u otra postura, eligiendo entre ellas la menos refutable.

De otro lado, en el capítulo IV de la presente investigación se ha formulado una propuesta normativa, para ello se ha tenido que partir del fundamento por el cual se impone la reparación civil en los delitos de peligro; no hablamos aquí del fundamento legislativo, doctrinario o jurisprudencial, sino del fundamento político criminal que sustenta dicha imposición; ello a efectos de entender el porqué de la práctica que se ha descrito y proponer a partir de allí una alternativa que permita mantener su utilidad y que a la vez sea coherente con el Ordenamiento Jurídico. Finalmente, en el capítulo V se han brindado las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Contextualización o problemática

La responsabilidad civil, es una institución jurídica que pertenece al Derecho privado, ubicada en la Sección Sexta –Responsabilidad Extracontractual– de nuestro Código Civil², cuyos orígenes, elementos, funciones y naturaleza jurídica han sido ampliamente tratados en la doctrina, existiendo completa unicidad al considerar que su función principal es la de resarcir el daño causado; así por ejemplo, señala Fernando De Trazegnies (2001, p. 47) “(...) la responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño (...)”. Empero, su amplio tratamiento en la doctrina no significa un completo conocimiento de esta institución jurídica. Se dice ello, porque cuando se la pretende conjugar con otras ramas del Derecho, como el Derecho Penal, por ejemplo, muchas veces se ve alterada su naturaleza jurídica, sobre todo al momento de su aplicación, por parte de los actores jurídicos.

² Artículo 1969 y siguientes.

Y es que se observa en la práctica³, que ante la comisión de un delito de peligro⁴ –ya sea abstracto o concreto– se fija un monto por concepto de reparación civil, que deberá pagar el autor del ilícito penal a favor de quien se vea afectado por el mismo⁵; práctica que se sustenta en el Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116, que establece entre sus fundamentos que:

En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos (...) se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, (...). Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión (...)

Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clases de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía.⁶

Ahora bien, dicha práctica podría resultar cuestionable desde un punto de vista dogmático; sin embargo, su imposición encuentra más bien un fundamento político criminal, que podría derivarse de su utilidad práctica. De allí la necesidad de efectuar un mejor análisis en cuanto a la determinación de la responsabilidad civil en

³ Ello se advierte de lo indicado en el ítem 3 del Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116: "(...) En no pocos casos ha llegado a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia supuestos en los que se recurría del objeto civil de la condena penal porque las Salas Penales Superiores estimaban que en esa clase de delitos, por ejemplo, el de tenencia ilícita de armas de fuego, no existía daño que resarcir."

⁴ "(...) en los delitos de peligro el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción." (Roxín, 1997, p. 336)

⁵ De ello, es un claro ejemplo el delito de conducción en estado de ebriedad (artículo 274 del CP), que permite la aplicación, durante el proceso penal, de un principio de oportunidad de conformidad con el artículo 2 del CPP, de modo que, el imputado efectúa el pago de una reparación civil, ya preestablecida, a fin de que no se ejercite la acción penal.

⁶ En igual sentido se ha hecho referencia en el fundamento vigésimo primero de la Casación N° 229-2015- Lima.

los delitos de peligro; así como de los fundamentos en los cuales descansa su imposición, a fin que el Ordenamiento Jurídico no incurra en contradicciones, que pongan en tela juicio su legitimidad.

1.1.2. Descripción del problema

El problema de investigación propuesto en la presente tesis fue seleccionado a partir de la ausencia de un dispositivo legal en torno a la imposición de una reparación civil en los delitos de peligro que permita comprender si resulta correcta dicha imposición o en qué aspectos se fundamenta; asimismo por la incorrecta interpretación que a partir del Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116 se ha generado y que se ha hecho notoria en el ámbito jurídico ya sea por parte de los doctrinarios como de quienes aplican el Derecho. La ausencia de un tratamiento legislativo, dogmático o jurisprudencial adecuado ha generado las inconsistencias advertidas y que se pretenden subsanar con la propuesta en la presente tesis.

Es en base a lo descrito anteriormente, que se formula la siguiente pregunta de investigación.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuál es la razón jurídica principal que desde un punto de vista dogmático excluye la posibilidad de establecer una reparación civil en los delitos de peligro y que, desde un punto de vista político criminal, la fundamenta?

1.3. JUSTIFICACIÓN

La importancia de la tesis propuesta reside en los siguientes aspectos teóricos y prácticos:

Primero, aun cuando la responsabilidad civil ha sido ampliamente tratada por doctrinarios especialistas en el tema, así como la naturaleza de los delitos de peligro en sus dos formas (abstracto o concreto), constituye una práctica generalizada imponer el pago de una reparación civil a quien ha cometido un delito de peligro, práctica sustentada en el Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116; advirtiéndose de ello una interpretación diferente a la que corresponde con la naturaleza jurídica de tales instituciones o categorías.

Lo anterior se funda en el hecho que no existe un tratamiento pormenorizado y menos aún una investigación científica que permita asumir una determinada postura respecto a si corresponde conjugar estas dos instituciones del Derecho y asumir como correcto el hecho de imponer una reparación civil a quien ha cometido un delito de peligro; pues si bien se cuenta con estudios sobre el tema, la tesis formulada se avoca a una mayor profundización; ante ello se tiene como propósito clarificar el tema en cuestión, identificando las razones dogmáticas por las que no se puede imponer y rescatando aquellas que fundamentan su imposición; para dar lugar a una posible solución que mantenga la sistematicidad del Ordenamiento Jurídico; lo cual sin duda contribuirá de manera positiva a la dogmática penal.

Segundo, el estudio planteado no solo propone una mejora a nivel teórico, sino también práctico, pues viabilizará la aplicación de una solución alternativa dentro del proceso penal que contribuya a sus fines; de esta manera se pretende resolver un problema real y latente en la actualidad, pero manteniendo la utilidad práctica y sobre todo la sistematicidad del Ordenamiento Jurídico, lo cual desembocará en una adecuada administración de justicia.

Y, tercero, atendiendo al plano abstracto en el que se ha desarrollado la investigación, su contribución científica es importante dado que permite generalizar los resultados; es decir, las conclusiones obtenidas abarcarán a los delitos de peligro en general, lo cual a su vez permitirá aplicar el resultado y por tanto la solución propuesta a cada caso concreto que se presente, siempre que se trate de delitos de peligro, ya sea abstracto o concreto.

Tales aspectos determinan su conveniencia y trascendencia para la sociedad, porque mejora notablemente el servicio de administración de justicia y beneficia sobre todo al obligado del pago de dicho concepto, quien encontrará la coherencia teórica y práctica que siempre se busca, en salvaguarda de los derechos y garantías que la Norma Fundamental demanda.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. General

- a. Determinar la razón jurídica principal que desde un punto de vista dogmático excluye la posibilidad de establecer una reparación civil en los delitos de peligro y que, desde un punto de vista político criminal, la fundamenta.

1.4.2. Específicos

- a. Desarrollar los fines atribuidos el Derecho Penal.
- b. Estudiar los delitos de peligro y su contenido.
- c. Identificar los elementos y los fines de la institución jurídica de la responsabilidad civil.
- d. Elaborar una propuesta de modificación legislativa en torno a la imposición de una reparación civil en los delitos de peligro.

1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Espacial

Dado que la tesis formulada no se ha circunscrito a un espacio geográfico determinado, se precisa que los resultados se aplicarán a nivel nacional.

1.5.2. Temporal

La tesis se ha delimitado temporalmente desde la entrada en vigencia de la norma, más concretamente desde la vigencia del artículo 93 del Código Penal (en adelante CP), del artículo 98 del

Código Procesal Penal (en adelante CPC) y del artículo 1969 del Código Civil (en adelante CC).

1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue

La tesis formulada es básica, pues el objetivo buscado fue el de incrementar el conocimiento teórico en torno a la reparación civil y los delitos de peligro, principalmente porque se buscó uniformizar y armonizar criterios dogmáticos y político criminales que giran en torno a su imposición y de los cuales no existe un tratamiento teórico concreto.

1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación

Se adscribe al tipo de investigación descriptiva, pues se utilizaron criterios sistemáticos que permitieron poner de manifiesto la estructura, naturaleza y elementos que conforman las instituciones y objeto de estudio, concretamente la reparación civil y los delitos de peligro.

De la misma forma, más allá de una descripción del problema y de un análisis de los conceptos formulados, se trata también de una investigación explicativa, pues, frente a la imposición de una reparación civil en los delitos de peligro, se ha buscado identificar no solo las razones que excluyen dicha imposición, sino el sustento de la misma (el cual es, político criminal), lo que exige analizar la

relación de causalidad entre las categorías que conforman la hipótesis planteada; específicamente, si la imposición de una reparación civil en los delitos de peligro debe excluirse o mantenerse, en función del punto de vista, dogmático o político criminal, empleado.

Asimismo, es de tipo jurídico-propositiva, pues se analizó la utilización o interpretación de las instituciones jurídicas por parte de los operadores jurídicos, de acuerdo a su naturaleza o fundamento, para luego de, advertida la falla, proponer nuevas interpretaciones, las mismas que se materializaron en una modificación legislativa relacionada a la reparación a imponer en los delitos de peligro, basada en la afectación al bien jurídico penal tutelado, lo cual permitirá uniformizar y armonizar los criterios –aparentemente contradictorios– que giran en torno a su imposición (criterios dogmáticos y político criminales).

1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

El enfoque que se le dio a la presente tesis es de tipo cualitativo, pues el propósito fue el de esclarecer el problema plasmado y comprender el fenómeno a través de la recolección de datos, sin medición numérica.

1.7. HIPÓTESIS

La razón jurídica principal que, desde un punto de vista dogmático, excluye la posibilidad de establecer una reparación civil en los delitos de peligro es la ausencia de un daño generador de la obligación de indemnizar y que, desde un punto de vista político criminal la fundamenta, es su favorecimiento al cumplimiento de los fines penales.

1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. Genéricos

Se ha empleado, el método deductivo puesto que la investigación abarca la problemática desde un plano abstracto, esto es, de modo genérico, lo cual permitirá *–a posteriori–* aplicar los resultados a casos particulares; en tanto, se ha abarcado el tema de la reparación civil, en los delitos de peligro en general, el resultado obtenido será aplicable a cada caso concreto, siempre que se trate de dicha clase de delitos.

Además, se ha empleado el método analítico, en tanto se indagará las razones que, excluyen (punto de vista dogmático) y fundamentan (punto de vista político criminal) la imposición de una reparación civil en los delitos de peligro; para ello se han desarrollado y estudiado dichos aspectos, en su contenido, y, a partir de allí, evaluado su incidencia en la imposición de la reparación civil, en dicha clase de ilícitos penales.

1.8.2. Propios del Derecho

Asimismo, se utilizó el método exegético, pues en el desarrollo de la tesis se ha partido del tratamiento e interpretación de los artículos 93 del CP y 98 del CPP que versan sobre la reparación civil en el proceso penal; así como del artículo 1969 del CC acerca de la responsabilidad civil extracontractual, para finalmente desembocar en una nueva interpretación que acompaña a la propuesta de modificación legislativa a la que se ha llegado, asumiendo con ello un nuevo criterio en torno al tema formulado.

Se empleó, también, el método dogmático, pues se analizó el problema a través de las fuentes formales de nuestro Ordenamiento Jurídico, como la doctrina, restringido a las instituciones a las que se ha suscrito el problema de investigación; en este caso, es el análisis de la institución de la responsabilidad civil y los delitos de peligro, así como de los fines del Derecho Penal y aquellos atribuidos a la reparación civil.

Finalmente, se empleó el método hermenéutico, por el cual, se analizaron instituciones o figuras jurídicas, como la responsabilidad civil y los delitos de peligro, así como también los fines del Derecho penal, con el propósito de explicar o aclarar su correcta interpretación.

1.9. TÉCNICAS DE LA INVESTIGACIÓN

En el desarrollo de la tesis se utilizó la técnica de fichaje, por la cual se tuvo que revisar y analizar la documentación de la que se disponía, básicamente de la doctrina existente sobre los fines del Derecho Penal, los delitos de peligro, la responsabilidad civil y la reparación civil en materia penal; esta información se registró en fichas, lo cual permitió sistematizar los contenidos de la información obtenida, principalmente por el orden y facilidad de manejo que implica el uso de esta técnica.

1.10. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

Se utilizaron fichas de registro, básicamente las bibliográficas, de anotación y de comentarios, pues se requirió anotar datos identificatorios de la bibliografía en general, hacer resúmenes de los textos o documentos con los que se cuenta y anotar dudas que surjan del estudio de los documentos.

1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Parte del tema sobre el que versa la tesis desarrollada ha sido abordado por Tomás Aladino Gálvez Villegas (2008, pp. 217 - 218) en su tesis doctoral “Responsabilidad civil extracontractual y delito”, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la que precisa:

(...) en los delitos de peligro no se causa una lesión o daño al bien jurídico, sino que únicamente se genera un riesgo o peligro para éste; en estos casos, se dice que dada la dañosidad social que implicaría la lesión de determinados bienes jurídicos, existe un interés público en su especial protección, y es por esto que el ordenamiento jurídico –específicamente el Derecho Penal– extiende el ámbito de protección del bien jurídico a la simple posibilidad o peligro de su afectación; o en todo caso adelanta la punición a momentos previos a la realización del hecho lesivo. Entonces, cuando se incurre en la comisión de estos

delitos de peligro, se afecta el interés público existente respecto a la protección ampliada o adelantada del bien jurídico, pero no se afecta ningún interés privado o individual, o por lo menos, un interés particular determinado. Consecuentemente, al no existir afectación particular, no se habrá ocasionado un daño resarcible, por lo que tampoco habrá pretensión privada del titular del bien jurídico, y por tanto no operará la responsabilidad civil (...). Esta conclusión es válida para los delitos de peligro concreto, y con mayor razón para los delitos de peligro abstracto.

Como se observa, Gálvez Villegas hace referencia al tema que se pretende trabajar; sin embargo, el tratamiento que le da es de modo tangencial, no profundo; lo que sí se ha buscado con la tesis formulada; además, lo que aquí también se abordó es el fundamento de la imposición de un monto dinerario en los delitos de peligro, denominado reparación civil, aspecto no tratado por el antes citado autor.

Asimismo, de modo breve, acerca de la contribución de la reparación civil a la consecución de los fines penales, también se ha encontrado un antecedente en lo señalado por Claus Roxín (2006, p. 43):

(...) la inclusión de la reparación voluntaria en el sistema sancionador, en caso de delitos de escasa y mediana gravedad, vincula de manera feliz los efectos preventivo-especiales y generales con la satisfacción de los intereses de la víctima.

Por su parte, Mir Puig (2003, pp. 18 - 19) alude a lo adecuado que resulta instituir la reparación civil dentro del proceso penal, atendiendo a su función político criminal:

(...) desde la perspectiva político-criminal es más ventajoso incluir en el derecho penal esa clase de responsabilidad civil. La lucha contra el delito se acometerá más racionalmente si se regulan con criterio unitario, como diversos medios a utilizar, las distintas consecuencias del mismo, que no son respuestas totalmente independientes unas de otras. Es mejor considerar a la responsabilidad civil como un instituto

penal, como un instrumento particular de la política criminal, que como una consecuencia jurídico-civil desconectada de un especial cometido político-criminal. (...)

Político-criminalmente es, pues, aconsejable contemplar la responsabilidad civil nacida de delito desde el prisma del derecho penal. Ello no significa necesariamente una contradicción con la naturaleza civil que demuestra la perspectiva conceptual. Pueden conciliarse ambos puntos de vista si se admite que el derecho penal puede integrarse también de un medio de naturaleza civil.

Esto último es un aspecto en el que se ha profundizado en la tesis desarrollada, dado que el tratamiento que la doctrina ha brindado al tema en cuestión, ha sido superficial.

De igual manera, se ha encontrado otro antecedente en un artículo publicado en la revista Gaceta Jurídica por Elizabeth Jimena Villanueva Juipa (2017, p. 64) denominado “Análisis de la reparación civil en los delitos de peligro abstracto”, en el cual concluye:

Lo señalado anteriormente no exime de que sean los operadores jurídicos los que, realizando un examen *a posteriori*, adviertan que en los delitos de peligro abstracto no es posible pronunciarse sobre la reparación civil, toda vez que no hay daño que reparar.

No obstante, su estudio se ha circunscrito a los delitos de peligro abstracto; siendo que, en el trabajo propuesto en la presente tesis se abarcó el tema desde un plano más general comprendiendo a los delitos de peligro ya sea abstracto o concreto, además de haberse desarrollado desde un enfoque político criminal.

De otro lado se tienen como antecedente los principios jurisprudenciales plasmados en el Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116, que señala:

En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos (...) se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, (...). Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión (...)

Circunstancia que vislumbra una deficiencia interpretativa pasible de un análisis crítico positivo, orientado a la solución del problema, considerando, sobre todo, que es precisamente el fundamento de dicho Acuerdo Plenario el que ha servido de orientación para la realización del presente proyecto, cuyo análisis y cuestionamiento se ha materializado en la presente tesis.

Asimismo, los planteamientos del Acuerdo Plenario 5-2011/CJ-116, nos dan una luz en lo que respecta a la naturaleza de la reparación civil, tema también tratado en la presente tesis. Señala: “Con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil (...).”

Lo cual nos ha brindado mayores argumentos para formular un estudio en torno al tema, dado que son visibles las inconsistencias que se encuentran entre ambos Acuerdos Plenarios, cuyos planteamientos son notoriamente contradictorios.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. TEORÍA DEL DERECHO PENAL

Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002) han realizado una estructuración de los aspectos que aborda la dogmática penal, no solo por lo didáctico que resulta, sino principalmente porque el sistema penal –en su complejidad– necesita ser abordado en función a diversos conceptos, categorías, teorías, que organicen adecuadamente su estructura y se comprenda cómo opera un modelo dogmático penal. Así cuando aborda la Teoría del Derecho Penal, indica, se debe enfocar en función a tres preguntas básicas ¿Qué es el Derecho Penal? ¿Qué es el delito? y ¿Qué es la pena? Lo primero (¿Qué es el Derecho Penal?) ha sido abordado por la Teoría del Derecho Penal, lo segundo (¿Qué es el delito?) ha sido abordado por la Teoría del Delito y finalmente el tema de las consecuencias del delito (¿Qué es la pena?) ha sido abordado por la Teoría de las consecuencias jurídicas del delito.

En tal sentido teniendo en cuenta los aspectos que comprende la presente tesis, como parte del marco teórico se partirá abordando el tema comprendido dentro de la Teoría del Derecho Penal, concretamente el concepto de Derecho Penal, para llegar a la función o fines que este cumple. En segundo lugar, se abordarán los temas comprendidos dentro de la Teoría del Delito, concretamente el concepto de delito, la clasificación de los tipos penales, para llegar a abordar el tema de los delitos de peligro, ya sea concreto y abstracto.

2.1.1. Concepto de Derecho Penal

Desde un punto de vista subjetivo, debe entenderse al Derecho Penal como “(...) facultad de imponer penas y medidas de seguridad (...)” (Mir Puig, 2003, p. 97) facultad que, según el autor, es un atributo del Estado.

Asimismo, el indicado autor, realiza una pormenorizada conceptualización de Derecho Penal, incorporando paulatinamente aquellos elementos que conforman el concepto formal del mismo; así, ha precisado que constituye un “(...) conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, cometido o de probable comisión, penas, medidas de seguridad y sanciones reparatorias de naturaleza civil (...)” (Mir Puig, 2003, p. 19). Al margen del cuestionamiento que existe en la doctrina acerca de que la reparación civil, se instituya dentro del proceso penal, parece ser una definición acertada, sobre todo si se tiene en cuenta la regulación de la reparación civil en nuestro sistema penal actual.

Si bien, el desarrollado es un concepto formal de Derecho Penal, corresponde analizar los aspectos materiales del concepto dado, para ello Mir Puig (2003, p. 41) señala que se agrupan en dos puntos: “1) esencia de la norma jurídico – Penal y 2) función del Derecho Penal.”

- a. Esencia de la norma: Parafraseando a Mir Puig podemos precisar que la esencia de la norma es imperativa, aun cuando su formulación “El que (...)”, manifieste una formulación hipotética, por ello señala el autor:

(...) se sabe (...) que tras la forma hipotética del precepto penal se encierra una norma imperativa, que obliga a hacer o a omitir. Es obvio, en efecto, que no sólo se señala una pena para el caso de que se mate, sin que se prohíba matar: cuando la ley dice: "el que matare a otro será castigado...", está prohibiendo matar. (Mir Puig, 2003, p. 44)

Este es pues, el primer aspecto que conforma el concepto de Derecho Penal, que parte de la esencia extraída de sus formulaciones, la norma es imperativa, prohibitiva; cuando sanciona las conductas humanas consideradas lesivas para la sociedad, al ver afectados sus intereses de manera severa (lesión de bienes jurídico penales) el Derecho Penal se manifiesta imperante dirigiéndose al ciudadano con una orden imperativa de no lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos.

Por otro lado, para desentrañar la esencia del Derecho Penal, su concepto y su orientación, se debe partir también del análisis de su función o los fines a los que éste se orienta. Se sigue en la línea de Mir Puig para explicar este aspecto.

- b. Función del Derecho Penal: aclara Mir Puig (2003, p. 78) que:

El concepto de "función" no coincide con el de "fin", como subraya la sociología funcionalista. Pero cuando se habla de "fin" o "fines" de la pena, se hace en muchos casos en

sentido sinónimo a "función" de la pena." Señalando que se prefiere el término de función pues sirve para expresar que lo que importa no son los eventuales fines que en concreto pretendan conseguirse con la pena o las medidas de seguridad, sino sólo la finalidad esencial de éstas.

De allí, que se observe que nuestro legislador equipare ambos términos cuando alude a los fines de la pena, pues el artículo IX del Título Preliminar (en adelante TP) del CP ha sido rotulado como "Fines de la pena y medidas de seguridad", en tanto que en la descripción normativa alude a función de la pena: "La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación; tutela y rehabilitación".

2.1.2. Fines y funciones del Derecho Penal y de la pena

En cuanto al tema en cuestión, Mir Puig, citando a Calliess aclara que "(...) en efecto, (...) la concreta función que (se) acaba por asignar al derecho penal se halla constituida por la función que cumplen las sanciones penales. (...) (Mir Puig, 2003, p. 77). Esto es, "El tema de la función del derecho penal deberá abordarse, (...) a partir de (...) la función de la pena (...)" (Mir Puig, 2003, p. 77).

En tal sentido, concluye que:

(...) su "función" (es) la protección de los bienes jurídicos a través de la prevención. La cuestión de los límites de dicha protección será ubicada en el seno de la problemática del derecho penal subjetivo, como límites del ius puniendi del Estado. (Mir Puig, 2003, p. 84)

Ahora bien, para hablar de los fines de la pena, se tuvo que pasar por un largo camino en la dogmática penal, desde aquellas teorías que postulaban un fin meramente retributivo de la pena, hasta la concepción actual, que parte por concebir primero, la vigencia de un Estado Social y Democrático de Derecho, cuya naturaleza es protectora, orientada al bienestar social, al respeto por el orden constitucional, buscando –en un primer momento– la prevención. No es intención de este trabajo el de recapitular cada una de las teorías sobre los fines de la pena y describir su evolución, se es consciente de la abundante y muy bien desarrollada doctrina al respecto, pero sí cabe realizar una breve remisión a algunos postulados.

En principio, la institucionalización de la coacción, la coacción organizada, es el rasgo típico del Derecho. El principal medio de coacción jurídica es la pena, que sirve para motivar comportamientos en los individuos y que es, además, elemento integrante de la norma Penal. La norma Penal cumple, por tanto, esa función motivadora (...), amenazando con una pena la realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad como no deseables. (Muñoz Conde, 1985, pp. 32 - 33)

Como señala el autor la pena cumple una función motivadora, la cual se dirige en un primer momento a la sociedad en general, y posteriormente influye o se orienta al individuo en particular. Se debe admitir, concluye el autor, que "(...) es preferible una teoría preventiva intimidatoria que muestra la auténtica faz del Derecho penal como sistema de disciplinamiento de las personas y de protección de determinados intereses". (Muñoz Conde, 1985, p.

122)⁷

Sin embargo, como señala Muñoz Conde (1985, p. 126) en una sociedad moderna no cabe otra legitimación del Derecho Penal que la preventiva, claro, incide también en que ésta no juega como una verdad interina o absoluta dentro del sistema, pues señala que no se puede aceptar la eficacia preventiva sin antes remitirse a los efectos que causan las penas tanto en la sociedad como en el individuo de modo particular. Influyen otros factores, insiste, en el control de la criminalidad, en su incremento o disminución como los económicos y sociales, que escapan a las previsiones punitivas.

Se trata de un conglomerado de causas, que asimismo deben concurrir para la disminución de la criminalidad. El efecto preventivo es alentador dentro del sistema, pero también se es consciente de la concurrencia de múltiples factores que bien pueden contribuir a dicho fin, o bien, mermarlo, relegándolo a un plano secundario.

Esta última consecuencia, también es causada por la desconfianza generada en el justiciable, desconfianza que el propio Estado ha provocado al no adoptar políticas adecuadas frente a los diferentes conflictos sociales. Se quiere ser preventivo con el Derecho Penal,

⁷ Ello, al margen del cuestionamiento que se pueda hacer en torno a la intervención del Derecho Penal en la solución de conflictos, resulta siempre más conveniente y saludable la intervención de otras políticas del Estado, antes que la criminal.

y se espera que esa única acción solucione los problemas, no se busca apoyo entre las políticas estatales, no se comprende aún que la solución parte de asumir políticas previas al Derecho Penal, que serían las raíces, el nido, de las cada vez más civilizadas sociedades y, por lo tanto, se conseguirá una menor intervención del Derecho Penal. Peor efecto se genera cuando se pretende prevenir con incremento de penas, con criminalización y sobrecriminalización, sin ser conscientes que esto, es el último vagón del tren del que el legislador debe colgarse.

Esto no deslegitima la intervención del Derecho Penal, hay que aclarar que este discurso no pretende dar esa salida, esta manifestación del Derecho es también necesaria en nuestra sociedad como lo son también otras formas de control menos gravosas a las que debe recurrirse en primer lugar, tal como postulan los principios de mínima intervención y *ultima ratio*.⁸

No obstante, la tendencia actual, por lo menos en la fase de determinación de la pena (...), es la de dar un gran margen de libertad al juzgador, no solo para determinar el quantum de la pena concreta a imponer (...), sino también para sustituir una pena de claros efectos negativos (...), por otra menos desocializadora (...), lo que solo puede ser compatible con el principio de legalidad si dicha libertad se utiliza en beneficio del reo, es decir, por razones de prevención especial. (Muñoz Conde, 1985, p. 129)

⁸ Lo contrario, es decir, privilegiar la intervención del Derecho Penal es como señala Muñoz Conde (Muñoz Conde, 1985, p. 127) "(...) la vuelta (o el mantenimiento) del viejo Derecho Penal talional, del Derecho Penal de sangre y de lágrimas que jamás ha supuesto una solución al problema de la criminalidad, pero que distrae la atención y oculta las causas reales de la situación. Un Derecho Penal de este tipo, conduce, en poco tiempo, a un desgaste y al desprestigio del poder punitivo del Estado, reduciendo su función a una pura expresión simbólica de las frustraciones y angustias colectivas y reflejando la impotencia del sistema social para resolver adecuadamente sus problemas".

En virtud de los postulados constitucionales el Derecho Penal “(...) está llamado a desempeñar, bajo ciertos límites de garantía para el ciudadano, una función de prevención general” (Mir Puig, 1982, p. 30), de ello se advierte que se prioriza la prevención general sobre la especial, quizás porque en el primer caso el destinatario es más complejo, esperándose con ello mejores efectos, pero debe entenderse que la prevención también se dirige al ciudadano de modo particular. Aclara el citado autor que esta prevención general no debe efectivizarse a través de la intimidación, que implica la amenaza de la imposición de una pena para los posibles delincuentes, sino que “(...) ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad.” (Mir Puig, 1982, p. 30)

De este modo señala el citado autor que la prevención general no solo debe estar comprendida por el factor intimidación, sino también, debe ser estabilizadora o integradora (también denominada prevención general o positiva) (Mir Puig, 1982)

Ese es el fin de la pena, coincide con ello nuestra normatividad penal, las funciones retributivas quedaron relegadas para dar paso a un fin más social, más democrático, un fin preventivo, sea general o especial, por ello concluye el autor:

En el modelo de Estado social y democrático de Derecho del cual arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir (y *sólo* está legitimado para cumplir) una

misión política de *regulación activa* de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la *función de prevención* de los hechos que atenten a estos bienes, y no basar su cometido en una hipotética necesidad *ético-jurídica* de no dejar sin respuesta, sin *retribución*, la infracción del orden jurídico. Ahora bien, para que el Estado social no se convierta en autoritario, sino que sea democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites que garanticen que la prevención ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos. (Mir Puig, 1982, p. 40)

2.2. TEORÍA DEL DELITO

Se debe partir el desarrollo del tema desde una visión a la teoría del delito, que es precisamente la estructura jurídico penal más importante y a partir de la cual se puede realizar un desarrollo teórico de lo que vendrían a ser los delitos de peligro; ello por cuanto es necesario entender, primero, el concepto de delito, para llegar luego hasta su clasificación. En este último aspecto se profundizará en lo que interesa a la presente investigación; es decir, de manera específica, el desarrollo de los delitos antes indicados.

Se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del Derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito. (Zaffaroni, 1998)

Concretamente, "(...) la teoría del delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto (...)" (Zaffaroni, 1998, p. 390)

Parafraseando a Villavicencio Terreros (2006), se puede partir señalando que la teoría del delito o teoría de la imputación penal, procura definir las características que debe tener una conducta para ser atribuida a un sujeto como un hecho pasible de sanción penal: un hecho punible. Siendo producto de una larga evolución de la dogmática jurídico penal que ha permitido perfilar su estructura hasta alcanzar la construcción dogmática hoy conocida como Teoría del Delito. De allí que, en consonancia con Bacigalupo, el citado autor indica:

Esta teoría, además, constituye un instrumento conceptual y práctico que permite precisar si el hecho que se juzga es el presupuesto de las consecuencias jurídico-penal prevista en la ley. La teoría de la imputación penal trata de dar una base científica al intérprete proporcionándole un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos en un considerable grado de seguridad. (Villavicencio Terreros, 2006, p. 225)

La evolución del Derecho Penal, dio lugar a esta construcción jurídica, cuyo aporte no solo refleja el avance doctrinal sino fundamentalmente en la práctica, ya que el análisis bajo las categorías que la conforman, nos permiten determinar la relevancia penal de un caso concreto de una manera más precisa, por ello asumimos como postura nuestra también, la idea de que:

(...) La función más importante que cumple la teoría de la imputación penal es la función garantista, pues su campo de acción no solo comprende a la *criminalización primaria* realizada por el legislador, sino también a la *secundaria*, es decir, la aplicación racional de esta teoría. A su vez nos brinda un punto referencial para la crítica de las desviaciones de la práctica judicial respecto de los principios del Estado de Derecho. (Villavicencio Terreros, 2006, pág. 225)

Esta estructura jurídica, como se indicó, se conforma de categorías estratificadas, cuyo análisis secuenciado, nos permitirá determinar la presencia de una institución del Derecho Penal, sobre el cual se instituyen, incluso, sus propios fundamentos y origen: el delito. Estas categorías lo conforman, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

En suma, “(...) la Teoría del Delito se ocupa del estudio de las características que debe reunir cualquier conducta para ser calificada como delito. Existen, pues, características comunes a todos los delitos como características que sólo se dan en algunos de ellos (...)” (Bramont Arias Torres, 2002, p. 129)

2.2.1. El delito

Es una construcción jurídica de no reciente aparición. Su definición ha sido sometida a varias modificaciones que han buscado perfilar su estructura, partiendo como ha dejado conocer la dogmática, de una concepción incipiente que se ajustaba a las exigencias de la época, para llegar a la estructura que actualmente se maneja a nivel doctrinario. Si bien es cierto, su construcción se encuentra ahora muy bien aceptada en el ambiente jurídico, ello no resta importancia a sus orígenes y mucho menos a la continuidad de su evolución.

Antiguamente el delito era entendido de modo diferente, y, por ende, diferente era el procedimiento que se aplicaba para sancionarlo, las

sanciones mismas, la forma en que se efectuaba la búsqueda de la verdad, incluso contra quien se dirigía la sanción, también ha sido materia de debate. Así, señala Jiménez de Azúa (1997, pp. 201 - 202) que:

El delito (...) siempre fue una valoración jurídica; por eso cambia con ella. Primero aparece lo objetivo en la valoración. En el Derecho más remoto, en el antiguo Oriente, en Persia, en Israel, en la Grecia legendaria y aun en la Roma primigenia, existía la responsabilidad por el resultado antijurídico. El Pritaneo juzgaba a las cosas: árboles, piedras, etcétera. Esquines decía: arrojam los lejos de nosotros los objetos sin voz y sin mente, y si un hombre se suicida enterramos lejos de su cuerpo la mano que hirió. Platón en "Las Leyes" afirma lo mismo, exceptuando el rayo y demás meteoros lanzados por la mano de Dios. En la Edad Media se castigó profusamente a los animales y hasta hubo un abogado que se especializó en la defensa de las bestias. Es que la valoración jurídica no se hacía como hoy. No descansaba el reproche en los elementos subjetivos y sólo se contemplaba el resultado dañoso producido." Continúa "(...) Hasta las proximidades del siglo XIX se encendieron hogueras en Europa para quemar a las brujas. Acaso fue entonces la hechicería el delito más tremendo. La valoración jurídica de aquellos tiempos así lo consideró, y por ello, infelices mujeres, algunas de ellas enfermas de la mente, pagaron en la hoguera sus excentricidades en holocausto a la valoración de la época."

Quizás en ese entonces y por mucho tiempo después, no existió un concepto formal del delito, sino que su construcción se erigía sobre la afectación a intereses de la sociedad de la época, bastaba entonces que se atentara contra un interés común, social, para que le correspondiera una sanción, que como ya vimos se materializaba incluso sobre animales, concepción que ahora resulta insostenible; pero claro, todo ha sido parte de un avance constante en el estudio

de las instituciones jurídico penales, y es que en definitiva, al respecto no existe quien tenga la razón absoluta, para estancarnos en conceptos definitivos.

Cabe recordar que la influencia alemana ha jugado un papel importante en la elaboración de dicha construcción dogmática y es que no solo en ella, sino en casi todo el Ordenamiento Jurídico Penal, su evolución pasó no solo por innumerables tratadistas quienes aportaban diferentes conceptos en torno a su contenido, sino también por cambios esenciales que fueron dotando a esta categoría de logicidad; nos recuerda el profesor Hurtado Pozo (2005, pp. 368 - 369) que fue Von Liszt quien distinguió las nociones de antijuridicidad y culpabilidad y en 1906 Ernst von Beling propuso un tercer elemento, la tipicidad⁹; siendo, desde entonces, que se define al delito como una conducta típica, antijurídica (o ilícita como inicialmente se denominó) y culpable. Posteriormente, las escuelas filosóficas (el casualismo, el positivismo, el funcionalismo) y sus vertientes fueron dotando de contenido a estas categorías.

En ese contexto, se instituyó el concepto de delito el cual ha sido definido por varios tratadistas como Villavicencio Terreros, Bustos Ramírez, Hurtado Pozo, entre otros, como una conducta típica,

⁹ En igual sentido Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (1999, p. 16) "(...) se distinguen tres elementos diferentes ordenados de tal forma que cada uno de ellos presupone la existencia del anterior. Estos son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Esta fórmula es conocida genéricamente como el sistema Liszt Beling en referencia a los autores a quienes, con razón a pesar de pertenecer a escuelas diferentes, se les atribuye el mérito de haber puesto las bases fundamentales de la moderna teoría del delito."

antijurídica y culpable, los niveles de análisis son tipo, antijuridicidad y culpabilidad.¹⁰ Villavicencio Terreros (2006, p. 226) citando a Cerezo Mir, afirma que estos “(...) distintos elementos del delito están en una relación lógica necesaria. Solo una acción y omisión puede ser típica, solo una acción u omisión típica puede ser antijurídica y solo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable (...)”

Un aspecto que hace notar dicho autor, es lo relacionado a la definición que indica nuestro CP en el artículo 11, el cual señala que “Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por ley”; se comparte la posición con el mismo, en el sentido de que dicha definición, por demás, resumida, “(...) no expone taxativamente las características que se aceptan para la definición del delito, están implícitas (...)” (Villavicencio Terreros, 2006, p. 226)¹¹, y es que la importancia de definirlo correctamente radica en la necesidad de analizar cada conducta presumiblemente delictiva, a través de los elementos que conforman el concepto de

¹⁰ Al respecto Claus Roxín (1997, p. 193) señala lo siguiente: “En la moderna dogmática del Derecho penal existe en lo sustancial acuerdo en que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales supuesto de punibilidad”.

Con ello pareciese asumir que las categorías que conforman la teoría de delito fuesen tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, incluyendo a la punibilidad (lo cual no se aleja de algunos otros planteamientos doctrinarios); pues luego aclara: “Por tanto, toda conducta punible presenta cuatro elementos comunes (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), a los cuales puede añadirse aún en algunos casos un ulterior presupuesto de la punibilidad”. (Roxín, 1997, p. 194) Esta última categoría solo se evidenciaría en determinados casos, según refiere el autor.

¹¹ Bramot Arias Torres (2002, p. 131) señala al respecto que: “(...) las características de los delitos (siguiendo la línea del CP) son: a) Tiene que ser una acción u omisión. b) Dicha acción u omisión tiene que ser dolosa o culposa. c) Dicha conducta debe estar penada por la Ley (...); empero reconoce con acierto que la doctrina amplía esta definición brindando elementos del delito: “a) conducta. b) Tipicidad. c) Antijuridicidad. d) Culpabilidad. e) Pena (consecuencia de los presupuestos a+b+c+d)”

delito, ya conocido (conducta típica antijurídica y culpable) y, no resultan suficientes los elementos que el análisis exegético de la norma nos brinda.

Bien sabemos que las categorías que todo actor jurídico analiza para saber si un hecho concreto realizado por una persona es delito no se han desprendido de la norma penal específica, pues el legislador ha dado una definición no solo sucinta, sino que no comprende las categorías que lo conforman. El juicio de subsunción que se realiza respecto de una conducta presumiblemente delictiva se sustenta en los planteamientos doctrinarios que se han asentado fuertemente en el ámbito jurídico, pues es ya incuestionable que toda conducta deberá pasar el filtro de tipicidad antijuridicidad y culpabilidad para determinar su carácter delictivo; y, por ende, su relevancia penal.

Ahora bien, para encaminar el tema que se pretende desarrollar, es preciso recordar lo siguiente: estas categorías deben confluir para asumir la presencia del delito. Con el planteamiento de Von Liszt, que nos recordaba Hurtado Pozo, solo se diferencian las categorías de la antijuridicidad y culpabilidad; no obstante, la antijuridicidad aunque permitía diferenciar lo lícito de lo ilícito, no permitía distinguir las conductas ilícitas con relevancia penal; con lo que, surge la tipicidad como un tercer elemento, formulado como se ya se vio por Beling, y notoriamente debió surgir otro concepto

implícito como el de tipo penal o tipo legal, pues este último hace referencia a una disposición legal que describe un determinado hecho al que se le confiere el carácter delictivo. Esto es, solo correspondía imponer una sanción penal frente a un hecho ilícito (esto lo definía o determinaba la antijuridicidad) si la conducta se encontraba recogida en un tipo legal. Entonces la tipicidad se presenta como una categoría del delito y el tipo penal como su antecedente necesario. (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 1999)

La tipicidad viene a ser, entonces, el juicio de subsunción de la conducta en el tipo penal, su coincidencia ubica a la conducta como típica de un ilícito penal.

Dicho esto, claramente podemos diferenciar los conceptos de tipicidad (ya señalado) y “tipo Penal”¹² el cual es, según Enrique Bacigalupo (1996a, p. 80) “(...) la descripción de la conducta prohibida por una norma. (...) es el conjunto de elementos que

¹² Citando a Velásquez Velásquez, Villavicencio Terreros (2006, p. 295), esboza la etimología de tipo: “(...) el término tipo proviene del latín “*typus*” que significa representación simbólica de una cosa figurada o imagen principal de algo a lo que se otorga una fisonomía propia (...)”. De otro lado, sintetiza las funciones del tipo que han sido delimitadas por la dogmática penal, así, concluye que el tipo cumple una función indiciaria, que supone que la realización del tipo legal es solo la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad. Función fundamentadora, ya que la tipicidad es el fundamento del delito, propiamente dicho. Función seleccionadora, pues identifica las conductas que serán penalmente relevantes. Función garantizadora, pues permite al ciudadano un conocimiento seguro en cuanto al límite entre la conducta sancionada y la atípica (legalidad Penal). Función de motivación, pues permite al ciudadano conocer cuál es la conducta prohibida, de cuya realización debe abstenerse, esta función, señala el autor, está vinculada a la función de instrucción que cumple el tipo, pues orientará acerca de las acciones y omisiones que revisten sanción punitiva, y por ende, que no debe ser realizadas. Función sistematizadora, pues el tipo abarca todos los elementos necesarios para el conocimiento de las conductas que pueden ser sancionadas Penalmente. (Villavicencio Terreros, 2006, pp. 297 - 299)

caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma". Villavicencio Terreros (2006, p. 296), citando a Binder, complementa:

(...) el tipo viene a ser la más valiosa consecuencia del principio de legalidad. Así, el tipo es un concepto límite de enorme trascendencia para fortalecer el principio de legalidad que se ha convertido en uno de los instrumentos más útiles de la dogmática penal.

En ese mismo sentido, señala Zaffaroni (1998, p. 453) que tipo penal: "(...) es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptivos, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas) (...)". En tanto que Muñoz Conde y García Arán (2000, p. 40) señalan que "(...) el tipo penal es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal (...)”

Con base en ello corresponde precisar que el tipo penal guarda varias clasificaciones, entre ellas: tipos penales de resultado y de mera actividad; instantáneos y permanentes; comunes y especiales, de lesión y de peligro etc.; empero, la clasificación que interesa para efectos de la presente investigación es precisamente la relacionada a últimos mencionados, que obedece a la afectación que ha sufrido el objeto de la acción del tipo, o bien, a la puesta en peligro del mismo, sin que represente una efectiva lesión.

2.2.2. Clasificación de los tipos penales en delitos de lesión y de peligro

Según Percy García Caveró (2008, pp. 313 - 314), esta clasificación se encuentra a su vez comprendida dentro de los delitos de resultado, pues señala:

La exigencia de un resultado separado de la conducta del autor es el criterio que permite distinguir los *delitos de mera actividad* de los *delitos de resultado*. En los primeros, el delito se consuma con la realización de la acción (mera actividad como el delito de violación de domicilio) o de la omisión (omisión pura como el delito de no comunicación de información requerida por organismos fiscalizadores) sin que sea necesario constatar un resultado temporal y espacialmente separado de la conducta. En los delitos de resultado, por el contrario, se exige un resultado separado espacial y temporalmente de la acción del autor como es el caso del delito de homicidio o de estafa (...).

Dentro de los delitos de resultado se suelen diferenciar los *delitos de peligro* de los *delitos de lesión*.

No obstante, otros autores le brindan un tratamiento independiente, pero al margen de ello, se coincide en precisar que la distinción entre uno y otro depende de asumir "(...) si el objeto de la acción del tipo sea dañado o solo puesto en peligro su integridad." (Roxín, 1997, p. 335). Ahora bien, veamos en qué consiste esta clasificación.

A. Delitos de Lesión

Bustos Ramírez y Hormazábal Malareé (1999, p. 42) señalan que "(...) En los de lesión, el delito se consuma con una destrucción o menoscabo (valorativo) del bien jurídico. (En esta clase de delitos) es necesaria la lesión efectiva del bien jurídico."

Es decir, dentro de esta clase de delitos se pueden ubicar a aquellas conductas que están orientadas a ocasionar un “daño” concreto –generado por la actuación del sujeto activo– a un interés social de relevancia jurídico penal; viéndose así, claramente afectando el bien jurídico protegido.

De manera concreta los delitos de lesión han sido definidos como aquellos en los que “El objeto de la acción ha de ser realmente dañado para que haya un hecho consumado.” (Roxín, 1997, p. 335)¹³

Los delitos de lesión, son los que más se encuentran en el CP peruano, como por ejemplo los delitos contra la vida, contra el patrimonio, contra la integridad sexual, etc.; en los que claramente se advierte un hecho lesivo a la vida humana, en el primer caso, tanto dependiente como independiente, según determinadas circunstancias; al patrimonio del sujeto pasivo del delito, en el segundo caso; o afectación al aspecto sexual de una persona, como en el tercer caso.

Dada la naturaleza que revisten esta clase de delitos, su conceptualización e incluso su identificación no genera mayores problemas, dado que bastará identificar un hecho

¹³ En el mismo sentido Enrique Bacigalupo (1996a, p. 94): son delitos de lesión “(...) aquellos en los que la lesión del bien jurídico tiene lugar a través de la lesión de un objeto protegido (...)”

cuyo resultado sea palpable, material y concreto, para establecer la presencia de un delito de lesión.

Especial dificultad, sobre todo al momento de identificar su subclasificación, generan los delitos de peligro, cuyo tratamiento se encuentra en el acápite siguiente y en los cuales se profundizará, dado el contenido de la presente investigación.

B. Delitos de Peligro

A diferencia de los delitos de lesión, los delitos de peligro representan una minoría en la normatividad jurídico penal. Por citar algunos ejemplos: la conducción en estado de ebriedad (artículo 274), la tenencia ilegal de arma de fuego (artículo 279-G), el tráfico ilícito de drogas (artículo 296), entre otros; cuyas características difieren de los delitos de lesión, tratados precedentemente.

Para entender su naturaleza, es de precisar que los delitos de peligro se regulan en un marco político criminal, dadas las innumerables circunstancias en las que, sin causar una lesión concreta, se afectaba un interés social de especial relevancia, conllevando a la penalización de dichas conductas. Este aspecto corresponde tratarlo en un acápite posterior, relacionado al fundamento de la regulación en el ámbito penal de los delitos de peligro; no obstante, a fin de contextualizar, no

está demás hacer una remisión a la cita de Márquez Cisneros (2012, p. 89), quien señala que:

(...) los delitos de peligro suponen, en todos los casos, un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho Penal, esto es, el legislador no espera la lesión efectiva –entendida como destrucción – del bien jurídico protegido, sino que, atendiendo a la experiencia, incrimina conductas que se estiman adecuadas para producir el resultado dañoso que, en última instancia, se pretende evitar.

a. Noción de peligro

Según la Real Academia Española de la Lengua, el término “peligro”, en su primera acepción significa “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal”. Aunque no legalmente, es quizás la acepción que se adopta cuando se habla de peligro en el ámbito penal, pues, esta acepción se ajusta perfectamente a las exigencias sociales de su concepto.

Desde una perspectiva objetiva, “(...) se percibe el peligro como el temor que tiene la persona concernida de que se produzca el daño que lo amenaza (...)” (Hurtado Pozo, 2005, p. 778). En efecto, resulta ser así como cada sujeto puede percibir el peligro en determinada circunstancia, pero se precisa esto, no ya como una acepción o definición de peligro, sino cómo éste es percibido por el ser (causación de temor, ante su inminencia); sobre todo,

porque, precisamente por ser un aspecto subjetivo, es variable en cada sujeto.

Y es que como señala Hurtado Pozo (2005, p. 780):

Al configurar los delitos de peligro, la preocupación no se refiere a lo que ya ha sucedido en cuanto tal (una colisión de vehículo o la explosión de una granada), sino más bien a lo que podría haberse producido a consecuencia de esta situación fáctica (muerte o lesiones de personas, daños a cosas) es esta posibilidad de perturbar bienes jurídicos ajenos lo que se valora de manera negativa y, por lo tanto, la que hay que evitar. (Además -Citando a Parodi Giusino-señala) El aspecto decisivo del concepto de peligro radica entonces en la relación entre el suceso (considerada fuente de riesgo) y el mal futuro que pueda producirse

(...) Hay, pues, incertidumbre respecto a si el daño se producirá o no. Esto se debe a que la situación se aprecia *ex ante*, en el momento en que se presenta y de acuerdo a los limitados conocimientos que se tengan en ese instante (...).

No obstante, las acepciones esbozadas, es necesario perfilar el concepto de peligro que permita entender lo que para el Derecho Penal significa; en tal sentido, éste puede ser entendido como "(...) la relación de posibilidad de la que a partir de un suceso se derive un perjuicio futuro (...)" (Hurtado Pozo, 2005, p. 781) Nótese que esta definición, se aparta de la connotación subjetiva atribuida, lo cual es correcto si se postula un Derecho Penal con pilares en el principio de objetividad.

Sin embargo, el citado autor se cuestiona, también, acerca de lo que debe entenderse por “posibilidad”, citando a Germann, señala que:

Ante todo, debe descartarse la idea de que es suficiente cualquier posibilidad para evitar caer en el exceso de que poco importa la intensidad del riesgo (...) para calificar la situación de peligrosa. (...) Se trata entonces de un juicio de valor que expresa si la posibilidad es importante o seria o por el contrario, insignificante. (Hurtado Pozo, 2005, p. 781)

Este juicio de valor, no solo debe interpretarse a la luz del escueto concepto normativo de peligro, como lo señalaba Hurtado Pozo (2005, pp. 782 - 783), sino a la luz de la “(...) función atribuida al peligro¹⁴, los criterios constitucionales de la prevención y de la proporcionalidad de la represión penal (...)”

b. Concepto de delito de peligro

En los delitos de peligro, no hay una efectiva lesión al bien jurídico, lo que sanciona el Derecho Penal, es su puesta en peligro; evidentemente la tipificación de estos delitos guarda un trasfondo político-criminal, en el que se sustenta su punición.

¹⁴ La función atribuida al peligro difiere en razón a los tipos legales de los que hablemos y de sus elementos constitutivos, señala el mismo autor (2005, p. 782) que el peligro “(...) puede aparecer como presupuesto del delito (art. 452, inc. 4), como calificativo del comportamiento (art. 451, inc. 1), atributo del objeto del delito (art. 289) o como resultado del delito (art. 282).”

Se diferencia de los delitos de lesión porque “(...) el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción (...)” (Roxín, 1997, p. 336). Esto es, “La diferencia entre unos y otros está en el momento de la consumación. En los de peligro, basta con el peligro real (riesgo) imputable a la realización típica. En los de lesión, es necesaria la lesión efectiva del bien jurídico (...)” (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 1999, p. 42)

Ello se condice con la normatividad penal, que se sustenta en el principio de lesividad, según el cual la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley.¹⁵ El principio de lesividad impone que no haya tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico, que puede consistir en una lesión en sentido estricto o en un peligro. (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002)

Entiéndase con esta definición y con la inferida del CP, que la lesividad como principio del Derecho Penal no debe ser entendida en su acepción lingüística¹⁶, dado que “lesivo”, según la Real Academia Española de la Lengua denota aquello “que causa lesión (daño o perjuicio)”.

¹⁵ Artículo IV del TP del CP.

¹⁶ Según la Real Academia Española de la Lengua, “lesividad” representa aquello de “carácter lesivo”.

Entender así el principio de lesividad, permite ampliar su aplicación a aquellas circunstancias que no necesariamente lesionan un bien jurídico, sino que lo ponen en peligro.

A ello contribuye Quintero Olivares (2003) cuando precisa que lo cierto es que, técnicamente los delitos de peligro presentan características similares o que los aproximan a los delitos culposos o mejor denominados imprudentes. Esto es, son conductas cuando menos imprudentes que requieren de sanción sin necesidad de que se produzca un daño o lesión.

Esa particular naturaleza de los delitos de peligro, la no producción de una lesión sino la presencia de una situación peligrosa únicamente, da lugar a la poco satisfactoria forma en que se viene abordando el tema por parte de la doctrina, la legislación y sobre todo la jurisprudencia que es la que finalmente establece criterio en torno a diversos temas del derecho¹⁷; no obstante la regulación normativa obedece a cuestiones político criminales que se fundan en el avance

¹⁷ Es necesario aquí hacer referencia al Acuerdo Plenario N.º 6-2006/CJ-116 y a las numerosas sentencias que vienen resolviendo en torno a temas vinculados a esta clase de delitos con algunas inconsistencias que desembocan en una desnaturalización de las figuras o instituciones jurídicas en juego.

de la sociedad y en la necesidad de protección de nuevos bienes jurídicos.

c. Fundamento de la sanción jurídico penal de los delitos de peligro

El Derecho Penal ha sufrido cambios a lo largo del tiempo, mientras éste se perfilaba, se perfilaban, también, conceptos e instituciones jurídicas que fueron modificadas e incluso se dieron origen a otras nuevas; sucedió así con los delitos de peligro.

Inicialmente la lesividad, entendida en sentido estricto, exigía una afectación concreta a determinado interés social; sin embargo, con el avance de las sociedades, este concepto debió ser extendido para adecuarse a sus nuevas exigencias¹⁸. Con ello se da protección a intereses supraindividuales, como por ejemplo la protección del medio ambiente, de la salud pública, entre otros.

¹⁸ “En los últimos años, los cambios sociales, económicos y los avances de la ciencia y técnica han modificado a fondo las condiciones de vida; lo que ha hecho necesario perfeccionar la protección de los bienes jurídicos y complementarla en relación con las nuevas tendencias de las personas y de la comunidad. Así, la legislación penal se ha desarrollado y los criterios dogmáticos han sido renovados para hacer frente con eficacia a nuevas formas de delincuencia. Un buen ejemplo de lo que se dice es la evolución y el nivel que ha adquirido el denominado derecho penal económico. Los nuevos intereses a los que habría que conceder protección penal, sería, por ejemplo los referidos al medio ambiente, al patrimonio genético, a la informática, al mercado de valores, a los derechos de los consumidores, etc.” (Hurtado Pozo, 2005, p. 777)

Queda claro que en esta clase de delitos no se atenta un objeto en concreto, o, mejor dicho, no se lesiona un interés concreto. Esto nos permite efectuar una revisión a la vigencia del principio de ofensividad en estos delitos, si se quiere analizar estos a la luz de los principios y finalidades del Derecho Penal se debe partir de la idea de que éste debe intervenir únicamente frente a conductas que expresen una concreta afectación, un hecho verdaderamente dañoso que motive la imposición de una sanción tan drástica como la que despliega el Derecho Penal, como bien señala Quintero Olivares (2003, pág. 242) esta idea viene formulada desde el “*nullum crimen sine iniuria*” y finalmente esta es la única idea que se condice con la consideración del Derecho Penal como la última alternativa a la que debe recurrir el Estado para la solución de los conflictos, teniéndolo como la solución última por la que se debe optar. Por ello afirma, con razón, Hurtado Pozo (2005, p. 777):

Las primeras dificultades dogmáticas que se advierten cuando se pretende abordar el análisis de la relación que debe existir entre el principio de lesividad y estos intereses supraindividuales, conciernen a la determinación de qué significa perjudicar un bien jurídico (...) la situación es clara en relación con los delitos de lesión en los que el bien jurídico es perjudicado en la medida en que el autor daña el objeto del delito (...). Las dudas se presentan respecto a los delitos de peligro y, aún más, en los llamados delito de peligro abstracto.

Y es que con razón se encuentra la dificultad respecto de estos delitos, pues si el Derecho Penal, pretende erigirse sobre criterios objetivos, donde no se permitan normas jurídico - penales subjetivas respecto del interés protegido, deberá criminalizarse únicamente aquello que tenga afectación concreta, pues todo delito afecta o debe afectar un bien jurídico.

Empero, ¿cómo explica este razonamiento la existencia de delitos de peligro en la normatividad penal, donde, claro está, el bien jurídico no es afectado, sino que únicamente existe la amenaza de su afectación? Debe tal vez revisarse o adecuarse la conceptualización de bien jurídico en esta clase de delitos a fin de no soslayar el principio de lesividad o es mejor extender el concepto de este principio para adecuar su estructura a esta clase de injustos.

El CP sugiere una alternativa, pues el principio de lesividad recogido en el artículo IV del TP (en adelante TP), señala que “(...) la pena, necesariamente, precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico tutelados (...)”; entonces, es el concepto de lesividad el que se extiende en materia Penal, comprendiendo no solo una afectación al bien jurídico, sino también, una puesta en peligro del mismo.

Con ello asumimos también, que no es que el principio de lesividad no opere en los delitos de peligro, sino que debe interpretarse de un modo diferente.

Esta última opinión no descarta, por supuesto, la posibilidad de redefinir el concepto de bien jurídico, lo cual también solucionaría el conflicto suscitado y tal vez otros aspectos aun incontestados por la dogmática penal.¹⁹ Empero no nos detendremos en este cuestionamiento, que bien puede ser materia de otra investigación; sino en aquello que origina la regulación y sanción penal de esta clase de delitos, dicho en otros términos ¿cuál es el fundamento jurídico de su actual sanción penal?.

Se debe partir señalando que todo problema jurídico con el que uno se enfrente, necesariamente debe ser analizado en el contexto de la sociedad que rige en la época, ello porque sabemos que el avance de la sociedad generó cambios no solo en el Derecho, sino en la política, en la religión, en la educación, y en otros muchos aspectos que fueron modificados a lo largo de la historia.

¹⁹ Aunque no debemos desconocer la necesidad de incluir estos ilícitos penales en el catálogo de normas que ordenan la sociedad actual, pues frente a los constantes cambios de la misma, aparece también la necesidad de proteger las nuevas formas en que se manifiestan sus intereses (intereses sociales que finalmente se convierten en bienes jurídicos pasibles de protección penal, cuando no existen otras formas en que se pueda brindar seguridad).

Esta sociedad en que se crean las instituciones jurídicas o en las que nacen los problemas jurídicos, ha ido avanzando al punto de haberse encontrado en un contexto de riesgo, asumiendo éste como un ambiente común y natural²⁰, un pequeño, pero muy ilustrativo ejemplo es lo relacionado al parque automotor, quien podría negarle el contexto de riesgo a esta actividad, ningún ciudadano lo concebiría de manera contraria y sin embargo se asume como tal; pero dentro de este contexto se generan conductas que podrían afectar intereses sociales, por ejemplo quien conduzca el vehículo en estado etílico.

Como podemos ver, la protección de estos intereses sociales, que se fue justificando ya por la elevada concurrencia de conductas infractoras de los mismos, ya por la necesidad de adecuarse a las nuevas exigencias de la sociedad; han configurado una sociedad dependiente que pretende ser controlada en los aspectos más mínimos de su desenvolvimiento; ha configurado también un Estado paternalista, exclusivamente protector y con ello un sistema penal riguroso, interviniente, sancionador, cada vez más incisivo.

²⁰ En cuanto a ello, guarda mucha razón Gonzalo Quintero Olivares (2003, p. 241) al señalar que “Vivimos en un mundo que ha aceptado, deseado, necesitado y asumido el peligro como medio natural en el que se desarrolla nuestra vida cotidiana, tanto si se trata de las circunstancias comunes alimentación, circulación de vehículos- cuanto si se entra en sectores concretos como la construcción, la medicina, la producción industrial y su impacto en el medio ambiente, etc. (...)”.

Esto último en contraposición con los principios que privilegiaron su interferencia en las conductas sociales; se desconoce con ello el principio de mínima intervención del Derecho Penal, o cuando menos, se relativiza.

No es más que la manifestación de una necesidad apremiante justificada en la protección de intereses sociales y en la cada vez más visible alteración del orden. No se pretende, pues, esperar a que el bien jurídico o el interés social se vea lesionado o transgredido, se pretende evitar dicho efecto a través de decisiones preventivas que, bien podría resolverse en otros ámbitos de la política estatal.

Si se acepta reconocer la realidad material de lo que son esas conductas vemos que se trata de actividades (peligrosas) cuyos autores sea con culpa consciente o inconsciente, sea con dolo eventual - todo eso puede ser etiquetado como dolo de peligro-ejecutan acciones (conducir ebrios, verter sustancias tóxicas, transportar sin garantías líquidos inflamables, etc.) que el legislador ha decidido castigar, declarando que lo hace así por cautela y sin esperar a que suceda lo peor. Lo único cierto es que se trata de una decisión político-criminal inspirada en razones de prevención general. Por lo tanto, la pretensión de construir una diferencia de injusto personal es simplemente una muestra de los afanes de la ciencia penal por darle a todo, una explicación coherente que encaje en la perfección del sistema conceptual, como si eso fuese en verdad imprescindible. (Quintero Olivares, 2003, p. 245)

Pero, como continúa señalando el mismo autor la incorporación de los delitos de peligro a las leyes Penales surge a raíz de lo imposible que resultaba imputar como tentativa del delito aquellas conductas que únicamente estaban dotadas de una carga de peligro, pues el resultado dañoso o lesivo no era una representación subjetiva del autor, es decir, el sujeto agente no pretendía causar la lesión efectiva del bien jurídico, sino que, simplemente, desplegaba conductas que por su naturaleza podrían generar esa afectación (aún lejana y futura), pero que tampoco constituía un supuesto de tentativa pues no se desplegaban actos tendientes a lesionar el bien jurídico, puesto que, como se indicó, no era esa la intención a la cual se orientaba la conducta.

Aquí el legislador, considera que ciertas conductas son idóneas para lesionar bienes jurídicos y que por ello resulta necesario el adelantamiento de las barreras de punibilidad para evitar la producción de un resultado lesivo posterior. Claro que en algunas circunstancias esta política criminal adoptaba, transgrede postulados propios de un Derecho Penal mínimo, aparentando una contradicción.

Por citar un ejemplo que evidencie lo precisado, se tiene al denominado Marcaje y Reglaje tipificado en el artículo 317-

A del CP²¹, que sanciona conductas que, en el *iter criminis*, solo formarían parte de actos preparatorios, no punibles.

Es cierto que muchos coinciden en adelantar las barreras de protección de los bienes jurídicos, pues la sociedad de riesgos en la que hoy se desenvuelve el individuo demanda tomar medidas protectoras frente a los riesgos con los que se conviven; sin embargo, tal como señala Hurtado Pozo (2005) surgen discrepancias cuando se busca determinar hasta dónde puede llegar el legislador con la tipificación de este tipo de comportamientos, sin que se llegue a cuestionar el hecho de la ausencia de obediencia al principio de lesividad, a lo que agregamos el no respeto – también– por los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y mínima intervención.

En los delitos de peligro concreto, el legislador respeta el principio de lesividad cuando condiciona la represión de la acción a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción (...) De ahí se sigue que el tipo legal no debe considerarse realizado si el comportamiento del autor no alcanzó este nivel de peligrosidad debido a que no se dieron las circunstancias propias para poner en peligro (...) el bien jurídico protegido. (Hurtado Pozo, 2005, p. 784)

²¹ El primer párrafo del artículo 317-A del CP prescribe: “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 106, 107, 108, 108-A, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del Código Penal, acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos.”

En el marco del cambio de la sociedad y con ella del Derecho Penal y su intervención en la protección de los bienes jurídicos, resultó y resulta necesaria la protección de intereses comunes como la salud pública, la seguridad pública, etc., hablamos pues, de bienes jurídicos colectivos, y con ello de peligro colectivo.

Hurtado Pozo (2005) hace una importante referencia a este aspecto, señalando que un aspecto importante del peligro colectivo se refiere al bien jurídico, ya que si bien los delitos de peligro de este carácter constituyen también barreras de protección de los bienes jurídicos individuales, esta protección se efectúa garantizando la permanencia de bienes jurídicos denominados colectivos²².

Ahora bien, estos delitos de peligro guardan una importante clasificación, adoptada por la dogmática penal peruana, la misma que ha sido producto del avance social y crecimiento de la sociedad de riesgos a la que se ha hecho referencia, pues la dogmática penal ha logrado distinguir aquel peligro concreto del abstracto, estos últimos más

²² Cita el autor los siguientes ejemplos: "(...) el delito de incendio (art. 273) es reprimido con la finalidad de proteger la seguridad pública, aunque implica también la protección, en segundo plano, de la vida, la salud y patrimonio de las personas. Lo mismo se puede afirmar respecto a la protección del medio ambiente: la represión del delito de contaminación del agua o el aire (art. 304) se orienta a preservar las buenas condiciones naturales para que las personas se desarrollen normalmente en él." (Hurtado Pozo, 2005, p. 789).

cuestionados aun atendiendo a su contenido; en ese sentido precisan Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002, p. 491):

En las últimas décadas las legislaciones han reproducido los tipos de peligro o de adelantamiento del momento consumativo a etapas previas a la lesión, lo que ha complicado seriamente el tema, pues el ámbito de lo criminalizado excede notoriamente el de los tipos de peligro tradicionales. Es corriente la clasificación de los tipos Penales en orden a la lesión al bien jurídico en tipos de lesión y tipos de peligro, subdividiendo estos últimos en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

d. Clases de Delitos de Peligro

i. Delitos de Peligro concreto

Esta clase de delitos exigen como punto de partida que se haya ocasionado un peligro real próximo a la vulneración de un bien jurídico, esto es, que la posibilidad de causación de una lesión efectiva al mismo sea de inminente producción. Por ello se alude:

(...) Tales delitos de peligro concreto son delitos de resultado; es decir: se distinguen de los delitos de lesión (...) no por criterios de imputación divergentes, sino porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente. Por tanto, al igual que en los delitos de lesión, en primer lugar, ha de haberse creado un concreto "peligro de resultado" en el sentido de un riesgo de lesión adecuado y no permitido." (Roxín, 1997, p. 403)²³

²³ En igual sentido, Hurtado Pozo (2005, pp. 783 - 784) "(...) tradicionalmente se considera como delito de peligro concreto la infracción definida en el tipo legal constituida por una acción que produce una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico. Esta última es, en consecuencia, el resultado (elemento constitutivo del tipo legal). En efecto al igual que ocurre en los delitos de lesión, el tipo legal prevé, como elementos constitutivos de la infracción, una modificación del mundo exterior, física y cronológicamente, diferente de la acción incriminada. (...) a diferencia (de los delitos de lesión) en los delitos de peligro concreto dicha modificación

Señala Alejandro Kiss (2015) citando a Jescheck que, el delito de peligro concreto presenta dos componentes esenciales determinados por “una acción peligrosa” y “un resultado de peligro”; en cuanto a la acción peligrosa no se encuentra mayor detalle que precisar, constituye, pues, una acción dotada de peligro para el bien jurídico, un determinado actuar tendiente a generar un peligro inminente para el mismo.

No obstante, respecto del resultado de peligro el referido autor, citando a Zieschang (Kiss, 2015), ha hecho la precisión de que el resultado de peligro concreto requiere tres aspectos, primero, un juicio de probabilidad cercana a la lesión, esto es, que la creación del peligro suponga una lesión cercana del bien jurídico; segundo, el ingreso de un bien jurídico en el ámbito de influencia de una fuente de peligro, entiéndase por este elemento que la fuente de peligro (acción peligrosa) alcance a determinado bien jurídico, se inmiscuya es su esfera; y tercero, que dependa de la causalidad si se produce o no la lesión, en este punto el autor alude a diversas circunstancias que podrían afectar el resultado lesivo (factores externos, intervención de terceros).

solo consiste en la creación de una situación que puede dar lugar a un perjuicio respecto al objeto del delito (...)

Debemos entender que el análisis del carácter peligroso de una conducta, debe realizarse ex ante, no ex post; pues, con posterioridad al despliegue de la acción peligrosa entiéndase que podrían confluír muchas circunstancias que eviten la producción de la lesión, lo cual queda al margen del análisis del delito de peligro, la acción peligrosa se ha materializado mediando dolo o culpa, de ser el caso y, esto es lo que sanciona el Derecho Penal, la producción o no del resultado lesivo está muy al margen de contenido del delito de peligro.

ii. Delitos de peligro abstracto

Los delitos de peligro abstracto, difieren sustancialmente de los ya tratados. Claus Roxín (1997, p. 407) los define como “(...) aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro (...)”

En estos delitos no existe un peligro en concreto sino abstracto, no se advierte afectación a un bien jurídico, su tipificación obedece –como se indicó– a cuestiones político criminales.

A diferencia del delito de peligro concreto, el delito de peligro abstracto no presupone una modificación del mundo exterior diferente de la acción en que consiste. Es un peligro general, difuso. (Hurtado Pozo, 2005, p. 785) no es inminente la realización de un resultado lesivo.

Cuando el legislador pretende sancionar estas conductas por ser riesgosas para los bienes jurídicos no verifica la concurrencia de un peligro concreto o real, no es necesaria la concurrencia de éste, basta con verificar la existencia de una fuente posible de producirlo, caso en el cual prohibirá la conducta sancionando su realización.²⁴

Como ejemplo de ello se tiene el Delito de Conducción en Estado de Ebriedad, previsto en el artículo 274 del CP, en este caso no se constata la presencia de un peligro real, el de causar lesiones o muerte, por ejemplo, al conducir en ese estado, sino que basta que la conducta desplegada sea una fuente de peligro para que se atribuya una responsabilidad de naturaleza penal.

²⁴ Como se observa “En los delitos de peligro concreto se castiga una conducta en la eventualidad de que sea peligrosa. En los de peligro abstracto por la probabilidad de que lo sea (...)” (Barbero Santos, 1971, p. 489).

Caso similar ocurre en el delito de Tenencia Ilegal de Arma de Fuego, tipificado en el artículo 279-G, del mismo cuerpo normativo, por el cual se sanciona la simple tenencia de un objeto peligroso sin que el peligro aún no se haga concreto; por ejemplo, no se ha producido un disparo al aire que bien podría causar lesiones o muerte a algún transeúnte. Su presencia es remota, pero aun así se sanciona la conducta con una pena severa (no menor de seis ni mayor de diez años de pena privativa de libertad).

Con todo, no basta permanecer en el nivel formal afirmando que el peligro solo es la *ratio legis* y que resulta suficiente constatar que el comportamiento ha sido realizado para asentir que se ha consumado el tipo legal. En la medida en que éste es elaborado por el legislador para reforzar una norma y alcanzar un objetivo (no comportarse de manera peligrosa y evitar dañar bienes jurídicos de terceros), estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta para verificar si la acción está comprendida concretamente en el tipo legal. Es decir, para aplicarlo, el juez debe comprobar, en atención al bien jurídico, si el comportamiento reúne los requisitos exigidos (es especial el carácter peligroso que el legislador ha tenido en cuenta para incriminar su simple ejecución). (Hurtado Pozo, 2005, p. 786)

Aun así, se verifica que muchos de estos tipos penales no se condicen con los principios del Derecho Penal; si bien su regulación contribuye a la protección de intereses sociales, ello no significa que sea correcto de acuerdo a los postulados del Ordenamiento Jurídico

Penal, pues con ello se estaría avalando la intervención del *ius puniendi* del Estado sin que la conducta haya ocasionado afectación a bienes jurídicos, arrastrando con ello, la afectación de principios básicos como el de culpabilidad.

En palabras de Roxín (1997) se afectaría dicho principio, pues en muchos casos, los peligros que se quiere prevenir no se podrían producir en absoluto²⁵. Quizás es una manifestación de una política inadecuada, que pretende solucionar todos los problemas sociales con el Derecho Penal, sin atacar el conflicto en un plano previo. La sanción de estas conductas –se ha visto– no disminuye su concurrencia.

Debemos tener en cuenta, que “(...) el peligro abstracto, por ser el fundamento de la disposición penal, no debe ser verificado aplicando criterios utilizados para constatar el peligro concreto, sino más bien empleando parámetros diferentes y más generales (...)” (Hurtado Pozo, 2005, p. 787). Continúa el autor, aquí para distinguir una clase de delitos de peligro de la otra, habrá

²⁵ En opinión contraria Cerezo Mir (2002, p. 65) quien refiere que “La legitimidad de los delitos de peligro abstracto es cuestionable únicamente desde el punto de vista del contenido de injusto material, desde el momento en que en el caso concreto puede faltar no sólo el resultado de peligro del bien jurídico, sino incluso la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*.”

que determinar los criterios a tener en cuenta para que según el grado de concreción o abstracción se distingan las dos formas de delitos de peligro.

Esto notoriamente importa mucho –en un primer momento– al legislador, pues para tipificar una determinada conducta deberá efectuar ese análisis, a efectos de establecer una pena conminada proporcional al hecho cometido, no será, pues, igual la pena para quien ha causado un peligro con inminente afectación de un bien jurídico, como aquel que únicamente ha realizado una conducta cuyo peligro es remoto o que aún no se manifiesta. En segundo lugar, importa al juzgador, quien con criterio racional deberá imponer la sanción, debiendo ser la pena concreta, proporcional al hecho y con observancia del principio de legalidad.

En efecto, al margen del cuestionamiento que se pueda realizar a la tipificación de los delitos de peligro abstracto, principalmente, más aún si en muchas ocasiones se ha evidenciado que no se encuentra el límite del legislador para regular estas conductas, no debemos olvidar que en mérito del principio de lesividad la tipicidad presupone la lesión de un bien jurídico o su puesta en peligro.

La multiplicación de los tipos de peligro abstracto llamó poderosamente la atención de la doctrina sobre ellos. Para caracterizarlos se apela a dos criterios: para unos, consisten en tipos en los que el peligro se presume *juris et de jure*; para otros se trata de tipos en los que basta que haya un peligro de peligro (o riesgo de riesgo). Ninguno de ambos criterios es constitucionalmente aceptable. En el derecho Penal no se admiten presunciones *juris et de jure* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, pp. 491 - 492)

Señala el autor precitado que, por imperativo constitucional, el análisis del Ordenamiento Jurídico Penal, debe partir de la premisa de que solo hay delitos de lesión y delitos de peligro, y que dentro de estos últimos debe verificarse que se trate de un peligro real, concreto. El hecho de analizar el peligro abstracto *ex ante* y el peligro concreto *ex post*, no resulta adecuado, pues entiéndase que todo peligro es abstracto *ex ante* ya que aún no se materializa un peligro y es concreto *ex post*, pues ha superado la barrera convirtiéndose, no ya en una fuente de peligro, sino en un peligro latente. De allí que concluya con acierto que todos los peligros deben ser valorados *ex ante*. (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002)

2.3. TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

2.3.1. Origen de la responsabilidad civil

El origen de la responsabilidad civil es tan antiguo como el Derecho mismo, el principio que postula no dañar al otro forma parte de la propia convivencia social y el orden público, aspectos que notoriamente surgieron conjuntamente con la sociedad misma.

El Derecho surge para regular la conducta humana, existente, por ello, desde el origen de la sociedad, y ha evolucionado con las sociedades modernas. Genéricamente, podemos decir que la aparición de la tecnología y su posterior evolución, así como las nuevas formas de vida que implicaba relaciones jurídicas cada vez más complejas hizo que el Derecho adopte modificaciones necesarias para continuar siendo una fuente de regulación de la conducta humana, lo que vino con la creación (o, dicho de otra forma: formalización) de las instituciones jurídicas, pertenecientes a diversas ramas del Derecho: Mercantil, Tributario, Constitucional, Civil, Penal, etc.

Ahora bien, la responsabilidad civil, evidentemente no es un término o institución originado a partir de la positivización de las normas jurídicas pertenecientes a la rama del Derecho Civil, sus orígenes se remontan quizás a la denominada venganza privada²⁶,

²⁶ “Sin embargo, difícilmente podemos decir que ése es el antecedente de la moderna y sofisticada responsabilidad extracontractual. En todo caso, podría ser el antecedente remoto de todo el Derecho; o quizá mejor, la venganza privada es probablemente el estado social anterior

donde el afectado tomaba venganza por propia mano frente al daño ocasionado por un tercero; y, ya posteriormente, se fueron perfilando sus contornos, en tanto avanzaban las sociedades, las relaciones jurídicas que surgían entre los particulares y la conformación del Derecho mismo dentro de ellas.

Bajo el imperio de la pasión son dos las circunstancias que destacan el proceder de la víctima frente al autor de un hecho dañoso. Por una parte, se pierde de vista la culpabilidad y, por otra, interesa más el castigo del ofensor para satisfacer la venganza que dominaba el espíritu de la víctima (Bustamante Alsina, 1997) después de todo este era el factor determinante para resolver un conflicto de tal naturaleza.

Señala De Trazegnies Granda (2001) que, en el momento en que el individuo se hace responsable de su entorno social se piensa que no se puede obligar a una persona a responder sino de aquello que se encuentra dentro de su esfera de posibilidades, la obligación de indemnizar se deriva de la forma en que el individuo ha ejercido su libertad.

Se controla de esta forma la intervención impensada del particular que, anteriormente se consentía para pasar a una fase de estricto

a la existencia del Derecho. Más tarde la venganza es organizada por el grupo y así resulta monopolizada por la autoridad social.” (De Trazegnies Granda, 2001, p. 33).

respeto por la libertad y por tanto por la atribución de responsabilidad a quien haciendo ejercicio de ella transgredía intereses sociales.

Ese es, pues, el sustento del origen de dicha institución, aunque quizás aún no formalizada, pero el ejercicio de la libertad debió acarrear también la existencia de obligaciones que a partir de dicho ejercicio deberían asumirse; y es que, precisamente la libertad es uno de los derechos inherentes al ser humano que ha dado lugar al ejercicio de muchos otros; y, también, claro está, de obligaciones que cada individuo debía asumir²⁷. En ello está la necesidad de regulación de la forma en que el ejercicio de tales derechos u obligaciones debería llevarse a cabo.

A partir de ello, “La primera etapa histórica cede su lugar a la creación de instrumentos predominantemente resarcitorios. Todo parece indicar que la evolución se produce, en gran medida, por lo sencillo que resultaba advertir cuan absurda era la venganza, la cual, a fin de cuentas, no repara absolutamente nada, por limitarse a satisfacer el sentimiento personal de revancha del agraviado a costa de la generación de un nuevo daño” (Leysser L., 2007, p. 82).

Ahora bien, según la causa que dé origen a la responsabilidad civil, puede referirse a una responsabilidad civil contractual o extracontractual, las mismas que, tienen un tratamiento diferenciado en nuestro CC no obstante guiarse por los mismos

²⁷ Al respecto señala Vidal Ramírez (s/f., p. 1) “El ser humano como ser de relación, en el desarrollo de su conducta intersubjetiva está permanentemente en la posibilidad de incurrir en responsabilidad, la que, por eso, es inherente a la vida social”

elementos y perseguir un mismo fin. Como señala Espinoza Espinoza (2003, pp. 31 - 32) “(...) se puede colegir que, sea por incumplimiento de las obligaciones, sea por lesionar un derecho o un legítimo interés y, por ello, se ocasionan daños, la sanción que impone el CC al ‘responsable’ es la de indemnizar (...)”

La consecuencia de actuar dentro del ámbito de influencia de cualquiera de ellas, esto es, con la concurrencia de los elementos que las conforman, es siempre la indemnización, independientemente de cual haya sido su origen y cuál tipo de responsabilidad se haya generado.

2.3.2. Definición de Responsabilidad

Para hablar de responsabilidad, en términos generales, debe partirse del tipo de intereses individuales o de la colectividad que se vean afectados, en función a lo cual se asumirá el tipo de responsabilidad que corresponda; ello por cuanto en el campo del Derecho, podemos advertir diversas formas de manifestación de aquella; puede surgir una responsabilidad penal²⁸, frente a la comisión de un hecho delictivo; o, una responsabilidad civil²⁹, frente a la infracción del deber genérico de no causar daño.

²⁸ Precisa Gálvez Villegas (1999, 36) “(...) el fin de la responsabilidad penal es sancionar al agente del delito, mediante la imposición de una pena, en satisfacción de un interés público, cuya titular es la sociedad y que se materializa con la acción penal en el correspondiente proceso penal.”

²⁹ “(...) el fin perseguido por la responsabilidad civil es lograr la reparación del daño.” (Gálvez Villegas, 1999, p. 29)

Citando a Francesco Pellegrini, Leyser León (2007, p. 48) señala que:

Etimológicamente, (...) “responder” es como “prometer a la vez” o “corresponder a una promesa”. La palabra comunica, entonces, un desbalance, una equiparidad previamente alterada que da lugar a la imposición de una “respuesta”, la cual debe reestablecer el *statu quo* preexistente, y que se quiere mantener, o bien una secuencia de acciones que deben sucederse con una regularidad y orden a ser preservados. De otro lado, Espinoza Espinoza (2003, p. 31) citando a Maiorca señala que responsabilidad proviene del latín tardío *respondere*.

(...) El término antiguo *respondere* es el movimiento inverso de *spondere*, cuya raíz lleva en sí la idea de rito, solemnidad y, con ello, el de formación de un determinado equilibrio, de un determinado orden con carácter de solemnidad”, así, “*respondere* presupone la ruptura de tal equilibrio, de tal orden, y expresa con ello la idea de la respuesta reparadora de la ruptura (...) como consecuencia de la ruptura de ese orden surge el juicio de responsabilidad (...).

Esta definición expresa el nacimiento de la responsabilidad como concepto genérico, en tanto implica responder frente a determinada situación por uno generada, avalando el dicho de que toda reacción tiene una respuesta, así si una persona altera de alguna manera una determinada situación, está obligada a hacer frente a ella y reestablecer el *statu quo* preexistente.

Una definición jurídica de responsabilidad, acogida por Leyser León (2007, p. 49) es la “(...) situación del sujeto al que le toca experimentar, concretamente, las consecuencias, para él desventajosas, que una norma prevé y le impone atendiendo a la verificación de un determinado presupuesto (...)”.

A lo que continúa agregando dicho autor “(...) dichas consecuencias desventajosas manifiestan la reacción del Ordenamiento Jurídico frente a un hecho que se considera legalmente reprobable, por atentar contra intereses ajenos o de la colectividad en general (...)” (Leysser L., 2007, p. 49)

También es definida como “(...) una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado (...)” (Espinoza Espinoza, 2003, p. 32)

Estos conceptos se derivan de la finalidad que la responsabilidad civil cumple; pues, independientemente de que el hecho concreto consista en un incumplimiento de una obligación determinada o en la trasgresión del deber genérico de no causar daño, siempre se pretenderá el resarcimiento a través de una indemnización.

La responsabilidad civil, a través del principio de atipicidad, permite reconocer y tutelar nuevas situaciones jurídicas. La responsabilidad civil surge en el momento (patológico) de la lesión de las situaciones jurídicas y, como consecuencia de ello, se origina -además- el estado de sujeción del patrimonio del dañante (u obligado) respecto de la víctima (o beneficiario) a efectos de pagar la indemnización correspondiente. (Espinoza Espinoza, 2003, pp. 36 - 37)

Debemos recordar, en este sentido, que la legislación peruana ha estimado conveniente separar las dos formas de responsabilidad civil, que también ha reconocido la doctrina: aquella derivada del incumplimiento de las obligaciones, también denominada

responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Veamos su tratamiento dogmático y normativo.

2.3.3. Responsabilidad civil contractual

La responsabilidad civil por el incumplimiento de las obligaciones o responsabilidad contractual, se encuentra regulada en el Título IX – Inejecución de Obligaciones, artículo 1314 y siguientes del CC peruano. Se trata de la responsabilidad que surge a partir del incumplimiento de una obligación previamente asumida.

Así establece el Artículo 1321 del CC: “Queda sujeto a indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.”

Espinoza Espinoza (2003, p. 32), citando a Bianca indica “(...) El incumplimiento ha sido definido como la inexistente o inexacta ejecución de la prestación debida. Éste se distingue principalmente en incumplimiento total (la prestación no ha sido realizada) y cumplimiento inexacto (la prestación es cuantitativamente o cualitativamente inexacta) (...)”.

Queda claro entonces cual es el supuesto (entiéndase de manera genérica) que da origen a la responsabilidad contractual, podemos citar casos como el siguiente: X decide transferir un bien de su propiedad (casa) a Y, para lo cual celebran una promesa de

compraventa en la que X se compromete a entregar el bien en óptimas condiciones a Y pasados seis meses y, además, a pagar a favor del mismo el monto total pactado como contraprestación más su mitad, en caso la transferencia no se haga efectiva. Dos meses después X sufre daños en su propiedad en circunstancias en que su colindante construía su vivienda; esto genera que Y decida no celebrar el contrato de compraventa en virtud a que el bien se encuentra defectuoso. Aquí surge una responsabilidad derivada de un contrato, pues X al no poder cumplir con la promesa (trasferir el bien en óptimas condiciones) deberá pagar además la suma pactada por el incumplimiento.

La relación jurídica preexistente (un acto jurídico previo) es la que finalmente determina la existencia de esta responsabilidad civil, claro está, con la verificación de la confluencia de los elementos que la conforman: imputabilidad, antijuridicidad, factor de atribución, nexo causal y daño.

2.3.4. Responsabilidad civil extracontractual

Por su parte la responsabilidad extracontractual o aquiliana, se encuentra regulada en el artículo 1969 y siguientes del CC, que hace referencia a la responsabilidad civil surgida a partir de un hecho dañoso ocasionado, sin que exista una relación jurídica previa, a diferencia de la anterior mencionada.

La responsabilidad civil, y concretamente la responsabilidad civil extracontractual persigue resarcir a la víctima de un evento dañoso, ese es su principal cometido, al margen de las responsabilidades administrativas o penales que acarree, nótese que su naturaleza y finalidad son diferentes a las del Derecho Penal, por ejemplo.

La responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos. Los autores coinciden en que la moderna responsabilidad extracontractual coloca el acento en la reparación de la víctima antes que en el castigo del culpable: el automovilista imprudente puede ser sancionado con multas –aun si no ha llegado a producir daños– o eventualmente con sanciones penales si su conducta ha sido particularmente grave; pero el Derecho Civil se ocupa fundamentalmente de reparar a la víctima, persigue el resarcimiento económico de quien sufrió el daño, independientemente de que el causante merezca un castigo o no. (De Trazegnies Granda, 2001, p. 47)

Podría decirse en torno a la finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil que el avance doctrinario ha ido perfilando su objetivo, o mejor dicho ha procurado asegurar el cumplimiento de dicho fin: el resarcimiento de la víctima. Interpretando al citado autor (De Trazegnies Granda, 2001) la carga probatoria jugó un papel fundamental, y es que, inicialmente (con la teoría subjetiva clásica) era difícil obtener un resarcimiento a las víctimas de eventos dañosos, pues eran estas quienes tenían que acreditar no solo la existencia del daño, sino además, la culpa³⁰ del causante,

³⁰ Debe entenderse para efectos del tema que el término culpa comprende también el concepto de dolo.

en función a lo cual se trasladaba la obligación de resarcimiento a este último. Esto notoriamente generaba problemas al momento de determinar la responsabilidad civil del demandado, quien en muchas ocasiones quedaba libre de ella ante la imposibilidad de acreditar la concurrencia de culpa.

Con la inversión de la carga de la prueba se soluciona parte de dicho conflicto, pues ahora no era la víctima del daño quien tenía que acreditar la culpa del dañoso, sino éste quien debería acreditar la ausencia de culpa en su actuar, quedando a la víctima la obligación de acreditar únicamente el daño y el causante del mismo. Como manifiesta expresamente el autor "(...) todo causante es, de primera intención, culpable (...)" (De Trazegnies Granda, 2001, p. 52)

Posteriormente, la teoría subjetiva clásica queda relegada de alguna forma (no suprimida, aclárese) por la llamada responsabilidad objetiva; se deja de lado, en estos casos, el elemento subjetivo culpa (dolo y culpa) para dar prioridad a los hechos materializados. Basta pues, con corroborar la existencia del nexo de causalidad para determinar la existencia de la responsabilidad civil. Esto último facilitó la reparación de las víctimas, como se dijo inicialmente, se procuró alcanzar el fin último de la responsabilidad civil.

No obstante, esto no escapó del cuestionamiento, pues al parecer se pretendía conseguir una reparación sin importar el aspecto subjetivo, bastando únicamente la configuración de un hecho dañoso.³¹

Estas circunstancias orillaron a poner un mayor interés en las víctimas, narra el autor, asumiéndose que la responsabilidad extracontractual no tiene por objeto sancionar sino reparar; esto es, la imposición de una reparación civil no parte por un concepto sancionatorio, retribucionista, o cuando menos, ese no es su fundamento, sino la de resarcir a la víctima por el daño ocasionado. (De Trazegnies Granda, 2001). Esta es su principal característica, y que la hace diferente y particular en relación a otras instituciones del Derecho con similar composición, como ocurre en el Derecho Penal o el Derecho Administrativo, por ejemplo.

Actualmente la regulación normativa de nuestro CC acoge ambas formas de responsabilidad extracontractual, subjetiva y objetiva, en relación a la primera, el artículo 1969 del CC³² alude a la producción –ya sea por dolo o culpa– de un daño; en tanto que la responsabilidad objetiva se encuentra regulada en el artículo 1970

³¹ Cuestiona este aspecto De Trazegnies pues indica: “Es de advertirse que de alguna manera la responsabilidad objetiva tiene todavía algún fundamento en la culpa; solo que atribuye culpa a todo causante y no le da oportunidad de demostrar lo contrario. Así la responsabilidad objetiva es una suerte de presunción *iuris et de iure* de culpa generalizada (...) La responsabilidad objetiva impone una culpa irrefutable sobre todo causante; lo que parece contradictorio y hasta inmoral”. (De Trazegnies Granda, 2001, p. 54)

³² Artículo 1969 del CC: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.”

del CC³³ y alude a la responsabilidad originada a causa del uso de bienes riesgosos o peligrosos, se privilegia aquí no el aspecto subjetivo, sino principalmente el que se vincula con la sola utilización de un bien riesgoso, bastando así la verificación de la producción de un daño y de su autor, independientemente de si ha mediado culpa o dolo.

De más está decir que, este tipo de responsabilidad importa una mejor atención en la víctima garantizando el resarcimiento del daño ocasionado en su agravio.

2.3.5. Unificación de la responsabilidad civil

Ahora bien, corresponde, en este ítem, señalar –al margen de la doctrina que se orienta por la unificación de la responsabilidad civil³⁴– algunas de las diferencias que se obtienen a la luz del CC, resumidas por Leysser León (2007) y que radican básicamente en: el plazo de la prescripción, el cual es diez años para el incumplimiento de las obligaciones y dos años para la responsabilidad civil extracontractual, en la prueba, pues se presume que el incumplimiento es por culpa leve del deudor, el dolo y la culpa inexcusable tienen que ser probados; en la

³³ Artículo 1970 del CC: “Aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.”

³⁴ En esta línea Espinoza Espinoza (2003, p. 36) señala que “(...) Por consiguiente tanto en este tipo de responsabilidad (refiriéndose a la generada por incumplimiento de las obligaciones) como en la responsabilidad extra-contractual o aquiliana se lesionan derechos o legítimos intereses y ello refuerza la posición que sostiene que la responsabilidad civil es una sola y no se justifica una disparidad de tratamiento frente a la reacción por un daño ocasionado.”

responsabilidad extracontractual el descargo del dolo y la culpa corresponden exclusivamente al autor; daños resarcible, en el incumplimiento comprende daño emergente, lucro cesante y daño moral, en la responsabilidad extracontractual se añade daño a la persona y en cuanto a los intereses, en el incumplimiento se devengan si hay mora del deudor, en la responsabilidad extracontractual el monto de la indemnización devenga intereses desde que se produjo el daño.

Ello porque como se advierte, nuestro CC asume la teoría que opta por la diferenciación entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, de allí que le brinde un tratamiento claramente diferenciado; considerando que éste, reside en la normativa que regula, el tipo de daño que resarce o el origen mismo de la obligación de indemnizar; no obstante, su finalidad es la misma: reparación o resarcimiento.

Sin embargo, también se ha considerado a nivel doctrinario, su unificación. Espinoza Espinoza (2003) sintetiza las teorías que existen en torno al tema en cuestión.

La posición asumida por el Derecho francés propugna la diferenciación de ambas clases de responsabilidad.

Es por ello que, en esta doctrina, denominada clásica, se ubica (...) a la responsabilidad extra-contractual (dentro de las fuentes de las obligaciones) y a la responsabilidad contractual

(en los efectos de las obligaciones). Esta posición ha sido acogida, a nivel legislativo, por el Código Civil peruano. (Espinoza Espinoza, 2003, p. 42)

Empero, tal como señala dicho autor, el hecho de que existan diferencias entre uno y otro tipo de responsabilidad civil no es fundamento suficiente para asumir que tienen una naturaleza distinta, ésta es civil, aunque su tratamiento normativo sea diferente. (Espinoza Espinoza, 2003)

Sin embargo, “Esta posición ha sido criticada, bajo la afirmación de que, en ambos regímenes de responsabilidad se vulnera una obligación especial, sea prescrita por la ley (responsabilidad extracontractual) o por el contrato (responsabilidad contractual).” (Espinoza Espinoza, 2003, pp. 43 - 44)

Siguiendo al autor, podemos señalar que en la responsabilidad civil contractual se da una función de cooperación respecto a una expectativa frustrada y es que, parte de una relación jurídica u obligación previa en la que se ha producido un incumplimiento por uno de los intervinientes; en tanto que en la responsabilidad extracontractual se presenta una situación de solidaridad social, que provea a la reparación, ante el conflicto dado, ello nace de una circunstancia en la que no se ha verificado la existencia de la relación jurídica previa u obligación precedente al hecho que genera la obligación de indemnizar. (Espinoza Espinoza, 2003)

No obstante, ambas se orientan a la reparación de un daño ocasionado, independientemente de la causa o fuente de origen del mismo y esto debe ser la característica principal de la responsabilidad civil: la reparación del daño causado.

Se debe tener en cuenta que más importante que el origen del daño, es la manera de repararlo: en ambas situaciones se ha lesionado una situación jurídica preexistente, la única diferencia es que en un caso medio una obligación previa y en otro no. No debería afirmarse, de manera excluyente, que en una hipótesis se ha conculcado un deber genérico y en la otra un deber específico, porque en ambas están presentes deberes genéricos y específicos. En mi opinión, el problema no se encuentra en el hecho de aplicar tal o cual régimen de responsabilidad que, en buena cuenta, se centra en juzgar maniquietamente la conducta del agente dañoso, sino en proporcionar a la víctima un medio jurídico eficaz para reparar adecuadamente el daño ocasionado. (Espinoza Espinoza, 2003, pp. 44 - 45)

En ese sentido afirma Vidal Ramírez (s/f.) que, la responsabilidad civil debe ser estudiada desde un único plano y que las reformas de nuestro CC deben orientarse en ese sentido. Su planteamiento lo sustenta en el hecho de que las diferencias que nuestro Código insiste en establecer entre ambas formas de responsabilidad, no son fundamentales; por el contrario, ambas, tanto la responsabilidad civil contractual como extracontractual se fundan en acciones y omisiones, ambas resultan de la violación de obligaciones de hacer, de dar o de no hacer. Concluye el citado autor que no debe perderse de vista que "(...) ambas especies de responsabilidad son el resultado de la violación del deber jurídico *neminem laedere* (...)" (Vidal Ramírez, s/f., pág. 11)

2.3.6. Funciones de la responsabilidad civil

A. Función reparativa

Así denominada por Fernando de Trazegnies, consiste en retrotraer las cosas, en la medida de lo posible, al estado anterior en que se produjo el daño. Busca, como su propio nombre indica, reparar el daño ocasionado con el accionar ilícito. Nótese que esta función es propia de su naturaleza civil, a diferencia de otras que además se condicen con los atribuidos a la pena, como por ejemplo la de disuasión (ello haciendo un parangón con las funciones atribuidas al Derecho Penal o a la pena).

(...) prácticamente todos los sistemas de responsabilidad civil extracontractual otorgan una importancia prioritaria al objeto de colocar materialmente a la víctima, en la medida de lo posible, en el estado en que se encontraba antes del daño: la responsabilidad extracontractual tiene una función reparativa antes que punitiva o vindicativa. (De Trazegnies Granda, 1990, p. 16)

Es lo que se conoce como la función resarcitoria de la responsabilidad civil extracontractual.

No existe mayor argumento que podamos establecer en este sentido, la finalidad de la responsabilidad civil es asegurar a la víctima o perjudicado el resarcimiento del daño causado, con ello la reparación tiene un fin netamente resarcitorio. Las demás funciones que al respecto se atribuyan deben ser solo complementarias o conexas a su función reparativa, por cuanto

esta es a la cual se ha orientado su institución en el proceso civil y por la cual se procuró su establecimiento en el ámbito del Derecho.

Al respecto se señala que “En realidad está en la función preeminente y casi única, de la responsabilidad civil.” (Gálvez Villegas, 2016, p. 57)

B. Funciones complementarias a la función reparatoria de la responsabilidad civil

No obstante ser la principal función de la responsabilidad civil hay quienes le otorgan otras; así, Espinoza Espinoza (2003) resume las funciones de la responsabilidad civil que han sido desarrolladas en doctrina, siendo ellas las siguientes:

- a. La de reaccionar contra el acto ilícito dañino, a fin de resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado.
- b. La de retornar el *status quo ante* en el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio.

Estas dos primeras funciones atribuidas a la responsabilidad civil hacen referencia a la función reparatoria a la que hicimos alusión precedentemente. Es pues, su fin último, el centro gravitacional en torno al cual gira esta institución.

- c. La de reafirmar el poder sancionatorio (o “punitivo”) del Estado;
- d. La de “disuasión” a cualquiera que intente, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales para terceros.
- e. La de distribución de las pérdidas
- f. La asignación de costos

Espinoza Espinoza (2003, p. 40) también precisa que, las funciones de la responsabilidad civil deben verse a partir de los intervinientes:

- a. Con respecto a la víctima es satisfactiva.
- b. Con respecto al agresor es sancionadora
- c. Con respecto a la sociedad es disuasiva o incentivadora de actividades.
- d. Común respecto a los tres anteriores es la función distributiva de costos de los daños ocasionados.

Al margen de ello; lo cierto es que, la responsabilidad civil extracontractual asume principalmente una función resarcitoria o reparativa. En ello se resume la función que dicha institución cumple, y se consigue tras la imposición, al causante de un daño, del pago de una reparación a favor de quien lo ha sufrido. Sin relegar por supuesto, las otras funciones que le competen, dada su naturaleza resarcitoria, que, si bien son secundarias,

no por ello son menos importantes, sobre todo al momento de su aplicación.

Gálvez Villegas, desarrolla la función preventiva y punitiva que cumple la responsabilidad civil:

(...) cumple una finalidad preventiva *general* y una *específica*. Ya en general siempre estará presente la amenaza efectiva de la imposición de la obligación resarcitoria al agente de la conducta dañosa, la misma que priva a este del beneficio obtenido o a obtener con dicha actividad, lo que podrá producir un efecto disuasorio en este; asimismo, en forma específica, el mensaje comunicativo anotado también puede influir en el ánimo del agente de tal suerte que puede llegar a inhibirlo de incurrir en la comisión de una nueva conducta dañosa. (Gálvez Villegas, 2016, pp. 57 - 58)

Finalmente aclara que esta función no corresponde *per se* a la responsabilidad civil, sino a todo el Ordenamiento Jurídico, pues este, en general, al regular las conductas, procura prevenir acciones antisociales.

En cuanto a la función punitiva que se le atribuye, cabe aquí hacer referencia a lo indicado por el ya citado autor; y es que reconoce la función punitiva o sancionatoria de la responsabilidad civil, en tanto y en cuanto, se entienda como criterio general relativo a las reacciones del Ordenamiento Jurídico Civil; específicamente, al imponer una obligación resarcitoria a quien ha causado un daño se está “sancionando”, en términos generales. Sin embargo, hace aquí la salvedad de

que, si se trata de entender la punición como propia de las normas penales y del fin al cual se orientan estas, se debe descartar esta función (Gálvez Villegas, 2016); pues se entiende que son aspectos propios del Derecho Penal, que, no pueden ser utilizados para fundamentar esta institución del Derecho Civil.

2.3.7. Elementos de la responsabilidad civil extracontractual

Los elementos de la responsabilidad civil, han sido muchas veces desarrollados en doctrina, así se tienen:

A. El daño

El cual ha sido definido como “(...) toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial (...)”. (Taboada Córdova, 2003, p. 62) la doctrina civilista coincide en que este elemento constituye uno fundamental al momento de analizar la concurrencia de responsabilidad civil y por tanto imponer una reparación, al respecto señala De Cupis (1975, p. 83):

(...) hay que convenir en que el elemento principal, determinante para la producción del efecto jurídico - reacción del derecho está constituido por el daño. La reacción del derecho, de hecho, estando encaminada a reprimir el daño, se realiza solamente en cuanto aparece allí el daño en sí, cierto, que es necesario que este daño derive de un hecho humano, pero lo decisivo, para que actué la reacción jurídica, es su existencia concreta.

Es pues, el daño causado lo que se pretende resarcir con una reparación civil; Tamayo Jaramillo (2013, p. 326) precisa que este elemento está determinado por “(...) el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima (...)”. Por su parte, Gálvez Villegas (2016, p. 82) citando a Alpa precisa que:

(...) el daño comprende el evento lesivo y sus consecuencias: desde el punto de vista civilista no es necesario distinguir el evento de las consecuencias; de por sí el evento podrá parecer no relevante, pero las consecuencias patrimoniales graves; o bien, el evento podría parecer relevante pero no tener consecuencias (...)

Ahora bien, se sabe que la clasificación de esta categoría o elemento de la responsabilidad civil, está determinada de la siguiente manera: daño patrimonial y daño extrapatrimonial, el primero, señala Osterling Parodi (s/f, p. 5), implica un “(...) menoscabo que experimenta una persona. Él recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o bienes que lo componen, sea indirectamente como consecuencia o reflejo causado a la persona misma en sus derechos o facultades (...)”; este a su vez se divide en daño emergente y lucro cesante, “(...) siendo el primero la disminución del patrimonio ya existente; y el segundo, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto (...)” (Osterling Parodi, s/f, p. 5).

El daño extrapatrimonial, por su parte, se divide en daño moral y daño a la persona, el primero, según indica el citado autor:

(...) surge cuando el acto ilícito no comporta necesariamente por sí ningún menoscabo para el patrimonio, en su contenido actual o en sus posibilidades futuras, pero hace sufrir a la persona, molestándola en su seguro personal, o en el goce de sus bienes, o hiriéndola en sus afectaciones legítimas. (Osterling Parodi, s/f, p. 6)

Es un concepto de naturaleza subjetiva que el juez deberá valorar para imponer la reparación correspondiente; no obstante, su cuantificación es difícil al no ser un concepto material y palpable, pasible de medición.

De otro lado, el daño a la persona, es un concepto propio de la responsabilidad civil extracontractual y constituye un criterio diferenciador de la responsabilidad surgida por el incumplimiento de las obligaciones que se trató precedentemente, aunque tampoco hay consenso en la doctrina respecto a la autonomía de este tipo de daño. Por un lado, se estima que el daño a la persona se encuentra comprendido dentro del daño moral³⁵; y, de otro se consideran categorías independientes, en esta línea se encuentra Taboada Córdova (2003, p. 69), quien precisa: “(...) resulta evidente, por

³⁵ En ese sentido señala Diana Rangel Sánchez (2015, p. 34): “(...) En cuanto al deslinde terminológico entre estas dos categorías jurídicas, mantengo la tesis de que el daño moral engloba al daño a la persona (...)”

lo menos desde nuestro punto de vista, que se trata de categorías independientes, pues una cosa es la persona y su proyecto de vida, y otra muy distinta son sus sentimientos (...)", a lo que agrega la precisión que, nuestro CC mantiene la diferencia de ambas categorías.

Finalmente, se debe considerar que si bien todos los elementos de la responsabilidad civil son importantes a efectos de considerar su aplicación en un caso concreto, el daño constituye la piedra angular sobre la que se sustenta la responsabilidad civil, y será este a partir del cual se determine la imposición de la reparación, pues los demás elementos dependerán de él, de allí que se le denomine Derecho de Daños; entonces ante la comisión de un hecho antijurídico, debemos analizar la materialización del daño para asumir la existencia de una obligación de indemnizar, caso contrario, aun cuando se trate de una conducta antijurídica o ilícita si no se comprueba la existencia del daño, no habrá lugar a una reparación civil.

En lo que a tutela de derechos se refiere podemos individualizar tres momentos, el primero, cuando existe el peligro que se verifique un daño; segundo, cuando se produce un daño continuado, que no ha terminado o que exista el peligro que se repita el mismo y por último, cuando se consuma un daño instantáneo. Las pretensiones procesales correspondientes serían la inhibitoria, cesatoria y de responsabilidad civil, respectivamente. (Espinoza Espinoza, 2003, p. 37)

B. La imputabilidad

“Para la responsabilidad civil, la imputabilidad o ‘capacidad de imputación’, es la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona, lo cual para el ordenamiento jurídico nacional (...), se da cuando el sujeto tenga discernimiento (...)” (Espinoza Espinoza, 2003, pp. 59-60).

Criterio que notablemente difiere de la imputabilidad que adopta el CP, en el cual se considera a la mayoría de edad como factor determinante. Además, en la responsabilidad civil extracontractual se tiene en cuenta la capacidad de responder civilmente frente al daño; por lo que, incluso puede representarse en una persona distinta a la que lo causó, casos como los menores de edad en donde deben responder sus padres o tutores, o casos como los que procuran la incorporación de terceros civilmente responsables; a diferencia del imputabilidad en materia penal, que únicamente se atribuye al mayor de edad sin la posibilidad de transferir su responsabilidad a un tercero; ello en virtud del principio de responsabilidad por el hecho propio.

Un tema fundamental que trae a colación Espinoza Espinoza (2003) es el relacionado a la atribución de responsabilidad objetiva al incapaz. Y es que, surge la disyuntiva de si la

imputabilidad está determinada por la capacidad de discernimiento y ésta influye en la psiquis del sujeto; la responsabilidad objetiva, que no requiere este elemento, podrá ser atribuible al incapaz.

Existen en torno a ello dos posturas que claramente describe el citado autor (Espinoza Espinoza, 2003) la primera que alude a que las reglas de responsabilidad de incapaces solo aplican en supuestos de responsabilidad subjetiva, pues quien ejecuta una actividad peligrosa debe ser llamado a responder independientemente de sus condiciones psico - físicas, ya que no existe aquí un elemento subjetivo que determine su proceder.

En tanto, la otra postura refiere que los supuestos de responsabilidad subjetiva y objetiva se aplican a la normatividad de los sujetos incapaces, pues el requisito indispensable para atribuir responsabilidad civil a un sujeto es la capacidad de imputación.

Siendo así, refiere el autor, resulta más correcto la asunción de la segunda postura en tanto la imputabilidad se determina por la capacidad de hacer frente al daño, la capacidad de discernimiento y de respuesta frente al daño, no influyendo en estos casos los aspectos subjetivos. Siendo así, si un incapaz

produce un evento dañoso a causa de la utilización de un bien riesgoso, por ejemplo, quedará exento de responsabilidad, en tanto no tenga discernimiento.³⁶

De otro lado, deberá tenerse en cuenta que la responsabilidad civil será imputable tanto a personas naturales como jurídicas, a diferencia de la responsabilidad penal, toda vez que la imputabilidad está determinada por la capacidad de responder frente al daño, siendo factible la atribución de la misma a un ente jurídico, éste puede responder civilmente, a través del pago de una reparación.

C. Antijuridicidad o ilicitud

Señala Taboada Córdova (2003, pp. 39-40):

La mayor parte de los autores, no así los cuerpos legales consideran que la antijuridicidad es uno de los requisitos fundamentales de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, por cuanto se entiende que solo nace la obligación legal de indemnizar cuando se causa daño a otro mediante un comportamiento o conducta que no es amparada por del Derecho, por contravenir una norma imperativa, los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres.

³⁶ “En efecto si el incapaz tiene discernimiento, responderá solidariamente con su representante legal; si no lo tiene, responde su representante legal y, si el representante legal no tiene dinero, en vía equitativa se responde con el patrimonio del incapaz son discernimiento.” (Espinoza Espinoza, 2003, p. 65). Con esto no solo se deja sentada la posición en torno a la responsabilidad objetiva en incapaces, sino también la principal función a la cual se orienta la responsabilidad civil; y es que, de cualquier forma, se procurará el resarcimiento del daño.

La antijuridicidad³⁷, constituye un presupuesto fundamental, pues es la que incentiva la intervención reguladora del Derecho para equiparar aquellas situaciones jurídicas que se han visto alteradas; en este caso, como en muchos otros, la obligación de indemnizar queda supeditada a la existencia de una conducta contraria al Derecho en general.

Este elemento de la responsabilidad civil es también el fundamento de la imposición de la obligación de indemnizar, por cuanto el derecho reacciona frente a la transgresión de las normas de convivencia social contenidas en la normatividad civil.

Aludiendo a la doctrina argentina, Espinoza Espinoza (2003) hace la distinción entre antijuridicidad formal y material, indicando que la primera se identifica con la ilegalidad, en tanto que la segunda se identifica con la contradicción a las prohibiciones que nacen de los principios que sostienen el orden público. Esta se aplica tanto para la responsabilidad contractual como extracontractual.

³⁷ Respecto a la utilización del término “antijuridicidad” Espinoza Espinoza (2003, p. 72) citando a Fernández Sessarego precisa “(...) desde la vertiente de la Teoría del Derecho; (...) al ser jurídica toda la conducta humana intersubjetiva, debemos concluir que no cabe utilizar la expresión de ‘antijurídica’ para cualificar a determinada conducta humana intersubjetiva. En definitiva, deberíamos eliminar esta expresión del léxico jurídico ya que no existe objeto alguno en el mundo del Derecho que responda a este vocablo. Existe lo jurídicamente permitido y lo jurídicamente prohibido, lo lícito y lo ilícito, pero no lo antijurídico (...)”.

Aunque, cabe aquí señalar que, se distinguirá el origen de la ilicitud, por cuanto en la responsabilidad contractual ésta se deriva de un precepto normativo previo, esto es, por el incumplimiento de una obligación jurídica previamente generada o establecida; en tanto que, la ilicitud en la responsabilidad extracontractual se sustenta únicamente en el deber genérico de no causar daño, abarcando así una amplia gama de circunstancias que puedan significar ilicitud.

Al respecto señala dicho autor: “La ilicitud, puede encontrarse tipificada, como en el caso de la responsabilidad contractual, o estar regida bajo el principio de la atipicidad, como la responsabilidad extracontractual (con la cláusula abierta contenida en el art. 1969 C.C.)”. (Espinoza Espinoza, 2003, p. 72) Aunque también, nos hace recordar que existen supuestos tipificados de la responsabilidad extracontractual como los que regulan los artículos 1970, 1974, 1975, entre otros.

D. El factor de atribución

“Este elemento contesta a la pregunta ¿a título de qué se es responsable? (...)” (Espinoza Espinoza, 2003, p. 89)

Dado que existen dos sistemas de responsabilidad civil extracontractual, el factor de atribución dependerá del supuesto ante el cual nos encontremos; así, lo regulado en el artículo

1969 del CC hace referencia al factor de atribución subjetivo; pues está determinado por la concurrencia ya sea de dolo o culpa en la realización de la conducta ilícita, en tanto que lo descrito en el artículo 1970 del citado cuerpo normativo se refiere al factor objetivo³⁸, no tanto determinado por los dos elementos antes indicados, sino basado en el riesgo creado.

El factor de atribución, señala Taboada Córdova (Taboada Córdova, 2003, pp. 36 - 37):

(...) determina finalmente la existencia de la responsabilidad civil (...) en el campo de la responsabilidad extracontractual, de acuerdo al código actual son dos los factores de atribución: la culpa y el riesgo creado (...) el autor de una conducta antijurídica que ha causado un daño, debe responder únicamente si ha actuado con culpa, entiéndase dolo y culpa.

Allí se encuentra el fundamento de responder civilmente frente al daño. Esta forma de atribuir responsabilidad civil es más amplia que la que regula el CP, por cuanto la normatividad penal prohíbe la responsabilidad objetiva, debiendo solo verificarse la concurrencia de dolo o culpa; en tanto aquí, se busca no dejar fuera aquellas conductas que provoquen daño civil por el empleo de bienes riesgosos, por ejemplo, lo cual determinará la necesaria concurrencia de responsabilidad, independientemente del factor subjetivo.

³⁸ Aclara Espinoza Espinoza (2003, p. 106), que esta se “(...) basa en factores de atribución objetivos, considerados como tales por el ordenamiento jurídico (...)”

Espinoza Espinoza (2003) distingue la culpa objetiva de la subjetiva, alude que la primera se analiza en un plano abstracto, y es la culpa que deviene por la vulneración de la ley, si el sujeto no cumple con la misma será responsable. La culpa subjetiva en cambio, es analizada en concreto, que consiste en determinar si su conciencia le reprocha algo.

Cabe hacer aquí la precisión que, no se debe entender como culpa objetiva la que se deriva o deviene de la responsabilidad objetiva, en esta última no existe un elemento subjetivo determinado por la culpa (dolo o culpa), la culpa objetiva como indica Espinoza Espinoza está vinculada a la trasgresión de la ley, o dicho, en otros términos, la responsabilidad que deriva del incumplimiento de un precepto normativo o de un deber. (Espinoza Espinoza, 2003)

Este elemento de la responsabilidad civil, se encuentra estrechamente ligado a la concurrencia del daño; como se dijo, entiéndase este último como el elemento principal de la responsabilidad civil y como determinante para la imposición de la reparación; en tanto no se verifique la concurrencia de un daño no será posible analizar el factor de atribución. La culpa – dolo, o el factor objetivo, se verifica en tanto y en cuanto exista un hecho dañoso y un resultado como tal.

E. El nexo causal

Este elemento de la responsabilidad civil se debe entender “(...) en el sentido que debe existir una relación de causa – efecto, es decir, de antecedente – consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima (...)” (Taboada Córdova, 2003, p. 83)

Parafraseando a dicho autor, este elemento estará presente tanto en la responsabilidad civil contractual como en la extracontractual; en la primera se debe entender bajo la óptica de la causa inmediata y directa³⁹, en tanto que, en la responsabilidad extracontractual, se regirá según el criterio de la causa adecuada. (Taboada Córdova, 2003)

Según indica Espinoza Espinoza (2003, pp. 140 - 141) citando a Calabresi, habrá causalidad adecuada “(...) entre un acto o actividad y daño, cuando concluimos, sobre la base de la evidencia disponible, que la recurrencia de ese acto o actividad incrementará las posibilidades de que el daño también ocurrirá (...)” se trata de una causa que sea idónea para producir un daño concreto. En términos de Gálvez Villegas (2016, p. 116):

³⁹ Ello por cuanto el artículo 1321 del CC establece: “El resarcimiento por la inejecución de las obligaciones o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.”

Que una causa sea idónea o típicamente adecuada, conforme a esta teoría, significa que esa causa *normalmente* será capaz de producir el resultado; produce normalmente el resultado cuando conforme a la experiencia cotidiana o el curso normal y ordinario de las cosas, a una acción determinada corresponde determinado resultado; a determinada causa corresponde determinado efecto.

Dicho ello, podemos concluir que, para hablar de un daño, necesariamente se debe constatar la presencia de un hecho causante, la relación existente entre ambos: hecho y daño, es el denominado nexo causal. Ahora bien, este hecho causante debe ser además adecuado para producir el daño, en circunstancias normales.

2.3.8. La reparación civil

“Reparación” según la Real Academia de la Lengua Española, tiene varias acepciones; sin embargo, la que más se aproxima al tema en cuestión es la de “Desagraviar, satisfacer al ofendido.”

En el ámbito del Derecho Civil para conseguir ello se debe partir por una serie de presupuestos de naturaleza fáctica y probatoria; es decir se debe verificar la presencia real de un hecho dañoso y además se debe analizar este hecho en función a los elementos de la responsabilidad civil extracontractual antes señalados.

Podemos decir, que la reparación civil es el punto de llegada luego de determinar el tipo de responsabilidad que concurre y la

presencia de los elementos que la conforman. Esta es la consecuencia de atribuir responsabilidad civil a un individuo. No basta, entonces, con reconocer un tipo de daño específico, sino de determinar e imponer una reparación para resarcir el mismo. Este debe ser el fin último.

Podemos ver que se produce un vínculo importante entre el daño causado y la reparación civil, pues el primero será causa de esta última. Por ello, señala Espinoza Espinoza (2003, p. 202) que, “(...) A efectos de una adecuada reparación civil; el demandante debe individualizar y fundamentar exactamente los daños de los cuales está solicitando indemnización (...)”

Ese es el presupuesto para la imposición de una reparación civil a favor del perjudicado. Para ello, continúa señalando el citado autor “(...) lo que se tiene que hacer es identificar cada uno de los daños, vale decir, daño emergente, lucro cesante, daño moral y, de ser el caso, daño a la persona, fundamentarlos y solicitar el monto respectivo.” (Espinoza Espinoza, 2003, p. 202)

“(...) La reparación civil busca una satisfacción del interés lesionado, pero ‘por equivalencia’ (...).” (Espinoza Espinoza, 2003, p. 203). En virtud de ello el daño causado no debe significar, bajo ninguna circunstancia, un presupuesto para el enriquecimiento del perjudicado, pues la reparación obtenida en su favor debe ser proporcional al daño causado, no más ni tampoco menos.

Notoriamente en la práctica se puede ver una alteración de su función, pues en muchos casos no termina resarciendo al perjudicado, cuando –por ejemplo– la reparación civil no abarca el *quantum* de los daños causados, sobre todo por dificultades en el aspecto probatorio. Muchas veces el actor jurídico no tiene en cuenta los criterios o elementos de la responsabilidad civil y termina imponiendo una reparación no proporcional al daño e incluso una reparación cuando éste ni siquiera concurre, causando disonancias con los fundamentos que dieron origen a la responsabilidad civil.

2.3.9. La reparación civil en el proceso penal

La acción civil derivada o proveniente del delito, es aquella que se otorga al perjudicado de un delito, es decir al agraviado, incorporado como tal dentro del proceso penal (Tamayo Rodríguez, s/f.). Téngase en cuenta que ésta debe ceñirse a las normas del CC como propiamente refiere o remite el CP y CPP peruano.

El artículo 93 del CP, alude a la reparación civil derivada de un ilícito penal, dicha norma prescribe que la reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios. Asimismo, en el artículo 101 del mismo cuerpo normativo, establece que: La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del CC. Como se observa la norma sustantiva nos remite al CC cuando de imponer una reparación civil en el proceso penal se trata.

Si bien, la reparación civil constituye una institución jurídica propia del Derecho privado, en materia penal se asume y es correcto, que con la realización de determinada conducta delictiva, puede surgir la consecuencia de indemnizar al afectado; por ello el CPP, en el artículo 98 regula dicha circunstancia, y también –al igual que la normatividad citada del CP–, remite a las normas del CC para su aplicación⁴⁰.

La responsabilidad que surge del delito, es la responsabilidad extracontractual o aquiliana, pues se origina sin que exista una relación jurídica previa, y se rige –como se explicó– por las normas del Derecho Civil; por lo que, se debe observar la concurrencia de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, antes desarrollados.

Los daños sujetos a la responsabilidad extracontractual, a la vez pueden diferenciarse entre los que se ocasionan mediante una conducta activa u omisiva, que no constituye ilícito penal –sea delito o falta– y los que se ocasionan mediando una conducta constitutiva de un delito o de una falta de contenido penal. Siendo que, para estos últimos casos, - los que provienen de una acción de contenido penal-, además de la acción resarcitoria propia de la responsabilidad civil también surge en contra del agente del daño la posibilidad de ser sometido a la correspondiente acción penal (...). (Gálvez Villegas, 1999, p. 96)

⁴⁰ Artículo 98° Constitución y derechos: “La acción reparatoria en el proceso Penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito.”

Empero, si bien dentro del proceso penal se puede plantear una pretensión civil, su naturaleza es completamente distinta; parafraseando a Gálvez Villegas (s.f.) la pretensión penal busca la imposición de una sanción, de una pena, en tanto que la responsabilidad civil busca esencialmente la reparación de un daño, volviendo las cosas al estado anterior a la lesión del interés particular o privado.

La doctrina italiana ha establecido notables diferencias en torno a la naturaleza del ilícito civil y del ilícito penal, se precisa en ese sentido que:

El daño resarcible (llamado daño civil) se distingue del así llamado daño criminal (la ofensa necesaria para la existencia del hecho ilícito). En las lesiones personales, por ej., mientras que la ofensa típica es la lesión a la integridad física, el daño resarcible es representado por las pérdidas patrimoniales (gastos por curas, pérdidas de ganancias, etc.), por el perjuicio a la salud y por los sufrimientos padecidos por la víctima. (Mantovani , 2015, p. 664)

El citado autor precisa de una importante clasificación, si de relaciones entre hecho ilícito y daño civil se trata, se distinguen entre: hechos ilícitos sin daño civil, hechos ilícitos con daño civil inmanente y hechos ilícitos con daño civil consecuente. Sin hacer mayor ahondamiento en lo que cada uno de ellos refiere es clara la distinción que realiza entre el ilícito civil y el ilícito penal y el daño que se genera a partir de estos, considerando que puede

presentarse un hecho ilícito sin que necesariamente genere consecuencias civiles⁴¹. (Mantovani , 2015)

Existe en la doctrina opiniones divididas en torno a esta última circunstancia, pues se considera, en muchos casos, que un ilícito penal necesariamente debe generar una reparación civil en virtud de la necesaria presencia de daño civil. Esta disparidad de opiniones evidentemente se derivan, a su vez, de la divergencia de posiciones que existen en la doctrina penalista en torno a la naturaleza jurídica de la reparación civil proveniente del delito; aquellas tradicionales que mantienen la naturaleza primigenia de la reparación civil (estrictamente privada) como aquellas que provocando giros doctrinales pretenden atribuirle una naturaleza pública o penal y binaria –Civil y Penal–, por estar comprendida dentro o conjuntamente con la pretensión penal formulada por el Ministerio Público.

Por su parte, el Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116, establece entre sus fundamentos la posibilidad de imponer una reparación civil en los delitos de peligro, asumiendo que se produce una alteración del orden jurídico capaz de ocasionar daños civiles. Con los argumentos que expresa no es posible definir a cuál postura se

⁴¹ Al respecto y haciendo notorias las diferencias entre ilícito penal e ilícito civil, cabe recordar lo siguiente: “El daño causado por el delito puede distinguirse, por lo común, en público y privado. El primero se traduce en la alarma social que el hecho delictuoso provoca; el segundo es el perjuicio o daño causado a las particulares víctimas del delito o a las personas a quienes las leyes reconocen el carácter de damnificados. El daño público o colectivo determina la aplicación de las medidas específicas del Derecho Penal, en primer lugar, la pena; el daño privado motiva también el resarcimiento de ese daño, que se persigue con la acción civil.” (Fontan Balestra, 1998, p. 657)

adscribe, si le atribuye una naturaleza penal o civil y penal; pero algo se puede inferir si establece entre sus fundamentos la necesaria presencia de reparación civil en delitos de peligro como expresamente señala.

En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos (...) se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, (...). Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión (...).

Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clases de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía.⁴²

Ahora bien, se ha dicho que, en cuanto a la reparación civil en el proceso penal, la doctrina no llega a un consenso en torno a su naturaleza jurídica, algunos de estos criterios se derivan de los planteamientos del Acuerdo Plenario antes citado; claro está, ello incide directamente en esa práctica tan generalizada de imponer reparación civil en los delitos de peligro. Veamos estas posiciones en torno a la naturaleza jurídica de la reparación civil en el proceso penal.

⁴² En igual sentido se ha hecho referencia en el fundamento vigésimo primero de la Casación N° 229-2015- Lima.

A. Naturaleza privada de la reparación civil en el ámbito penal

En esta corriente se encuentran quienes asumen que la reparación civil cumple un fin netamente resarcitorio y por lo tanto su imposición, aun cuando se derive de un ilícito penal, debe determinarse por las normas del CC y por tanto por los elementos de la responsabilidad civil que en doctrina se han desarrollado.

Existen varios autores que se acogen a este planteamiento. Veamos: Carlos Creus (1992, p. 524) revisa las distintas posiciones al respecto y alude que la mayoritaria es aquella que reconoce el carácter privado de la acción reparatoria (consecuentemente de la reparación civil) y que no varía al ser incorporada en el proceso penal:

(...) para otros aquella norma al no variar el carácter privado de la acción reparatoria, lo único que permitía era su introducción en el proceso penal, pero no extendía de aquel modo las facultades del juez, quien solo podría decidir el aspecto civil mediando pedido de parte (...) Estado ultima tesis (...) es la que ha terminado por primar en la doctrina y jurisprudencia.

Silvela también se acoge a este mismo planteamiento asumiendo que solo constituye una obligación civil como las demás que se encuentran en el CC⁴³. Al igual que Santiago Mir

⁴³ Silvela citado por Santiago Mir Puig (Mir Puig, 2003, p. 17) "(...) la responsabilidad civil es del todo ajena al derecho penal en cuanto a su naturaleza material, por mucho que formalmente se halle regulada en el Código Penal: la responsabilidad civil es una obligación civil como otra cualquiera de las previstas en el Código Civil."

Puig, este autor es claro cuando toma postura al respecto, pues cuando alude a la incorporación de la responsabilidad civil dentro del proceso penal por una cuestión político criminal, asegura que esta fórmula no decide necesariamente su naturaleza material. Señala expresamente “(...) ello no significa necesariamente la contradicción con la naturaleza civil que demuestra la perspectiva conceptual. Pueden conciliarse ambos puntos de vista si se admite que el derecho penal puede integrarse también de un medio de naturaleza civil (...)”. (Mir Puig, 2003, p. 19)

Por su parte Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002) cuando hacen su análisis respecto a La materia de la reparación del daño, proponen un desarrollo escueto por cuanto asumen que, al ser de naturaleza civil, poco interesa efectuar un análisis de ella desde el Derecho Penal, solamente se limitan a precisar que se deben mantener separados ambos modelos (responsabilidad penal y responsabilidad civil); y, por ende, reservar lo punitivo a la ley penal y considerar de naturaleza civil lo que atañe a la reparación del daño.

Con estos planteamientos quedan claro que frente a la comisión de un delito se genera como consecuencia natural la responsabilidad penal. La cual no siempre dará lugar a una responsabilidad civil, como claramente nos lo ha referido

Garrido Montt (Garrido Montt, 2001) quien afirma que solo en determinadas hipótesis el delito dará origen a la responsabilidad civil; y por tanto a la imposición de una reparación civil. Para dejar claro el tema, cita como ejemplo a los delitos de peligro abstracto en los que notoriamente el ilícito penal ha devenido en una responsabilidad penal del autor, en tanto su contenido no permite la imposición de una reparación civil.

Finalmente agrega el citado autor “(...) no se impone como sanción en el sentido penal del término, sino como obligación de naturaleza civil vinculada con el hecho calificado como punible y susceptible de tener un tratamiento en el ámbito procesal penal (...)” (Garrido Montt, 2001, p. 386)

En el ámbito nacional Gálvez Villegas (2016, p. 202) ha dedicado especial importancia al tema en concreto, y describe que efectivamente:

(...) la naturaleza de esta institución no está determinada por el interés público de la sociedad sino por el interés particular y específico de la víctima o agraviado por el delito, y el hecho que se ejercite la acción civil en el proceso penal, nada dice respecto a la naturaleza de la pretensión discutida.

No obstante, si se sigue revisando el planteamiento del citado autor, encontramos que distingue la naturaleza de la institución con la de la pretensión y ello obedece precisamente a que es

el Ministerio Público quien ejercita la pretensión civil en el proceso penal (Gálvez Villegas, 2016) Esto es correcto si somos conscientes de que el hecho de que se ejercite en el proceso penal por el Ministerio Público, en nada afecta la naturaleza privada de la reparación civil, que sigue respondiendo a un interés privado o particular.

Esto último se deriva del planteamiento esbozado en el Acuerdo Plenario N.º 5-2011/117-CJ, que en su fundamento 7 precisa que la participación del Ministerio Público será por sustitución, esto es, representa un interés privado. De lo cual se advierte que no se afecta la naturaleza de ese interés y por tanto la naturaleza de la reparación civil, que según ese mismo Acuerdo Plenario es indiscutiblemente civil.⁴⁴

B. Naturaleza penal o pública de la reparación civil en el ámbito penal

Existen algunos autores que se acogen a esta postura atribuyendo a la reparación civil la condición de pena; entre ellos se encuentra Rodríguez Delgado (2003), quien refiere que, en el sistema anglosajón, se aprecia una cada vez más visible aplicación de penas alternativas a la privativa de libertad a las que se denomina sanciones intermedias, en ellas se potencia el uso de las mutas o los días-multa, trabajo en beneficio de la

⁴⁴ Esto último puede verificarse del fundamento 8 del Acuerdo Plenario 5-2011/116-CJ.

comunidad entre otras sanciones semejantes. Aquí, señala el autor, se encuentra comprendida la reparación, pero no como una consecuencia accesoria de la privación de la libertad, sino como una “sanción penal autónoma”.

La asunción de este planteamiento acarrea como consecuencia la institución de la denominada reparación penal, una propuesta de no reciente data que está teniendo acogida por algunos autores; a ella se adscribe Silva Sánchez, como ha sido citado por Gálvez Villegas. Debemos tener en cuenta que esta propuesta implica que será viable la reparación aun cuando no se constate un daño resarcible.⁴⁵

Esta concepción también se deriva del entendimiento que gira en torno a las normas sustantivas y adjetivas del Ordenamiento Jurídico Penal. Pues, si se echa mano del articulado que regula la responsabilidad civil en materia penal, o dentro del proceso penal, si se quiere hacer una referencia más correcta⁴⁶, parece sugerir la existencia o conformación de una reparación civil de naturaleza pública, a juzgar por las diferencias y características particulares que adopta al instituirse dentro del proceso penal.

⁴⁵ “La reparación como pena operaria, aunque no se hubiera causado un daño resarcible, inclusive, no habrá ningún problema para imponerla en casos de delitos de peligro abstracto o de tentativa sin resultado lesivo, pues la reparación ya no se sustentaría en el daño ocasionado sino en fines propios de la pena; en estos casos ya no se hablaría propiamente de reparación civil, sino de “reparación penal”, tal como lo hace Silvia Sánchez” (Gálvez Villegas, 2016, p. 187)

⁴⁶ Pues no se puede aludir a una reparación civil en materia penal si con ello se interpreta una especie de responsabilidad civil diferente a la que ha descrito la doctrina civilista, es decir, la responsabilidad civil es estrictamente civil, que se instituya en el proceso penal no modifica su naturaleza como tal.

Por ejemplo, la reparación civil es de acción privada, esto es, será la parte interesada (afectada) quien decida la exigencia de una reparación o no; sin embargo, en el proceso penal su “persecución” es pública, pues queda bajo la responsabilidad del Representante del Ministerio Público su exigencia, quien además está obligado a exigirla o en algunos casos imponerla como sucede en la aplicación de los principios de oportunidad a nivel fiscal (investigación preliminar).

Así, el artículo 349 del CPP establece: “1. La acusación fiscal será debidamente motivada y contendrá, (...) g) el monto de la reparación civil (...)”, igualmente el artículo 376, numeral 2, literal b) del mismo cuerpo normativo señala: “El interrogatorio se orientará a aclarar las circunstancias del caso y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil”, teniendo a esta última –como claramente se infiere–, como parte del objeto del proceso penal; por su parte, el numeral 4, del artículo 399, de dicho Código, establece: “La sentencia condenatoria decidirá también sobre la reparación civil, ordenando –cuando corresponda- la restitución del bien o su valor y el monto de la indemnización que corresponda (...)”.

En ese sentido Julio D. Valenzuela Barreto (2013, p. 19) ha descrito lo siguiente: “El Código de Procedimientos Penales de 1940 al establecer en su artículo 285 que la sentencia

condenatoria deberá contener –‘el monto de la reparación civil’– ratifica la naturaleza pública de la acción de reparación civil (...).”

Otra diferencia que alude a su naturaleza pública es el relativo a la carga de la prueba, pues de acuerdo a la normatividad civil “El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor” (artículo 1969 del CC), en tanto que al comprenderse dentro del proceso penal, la carga de la prueba recae en el Ministerio Público, quien a través de su representante y al momento de ejercitar la acción penal (con su requerimiento acusatorio) deberá acreditar no solo el objeto penal del proceso, o sea la pena, sino también deberá fundamentar y acreditar la exigencia de una reparación civil, trasladando la carga de la prueba a éste y no ya perjudicado con el ilícito como sí se sucede en el proceso civil.

De otro lado, una importante distinción que contribuye a la asunción de su naturaleza pública, sería respecto al obligado en el pago de la reparación civil: en materia civil la carga puede ser trasladada a quien esté en la capacidad de soportarla; por ejemplo, si un menor de 16 años de edad causa un daño pasible de indemnización, se hará cargo de ésta el padre del mismo o quien ejerza su tutela y se encuentre en la capacidad de responder civilmente frente al daño; en tanto que en el

proceso penal esta carga u obligación no puede ser trasladada a otra persona pues quien ha cometido el ilícito y a quien se le ha impuesto la sanción penal será también quien haga efectivo el pago de la reparación civil.

Debemos entender pues que el principio de responsabilidad por el hecho propio⁴⁷ se extiende al objeto civil del proceso penal. Al respecto señala Valenzuela Barreto (2013) que en materia penal al no trasladarse el riesgo a quien está en mejor posición de soportarlo como sí ocurre en el proceso civil, la responsabilidad extracontractual en los daños provenientes de los ilícitos penales, adopta una naturaleza jurídica especial. Aunque el citado autor no precisa la “naturaleza jurídica especial” que atribuye a esta manifestación de responsabilidad civil, en una cita anterior aludía a la naturaleza pública de la acción de reparación civil derivada de un ilícito penal, con lo que debemos asumir que se adscribe a esa postura.

Con ello se genera pues, una confusión en torno a su naturaleza pública o privada que no ha sido aclarada dadas las numerosas posiciones doctrinales que se dividen sin ningún consenso.

⁴⁷ Principio rector del proceso Penal que encontramos contenido en el artículo VII del TP del CP: “La pena requiere de la responsabilidad Penal del autor.”

Dentro de esta tendencia, están también otros autores como Chiara Díaz y Obligado (2007, p. 350) que tratan a la reparación del daño como un nuevo fin de la pena o tercera vía para lo cual propugnan la integración de teorías que justifiquen esta posición.

C. Naturaleza mixta de la reparación civil en el ámbito penal

Aunque en doctrina no se ha reconocido una naturaleza binaria de la reparación civil, por cuanto quienes le atribuyen responsabilidad civil y penal quizá lo hacen inconscientemente en atención a sus fines; sin embargo, de algunos planteamientos doctrinarios se puede advertir, aunque muy tenuemente, la asunción de una reparación de naturaleza mixta o binaria, es decir una reparación que es civil pero también penal.

Como se indicó para fundamentar ello se parte de sus fines. Aunque Villavicencio Terreros no se adscribe concretamente a esta postura, en un planteamiento inicial parece confundir la naturaleza que se atribuye a la reparación en el proceso penal, señala:

La reparación civil no es una institución completamente civil, ni una consecuencia accesoria de la imposición de una sanción penal, sino que apoya fundamentalmente a la consunción de los fines de la pena y por ende se constituye en un instrumento autónomo en el campo del castigo y en la prevención. (...). Desde el punto de vista de la

prevención especial, la reparación viene a ser una alternativa más eficiente debido a que el autor toma conciencia de los hechos delictivos que cometió. La reparación cumple también con objetivos preventivos generales en sus dos modalidades: con respecto a la prevención general positiva, por medio de la reparación se puede comprobar que el sistema funciona a través de la restitución de la norma violada, satisfaciendo a la víctima y generando, con ello, fidelidad a la comunidad, en relación con el derecho, con respecto a la prevención general negativa, la reparación también generaría una intimidación psicológica, debido a que el ciudadano tomará en cuenta la cuantía a restituir si ocasiona el ilícito contemplado en la Ley (...) Los efectos positivos que supondrían el establecimiento de la reparación como sanción penal serían los siguientes: "tiene un efecto resocializador pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima; sirve además los intereses de la víctima más que la propia pena privativa de libertad; nos conduce a una reconciliación entre el autor del ilícito y la víctima; nos conduce a una reconciliación entre el autor del ilícito y la víctima; y también es muy útil para la prevención integradora (...) al ofrecer contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues solo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada (...) la perturbación social originada por el delito. (Villavicencio Terreros, 2006, p. 79 - 81) resaltado fuera del original.

Como se observa la cita anterior inicia señalando que la reparación civil no es una institución completamente civil, con lo que pretende brindarle naturaleza penal también, y para esto fundamenta en virtud a sus fines; es decir, dado que la reparación civil tiene efectos similares a los de la imposición de la pena o similares a los fines del Derecho Penal, digamos pues, prevención, resocialización, etc., se dota de la naturaleza penal propia de la pena a imponer. Sin embargo, cabe hacer aquí una

precisión y es que el autor de alguna manera confunde la naturaleza con los fines de la institución jurídica en juego, pues el hecho de que sus fines contribuyan o se asemejen a los del sistema penal, no significa que la institución jurídica pierda su naturaleza civil o privada.

De otro lado, distinto al argumento antes descrito, es preciso hacer una remisión a lo referido por Muñoz Conde, quien refiere que el efecto preventivo de Derecho Penal no solo debe buscarse a través del Derecho Penal, sino de sustitutos penales, dando cabida con dicho argumento a la reparación civil como una alternativa a la imposición de la pena; con ello, claro, no podemos asumir que atribuya a la reparación civil una naturaleza penal o binaria (penal - civil), sino que reconoce en ella efectos coadyuvantes a la funciones o fines del Derecho Penal.

En todo caso la búsqueda de un sano efecto preventivo intimidatorio, proporcional y autocontrolado, no hay que hacerla solo a través del Derecho Penal, entendido en el sentido represivo institucional. Es necesaria una mayor "fantasía institucional" que procure la mayor eficacia preventiva con el mínimo de sacrificio de la libertad individual. En este sentido me parece importante la búsqueda de "equivalente Penales", siempre que estén sometidos a los mismos límites y controles que las penas propiamente dichas. Esta tendencia última orientación se refleja en la tendencia monista que se observa en los nuevos sistemas de ejecución de la penas y medidas privativas de libertad, pero también en los "sustitutivos penales" como la suspensión condicional del fallo, la conversión de la prisión en multa (...) (Muñoz Conde, 1985, p. 123)

Con base en el discurso anterior, por qué no incluir a la reparación civil, que jugaría también un papel importante como equivalente penal; evidentemente no se le atribuye con esto una naturaleza penal o binaria (penal y civil), sino que se reconoce su contribución e importancia en el ámbito penal.

Frente a ello hay quienes si pretenden asumir una naturaleza mixta a esta institución, o cuando menos eso se infiere de sus planteamientos:

Aun las consecuencias que tradicionalmente han sido consideradas de naturaleza civil, como la indemnización del daño causado por el delito, han suscitado sistematizaciones nuevas, que apartándose de una concepción puramente privada, las aproximan a instituciones de carácter público, porque el problema social que la necesidad de indemnizar plantea trasciende el puro interés individual. Como consecuencia este tema se sistematiza no solamente desde el punto de vista del interés de la víctima, sino también como medio de prevención (...) (Soler, 1987, p. 44)

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN DE RESULTADOS Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En el presente capítulo se ha desarrollado la discusión de los resultados obtenidos y la contratación de la hipótesis. Cabe precisar al respecto que, a diferencia de lo que ocurre con las investigaciones “empíricas” en las que corresponde, primero, presentar los resultados obtenidos y a partir de ello elaborar la discusión en función a la interpretación de tablas o resultados numéricos; en la presente tesis, al ser teórica, no es posible presentar resultados por cuanto no se ha trabajado con datos numéricos, sino puramente teóricos; en tal sentido, en el presente capítulo para la discusión de la investigación, se ha partido de los planteamientos teóricos plasmados en el capítulo anterior, que constituye nuestra base para la discusión.

3.1. PRECISIONES SOBRE LA FORMA DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Dada la naturaleza de la presente investigación (dogmática) resulta necesario efectuar algunas precisiones en torno la forma de contrastación de la hipótesis. Como se advierte del desarrollo teórico planteado, para determinar las razones que fundamentan o excluyen la imposición de una reparación civil en los delitos de peligro se requiere hacer referencia a los fines del Derecho Penal, a los delitos de peligro y su contenido; y, a los elementos y fines de la responsabilidad civil, lo cual ha sido desarrollado en el marco teórico que antecede.

Por lo que, ahora corresponde determinar si la hipótesis planteada ha sido contrastada sea positiva o negativamente, con base, claro está, en la parte doctrinaria desarrollada y cuyos parámetros o lineamientos lo han constituido precisamente los objetivos específicos.

En torno a la naturaleza de la reparación civil en el proceso penal⁴⁸ existen distintas posiciones las cuales han sido desarrolladas teniendo en cuenta sobre todo la naturaleza de la reparación civil; digamos que es esta (la naturaleza jurídica de dicha institución) la que finalmente determina su tratamiento dentro del proceso penal y más concretamente (si nos avocamos ya a la investigación planteada) su tratamiento respecto a los delitos de peligro. Se tiene, pues, aquellas posturas que la consideran como de naturaleza pública y de naturaleza binaria; cada una de estas posiciones doctrinarias acarrear consecuencias dogmáticas que deben ser desarrolladas, ello tiene que ver con la forma de contrastar la hipótesis formulada. En tal contexto, respecto a la forma de contrastación de nuestra hipótesis, aclaramos lo siguiente:

a) La elección de la hipótesis se ha hecho teniendo en cuenta los efectos prácticos o las consecuencias que acarrea asumir tal o cual criterio de interpretación⁴⁹. Para el presente caso, en torno a la reparación civil en

⁴⁸ Llamémosla así para hacer hincapié en que en la presente tesis se viene desarrollando principalmente la reparación civil que se impone en un proceso penal, sin el ánimo de atribuirle como denominación o asumirla como una clase de reparación civil.

⁴⁹ Esta forma de proceder y razonar, que utilizamos para contrastar la hipótesis, se basa en el consejo 8 desarrollado por el profesor Manuel Atienza (2008), en su trabajo titulado: "Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática", el cual expresa:

"8. No obstante, muchos pseudoproblemas –especialmente, si han sido con asiduidad objeto de reflexión dogmática – pueden esconder un problema genuino que se pone al descubierto cuando

los delitos de peligro; y b) luego en la discusión de los argumentos existentes en torno al tema, se han brindado razones, a favor o en contra, no solo en base en las consecuencias prácticas, sino tomando como punto de partida argumentos doctrinales y jurisprudenciales así como el texto de la ley.

3.2. PROCEDIMIENTO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Para la contrastación de la hipótesis formulada se ha estimado conveniente someter a prueba las posiciones existentes en torno a la reparación civil en los delitos de peligro, teniendo en cuenta los criterios plasmados y detallados en el planteamiento del problema y en el marco teórico relacionados al contenido de los delitos de peligro y la naturaleza jurídica de la reparación civil, lo cual tiene incidencia en la imposición de esta última en los primeros; ello con la finalidad de optar por la posición menos refutable y más adecuada o coherente desde el punto de vista dogmático y político criminal, y que explique de manera integral los fundamentos de la imposición o no de una reparación civil en los delitos de peligro.

En tal sentido, en primer lugar, para demostrar que la razón jurídica principal que desde un punto de vista dogmático excluye la posibilidad de establecer una reparación civil en los delitos de peligro es la ausencia de

se lo objeta desde el ángulo adecuado. Por ejemplo, cuando lo que esté en cuestión sea la 'naturaleza jurídica' de la institución X, no enfoque el problema como si se tratara de descubrir la 'verdadera esencia' de X. Por el contrario, comience por indagar qué consecuencias tendría el que a X se le califique de Y o de Z, luego trate de justificar por qué es preferible un tipo de consecuencias a otro. Cuando haya hecho esto último, habrá resuelto ya el problema de la naturaleza jurídica de X".

daño, se ha partido de casos tipo, tanto de delitos de peligro abstracto como de concreto, respecto de los cuales se ha analizado la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil, para determinar si corresponde o no la imposición de la reparación civil en los delitos de peligro y por ende determinar la razón por la cual corresponde excluirla en tales casos. Luego de ello, se han cuestionado las asunciones que a partir de la imposición de la reparación en tales delitos se generan para adoptar la posición más coherente con el Ordenamiento Jurídico.

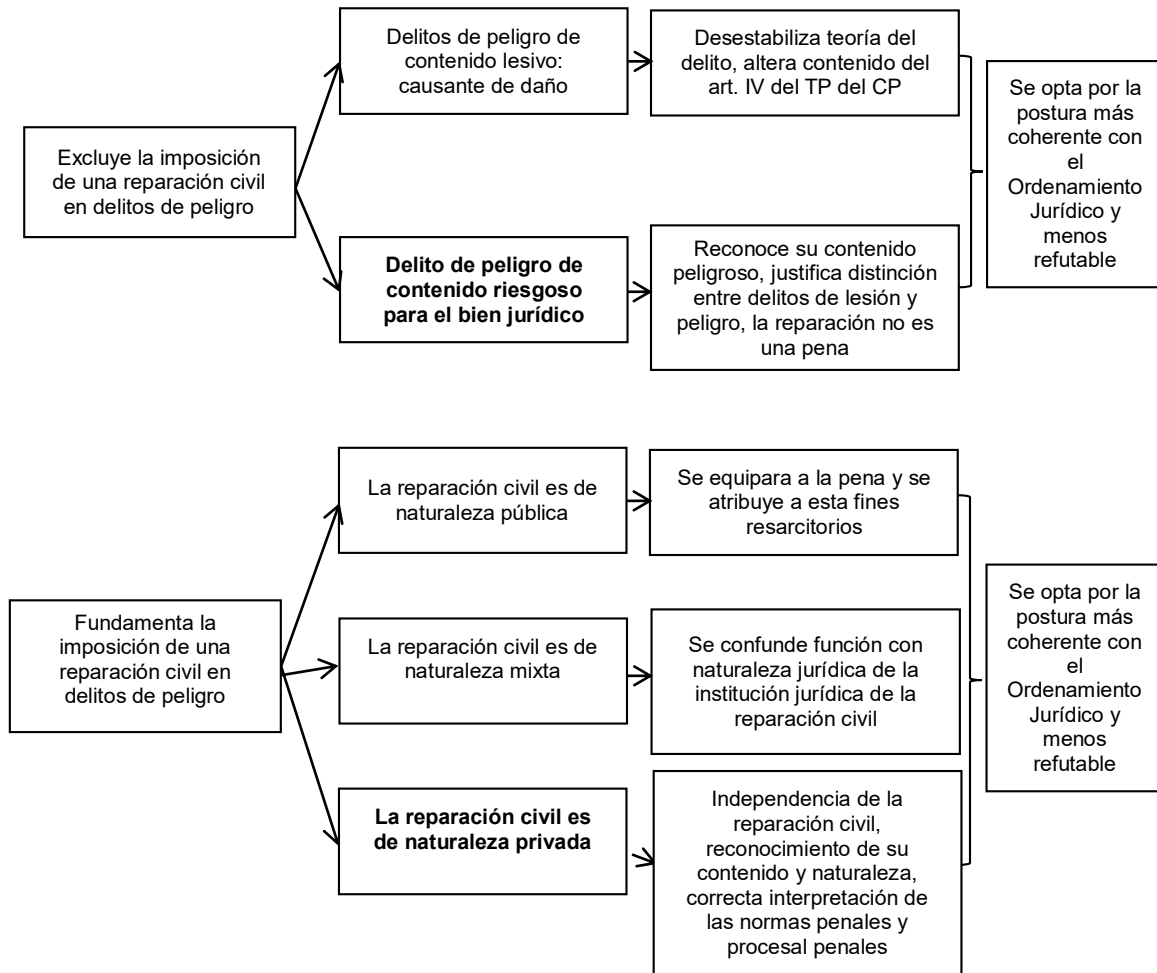
Déjese en claro, que al tratarse de una investigación cualitativa estos casos tipo no constituyen muestra en la investigación, sino que serán utilizados para describir la forma en que se trata el problema, e identificar la razón por la cual se excluye la imposición de la reparación civil en los delitos de peligro.

En segundo lugar, para determinar que la razón, que desde un punto de vista político criminal fundamenta la imposición de una reparación civil en los delitos de peligro, es su favorecimiento al cumplimiento de los fines penales, se ha sometido a prueba la postura relacionada a la naturaleza pública de la reparación civil en el proceso penal; aquí, se ha discutido críticamente los argumentos vertidos por la doctrina y jurisprudencia plasmados en el marco teórico. Luego, se ha empleado el mismo procedimiento respecto de la posición que asume la naturaleza binaria de la reparación civil en el proceso penal, analizando los argumentos que han llevado a tal asunción y cuestionándolos; y, finalmente, se ha

desembocado en una asunción de posición destacando los argumentos por los cuales resulta ser la propuesta de la tesis la solución integral al problema planteado, incidiendo en cuestiones teóricas y prácticas que refuerzan la asunción de tal postura.

Aquí culmina el procedimiento de contratación de la hipótesis; sin embargo, la tesis propuesta no ha pretendido concluir su aporte en la descripción de la razón jurídica principal que excluye o fundamenta la reparación civil en los delitos de peligro, sino en buscar una alternativa de solución al problema detectado, que es la propuesta de modificación legislativa a la cual se ha arribado con la presente investigación.

Gráfico 1. Procedimiento de contrastación



3.3. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

3.3.1.1. Exclusión de la imposición de una reparación civil en los delitos de peligro

En el marco teórico de la presente tesis se desarrolló lo concerniente a los elementos de la responsabilidad civil, los mismos que deben ser analizados y verificar su concurrencia para imponer una reparación civil en un caso concreto.

Veamos entonces si en los delitos de peligro concurren dichos elementos a fin de determinar si la imposición de una reparación

civil a quien ha cometido dichos ilícitos penales es correcta; o, en su defecto, debe excluirse. Para ello, se partirá de casos tipo que servirán de orientación.

A. Presentación y análisis de casos tipo

La presentación y posterior análisis de los casos tipo ha permitido determinar si corresponde o no imponer una reparación civil en los delitos de peligro a partir de la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil en tales supuestos; esto a su vez, ha permitido identificar el contenido que con dicha práctica se atribuye a la reparación en los delitos de peligro, y cuestionar las específicas consecuencias que de ello se derivan; para finalmente optar por la posición más coherente y menos cuestionable.

Caso N.º 01: delito de peligro concreto (ver anexo 3)

En el presente caso, se tiene la sentencia contenida en la Resolución N.º 02, de fecha 12 de marzo de 2015, emitida por el Cuarto Juzgado Unipersonal de Lambayeque, en el Expediente N.º 2521-2012-16-1706-JR-PE-02, en la cual se impuso al acusado el pago de una reparación civil ascendente a dos mil y 00/100 soles, por la comisión del delito de peligro concreto contra la Vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de Omisión de socorro y exposición al peligro; siendo los hechos los siguientes:

El ciudadano Jacinto Guevara Bautista, de 42 años de edad, provocó un accidente de tránsito el día 16 de octubre de 2011 a las 19:00 horas aproximadamente, causando lesiones a Enma Nora Ramos Rojas, que requirieron 30 días de atención facultativa y 100 de incapacidad médico legal. Luego de ello Jacinto Guevara Bautista se apartó del lugar del accidente (aunque posteriormente dio aviso a la policía), omitiendo brindar ayuda inmediata a la agraviada, quien finalmente fue auxiliada por pasajeros de una combi que transitaba por el lugar y conducida al hospital más cercano. La conducta que nos interesa para efectos de la presente tesis no es la relacionada a las lesiones producidas a la víctima a causa del accidente tránsito, sino la omisión de prestar ayuda luego de haber provocado el mismo, la cual se encuentra tipificada en el artículo 126 del CP, Omisión de socorro y exposición al peligro⁵⁰, que constituye un delito de peligro concreto⁵¹ (ver su definición en el ítem 2.2.2. – B, del marco teórico).

⁵⁰ Artículo 126 del CP: “El que omita prestar socorro a una persona que ha herido o incapacitado, poniendo en peligro su vida o salud, será reprimido con pena privativa de libertad (...)”

⁵¹ Así lo ha definido Peña Cabrera (2009, pp. 280 - 285), pues en el análisis dogmático del tipo penal en mención indica: “(...) con ello no referimos a los delitos de peligro, cuya penalización no requiere que se produzca un estado de lesión, pues basta que se verifique que la conducta era idónea y apta, para poner en riesgo el bien jurídico (...) toman lugar, entonces los tipos penales de peligro concreto”, más adelante precisa: “Lo que se pone a relucir son situaciones concretas, en las que se advierte un peligro para la incolumidad del sujeto pasivo, es entonces su seguridad lo que se protege, pero no de forma abstracta, sino la seguridad de su vida e integridad” 280285

Siendo así, veamos la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil en el caso concreto a fin de determinar si corresponde la imposición de una reparación civil.

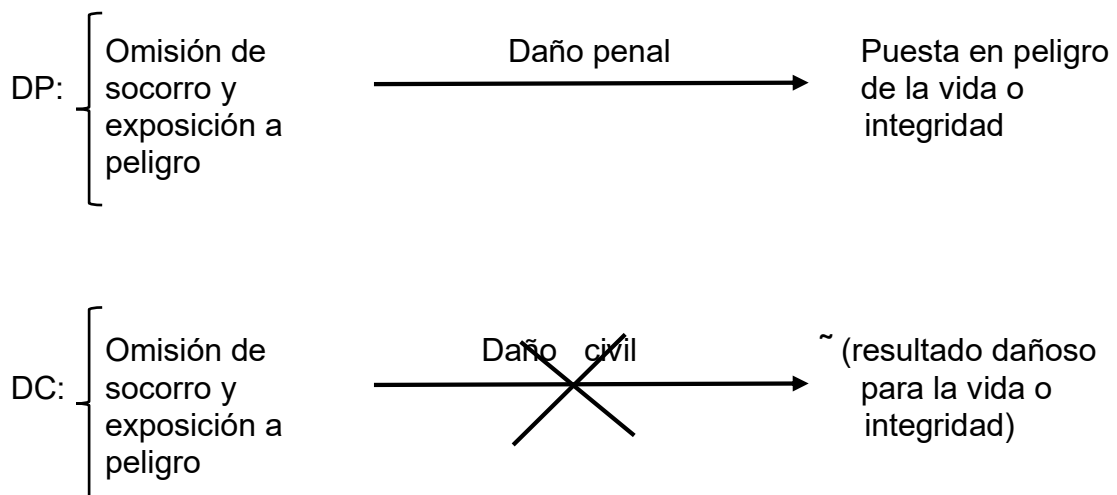
Respecto al daño, como primer elemento, la doctrina civilista es unánime al considerar que para imponer una reparación civil se debe acreditar la presencia de un daño, este constituye un requisito fundamental que además debe cuantificarse adecuadamente (ítem 2.3.7. – A). Este “daño” en el ámbito penal estaría determinado por la afectación a un bien jurídico o puesta en peligro del mismo⁵². Siendo así, en el caso concreto, si un sujeto omite prestar socorro a una persona que ha herido, no es cuestionable asumir que se ha cometido el ilícito penal descrito en el artículo 126 del CP, pues evidentemente se pone en peligro la vida de la persona lesionada, lo que se pretende evitar con la regulación de este precepto normativo.

Sin embargo, no ocurre así para la responsabilidad civil, puesto que se requiere la concurrencia de un “daño civil” para fundamentar la imposición de una reparación de esta naturaleza, esto es, la concreta concurrencia de un daño físico, cuantificable. Se afirma ello por cuanto al tratarse de un delito de peligro concreto, que no materializa un daño civil concreto, no corresponde imponer una reparación civil; recuérdese que esta únicamente responde frente al daño civil causado.

⁵² Artículo IV del TP del CP.

Al respecto cabe hacer la precisión que, si bien en el caso concreto se han producido lesiones a la víctima, la reparación que en su caso corresponderá imponer estará sustentada en el actuar lesivo producido, esto es, el actuar imprudente o doloso (si ha concurrido) del sujeto activo que ha causado lesiones con su vehículo, mas no se sustenta en la omisión de prestar socorro, porque ésta, concretamente no produce un resultado dañoso pasible de reparación. La eventual presencia de una reparación civil en el caso que nos ocupa no deriva de la puesta en peligro que implica omitir el socorro, pues la configuración típica de esta conducta no materializa daño concreto, físico y cuantificable. (ver gráfico 2)

Gráfico 2. Daño en delitos de peligro concreto



La imputabilidad, es otro elemento de la responsabilidad civil y conforme se ha desarrollado en el acápite correspondiente del marco teórico es la aptitud de un sujeto de responder por el daño causado. Es así igual en el Derecho Penal, con la diferencia de que, en éste, ello lo determina la mayoría de edad, en tanto que para el Derecho Civil la imputabilidad está determinada por la capacidad de discernimiento del sujeto. En el caso planteado, desde la perspectiva penal, el sujeto al ser mayor de edad (42 años) es imputable penalmente del hecho. Y, tampoco, es cuestionable, la concurrencia de este elemento para la imposición de la reparación civil, por cuanto el sujeto está en la capacidad de responder civilmente frente al daño, en tanto se acrediten los demás elementos.

La antijuridicidad por su parte implica que la conducta desplegada no sea amparada por el Derecho por contravenir una norma imperativa, los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres (véase ítem 2.3.7. – C). En el ámbito penal la antijuridicidad también se determina por un actuar contrario al Derecho, el cual no se encuentra justificado en alguna de las causales previstas en el mismo CP (artículo 20).

Ahora bien, en el caso que un sujeto omita prestar socorro a una persona que ha herido o incapacitado, es evidente un actuar

contrario a Derecho por parte suya, sustentada tal vez en la idea de evitar una afectación a su vida o integridad, que concretamente configura el delito analizado; igualmente ocurre para el Derecho Civil, es notoriamente antijurídico desde las dos perspectivas; siendo, por tanto, pasible de reparación si únicamente de este elemento dependiese la imposición de la misma.

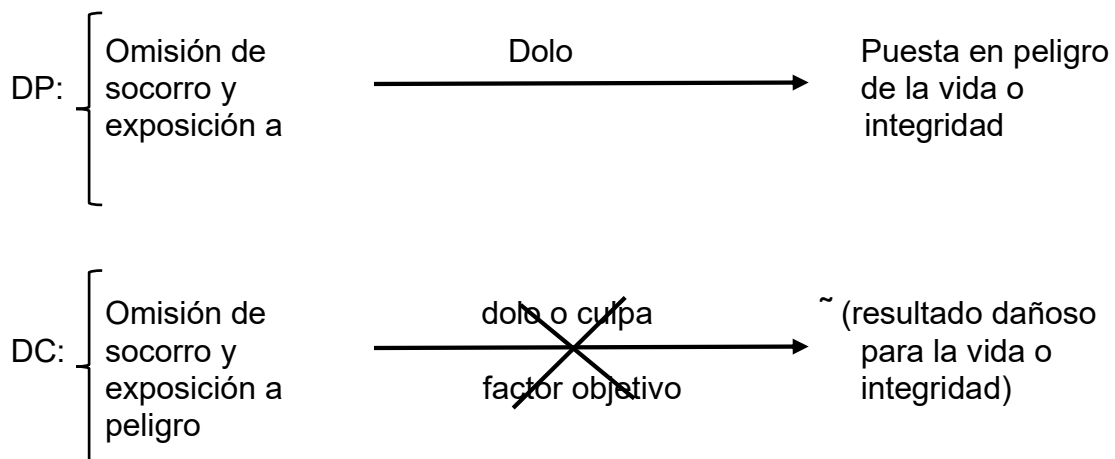
En cuanto a los dos elementos restantes, cabe observar con mucha cautela, pues trabajan de manera dependiente con la concurrencia del daño, como elemento fundamental para la imposición de una reparación civil.

El factor de atribución, desarrollado ya en el marco teórico (véase ítem 2.3.7. – D), implica la concurrencia de dolo o culpa en la realización de la conducta, aunque también incorpora un factor objetivo basado en el riesgo creado. En un parangón con el Derecho Penal, esto estaría determinado por la tipicidad subjetiva de la conducta; es decir, el actuar mediante dolo o culpa; claro está, aquí no se admite la responsabilidad objetiva como el mismo CP lo proscrib⁵³. Siendo así, el sujeto que omite prestar socorro a quien ha herido, claro está con conocimiento y voluntad, configurará el ilícito penal *in comento* mediante dolo.

⁵³ Artículo VII del TP del CP que prescribe: “La pena requiere la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad penal objetiva.”

No obstante, para el ámbito civil, será difícil determinar la existencia de dolo o culpa si no se ha materializado un actuar lesivo concreto; es decir, al no desplegarse una conducta capaz de causar un daño civil y que consecuentemente, no evidencie un resultado dañoso, no se puede hablar de dolo o culpa ni tampoco de la concurrencia del factor objetivo. Queda claro que para el Derecho Civil no se ha realizado conducta alguna que importe para la imposición de una reparación civil y si esta conducta no se ha realizado carece de objeto analizar la concurrencia del factor de atribución. (Ver gráfico N.º 3)

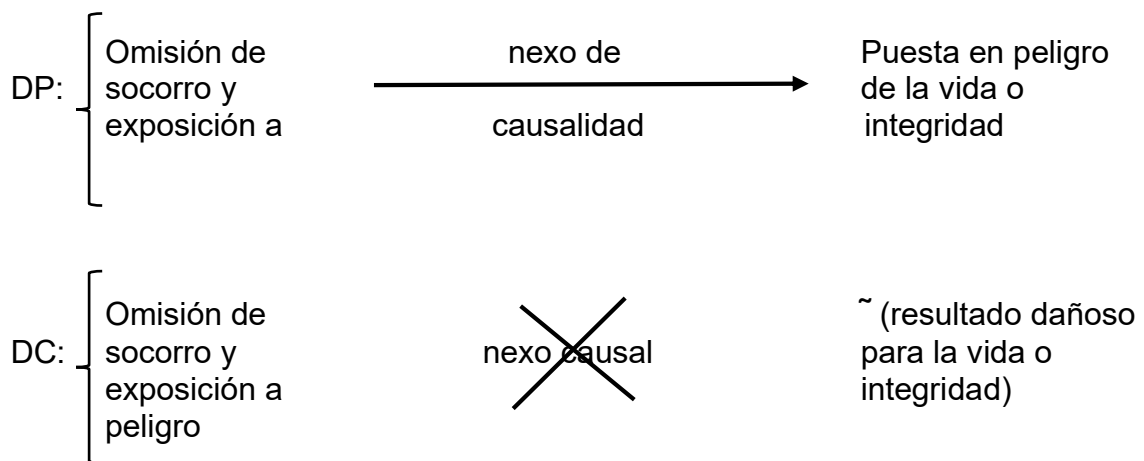
Gráfico 3. Factor de atribución en delitos de peligro concreto



De igual forma si se analiza el nexo causal, este implica una relación de causa – efecto entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima. Para el Derecho Penal, el denominado nexo de causalidad demanda la existencia de una

relación causal entre la acción desplegada por el autor y el resultado (que éste se materialice por el actuar doloso o culposo del agente). En el caso planteado se tendrá que quien omita socorrer a quien ha herido, producirá un resultado específico de relevancia penal, consistente en la puesta en peligro de un bien jurídico concreto: la vida o integridad de la persona. En tanto que para el ámbito civil el tema se complica, pues si no se verifica la concreción de un daño civil, difícilmente se puede hablar de la producción de un resultado, es decir de la existencia del nexo causal. Si no hay un resultado concreto no puede existir nexo causal. (Ver gráfico N.º 4)

Gráfico 4. Nexos causal en delitos de peligro concreto



Observamos que el elemento del daño (y los que a partir de él se derivan: el nexo causal y el factor de atribución) no concurre en el caso de delito de peligro concreto que se ha planteado; por lo que, corresponde excluir la imposición de una reparación civil en los delitos de peligro.

Ahora bien, al imponerse la reparación civil como se verifica del anexo 3, se está asumiendo que los delitos de peligro concreto generan daños civiles; es decir, serían lesivos y no peligrosos.

De igual modo, se estaría sumiendo que la reparación civil tiene una naturaleza pública o mixta, pues solo de esta forma se justificaría su imposición en esta clase de delitos, al operar como lógica consecuencia del ilícito penal, al igual que la pena. Sobre esto volveremos más adelante.

Caso N.º 02 delito de peligro abstracto (ver anexo 4)

El presente caso, versa sobre un delito de peligro abstracto, Tenencia Ilegal de Armas de Fuego, habiéndose impuesto al sentenciado una reparación civil ascendente a mil 00/100 soles, conforme se verifica de la Sentencia Condenatoria Anticipada N.º 02, contenida en la Resolución N.º 01, de fecha 18 de enero de 2016, emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en el Expediente N.º 74-2016-0-0601-JR-PE-02, siendo los hechos los siguientes:

Con fecha 17 de enero de 2015, a las 8:10 horas, en circunstancias en que los efectivos policiales Wilson Ruiz Aliaga y Hernán Torres Morante se encontraban realizando servicio de patrullaje a bordo de la unidad móvil de placa EPB-978, fueron informados por moradores y peatones que en la intersección del Jr. Ayacucho y Jr. Mario Urteaga (frente a la plazuela Miguel

Grau), una persona de sexo masculino se encontraba martillando un arma de fuego en la vía pública, procediendo a intervenir a dicho ciudadano identificado como Eli Jonathan Lulichac Chuquiruna de 27 años de edad; siendo que, al realizarse el registro correspondiente se encontró en su poder un arma de fuego, pistola de puño color negro, con serie N.º 209620, la misma que se hallaba abastecida con una munición en la recámara. Al momento de la intervención dicha persona manifestó no contar con licencia para portar armas de fuego o municiones. Este supuesto fáctico se encuadra en el tipo penal descrito en el artículo 279 – G del CP⁵⁴, Tenencia Ilegal de Arma de Fuego y Municiones⁵⁵, que constituye un delito de peligro abstracto⁵⁶ (véase ítem 2.2.2. – B, del marco teórico para su definición).

En tal contexto, corresponde realizar en análisis del caso planteado con relación a la reparación civil, en función a la necesaria concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil. Veamos:

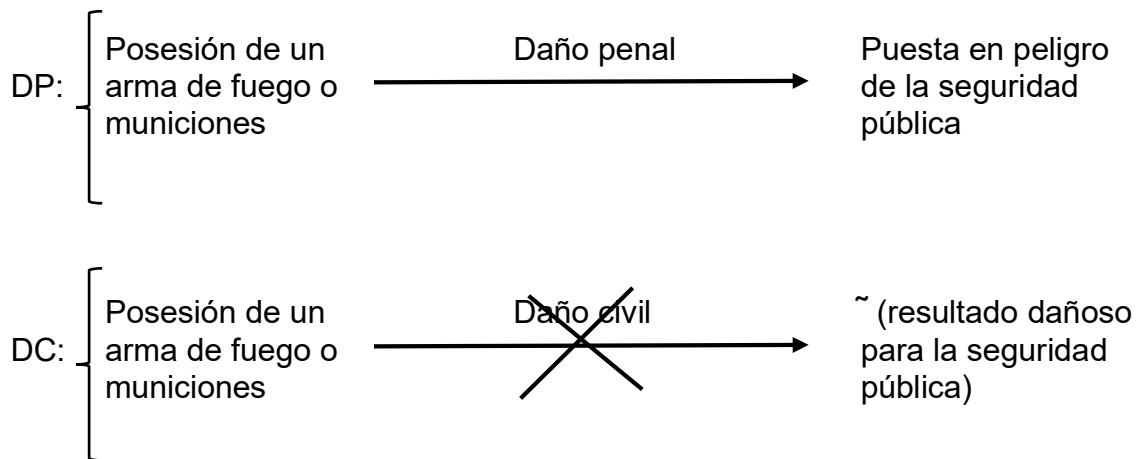
⁵⁴ Al respecto señala Peña Cabrera (2009, p. 566) “(...) Hablamos de un comportamiento que no devela en puridad un peligro concreto, en cuanto a la verificación de un contexto de lesividad potencial, sino de una abstracción, que en mérito a un juicio de valoración general se concluye estas conductas son disvaliosas, de riesgo para la seguridad de las personas (...)”

⁵⁵ Artículo 279 – G del CP: “El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, ensambla, modifica, almacena, suministra, comercializa, trafica, usa, porta o tiene en su poder, armas de fuego de cualquier tipo, municiones, accesorios o materiales destinados para su fabricación o modificación, será reprimido (...)”

⁵⁶ Así lo define Pena Cabrera Freyre (2009a, p. 565), ya citado anteriormente, “(...) el Estado debe procurar que su posesión, almacenamiento y/o comercialización este reservada a ciertos ciudadanos e instituciones, como una vía adecuada para controlar y fiscalizar su uso y empleo; evitando que personas no autorizadas las porten, puesto que su posesión ilegal implica de por sí, peligro, abstractamente considerado.”

En cuanto al daño, como se indicó, su concurrencia debe quedar acreditada para justificar una reparación civil (ítem 2.3.7. – A). Este “daño” en el ámbito penal estaría determinado por la afectación a un bien jurídico o puesta en peligro del mismo. Siendo así, en el caso concreto, si un sujeto posee un arma de fuego y municiones, configura el ilícito penal descrito en el artículo 279 – G del CP, pues se pone en peligro la seguridad pública, que constituye el bien jurídico tutelado por este precepto normativo. Sin embargo, no ocurre así para la responsabilidad civil, puesto que se requiere la concurrencia de un daño civil, físico, para fundamentar la imposición de una reparación. Se afirma ello por cuanto al tratarse de un delito de peligro abstracto, que no materializa un daño civil, no corresponde imponer una reparación civil. (Ver gráfico 5)

Gráfico 5. Daño en delitos de peligro abstracto



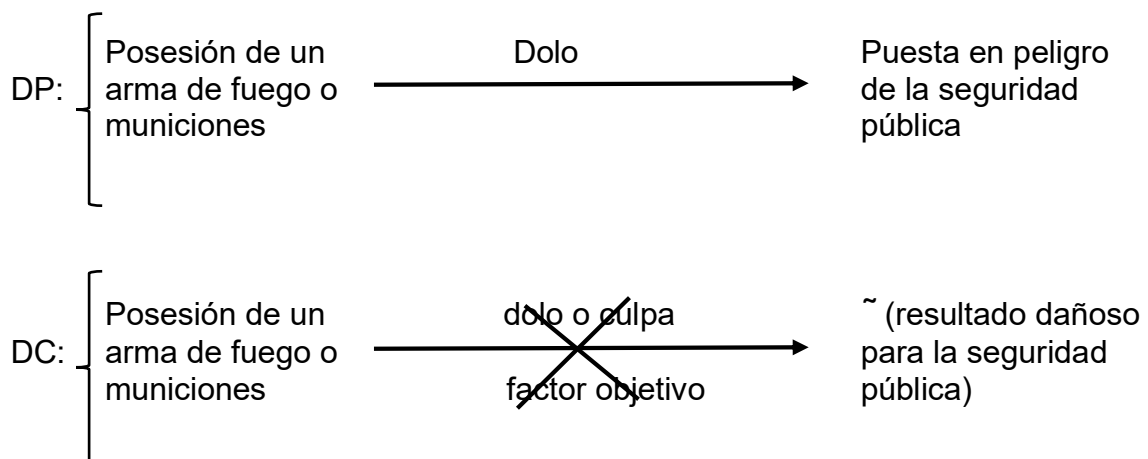
La imputabilidad, tal como se ha indicado, es la aptitud de un sujeto de responder por el daño causado, aspecto distinto al que determina la imputabilidad en el Derecho Penal (mayoría de edad). En el caso formulado, desde la perspectiva del Derecho Penal, el sujeto al ser mayor de edad (27 años) es imputable penalmente del hecho. Asimismo, no es cuestionable, la concurrencia de este elemento para la imposición de la reparación civil, por cuanto el sujeto está en la capacidad de responder civilmente frente al daño.

La antijuridicidad por su parte implica que la conducta desplegada no sea amparada por el Derecho (véase ítem 2.3.7. – C). En el ámbito penal la antijuridicidad también se determina por un actuar contrario al Derecho, el cual no se encuentra justificado en alguna de las causales previstas en el mismo CP (artículo 20). Ahora bien, en el caso que un sujeto posea un arma de fuego o municiones, está actuando contrariamente al Derecho (transgrede una norma penal), que concretamente configura el delito analizado; igualmente ocurre para el Derecho Civil, es una conducta antijurídica desde las dos perspectivas; siendo, por tanto, pasible de reparación previa verificación de los demás elementos.

El factor de atribución, implica la concurrencia de dolo o culpa en la realización de la conducta, aunque también incorpora un factor objetivo basado en el riesgo creado (véase concepto en

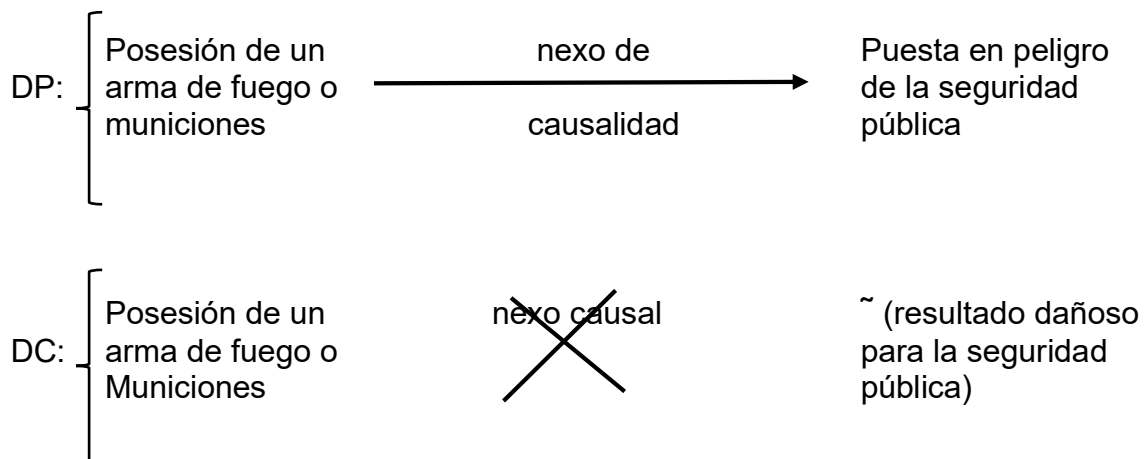
ítem 2.3.7. – D del marco teórico). Para el Derecho Penal, esto estaría determinado por la tipicidad subjetiva de la conducta. Siendo así, el sujeto que posee un arma de fuego o municiones, claro está con conocimiento y voluntad, configurará el ilícito penal *in comento* mediante dolo. No obstante, para el ámbito civil, será difícil determinar la existencia de dolo o culpa si no se ha materializado un actuar lesivo; es decir, al no desplegarse una conducta capaz de causar un daño civil, no se puede hablar de dolo o culpa ni tampoco de la concurrencia del factor objetivo. Para el Derecho Civil no se ha materializado una conducta que importe para justificar la imposición de una reparación civil. (Ver gráfico N.º 6)

Gráfico 6. Factor de atribución en delitos de peligro abstracto



De igual forma respecto al nexo causal, que implica una relación de causa – efecto entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima. Para el Derecho Penal, el denominado nexo de causalidad demanda la existencia de una relación causal entre la acción desplegada por el autor y el resultado. En el presente caso, se tendrá que quien posea un arma de fuego producirá un resultado específico de relevancia penal, consistente en la puesta en peligro del bien jurídico, seguridad pública. Distinto a lo que ocurre en el ámbito civil, pues si no verifica la concreción de un daño civil, difícilmente se puede hablar de la producción de un resultado, por lo que no habrá nexo causal. (Ver gráfico N.º 7)

Gráfico 7. Nexo causal en delitos de peligro abstracto



Al igual que en el caso anterior el daño como elemento de la responsabilidad civil y los que a partir de él se derivan, el nexo causal y el factor de atribución, no concurren en el caso de delito de peligro abstracto; por lo que, no corresponde imponer reparación civil en tales ilícitos penales.

Se advierte que al imponerse la reparación civil como en el caso del anexo 4, se está asumiendo que los delitos de peligro abstracto generan daños civiles y que la reparación civil tiene una naturaleza pública o mixta, al operar como lógica consecuencia del delito, al igual que la pena.

El razonamiento aplicado a los dos casos anteriores se puede emplear en lo demás delitos de peligro que se encuentren en nuestro CP; advirtiéndose que, no operará la reparación civil en tales casos. Veamos dos de ellos que son los más frecuentes en el acontecer jurídico como son los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar – Incumplimiento de Obligación Alimentaria y Conducción en Estado de Ebriedad, que son delitos de peligro abstracto.

Caso N.º 03 y 04 delitos de peligro abstracto (ver anexo 5 y 6)

El caso del anexo 5 versa sobre un delito de peligro abstracto⁵⁷, correspondiendo a la Sentencia de Conformidad emitida por el Quinto Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca, en el Expediente N.º 124-2015-1-0601-JR-PE-01, sobre el delito de Omisión a la Asistencia Familiar – Incumplimiento de Obligación

⁵⁷ Pena Cabrera (2009a, p. 443) citando a Villa Stein precisa: "(...) vendría a constituir un delito de peligro, como se dijo su consumación típica no está condicionada a la concreción de un resultado exterior alguno, basta con que el autor no dé cumplimiento efectivo a la prestación alimenticia sin necesidad de que *expost* haya de acreditarse una aptitud de lesión para el bien jurídico tutelado, por lo que es de peligro abstracto y no de peligro concreto."

Alimentaria, descrito en el artículo 149 del CP⁵⁸, en la que el imputado Luis Alberto Villoslada Quispe, omitió prestar alimentos a sus menores hijos Maricielo Siomara, Charles Darwin y Luis Guillermo Villoslada Ruiz, habiéndosele requerido el cumplimiento mediante la Resolución correspondiente, en virtud de la liquidación devengada; siendo que, se impuso al sentenciado una reparación civil ascendente a trescientos treinta y uno con 80/100 soles (S/ 331.80) por concepto de indemnización, al margen de los tres mil trescientos dieciocho con 20/100 soles (S/ 3318.20) que conformaban las pensiones devengadas.

Para reducir el análisis realizado en los casos anteriores el mismo se centrará en el daño, que es el elemento principal de la responsabilidad civil y que fundamenta la imposición de una reparación de dicha naturaleza en determinado caso.

Para analizar la concurrencia o no de una reparación civil se deberá partir de la especial configuración del tipo penal; el artículo habla de una “resolución judicial” cuya orden se omite cumplir, esta resolución judicial debe ser entendida como aquella que se refiere al auto que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias

⁵⁸ Artículo 149 del CP: “El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad (...)”

al Ministerio Público; esto es, la consumación de este delito, opera cuando vence el plazo que otorga dicha resolución judicial sin que el obligado cumpla el requerimiento judicial. (Tello Villanueva, 2014)

Ahora bien, habrá que detectar los supuestos de daño que se generan a partir de la realización de esa conducta (omitir cumplir lo ordenado por la Resolución Judicial). La reparación civil extracontractual (que es el único supuesto ante el cual se enfrentaría el caso concreto) demanda la presencia de daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona.

En cuanto al daño emergente, este es el daño patrimonial que se deriva de manera inmediata y por defecto del acto dañoso; en este caso el omitir cumplir con la prestación de alimentos no genera daño patrimonial al agraviado; los menores de edad o mayores, según el caso concreto, no verán menoscabado su patrimonio a partir de la omisión de cumplir alimentos; de otro lado, recuérdese que los gastos de abogado que por ejemplo se requieran realizar para la formulación de la demanda, forman parte de costos del proceso, que además no siempre constituyen un pago a cancelar por la parte agraviada, pues sería la demandante quien los afronte (por ejemplo la madre en caso de menores de edad), teniendo en cuenta además que se trata de un proceso que no requiere de defensa técnica y más aún si

estos gastos no se derivan de manera directa y por defecto del daño causado; esto es, no emergen de manera inmediata a la acción realizada por el dañoso.

El lucro cesante; este concepto abarca el patrimonio, lucro o beneficio económico dejado de percibir a raíz del hecho dañoso; por ejemplo, un caso donde se dañe la maquinaria que utiliza un ciudadano para el trabajo, pues dejará de percibir lo que mensualmente ganaría a raíz del daño en su herramienta de trabajo. En el caso de la Omisión a la Asistencia Familiar no habrá lucro cesante que reclamar, a menos que la madre del menor alimentista o el mayor de edad, también alimentista, destine el dinero para invertir y producir una ganancia, lo cual no se condice con los fines a los que el monto dinerario que comprende la pensión alimenticia está orientado; este dinero debe dirigirse para la exclusiva alimentación del menor o mayor de edad según el caso, esto es, alimentos propiamente dichos, vestimenta, educación, etc.

Ahora bien podría decirse que dicha inversión se podría utilizar para incrementar la ganancia y destinarla a tales fines; no obstante, se trata de un concepto que se exige de manera inmediata, pues es inmediata la necesidad del menor o mayor

alimentista.⁵⁹ He allí la celeridad con la que se realizan los procesos de alimentos y con la que se exige el pago, otorgando tan solo tres días al demandado para el cumplimiento del mismo, igualmente en el proceso penal se simplifica el proceso a través de mecanismos que permitan atender esa necesidad, tan apremiante, del alimentista.

Daño moral, en estos casos no se podría hablar de un daño moral ya que probablemente el alimentista no comprenda la magnitud de dicha omisión o puede incluso desconocer de la misma (cuando son menores, por ejemplo). Ahora bien en estos casos se podría plantear el supuesto en el que el alimentista se sienta afectado por la omisión de su padre, ante la carencia de afecto o desinterés por el hijo (según el caso) que esta pueda representar; sin embargo, esta afectación no se deriva directamente de la configuración típica de la conducta como delito de omisión, esto es, del incumplimiento del imputado con lo ordenado en la Resolución Judicial a la que anteriormente se aludía, el alimentista probablemente ni siquiera sepa que el imputado incumplió con lo ordenado en una Resolución específica que configuró el delito, pues esto es parte del proceso penal, ello no le generará afectación moral; si es que esta se presenta, quedará fuera del tipo penal, será un daño *expost*

⁵⁹ Recuérdese que la pensión alimenticia se fija en virtud de la necesidad del alimentista, según lo establece el CC en el Artículo 481: “Los Alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quienes los pide y a las posibilidades del que debe darlos (...)”

(posterior a la configuración del delito), que además, y es evidente, deberá ser causa de unas múltiples omisiones acompañadas de desinterés del obligado, probablemente por la falta de afecto que pueda advertir el menor o mayor de edad en tales casos, ya es más bien un tema familiar que podría ventilarse desde otros puntos del Derecho e incluso sociales.

Daño a la persona, aunque muchos autores concuerdan en que está comprendido en el daño moral⁶⁰, podría entenderse como el daño al proyecto de vida, lo cual tampoco se produce en los casos de omisión a la asistencia familiar, recuérdese que el daño deberá advertirse directamente de la configuración del delito, por ejemplo, en una lesión grave a una deportista que implique la amputación de un miembro, podría truncar su proyecto de vida, como competir en las olimpiadas u otro semejante; sin embargo en el caso de omitir cumplir con lo ordenado en una Resolución Judicial no traerá como consecuencia directa el truncamiento del proyecto de vida del alimentista. Dígase, pues, un supuesto en el que dicha persona requiera los alimentos para estudiar y ser un profesional destacado (proyecto de vida), y el obligado omite cumplir con lo ordenado en la Resolución correspondiente, aquí queda consumado el delito, pero de este actuar ilícito no se deriva una afectación al proyecto de vida del alimentista, puede

⁶⁰ Como por ejemplo Felipe Osterling Parodi (s/f, pág. 01) quien precisa: “Reflexionando sobre el daño moral –expresión genérica que también abarca, en mi opinión, en daño a la persona- (...)”

que esta omisión impida los estudios del mismo y el futuro que espera para sí, pero no será a causa de la comisión del delito sino de las múltiples omisiones que a lo largo de su vida se generen, recuérdese que esta educación, según el ejemplo, es también obligación de la madre o de quien se encuentre a cargo del alimentista. En el supuesto de que solo tenga al obligado para sustentarse, el hecho de omitir cumplir lo que ordena una Resolución Judicial no puede ser causa directa de la afectación al proyecto de vida, sino que sería un resultado *ex post*, que queda fuera de la configuración del delito, o que se produce *a posteriori*.

Además, se ha corroborado en el acontecer jurídico que al existir múltiples formas de exigir el pago de dicha pensión (ya que es un concepto urgente y necesario) permiten el pago de los alimentos. Con la conducta se pone en peligro ese proyecto de vida, pero no se afecta aún⁶¹.

Por tales fundamentos no estamos de acuerdo con lo señalado por Peña Cabrera (2009, p. 443) en el sentido de que: "(...) La Reparación Civil, la suma de dinero que el juzgador deberá fijar por concepto de indemnización, aparte de integrar el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral, debe comprender

⁶¹ "Se trata de un delito permanente, siendo que en tanto no cese el acto jurídico (no se pague la pensión devengada) se seguirá poniendo en peligro el bien jurídico: la integridad y bienestar de la familia" resaltado fuera del original. (Peña Cabrera, 2009, p. 440)

las pensiones impagas (devengados) (...)”, pues se advirtió que dichos conceptos no concurren; además el argumento presenta una incongruencia, dado que, anteriormente menciona que al tratarse de un delito permanente se seguirá poniendo en peligro el bien jurídico (véase nota al pie 61), no pudiendo hablarse de un daño concreto al no haberse lesionado el mismo.

Ahora corresponde analizar el caso del anexo 6 que versa sobre otro delito de peligro abstracto⁶², se trata de la sentencia de conformidad emitida por el Quinto Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca, en el expediente 1060-2014-1-0601-JR-PE-02, sobre el delito de Conducción de Vehículo en Estado de Ebriedad, previsto en el artículo 274 del CP⁶³. En este caso, se intervino al ciudadano José Eslín Cervantes Salazar conduciendo su vehículo con 0.58 gramos de alcohol por litro de sangre.

Para analizar este caso habrá que partir del fundamento de su regulación, la sociedad de riesgos permite la inclusión de determinadas actividades riesgosas para hacer más fácil la

⁶² Peña Cabrera (2009a, p. 527) indica “(...) Por tales motivos fue que se penalizó en el artículo 274 del CP, la conducta *in examine*, sobre el pronóstico de generalidad, de aquel individuo, que consume una dosis significativa de alcohol, pierde de forma notable, sus facultades psicomotrices, debilitando sus posibilidades de “controlabilidad” y de “dominabilidad”, lo que a la postre significa la elaboración conceptual de una situación de peligro abstracto, de un riesgo presunto, para los bienes jurídicos personalísimos, sin necesidad que haya de verificarse una lesión (...)”.

⁶³ Artículo 274 del CP: “El que, encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido con pena privativa de la libertad (...)”

convivencia social y el crecimiento de la misma; una de ellas es la relacionada con el parque automotor, esto trajo propuestas normativas acordes con el cambio, por ello delitos como este se recogieron en el CP.

El CC, por su parte, en el artículo 197⁶⁴ regula la responsabilidad por riesgo, que es la que se deriva precisamente del uso de bienes riesgosos o de la realización de actividades riesgosas como lo constituye el conducir un vehículo. No obstante, se debe entender que esta responsabilidad civil se genera cuando se ocasiona un daño concreto y podemos advertir daño emergente, lucro cesante, daño moral y/o daño a la persona, caso en el cual corresponderá la imposición de una reparación civil; sin embargo, en el caso de conducción de un vehículo en estado de ebriedad no se presenta un daño concreto; representa un peligro para la integridad, vida y otros bienes importantes, pero no se ha generado aun una lesión cuando el conductor del vehículo conduce con gramos de alcohol por litro de sangre superiores al permitido.

En ese sentido, no cabe la imposición de una reparación civil como ha ocurrido en el caso concreto, pues en la sentencia se impuso al acusado el pago de ciento cincuenta y 00/100 soles (S/ 150.00) por dicho concepto.

⁶⁴ Artículo 1970 del CP: “Aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.”

Esto último ocurre constantemente no solo en a nivel judicial sino también fiscal, pues el artículo 2 del CPP regula el Principio de Oportunidad que constituye un mecanismo que simplifica el proceso e implica la imposición de una reparación civil en determinados casos permitiendo la conclusión del proceso a través de la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del Representante del Ministerio Público; sin embargo como se analizó no corresponde en tales casos imponer una reparación civil y ello es complicado si se piensa en que incluso existe una tabla de referencia para la reparación civil por conducción en estado de ebriedad, la cual se ha establecido en el “Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad” aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1470-2005-MP-FN.

Corresponde aclarar en qué consiste dicho concepto. Si bien actualmente se ha regulado como una reparación civil, ello resulta equívoco, pues no se presentan los presupuestos para su imposición; no obstante, si se estima beneficioso dicho mecanismo de simplificación procesal, el concepto monetario impuesto debería adoptar una denominación diferente; lo contrario conlleva a la incoherencia en el Ordenamiento Jurídico, pues se impone una reparación civil pese a que no concurre un daño civil.

Caso N.º 05, delito de peligro abstracto (ver anexo 7)

Similar circunstancia, se presenta en delitos más graves, como lo es el de Tráfico ilícito de drogas, tipificado en el artículo 296 del CP⁶⁵.

Se trata de la Sentencia condenatoria, contenida en la Resolución N.º 02, de fecha 16 de octubre de 2018, emitida por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Cajamarca, en el expediente N.º 00339-2018-7-0601-JR-PE-01, impuesta a Julio Castillo Huamán, Rosas Bladimir Chalan Castillo y Gilberto Chunque Castillo, por la comisión del ilícito penal antes señalado, con la agravante prevista en el numeral 6, del artículo 297 del mismo Código (el hecho es cometido por tres o más personas). a quienes se les impuso, junto a la pena privativa de libertad correspondiente, el pago de quince mil y 00/100 soles (S/ 15 000.00), por concepto de reparación civil, en tanto, habrían favorecido al consumo de drogas, mediante actos de tráfico, en el siguiente contexto: Personal del Departamento Antidrogas del Frente Policial de Cajamarca – DEPANDRO al haber recibido información que presuntos traficantes de droga vienen transportando pasta básica de cocaína desde la Provincia de Celendín con destino a ciudades de la costa, inició operativos antidrogas el veintitrés de febrero de dos mil dieciocho. Así, se

⁶⁵ Artículo 296 del CP: “El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico será reprimido con pena privativa de libertad (...)”

ubicaron en un lugar estratégico, concretamente en el sector denominado Cruz Conga, comprensión del Distrito de Sucre, Provincia de Celendín, Departamento de Cajamarca. Luego, siendo las cuatro horas del veinticuatro de febrero de dos mil dieciocho, pasando unos metros del kilómetro diez de la carretera que une a los Distritos de La Encañada y Baños del Inca, se intervino a los ocupantes del interior de la camioneta de placa de rodaje T3X-900, color blanco, entre quienes se encontraba Gilberto Chunque Castillo, como conductor de dicha camioneta, Julio Castillo Huamán como copiloto, y Rosas Bladimir Chalán Castillo, en el asiento posterior; siendo que, la sustancia que aquellos transportaban en dicho vehículo dio positivo a pasta básica de cocaína, pues conforme al Resultado Preliminar de Análisis Químico de droga N° 2484/18 la sustancia (arrojada a la pista en presencia de los efectivos policiales) corresponde a pasta básica de cocaína con un peso bruto de 9,277 kilogramos y un peso neto de 9,004 kilogramos. Además, , conforme al Informe Pericial Químico de Droga N° 016/2018 la sustancia encontrada en el registro vehicular corresponde a pasta básica de cocaína con un peso bruto de 3.19 gramos y un peso neto de 1.84 gramos.

En la sentencia, si bien se señaló que, la reparación civil no se otorga de manera automática a quien lo solicite y, además, se remitió a las normas del Código Civil para hacer referencia a ella,

impuso dicho concepto reparatorio, sin la justificación debida; y es que, no era posible sustentarla a partir de las reglas que impone la Teoría de la Responsabilidad Civil, por cuanto no concurre, en este caso, el daño civil exigido, pasible de cuantificación y acreditación, que justifique la imposición de la reparación civil.

En este caso, se ha omitido considerar que nos encontramos frente a un delito que no causa daños civiles, pues, como reconoce Peña Cabrera (2010, p. 49):

(...) si estamos hablando de un bien jurídico de orden 'supraindividual' la técnica de tipificación penal ha de tomar lugar mediante los tipos de peligro (...) la punición de los comportamientos prohibidos que se han glosado en esta sección (...) no está supeditada a la causación de una lesión, pues ello es en realidad materialmente imposible (...)

En concreto, se trata de un delito de peligro abstracto, cuya configuración no materializa un daño civil; de allí que el citado autor, citando a Falcone, señale que, en "(...) algunos delitos de peligro pueden distinguirse dos bienes jurídicos (...) los delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado o con bien intermedio con función representativa, como lo sería el Tráfico de Drogas, ello daría lugar a los delitos de peligro abstracto (...)" (Peña Cabrera, 2010, p. 50)

Entonces, aun cuando, “(...) Los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas son injustos de gravedad, en mérito a la naturaleza del bien protegido, al involucrar una esfera importante de la sociedad (...)” (Peña Cabrera, 2010, p. 47), como es la salud pública, está aún no se ve lesionada, esto es, no se ha materializado un daño pasible de ser reparado civilmente. Este criterio (el injusto que representa) justificará la imposición de la pena, mas no de la reparación civil.

Habiendo concluido dicho análisis, corresponde ver las consecuencias que se derivan de ciertas asunciones respecto a la naturaleza y contenido de la reparación civil y delitos de peligro.

Para iniciar este cuestionamiento, a las consecuencias que se derivan de la *praxis* antes descrita, cabe partir de la siguiente premisa: Si, como se describió en el marco teórico, los delitos de peligro solo importan un riesgo o peligro al mismo, con la imposición de una reparación civil, se está asumiendo que sí generan una afectación pasible de reparación civil, lo cual se verifica también de los casos tipo planteados; veamos entonces la o las consecuencias que se generan a partir de dicha asunción.

B. Consecuencias que se derivan de asumir que los delitos de peligro pueden producir daños civiles

Consecuencia 1

Uno de los efectos importante que se advierte de la asunción de dicho criterio (la conducta es lesiva causante de un daño concreto), influye en el contenido del artículo IV del TP del CP. El principio de lesividad contenido en dicho dispositivo legal indica: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley.”

Si se impone la reparación en delitos de peligro, se está desconociendo también el contenido de este artículo; pues, al asumir que el delito de peligro importa un daño y por ende una reparación civil, se estaría asumiendo –consecuentemente– que en realidad no se trata de una conducta peligrosa para el bien jurídico; sino, que por el contrario una conducta que ya afectó el mismo, generando un daño concreto.

En tal caso, qué sentido tendría sostener la existencia de circunstancias que pongan en peligro bienes jurídicos, si (para quienes asumen tal criterio) todas las circunstancias comprendidas en el CP (conductas) son lesivas de bienes jurídicos y por tanto causantes de daños concretos, pues solo así se justifica la imposición de una reparación civil. La distinción que hace el citado artículo sería, entonces, innecesaria.

Consecuencias 2

Con ello, además, se desestabiliza la teoría del delito, en general; pues ésta ha definido el delito, las clases de delitos que existen, el contenido, características de cada uno de ellos, etc.; y, si se pretende asumir que todas las conductas reguladas por el CP son lesivas y causantes de daños, carece de sentido los planteamientos doctrinarios que a lo largo de la historia se han esforzado en explicar el contenido de los delitos de peligro y justificar su penalización; resulta innecesaria también la distinción entre delitos de peligro concreto y abstracto.

Se advierte de ello, que imponer una reparación civil en los delitos de peligro, suprime la existencia de estos del CP (no serían de peligro sino causantes de lesiones efectivas a los bienes jurídicos), lo cual no se condice con los incontables esfuerzos de la doctrina por justificar su existencia y sostener que en dichos casos no se lesiona un bien jurídico, sino que únicamente representan un peligro o riesgo de lesión al mismo. Con ello se altera su contenido, desconociéndole su carácter peligroso y dotándole de un carácter lesivo sin justificación razonable.

Consecuencia 3

De otro lado, tal asunción modifica la interpretación que se debe hacer del artículo IV del TP del CP; lo que dicha norma implícitamente demanda es que la pena se impondrá cuando se

lesione un bien jurídico o se ponga en peligro el mismo, mas no prescribe la exigencia de imponer la reparación civil en todos los casos. Asumir lo contrario implica entender que cuando se habla de pena también se está hablando implícitamente de reparación civil, actuando ésta como un accesorio de la pena.

Consecuencia 4

Otra consecuencia que este planteamiento acarrea, es la contradicción en los propios planteamientos del Acuerdo Plenario que han sustentado desde años atrás la imposición de reparación civil en los delitos de peligro. Dicho plenario en el fundamento 9 describe lo siguiente:

Los delitos de peligro -especie de tipo legal según las características externas de la acción- pueden definirse como aquellos en los que **no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto**, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en *peligro* de sufrir la lesión que se quiere evitar (...). Resaltado fuera del original.

Sin embargo, posteriormente se contradice cuando señala:

En los delitos de peligro, desde luego, **no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil**, puesto que en ellos (...) se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, (...). Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión (...)

Teniendo clara la contradicción (ya que en el primer párrafo citado se indica que no se ha ocasionado un daño sobre un objeto y, en el segundo, afirma que no se puede negar el

surgimiento de responsabilidad civil), no queremos incidir en las demás consecuencias que este planteamiento acarrea, y es que, una contradicción de tal naturaleza, por la autoridad jurisdiccional deslegitima su intervención, resquebraja la confianza en su criterio interpretativo y genera inseguridad jurídica.

C. Consecuencias que se derivan de asumir que no causa daños civiles

Concretamente se puede decir que el asumir que no causan danos civiles se reconoce su contenido peligroso o riesgoso para el bien jurídico, el cual es el sustento de la sanción jurídico penal para esa clase de ilícitos penales.

La teoría del delito se ha preocupado en explicar el contenido de los mismos, distinguiéndolos en delitos de peligro abstracto y concreto, su carácter peligroso fundamenta su distinción con los delitos de lesión y, por supuesto, fundamenta su sanción jurídico penal, es así como debería tratarse en la doctrina y jurisprudencia.

Asimismo, no se considerará que la reparación civil, es accesoria a la pena y que ambas concurren frente a la comisión del delito, esta distinción es importante por cuanto independiza ambas figuras reconociendo sus características, elementos y contenido propios.

Se concluye entonces, que el contenido de los delitos de peligro está conformado por el riesgo o peligro que importa para un bien jurídico específico y que, asumir que corresponde imponer una reparación civil en estos ilícitos penales implica desconocer ese contenido, convirtiéndolo en una categoría jurídica de contenido lesivo que anula todos los planteamientos que en torno a su “esencia” se han formulado.

Siendo así, resulta, desde el punto de vista dogmático, imposible imponer una reparación civil a quien ha cometido un delito de peligro, esta incoherencia teórica, ha generado inconsistencias en las decisiones judiciales y fiscales, además de confusiones en los actores jurídicos, quienes resultan imponiendo reparaciones civiles ante la concurrencia de tales conductas delictivas.

Ahora bien, no está de más precisar que si bien existe una incoherencia teórica, su imposición puede obedecer a otros fundamentos. Pero ello, debe orillarnos a una asunción de postura o solución, que mejore el conflicto doctrinal y que mantenga la sistematicidad jurídica. Veamos.

3.1.2. Fundamentos de la imposición de una reparación civil en los delitos de peligro

Descrita la forma en que opera la imposición de la reparación civil en los delitos de peligro y teniendo en cuenta el desarrollo tratado en el marco teórico relacionado a la naturaleza jurídica de la reparación civil en el ámbito penal; se puede decir que la naturaleza que se atribuye concretamente a la reparación en esta clase de delitos, y que justifica la práctica que se ha descrito en la presente tesis, es que es pública, por tanto, equiparable a la pena o, al menos posee naturaleza mixta; ello a fin de justificar su imposición, aun en ilícitos que no materializan un daño concreto, como son los de peligro.

Cuando pensamos en una naturaleza penal o pública de la reparación civil, nos formulamos muchas preguntas en torno a cómo y por qué se llega a dicha asunción o postura, se trata, acaso, de considerar a la reparación civil (en el ámbito penal) como una sanción jurídico penal, qué consecuencias teóricas y prácticas acarrearía ello; de dónde parte su “naturaleza pública o mixta”.

Y es que, cuando el Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116 alude a su necesaria imposición como consecuencia del delito, está sugiriendo su naturaleza pública o por lo menos mixta o binaria.

Ahora bien, esta concreta naturaleza que se le atribuye acarrea consecuencias, las cuales deben ser identificadas y tratadas, para luego de este procedimiento conseguir justificar por qué unas

consecuencias son preferibles a otras, teniendo como resultado la correcta naturaleza que le corresponde y, por ende, la contrastación de la hipótesis formulada, que constituye el verdadero fundamento por el cual se impone la reparación civil en los delitos de peligro.

Esto se puede afirmar, puesto que la reparación civil en los delitos de peligro se sustenta en el Acuerdo Plenario 6-2006/116-CJ; el cual asume que el simple hecho de configurarse una conducta delictiva, implica la imposición de una reparación civil. Debemos tener claro que ello no es así, por cuanto no debería en todos los supuestos de delito acreditado, ser factible la imposición de una reparación civil, ya que ésta no se funda en la afectación a un bien jurídico como pretenden explicar los planteamientos del citado Acuerdo Plenario, sino en la producción de un daño concreto, que no necesariamente concurre en todos los casos de ilícito penal.

A. Consecuencias que se derivan de asumir la naturaleza Penal o pública, de la reparación civil en el ámbito penal

Adscribirse a esta postura para justificar la imposición de una reparación civil en los delitos de peligro genera consecuencias como las descritas a continuación:

Consecuencia 1

Asumir que la reparación civil tiene naturaleza pública y por tanto es equiparable a la pena, importa asemejar ambas formas en que se presenta el ilícito y asumir que son iguales ambas formas

de contravención a la ley; es decir, con dicho planteamiento se asume que es lo mismo hablar de ilícito penal e ilícito civil o daño penal y daño civil, pues de ello obtendremos la misma consecuencia: pena y reparación, en todos los casos. Con ello, se pretende asumir que al poner en peligro un bien jurídico, consecuentemente se vulnera del deber genérico de no causar daño, correspondiendo, por tanto, una reparación.

Esto se funda en el contenido del Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116, que señala “(...) en los delitos de peligro se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que incide el interés tutelado por la norma penal (...)”, de lo cual se advierte, que el fundamento principal que sustenta dicha imposición no se avoca al resarcimiento del daño a la víctima sino a la lesividad de la conducta capaz de transgredir un bien jurídico penal, es decir a la gravedad de la conducta que afecta intereses sociales –o, mejor dicho, bienes jurídico penales–; no obstante esto no parece ser fundamento para imponer una reparación civil, sino que es precisamente el fundamento para imponer una sanción jurídico penal: la pena.

La ilicitud implica una contravención al Ordenamiento Jurídico, una conducta es ilícita cuando es contraria al Derecho, se puede hablar de ilicitud penal cuando lo que se contraviene es el

contenido de un precepto normativo regulado en un CP; o, se puede hablar de ilícito civil cuando lo que se contraviene es una norma civil, concretamente un deber, por ejemplo, el de no causar daño a otro.

Entonces, debe tenerse en cuenta que cada ilícito se origina de modo diferente y por ende deben tener un tratamiento diferente; un ilícito penal puede generar daños civiles, es decir, configurar a su vez un ilícito civil; pero ello no significa que deba ser así en todos los casos, sin excepción alguna. El hecho de que se contravenga el Ordenamiento Jurídico Penal, no tendrá como consecuencia directa y necesaria una contravención al orden civil, las normas penales regulan conductas graves por el principio de fragmentariedad del Derecho Penal, en tanto que el Derecho Civil está orientado a la regulación de conductas que se considera no afectan gravante intereses sociales, pero que no obstante requieren regulación para mantener la convivencia social; entiéndase que, su fundamento es diferente.

Finalmente, cabe indicar que, si bien es cierto que la cita del Acuerdo Plenario que se analiza indica “según los casos”; también lo es, que no establece una diferenciación de, en cuáles casos un delito de peligro genera “daños civiles” (físicos y cuantificables) y en cuáles no; por el contrario, se limita a generalizar concluyendo que corresponde la imposición de la reparación civil en todos los casos que se presenten.

Dicha circunstancia debe corregirse, por cuanto no debería en todos los supuestos ser factible la imposición de una reparación civil pues esta no se funda en la afectación a un bien jurídico, sino en la producción de un daño concreto, que no necesariamente concurre en estos casos, evidenciándose más bien una confusión o equiparación de ambos ilícitos.

Consecuencia 2

Otra consecuencia que genera el asumir que el simple hecho de cometer delito acarrea una reparación civil, es reconocer que esta se instituye dentro del proceso penal como una lógica consecuencia del delito desconociéndose su independencia como institución jurídica del Derecho Civil, la convierte en una entidad dependiente del delito y que su imposición dependerá, a su vez, de la gravedad e incidencia del mismo, de la verificación de las categorías estratificadas de la teoría del delito; y, no ya de sus propios elementos o características.

En el Plenario citado se advierte ello cuando precisa que, "(...) esta delictiva alteración o perturbación del Ordenamiento Jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión (...)", haciendo referencia con esto último al daño ocasionado.

De igual forma, si se asume que es una lógica consecuencia del delito, como lo es la pena, por ejemplo, se convierte a la reparación civil en un equivalente penal, lo que además implicaría que su finalidad sea la misma, contrariamente a lo que la doctrina ha establecido al respecto, pues la reparación civil es principalmente resarcitoria y la pena tiene una finalidad de prevención. La reparación civil se convierte en un anexo a la pena, dependiendo únicamente de la existencia del delito y que opera indefectible e independientemente de sus elementos o características.

Esto también genera que exista una incoherencia en la aplicación del Derecho, pues en algunos casos la reparación civil se impondrá previa verificación de los elementos de la responsabilidad civil (en delitos de lesión) y en otros bastará la acreditación del delito para que se imponga la reparación (delitos de peligro).

Consecuencia 3

En relación a lo anterior otra consecuencia de asumir su naturaleza penal o pública es que se desconozcan los elementos de la responsabilidad civil, para la imposición de la reparación; ello por cuanto, si en el delito de peligro no se genera un daño y, a pesar de eso se pretende imponer una reparación civil, significa que esta no se sustenta en el mismo y por tanto no

importarán los elementos que deben concurrir para su imposición.

Siendo así, el juez, en todos los casos, estará obligado a imponerla y la cuantificación se realizará en función a su discrecionalidad y, no ya en función al daño sea este patrimonial o extrapatrimonial. Ello se verifica del Acuerdo Plenario que indica que “(...) corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía (...)”.

De otro lado, si se echa un vistazo al articulado que regula la responsabilidad civil en materia penal, o dentro del proceso penal⁶⁶, parece sugerir la existencia o conformación de una reparación civil de naturaleza pública, a juzgar por las diferencias y características particulares que adopta al instituirse dentro del proceso penal. Veamos cada una de estas circunstancias que a criterio de la investigadora pretenden dotar de un carácter público a la reparación civil, las cuales serán cuestionadas críticamente.

Consecuencia 4

Según la doctrina civilista, la reparación civil es de acción privada, esto es, será la parte interesada (afectada) quien decida la

⁶⁶ Pues no se puede aludir a una reparación civil en materia penal si con ello se interpreta una especie de responsabilidad civil diferente a la que ha descrito la doctrina civilista, pues que se instituya en el proceso penal no modifica su naturaleza como tal.

exigencia de una reparación o no; sin embargo, en el proceso penal su “persecución” es pública, pues queda bajo la responsabilidad del Representante del Ministerio Público su exigencia, quien además está obligado a exigirla o en algunos casos imponerla como sucede en la aplicación de los principios de oportunidad a nivel fiscal (investigación preliminar). En tales casos el fiscal a cargo de una investigación absorbe la facultad del privado de exigir un interés también privado, ahora ya es, de interés público y por ello la obligación que tiene de exigirla o de imponerla según corresponda. Se asume un papel que normalmente, o por lo menos desde la óptica civil, siempre será cuestionado.

Si bien en el Acuerdo Plenario 5-2011/CJ-116, se alude a que la intervención del fiscal será por sustitución, salvando con ello la confusión existente en torno al tema; no obstante, el fiscal termina ejerciendo un papel de privado o particular, pues el artículo 349 del CPP establece: “1. La acusación fiscal será debidamente motivada y contendrá, (...) g) el monto de la reparación civil (...)”.

Sin embargo, este fundamento (el que sea el Ministerio Público quien la exija), no parece ser suficiente para motivar la asunción de que su naturaleza sea pública, principalmente porque su naturaleza no puede depender del actor u órgano que la ejercite,

pues por el simple hecho de que sea el fiscal o un particular quien la demande no cambiará su “esencia”. Resulta un argumento sumamente superficial, que desnaturaliza la “esencia” de la reparación civil, sin una justificación razonable.

Ello acarrea, a su vez, otras consecuencias de naturaleza práctica que se generan es la creencia de que el fiscal puede subrogar al particular aun en contra de su voluntad, cuando de imponer la reparación civil se trata.

Pongámonos en el supuesto de que el Fiscal responsable de un caso celebra un principio de oportunidad aun cuando la parte agraviada, presente en la diligencia, no se muestra conforme con el monto sugerido por aquél⁶⁷; al margen del cuestionamiento que pueda surgir en torno a los criterios que toman en cuenta para imponerla, el hecho de que el fiscal imponga un monto de dinero por dicho concepto, aun en contra de lo planteado por la parte agraviada, quien además podría justificar el monto que exige, no habla sino de la creencia que existe en torno a que su intervención debe ser indefectible, reemplazando al agraviado. La facultad que otorga el CPP de celebrar el principio de oportunidad e imponer una reparación civil debe operar en caso

⁶⁷ Recuérdese que el artículo 2 del CPP, contempla el supuesto de inconcurrencia del agraviado (numeral 3), en cuyo caso el Fiscal sustituirá al mismo imponiendo la reparación civil. Mas no se contempla el supuesto de que el agraviado concorra, pero no se muestre de acuerdo con la reparación que sugiere el Fiscal.

de inconcurrencia de la parte agraviada; pero, en caso esta concurra debe ser ella quien en ejercicio de un interés privado proponga un monto (el cual debería estar acreditado en función al daño causado) y se imponga así la reparación civil.

Consecuencia 5

Otra circunstancia que alude a su naturaleza pública es el relativo a la carga de la prueba, pues de acuerdo a la normatividad civil “El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.” (artículo 1969 del CC), en tanto que al comprenderse dentro del proceso penal, la carga de la prueba recae en el Ministerio Público, quien a través de su representante y al momento de ejercitar la acción penal (con su requerimiento acusatorio) deberá acreditar no solo el objeto penal del proceso, o sea la pena; sino también deberá fundamentar y acreditar la exigencia de una reparación civil, trasladando la carga de la prueba a éste y no ya al perjudicado con el ilícito como sí sucede en el proceso civil.

No obstante, no se puede considerar este como un argumento suficiente para asumir que la reparación civil impuesta con motivo de un ilícito penal tenga naturaleza pública; por cuanto, no es obligatorio que el fiscal acredite indefectiblemente la reparación civil en todos los casos, ya que de constituirse el agraviado en actor civil, deberá ser éste quien acredite la

conurrencia del daño y su cuantificación, respetándose así su naturaleza privada y resarcitoria, sobre todo si el Acuerdo Plenario 5-2011/CJ-116 reconoce que la intervención del fiscal es solo por sustitución, en tanto no se constituya el agraviado en actor civil.

Consecuencia 6

El artículo 376, numeral 2, literal b) del CPP señala: “El interrogatorio se orientará a aclarar las circunstancias del caso y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil.” teniendo a esta última –como claramente se infiere–, como parte del objeto del proceso penal; por su parte, el artículo 399 numeral 4, de dicho Código establece: “La sentencia condenatoria decidirá también sobre la reparación civil, ordenando –cuando corresponda– la restitución del bien o su valor y el monto de la indemnización que corresponda (...)”.

Con esta norma, la exigencia recae sobre el Juez Penal, quien deberá decidir acerca de la reparación civil, pero esta característica no es suficiente para fundamentar su naturaleza pública, sobre todo porque la razón por la cual se instaura y se impone dentro del proceso penal, es por cuestiones de celeridad procesal y cumplimiento de fines penales, pero no porque su esencia sea la de satisfacer o responder a un interés público, como lo es el delito y la lesión al bien jurídico que este importa.

Cuando se describía la cita de Julio D. Valenzuela Barreto, en el marco teórico, referida a la naturaleza pública que le atribuye (ver ítem 2.3.9. B) creemos que existe una confusión de los motivos por los cuales se instaura y la esencia de la reparación civil como institución jurídica. El que contribuya de alguna forma al proceso penal no implica que se deba desnaturalizar, por cuanto la imposición sigue obedeciendo a los criterios establecidos en la normatividad civil, y aún sigue respondiendo a un interés privado, no público.

Consecuencia 7

De otro lado, una importante distinción que contribuye a la asunción de su naturaleza pública, sería respecto al obligado en el pago de la reparación civil: en materia civil la carga puede ser trasladada a quien esté en la capacidad de soportarla; por ejemplo, si un menor de 16 años de edad causa un daño pasible de indemnización, se hará cargo de ésta el padre del mismo o quien ejerza su tutela y se encuentre en la capacidad de responder civilmente frente al daño; en tanto que en el proceso penal la responsabilidad de asumir la pena impuesta no puede ser trasladada a otra persona, pues quien ha cometido el ilícito será quien cumpla la pena.

De asumir que la reparación civil tiene naturaleza pública, implica entender que el principio de responsabilidad por el hecho

propio⁶⁸ se extiende al objeto civil del proceso penal, lo cual es incorrecto. Al respecto señala Valenzuela Barreto (2013, p. 23) que en materia penal al no trasladarse el riesgo a quien está en mejor posición de soportarlo como sí ocurre en el proceso civil, la responsabilidad extracontractual en los daños provenientes de los ilícitos penales, adopta una naturaleza jurídica especial. Aunque el citado autor no precisa la “naturaleza jurídica especial” que atribuye a esta manifestación de responsabilidad civil, en una cita anterior aludía a la naturaleza pública de la acción de reparación civil derivada de un ilícito penal, con lo que debemos asumir que se adscribe a esa postura.

Pese a ser una observación importante la aludida, respecto al obligado en el pago de la reparación civil, con ello no se debería otorgar una naturaleza pública a la misma, parece más bien que se genera una confusión en torno a ello que no ha sido aclarada dadas las numerosas posiciones doctrinales que se dividen sin ningún consenso.

Pero debemos entender que la naturaleza que reviste a la reparación civil es privada, obedece a un interés privado, se deriva de un interés particular, no público ni general, esta es su “esencia” y así debería entenderse aun cuando se instaure o se imponga dentro de un proceso penal o cualquier otro.

⁶⁸ Principio rector del proceso Penal que encontramos contenido en el artículo VII del TP del CP: “La pena requiere de la responsabilidad Penal del autor.”

Consecuencia 8

Otra consecuencia que se genera a partir de la asunción de su naturaleza pública es que se entienda que la reparación civil del daño constituye un nuevo fin de la pena.

Con lo que, se estaría hablando de que además del fin preventivo de la pena, también sea el de reparar el daño causado, pero entiéndase que la reparación del daño es un interés particular; asumir ello no solo desnaturaliza la reparación civil sino también altera el fin de la pena y la naturaleza pública del Derecho Penal, cuyo fin no es reparar un interés particular.

Los efectos de esta postura son muchos y muy relevantes, pues de asumir su naturaleza pública estamos dotándole de un poder sancionatorio que no es precisamente lo que se busca con la imposición de una reparación civil. Sus fines serían entonces los mismos atribuidos a la pena, si se quiere ser coherente con el sistema; y, de ser así, qué sentido tendría distinguir ilícito penal del ilícito civil cuando de reparación se trata, si al final se pretende atribuir el mismo fin a ambos, la misma aplicación y el mismo tratamiento.

Conclusión

Debemos dejar sentado que con esto no se pretende brindar una imagen de teóricos cerrados, sin el ánimo de abrirse a nuevas

alternativas, una alternativa es la que se busca proponer con la presente tesis; pero ello no debe, bajo ninguna circunstancia, generar asistematicidad en el Ordenamiento Jurídico al imponerse una reparación civil cuando no se ha acreditado daño. Lo contrario implica desnaturalizar las instituciones del Derecho ya sea Civil o Penal, trayendo abajo siglos de prestigiosa doctrina en torno a la responsabilidad civil, por ejemplo, la cual se ha instituido como una de naturaleza privada, de competencia estricta de las partes intervinientes, quedando a criterio del perjudicado su exigencia y no a un ente público o, cuando menos, no bajo la creencia de que se convierte en un interés del Estado.

En ese sentido no se debe de entender a la responsabilidad civil como una de naturaleza pública por el hecho de dotarse de características propias del derecho público, como el ejemplo de la carga de la prueba o el titular de su ejercicio; téngase en cuenta que la responsabilidad civil, sigue a pesar de ello siendo eso, civil, y deberá regirse siempre por las mismas reglas, lo otro no es más que una manifestación de la celeridad procesal que se busca con su incorporación en el proceso penal.

Además, si bien la carga de la prueba del dolo en la responsabilidad civil se invierte, téngase en cuenta también que cesa la legitimación del Ministerio Público de exigir una reparación civil cuando el agraviado se constituye en actor civil;

por lo que, con ello se reconoce su naturaleza privada, caso contrario sería estricta la exigencia de que el Fiscal, conjuntamente con la pena, exija el pago de la reparación civil sustituyendo, indefectiblemente, al agraviado.

B. Consecuencias que se derivan de asumir la naturaleza binaria de la reparación civil en el ámbito penal

Como se observó en el marco teórico (ítem 2.3.9.) existen en torno a la reparación civil en el proceso penal, posturas que se acogen al planteamiento que sostiene que dicha reparación es civil y a la vez penal. Como se dijo también, aun cuando no lo asuman expresamente, lo que se camufla con este planteamiento, es, las siempre existentes, teorías eclécticas o intermedias.

Sin embargo, revisados los planteamientos que la sostienen, observamos que se parte de los fines de la reparación civil, Villavicencio Terreros (citado en la parte pertinente del marco teórico) aludía que la reparación civil no es una institución completamente civil, ni una consecuencia accesoria de la imposición de una sanción penal, sino que apoya fundamentalmente a la consecución de los fines de la pena; y, por ende, se constituye en un instrumento autónomo en el campo del castigo y en la prevención.

Como se observa la cita anterior inicia señalando que la reparación civil no es una institución completamente civil, con lo que parece brindarle naturaleza penal también, aunque posteriormente aclara que se trata de un instrumento autónomo; lo que sí es visible de la cita anterior es que, el hecho que la reparación civil apoye a la consecución de los fines penales altera su naturaleza jurídica, como él lo denomina, autónoma. Igualmente Soler, que la define como un medio de prevención, a quien también se citó oportunamente en el marco teórico.

No obstante, no se debe confundir la naturaleza jurídica con los fines de la institución jurídica en juego, pues el hecho de que sus fines contribuyan con los del sistema penal, no significa que la institución jurídica pierda su naturaleza civil o privada y se convierta en una institución pública, por cuanto ya vimos los efectos y consecuencias que dicha asunción acarrea.

De todo ello se advierte que la reparación civil adopta una naturaleza distinta a la que le corresponde, pública o mixta; opera como una lógica consecuencia del delito adquiriendo con ello un carácter punitivo, sancionador, ya no resarcitorio; pierde su carácter independiente para aparecer siempre que exista un ilícito penal y además se descartan la concurrencia de los elementos para imponerla, ya no se privilegia el daño sino simplemente la afectación a un bien jurídico o su puesta en

peligro. En definitiva, ya no estamos hablando de una reparación civil.

C. Consecuencias que se derivan de asumir la naturaleza privada de la reparación civil en el proceso penal, con contribución a los fines penales

La asunción de la naturaleza privada de la reparación genera la separación de ambos ilícitos, el penal y el civil, esta distinción, avala la independencia de la institución jurídica de la reparación civil, pues no la considera como una pena o como accesoria a la misma al ser obligatoria su imposición.

Ese planteamiento se condice con lo postulado por la doctrina civilista que desde sus orígenes le han atribuido una naturaleza civil o privada; por tanto, independiente de las demás ramas del Derecho en las cuales se instituya o se imponga.

Esta independencia, permite reconocer la concurrencia de los elementos que conforman la responsabilidad civil; y, por lo tanto, la verificación de la presencia de cada uno de ellos en el caso concreto para sustentar la imposición de una reparación civil; ello sin excepción alguna. Lo cual desemboca en el criterio de que no en todos los casos en los que se acredite la comisión de un delito corresponderá como consecuencia inevitable la reparación civil; ya que, para su imposición se requiere que

concurran los elementos de la responsabilidad civil y la acreditación de los mismos.

De otro lado, se reconoce el contenido de los delitos de peligro, que está determinado por el actuar peligroso o riesgoso para un bien jurídico, pero no lesivo como se pretendería asumir al creer que estas conductas delictivas son capaces de producir afectaciones pasibles de reparación.

Asimismo, se deslinda la supuesta similitud de los fines atribuidos a la pena y reparación civil, pues ya no se considera que la reparación civil cumple un fin preventivo y por ende corresponde imponerla en todos los supuestos, sin exceptuar alguno, con la única finalidad de dar cumplimiento al fin buscado por la pena: prevención general positiva o negativa.

Tampoco se consideraría que la pena cumple un fin reparatorio, esta está reservada exclusivamente para la reparación civil y no debe desnaturalizarse ambos institutos o categorías jurídicas.

La asunción de su naturaleza privada se puede además advertir de las normas que regulan nuestro CP y CPP, las cuales han sido inobservadas a la hora de asumir una postura en torno a la imposición de dicha reparación en los delitos de peligro.

En tal contexto, es preciso indicar que la imposición de la reparación civil en los delitos de peligro no se sustenta en alguna norma sustantiva o adjetiva del Ordenamiento Jurídico Penal, pues no existe un artículo del CP o CPP que faculte, o mejor aún, obligue al juez o fiscal solicitar o imponer una reparación civil en los delitos de peligro.

Siendo así, el sustento que tiene dicha *praxis* es puramente doctrinario, pues se deriva de los planteamientos del Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-117; sin embargo, es preciso recordar que un Acuerdo Plenario, si bien sienta criterio respecto de determinado tema, su finalidad tiende a establecer cuál es el significado más justo atribuible a una norma; esto es, frente a un conflicto interpretativo de la norma jurídico penal, se justifica la emisión de un Acuerdo Plenario para establecer un criterio específico en torno al tema; sin embargo, como principio superior se debe privilegiar la legalidad, será la norma la que finalmente determine el criterio interpretativo que se asuma.

Cuestionando, que dicho Acuerdo Plenario no deviene de un conflicto interpretativo de normas penales, se debe reconocer – no muy alegremente– que este logró un gran protagonismo en el ámbito jurídico ocasionando la aplicación de sus planteamientos de manera general y consecuente, pese al cuestionamiento que se ha venido realizado hasta ahora.

Sébase pues, que al fin y al cabo dicho plenario es el único sustento encontrado para la imposición de la reparación civil en los delitos de peligro, al margen de que sus argumentos sean válidos o no.

Ahora bien, debemos entender, también, que el razonamiento que gira en torno a la imposición de la reparación civil en los delitos de peligro se deriva de la incorrecta interpretación de las normas del CP y CPP.

En el título I del capítulo VI del CP se regula la reparación civil; los artículos que contienen este título están relacionados al contenido de la misma, a la forma de imposición, a quienes son los obligados, etc.; el articulado parte señalando que la reparación civil se impone conjuntamente con la pena (artículo 92). Se estima que este podría ser el factor que ha generalizado la imposición de la reparación civil en toda clase de delitos sea de lesión o de peligro.

Sin embargo, el hecho de que la prescripción normativa demande la imposición de la reparación civil conjuntamente con la pena, en nada importa que sea obligatorio imponerla en todos los casos, sin discriminación alguna.

Esto, por cuanto los demás artículos contenidos en el título antes indicado aluden a una reparación que se rige por las normas del CC, a una reparación civil estrictamente. Ello se puede advertir del artículo 93 del CP que refiere que la reparación comprende dos aspectos, a saber:

a. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor.- queda claro con este concepto que la reparación civil solo operará en tanto sea posible la restitución del bien; se puede decir, por ejemplo, la restitución de un bien patrimonial sustraído o en su defecto el pago de su valor, que puede ser la cancelación en efectivo del valor económico que el bien sustraído importa. Siendo así, es claro que no se aplicará este concepto en aquellos casos donde no sea posible la restitución de un bien patrimonial porque no es un bien patrimonial el afectado; se puede decir, por ejemplo, un caso que atente contra el honor de una persona. Claramente el concepto brindado se rige por las normas del CC y será así como deba aplicarse.

b. La indemnización de los daños y perjuicios.- este es otro concepto de naturaleza civil; claramente la norma obliga la imposición de la reparación frente a la producción de un daño o perjuicio, este conforma un elemento de la responsabilidad civil como se ha visto en el capítulo que antecede.

Siendo así, el hecho de considerar imponer una reparación civil en los delitos de peligro significaría que el articulado que regula el CP no solo no tiene efectos; sino, que jueces y fiscales deciden en torno al tema contraviniendo dicha norma al imponer indiscriminadamente la reparación civil aun cuando no se materialice un daño.

El artículo 101 del CP claramente nos remite a la normatividad civil cuando de imponer reparación se trata, pues claramente prescribe: “La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil.” Y serán en función a estas que se determinará su imposición.

De otro lado, en el título II del capítulo IV del CPP, se encuentra regulado lo concerniente al actor civil; en la mayoría de sus dispositivos legales se regula el procedimiento, pero, el artículo que interesa es el que se refiere a la constitución y derechos de dicho sujeto procesal, regulado en el artículo 98 dicho cuerpo normativo.

Si se observa la redacción de la norma, claramente que advierte que la imposición de la reparación civil deberá regirse por la ley civil, ello al señalar que la acción reparatoria será ejercitada por quien según la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación civil y, en su caso, daños y perjuicios producidos por el delito.

Esta última parte nos aclara el panorama, reclamar la reparación civil, la cual debe regirse por la ley civil (según el artículo 101 del CP), implica, por ende, la constatación de los elementos de la responsabilidad civil a fin de reparar el daño causado.

Entonces, si pese a ello se insistirá en imponer la reparación civil de los delitos de peligro, se llegará a la consecuencia de que dichos artículos (los mencionados del CP y CPP) carecen de efectos, y el juez o el fiscal están facultados de realizar lo que estimen conveniente aun cuando actúen en contra de los preceptos establecidos en la norma, que, para el caso concreto, demanda la acreditación del daño para imponer una reparación civil.

En ese caso la interpretación que debió plasmarse en dicho Acuerdo Plenario debió partir del examen del articulado que, el Ordenamiento Jurídico Penal, recoge en relación a la reparación civil frente al delito, ello habría conducido a una interpretación diferente, quizás a la plasmada en los párrafos anteriores, de lo contrario se desnaturaliza la reparación civil y se altera el contenido de los delitos de peligro.

Ahora bien, entrando al tema de la contribución a los fines penales de la reparación civil, cabe precisar lo siguiente: en el ítem 2.3.6 se desarrolló todo lo relacionado a las funciones de la

reparación civil, de lo cual se advierte que, aquellas de alguna manera, contribuyen a la consecución de los fines penales, pues son afines a estos.

Se señaló que la reparación civil tiene una función de “disuasión” a cualquiera que intente, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales para terceros, si se quiere hacer una semejanza con los fines atribuidos a la pena, esta es la denominada prevención general positiva de la pena, que busca disuadir al conglomerado social de cometer ilícitos penales. Con respecto a la víctima es satisfactoria, esta función es netamente contributiva, pues si se apareja a la sanción penal una reparación civil, se buscará además no solo prevenir sino también satisfacer el interés privado que se ha visto afectado.

También se atribuye una función sancionadora con respecto al agresor; si se quiere hacer un parangón con los fines de la pena este es el denominado fin retributivo, claramente dejado atrás por la doctrina garantista. No obstante, la reparación civil, según criterio de algunos autores cumple, también, esta función. Se advierte, pues, que ambas instituciones jurídicas, la reparación civil (del Derecho Privado) y la pena (del Derecho Público), guardan una relación quizás tan antigua como el surgimiento de cada una de ellas.

Esta semejanza que parece resaltar, no pretende desnaturalizar a la reparación civil, lo hasta aquí señalado muestra la naturaleza privada de la reparación civil; no obstante, sus fines son equiparables a los de la pena y por ende contribuye en el ámbito penal. No se habla pues de una naturaleza binaria de la reparación civil, pues el fundamento de esa bidimensionalidad solo obedece a su contribución a los fines penales, a su semejanza con los fines de la pena. El hecho de que contribuya a los mismos no la hace penal o cuasi penal, sigue siendo civil, privada. Quede claro, pues, que su naturaleza no cambia al contribuir a los fines penales porque un aspecto es su naturaleza y otra muy diferente sus fines.

En relación a ello, refiere Muñoz Conde, que el efecto preventivo de Derecho Penal no solo debe buscarse a través del Derecho Penal, sino de sustitutos penales, dando cabida con dicho argumento a la reparación civil como una alternativa a la imposición de la pena; con ello, claro, no podemos asumir que atribuya a la reparación civil una naturaleza penal o binaria (penal - civil), sino que reconoce en ella efectos coadyuvantes a las funciones o fines del Derecho Penal. Y esta contribución se advierte en la semejanza en sus fines como se detalló anteriormente.

En todo caso la búsqueda de un sano efecto preventivo intimidatorio, proporcional y autocontrolado, no hay que hacerla solo a través del Derecho Penal, entendido en el

sentido represivo institucional. Es necesaria una mayor “fantasía institucional” que procure la mayor eficacia preventiva con el mínimo de sacrificio de la libertad individual. En este sentido me parece importante la búsqueda de “equivalente Penales”, siempre que estén sometidos a los mismos límites y controles que las penas propiamente dichas. Esta tendencia última orientación se refleja en la tendencia monista que se observa en los nuevos sistemas de ejecución de la penas y medidas privativas de libertad, pero también en los “sustitutivos penales” como la suspensión condicional del fallo, la conversión de la prisión en multa (...)” (Muñoz Conde, 1985, p. 123)

Con base en el discurso anterior, por qué no incluir a la reparación civil, que jugaría también un papel importante en el ámbito penal; evidentemente no se le atribuye con esto una naturaleza penal o binaria (penal y civil), sino que se reconoce su contribución e importancia en el ámbito penal. Sigue, por tanto, siendo privada. Algunos autores como Gálvez Villegas, asumen la distinción clara entre ambos institutos, cuando precisa:

Los daños sujetos a la responsabilidad extracontractual, a la vez pueden diferenciarse entre los que se ocasionan mediante una conducta activa u omisiva, que no constituye ilícito Penal –sea delito o falta- y los que se ocasionan mediando una conducta constitutiva de un delito o de una falta de contenido Penal. Siendo que para estos últimos casos, -los que provienen de una acción de contenido Penal-, además de la acción resarcitoria propia de la responsabilidad civil también surge en contra del agente del daño la posibilidad de ser sometido a la correspondiente acción Penal (...).” (Gálvez Villegas, 1999, p. 96)

Al respecto cabe aquí hacer una precisión en torno a lo precisado por Mir Puig, quien señala:

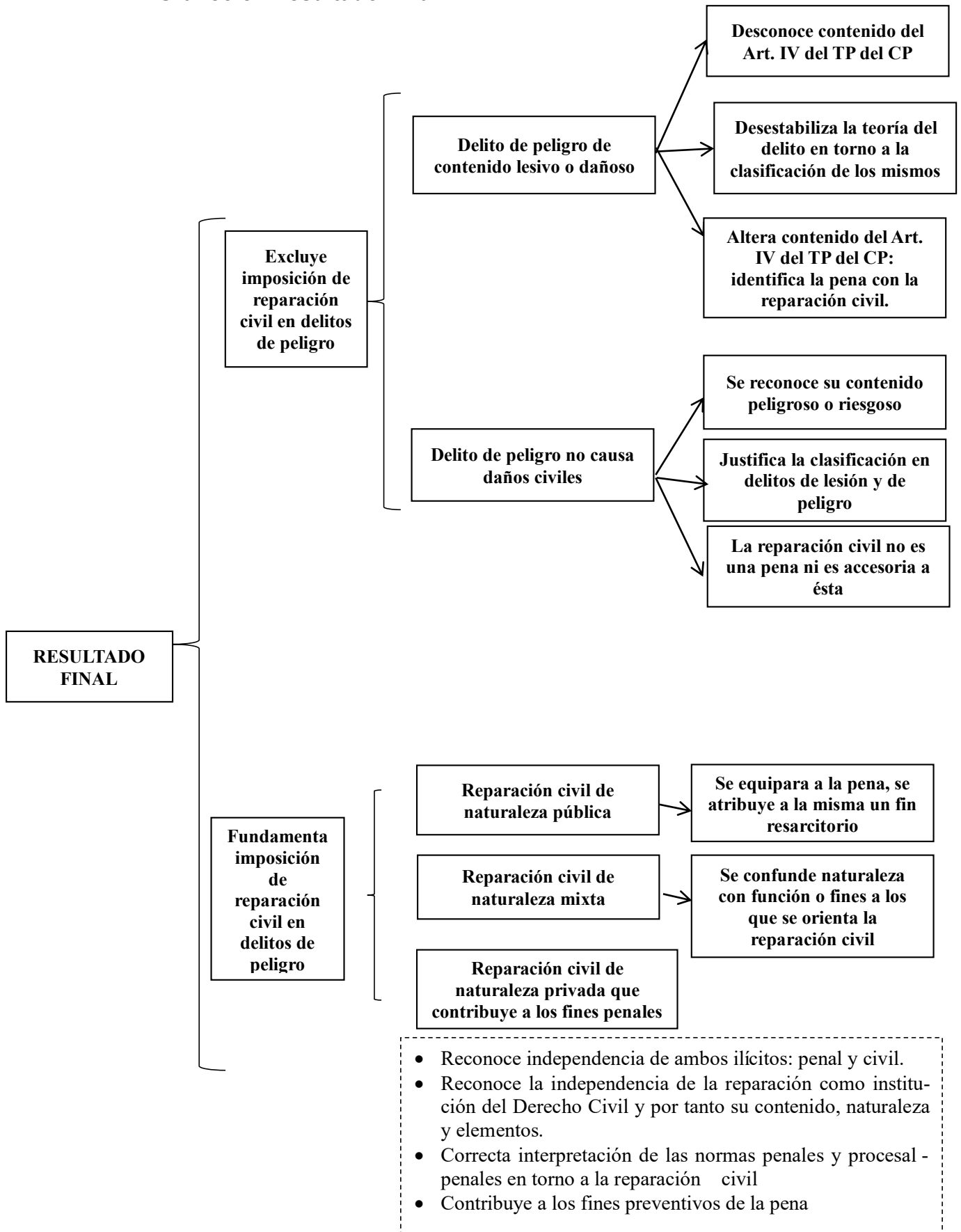
(...) En suma, conceptualmente parece preferible considerar de naturaleza civil la responsabilidad nacida de delito o falta. Pero desde la perspectiva político-criminal es más ventajoso incluir en el derecho Penal esa clase de responsabilidad civil. La lucha contra el delito se acometerá más racionalmente si se regulan con criterio unitario, como diversos medios a utilizar, las distintas consecuencias del mismo, que no son respuestas totalmente independientes unas de otras. Es mejor considerar a la responsabilidad civil como un instituto Penal, como un instrumento particular de la política criminal, que como una consecuencia jurídico-civil desconectada de un especial cometido político-criminal. (Mir Puig, 2003, pp. 18 - 19)

Es claro que, aun cuando dogmáticamente se entienda a la responsabilidad civil, ajena a los fines penales, desde un punto de vista político criminal, contribuye a los mismos, convirtiéndola en un valioso instituto dentro del Derecho Penal. Por ejemplo, en los casos de principio de oportunidad en los que se impone una reparación civil, generando –con el cumplimiento del pago de la misma–, la abstención del ejercicio de la acción penal, se está haciendo gala de ese cometido político criminal que pretendemos rescatar, claro, no a costa de contravenir los planteamientos dogmáticos ya expuestos; por ello, es necesario aclarar que la naturaleza de la reparación impuesta en un principio de oportunidad debe ser entendida como tal, como una reparación civil siempre y cuando concurren los elementos de la responsabilidad civil, como el daño por ejemplo (daño físico, cuantificable); caso contrario, es decir, en un supuesto de Conducción en Estado de Ebriedad (artículo 274 del CP), por ejemplo, en el cual, también, se faculta la imposición de una

reparación civil, y que es más, se impone en virtud de montos pecuniarios predeterminados, no cabrá hablar de una reparación civil, pues se trata de un delito de peligro abstracto que no causa daño cuantificable, pasible de reparación.

No obstante, con ello salta a la vista que esa práctica descansa en lo que aquí se ha venido diciendo, la contribución de la reparación civil a los fines penales, pero se debe tener cuidado al interpretar la naturaleza del monto impuesto en determinados casos. Es necesario incidir en que, no es un instituto penal, es una institución jurídica del derecho civil, que por sus características y fines contribuye al Derecho Penal en diversos sentidos. Puede ser acogido como un instrumento de la Política Criminal, sí, pues sabiamente y antes de actuar con el *ius puniendi* del Estado, se elige una alternativa menos gravosa que también permite cumplir un fin penal, pero no es que esta alternativa tenga fines penales, sino que únicamente contribuye a los mismos. No está desconectada de un cometido político criminal, pero ello no la convierte en un instituto del Derecho Penal, pues esto implica dotarle de tales características, desnaturalizando su “esencia”.

Gráfico 8. Resultado Final



CAPÍTULO IV

PROPUESTA NORMATIVA

Precedentemente se ha trabajado sobre los aspectos metodológicos de la investigación, las teorías que la sustentan y la contrastación de la hipótesis formulada. Al respecto se ha demostrado que la razón jurídica principal que desde un punto de vista dogmático excluye la imposición de una reparación civil en los delitos de peligro es la ausencia del daño; y que, desde un punto de vista político criminal la fundamenta, es su contribución a los fines penales. Sin embargo, no pretendemos dejar esta investigación en un plano descriptivo que muestre el problema sin brindar una solución alternativa al mismo, aspecto al que se avoca el presente capítulo, en el que, se dan cuenta de los fundamentos que sustentan la propuesta legislativa a la que, finalmente, se ha arribado.

Para lograr ello (que es otro de los objetivos específicos planteados) debemos partir del fundamento sobre el cual descansa la imposición de la reparación civil en los delitos de peligro, el cual obedece a su importante contribución a los fines penales; por lo que, debería mantenerse esa práctica, pero con algunos matices, evitando la incoherencia dogmática que existe, y conservando su utilidad práctica, que la hace surgir como un instrumento de la política criminal.

En general el fundamento de instituir la reparación en el proceso penal guarda beneficios importantes. Así, según el Acuerdo Plenario 5-2011/116-CJ: “Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste

posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado causado por el mismo hecho (...).”.

En tal contexto, se estima que la reparación en los delitos de peligro debe seguirse tratando como eso, una reparación, pues conjuntamente con la pena se llega a la prevención que constituye el fin de la misma, pero esta reparación no puede ser tratada como una de naturaleza civil. No es, notoriamente, una reparación civil.

El tratamiento que la doctrina debe brindarle es la de una reparación penal, claro está, deberá sustentarse en elementos diferentes a los que nos remite la Teoría de la Responsabilidad Civil, cuando de imponer una reparación de tal naturaleza, se trata; por ejemplo, esta reparación de naturaleza penal deberá fundarse en el riesgo creado para el bien jurídico, en el peligro que genere, sea abstracto o concreto. De esta manera se mantiene su utilidad práctica pero no se contraviene los planteamientos doctrinarios en torno a las instituciones o categorías jurídicas en juego, con la desnaturalización o alteración de su contenido. Se debe tener presente que:

Su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde el punto de vista aquí defendido, reprivatización alguna del derecho penal, promoción alguna de la reparación como una clase de pena especial, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena. La restitución es, en lugar de ello, una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla (Claus, 1992, p. 154)

Como señala Alastuey Dobón citado por Gálvez Villegas (2016) ya no se habla de una reparación civil, sino de una reparación penal a la que se le atribuye funciones de pacificación, al utilizar la carga simbólica del Derecho Penal.

De allí que, Antón Oneca citado por Santiago Mir Puig (2003) se manifiesta en contra de una separación de la pena y la responsabilidad civil, pero reconoce la importancia de la regulación de esta última en el CP, sustentado en que –según describe Mir Puig–:

(...) el resarcimiento coopera a la defensa del interés social y tiene efectos intimidatorios: en los delitos castigados con penas de poca gravedad, especialmente en los que permiten la condena condicional, suele temerse más a la sanción reparadora que a la pena.

Afirma Mir Puig (2003, p. 18) que, “(...) La decisión de la cuestión planteada – inclusión o no de la responsabilidad civil en el concepto de derecho penal– depende de si se adopta un punto de vista conceptual o político criminal (...)” Pues según indica, conceptualmente es preferible considerar de naturaleza civil a la responsabilidad que surge a partir de la comisión de un delito o falta; pero desde la política criminal es conveniente incorporarla en el Derecho Penal. De allí la necesidad, de adoptar el concepto de reparación penal, respecto de los delitos de peligro, en los cuales no será posible la imposición de una reparación de índole civil.

En algún sector de la doctrina se ha aludido a una denominada reparación simbólica en casos en los cuales la reparación material no se haga posible. Enrique Bacigalupo (1996, pág. 605) en este caso, refiere que “(...) admitiría una

reparación simbólica: la donación de una importante cantidad de dinero a una institución de caridad, el ofrecimiento de trabajos sociales no remunerados, etcétera (...); empero, con ello no refiere que deba repararse a una víctima, sino que, de manera simbólica se exija el pago de una reparación que, notoriamente tiene una naturaleza distinta a la civil.

Por ello, cuando se hable de una reparación penal en los delitos de peligro, ésta buscará reparar la alteración al ordenamiento jurídico causada con la comisión de dichos ilícitos; el fundamento de dicha reparación, lo podemos ubicar, incluso, en los planteamiento del Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116, y es que, expresamente señala: “(...) En los delitos de peligro (...) se produce una alteración del ordenamiento jurídico (...) esta delictiva alteración o perturbación (...) se debe procurar reestablecer (...)”; entonces, éste debe ser el concepto que se debería reparar en un proceso penal, frente a la comisión de un delito de peligro, solo así, podría justificarse la imposición de un concepto monetario en tales casos.

Ello, además, obligará discriminar aquellos ilícitos penales capaces de causar verdaderos daños civiles, como los de lesión, en cuyo caso corresponderá imponerse, junto a la pena, una reparación civil; de aquellos ilícitos penales que solo provocan un peligro al bien jurídico, pero que, como tal, podrán ser reparados, a través del concepto denominado “reparación penal”, la cual se orienta, precisamente, a resarcir la alteración al ordenamiento jurídico (y no un daño civil) y que, acompañará, claro está, a la pena que corresponde imponer.

Siendo así, la propuesta normativa que surge a raíz de lo planteado, es la siguiente.

Texto vigente de las normas penales y procesales penales que, en torno a la reparación civil en el proceso penal, destacan:

Artículo 92 del CP. - “La reparación civil se determina conjuntamente con la pena y es un derecho de la víctima que debe efectivizarse durante el tiempo que dure la condena. El juez garantiza su cumplimiento.

Artículo 93 del CP.- La reparación comprende:

“1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor.

2. La indemnización de los daños y perjuicios.

Artículo 98 del CPP. - “La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito.”

Texto de la norma modificado, según la propuesta⁶⁹:

Artículo 92 del CP. - “La reparación civil **y penal** se determina conjuntamente con la pena. y es un derecho de la víctima que debe efectivizarse durante el tiempo que dure la condena. El juez garantiza su cumplimiento.

Artículo 93 del CP.- La reparación, **según el caso**, comprende:

“1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor.

2. La indemnización de los daños y perjuicios.

3. La reparación por la puesta en peligro del bien jurídico. Esta se impondrá en los casos de delitos de peligro abstracto o concreto, cuantificándolo en función a la gravedad del ilícito penal cometido y atendiendo a las circunstancias particulares del caso.

Artículo 98 del CPP. - “La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley

⁶⁹ Téngase en cuenta que, los demás dispositivos legales que, en torno a la reparación civil en el proceso penal se encuentren recogidos en el Código Penal, deberán ser adecuados conforme a la propuesta, esto es, teniendo en cuenta el concepto de “reparación penal”.

civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito. ***En el caso de que la conducta desplegada por el autor configure un delito de peligro, sea éste abstracto o concreto, se impondrá una reparación penal, sustentada en el peligro o riesgo que represente dicha conducta para el bien jurídico penal, debiendo el juez determinarla en el caso concreto.***”

CONCLUSIONES

1. La razón jurídica principal que, desde el punto de vista dogmático, excluye la posibilidad de establecer una reparación civil en los delitos de peligro es la ausencia de un daño que genere la obligación de indemnizar; ello parte por reflexionar que su imposición responde a la concurrencia de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, en tanto, la ausencia de uno de ellos determina su exclusión. Por su parte, la imposición de una reparación civil en los delitos de peligro, descansa en su fundamento político criminal, pues juega un papel importante dentro del proceso penal, al contribuir a los fines preventivos del Derecho Penal.
2. El fin atribuido al Derecho Penal, debe ser analizado en función al fin de la pena; por lo que, teniendo en cuenta ello, el fin principal es el de prevención, tanto general como especial, sea positiva o negativa. Si bien, sobre los fines se ha hablado mucho en la dogmática penal, habiendo atravesado por un contexto evolutivo de acuerdo a las exigencias sociales de la época, actualmente y con base en los derechos y principios que informan el Derecho Penal, el fin del Derecho Penal es preventivo.
3. El contenido de los delitos de peligro, sean estos abstractos o concretos, está determinado por el riesgo o peligro de lesión que se genera para el bien jurídico, el cual se pretende evitar con la sanción penal de la conducta; esta clase de delitos no importan un resultado lesivo, interpretación que tergiversa los planteamientos doctrinarios que se han formulado en torno a

su concepto, fundamento, clasificación y sobre todo su contenido. Consecuentemente, esta clase de delitos no acarrea consigo un daño concreto que pueda ser resarcido mediante reparación civil.

4. La naturaleza de la reparación civil es privada y tiene un fin resarcitorio, independientemente de la rama del Derecho en la cual se instituya; por lo que, al imponerse a quien ha cometido un delito no significa que se transforme en una institución de naturaleza pública o mixta (privada y pública). En cuanto a su función, esta es reparativa, aunque también cumple funciones como la de reaccionar contra el acto ilícito dañino y la de “disuasión” a cualquiera que intente, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales para terceros; pero estas funciones, en nada afectan su naturaleza privada y resarcitoria.

5. Para mantener la utilidad práctica de imponer un concepto monetario a quien ha cometido un delito de peligro, sustentada en cuestiones político criminales, deberá tratarse a dicho concepto como una reparación penal, la cual no se sustenta en un daño civil, sino en la puesta en peligro de un bien jurídico, concretamente en la alteración o perturbación al Ordenamiento Jurídico Penal, debiendo tener en cuenta para su valoración el tipo de delito de peligro del que se trate; ello, sin perjuicio de imponer una reparación civil frente a los daños civiles causados, por la comisión de delitos de lesión.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los actores jurídicos que, al imponer una reparación civil a causa de un daño provocado por la comisión de un ilícito penal, deberán verificar la concurrencia de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil (los cuales son: el daño, la imputabilidad, la antijuridicidad, el factor de atribución y el nexo causal); siendo que; en los delitos de peligro, sean estos abstractos o concretos, la reparación a imponer estará determinada por la probabilidad de afectación del bien jurídico (alteración del Ordenamiento Jurídico Penal), y no en función a un daño civil, dado que éste, no concurre.
2. A los jueces y fiscales, en su caso, cuando corresponda imponer una reparación a quien ha cometido un delito de peligro, deberán determinar el monto que corresponda en función a la puesta en peligro del bien jurídico protegido, para ello deberán tener en cuenta si se trata de un delito de peligro concreto o abstracto; y las características del caso concreto.
3. Teniendo en cuenta los alcances de la investigación queda pendiente por establecer cuáles serían los criterios específicos para determinar y cuantificar la reparación penal que se propone sea aplicable en los delitos de peligro, estableciendo sus elementos; esta recomendación está dirigida al investigador en caso sea de interés los planteamientos establecidos en la presente tesis para la formulación de una nueva propuesta que determine los elementos específicos para la imposición de la reparación penal en los delitos de peligro.

LISTA DE REFERENCIAS

- Atienza, M. (2008). *Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática*. Recuperado el 10 de Noviembre de 2017, de <http://proiure.org.pe/articulos/tesis3.pdf>.
- Bacigalupo, E. (1996). *Derecho Penal Parte General* (Segunda ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (1996a). *Manual de Derecho Penal Parte General* (Segunda ed.). Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis.
- Barbero Santos, M. (1971). *Contribución al Estudio de los Delitos de Peligro Abstracto*. Obtenido de file:///C:/Users/TOSHIBA/Downloads/Dialnet-ContribucionAlEstudioDeLosDelitosDePeligroAbstract-2787863.pdf
- Bramont Arias Torres, L. M. (2002). *Manual de Derecho Penal Parte General* (Segunda ed.). Lima: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- Bustamante Alsina, J. (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil* (Novena ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Bustos Ramírez, J. J., & Hormazábal Malarée, H. (1999). *Lecciones de Derecho Penal* (Vol. II). Madrid: Trotta.
- Cerezo Mir, J. (2002). Los Delitos de Peligro Abstracto en el Ámbito del Derecho Penal del Riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*(10), 47-72.
- Chiara Díaz, C., & Horacio Obligado, D. (2007). *La Reparación en el Proceso Penal* (Primera ed.). Rosario, Argentina: Editorial Jurídica Nova Tesis.
- Claus, R. (1992). *De los Delitos y de las Víctimas* (Primera ed.). Buenos Aires: Ad-Hoc.

- Creus, C. (1992). *Derecho Penal Parte General* (Tercera ed.). Buenos Aires: Astrea.
- De Cupis, A. (1975). *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Barcelona: Bosch.
- De Trazegnies Granda, F. (1990). *La Responsabilidad Civil Extracontractual* (Cuarta ed., Vol. IV). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De Trazegnies Granda, F. (2001). *La Responsabilidad Extracontractual* (Sétima ed., Vol. IV). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Espinoza Espinoza, J. A. (2003). *Derecho de la Responsabilidad Civil* (Segunda ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Fontan Balestra, C. (1998). *Drecho Penal: Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gálvez Villegas, T. (1999). *La Reparación Civil en el Proceso Penal* . Lima: Idemsa .
- Gálvez Villegas, T. (2016). *La Reparación Civil en el Proceso Penal* (Tercera ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Gálvez Villegas, T. A. (2008). *Responsabilidad civil extracontractual y delito (tesis doctoral)*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos: Lima.
- Gálvez Villegas, T. A. (s.f.). *El Ministerio Público y la Reparación Civil Proveniente del Delito*. Recuperado el 26 de abril de 2017, de <https://drive.google.com/a/unc.edu.pe/file/d/0B6ljPHmhsVntd2swZHFaei03Rmc/edit?pli=1>
- García Caveró, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.

- Garrido Montt, M. (2001). *Derecho Penal Parte General* (Primera ed., Vol. I). Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *manual de Derecho Penal Parte General I* (Tercera ed.). Lima: Grijley.
- Jímenez de Azúa, L. (1997). *Principios del Derecho Penal La Ley y el Delito*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Kiss, A. (2015). *Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”?* Recuperado el 20 de Enero de 2018, de <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1102b.pdf>
- Leysser L., L. (2007). *La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas* (Segunda ed.). Lima: Jurista Editores.
- Mantovani, F. (2015). *Los Principios del Derecho Penal* (Primera ed.). Italia: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Márquez Cisneros, R. (2012). *El Delito de Conducción en Estado de Ebriedad* (Primera ed.). Lima: Pacífico Editores.
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho* (Segunda ed.). Barcelona, España: Bosch.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las Bases del Derecho Penal* (Segunda ed.). Buenos Aires: B de F.
- Muños Conde, F., & García Arán, M. (2000). *Derecho Penal Parte General* (Cuarta ed.). Barcelona, España: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (1985). *Derecho Penal y Control Social*. Jerez, España: Fundación Universitaria de Jerez.

Osterling Parodi, F. (s/f). *Indemnización por Daño Moral*. Recuperado el 10 de Marzo de 2019, de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2009). *Derecho Penal Parte Especial* (Vol. I). Lima: Idemsa.

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2009a). *Derecho Penal Parte Especial* (Vol. III). Lima: Idemsa.

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2010). *Derecho Penal Parte Especial* (Vol. IV). Lima: Idemsa.

Quintero Olivares, G. (2003). Los Delitos de Riesgo en la Política Criminal de Nuestro Tiempo. En Z. L. Arroyo, U. Neumann, & A. Nieto Martín, *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio del Siglo* (Primera ed., págs. 241-247). Cuenca, España: Universidad de Castilla - La Mancha.

Rangel Sánchez, D. (2015). *EL daño a la persona en materia de responsabilidad civil extracontractual. Especial referencia a los daños derivados de la responsabilidad civil familiar*. Recuperado el 15 de Diciembre de 2018, de https://pirhua.udel.edu.pe/bitstream/handle/11042/2684/DER_042.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Rodríguez Delgado, J. (2003). *La Reparación Como Tercera Vía en el Derecho Penal*. Lima: San Marcos.

Roxín, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* (Primera ed., Vol. I). España: Civitas.

- Roxin, C. (2006). *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*. (M. Abanto Vásquez, Trad.) Lima: Grijley.
- Soler, S. (1987). *Derecho Penal Argentino* (Quinta ed.). Buenos Aires: Tea.
- Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil* (Segunda ed.). Lima: Grijley.
- Tamayo Jaramillo, J. (2013). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Vol. II). Bogotá: Legis.
- Tamayo Rodríguez, J. L. (s/f.). *La Responsabilidad Civil derivada de delito, con especial referencia a su tratamiento*. Recuperado el 02 de 08 de 2017, de servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/relcrim11/11-2.pdf
- Tello Villanueva, J. C. (junio de 2014). *Interpretación del elemento del tipo penal "Resolución Judicial" como exigencia para la consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria (Tesis de maestría)*. Universidad Nacional de Cajamarca: Cajamarca.
- Valenzuela Barreto, J. D. (2013). *La Reparación Civil en el Proceso Penal (La Dificultad de la Cuantificación del Daño)*. Lima: Librejur.
- Vidal Ramírez, F. (s/f.). *La responsabilidad civil*. Recuperado el 01 de Diciembre de 2017, de [file:///C:/Users/TOSHIBA/Downloads/Dialnet-LaResponsabilidadCivil-5084757%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/TOSHIBA/Downloads/Dialnet-LaResponsabilidadCivil-5084757%20(1).pdf)
- Villanueva Juipa, E. J. (Agosto de 2017). Análisis de la Reparación Civil en los Delitos de Peligro Abstracto. *Gaceta Penal y Procesal Penal*(98), 45-67.
- Villavicencio Terreros, F. A. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Manual de Derecho Penal* (Quinta ed.). Lima, Perú: Editorial Ediciones Jurídicas.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal: Parte General*
(Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediar.

ANEXOS

1. Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116.
2. Acuerdo Plenario 5-2011/CJ-116.
3. Resolución N.° 02, de fecha 12 de marzo de 2015, emitida por el Cuarto Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en el Expediente N.° 2521-2012-16.
4. Resolución N.° 02, de fecha 18 de enero de 2016, emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en el Expediente N.° 74-2016-0-0601-JR-PE-02.
5. Resolución N.° 12, de fecha 09 de marzo de 2018, emitida por el Quinto Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en el Expediente N.° 124-2015-1-0601-JR-PE-01.
6. Resolución N.° 06, de fecha 07 de julio de 2016, emitida por el Quinto Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en el Expediente N.° 1060-2014-1-0601-JR-PE-02.
7. Resolución N.° 02, de fecha 16 de octubre de 2018, emitida por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia Cajamarca, en el Expediente N.° 00339-2018-7-0601-JR-PE-01.

ANEXO 01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 6-2006/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial

Art. 116° TUO LOPJ

ASUNTO: Reparación civil y delitos de peligro.

Lima, trece de octubre dos mil seis.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria –de donde emanaron las Ejecutorias analizadas-, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como base de la discusión los problemas que plantea la reparación civil respecto de los delitos de peligro. En no pocos casos ha llegado a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia supuestos en los que se recurría del objeto civil de la condena penal porque las Salas Penales Superiores estimaban que en esa clase de delitos, por ejemplo, el de tenencia ilícita de armas de fuego, no existía daño que resarcir.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar

jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en aisladas Ejecutorias Supremas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores San Martín Castro y Vega Vega, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. El proceso penal nacional, regulado por el Código de Procedimientos Penales, acumula obligatoriamente la pretensión penal y la pretensión civil. El objeto del proceso penal, entonces, es doble: el penal y el civil. Así lo dispone categóricamente el artículo 92° del Código Penal, y su satisfacción, más allá del interés de la víctima –que no ostenta la titularidad del derecho de penar, pero tiene el derecho a ser reparada por los daños y perjuicios que produzca la comisión del delito–, debe ser instado por el Ministerio Público, tal como prevé el artículo 1° de su Ley Orgánica.

El objeto civil se rige por los artículos 54° al 58, 225°.4, 227° y 285° del Código de Procedimientos Penales y los artículos 92° al 101° del Código Penal –este último precepto remite, en lo pertinente, a la disposiciones del Código Civil–.

A partir de esas normas, nuestro proceso penal cumple con una de sus funciones primordiales: la protección de la víctima y aseguramiento de la reparación de los derechos afectados por la comisión del delito, en cuya virtud garantiza “...la satisfacción de intereses que el Estado no puede dejar sin protección” (ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, página 27).

7. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aún cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un **daño civil** causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con ‘ofensa penal’ –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente– [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil *ex delicto*, infracción /daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.

8. Desde esta perspectiva el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto (1) **daños patrimoniales**, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera

patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir –menoscabo patrimonial-; cuanto (2) **daños no patrimoniales**, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales –no patrimoniales- tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas –se afectan, como acota ALASTUEY DOBÓN, bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno- (Conforme: ESPINOZA ESPINOZA, JUAN: *Derecho de la responsabilidad civil*, Gaceta Jurídica, 2002, páginas157/159).

9. Los **delitos de peligro** –especie de tipo legal según las características externas de la acción- pueden definirse como aquellos en los que no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en *peligro* de sufrir la lesión que se quiere evitar [el *peligro* es un concepto de naturaleza normativa en cuanto a que su objeto de referencia es un bien jurídico, aunque su fundamento, además de normativo, también se basa en una regla de experiencia o de frecuente que es, a su vez, sintetizada en un tipo legal], sea cuando se requiere realmente la posibilidad de la lesión –*peligro concreto*- o cuando según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido –*peligro abstracto*- (BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE: *Derecho Penal – Parte General*, ARA Editores, Lima, 2004, página 223). Los primeros son, siempre, delitos de resultado, y los otros son delitos de mera actividad.

10. A partir de lo expuesto, cabe establecer si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aún cuando es distinto el objeto sobre el recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados.

En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar *a priori* la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual-. Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión [el daño como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo] (conforme: ROIG TORRES, MARGARITA: *La reparación del daño causado por el delito*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, páginas 124/125).

Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía.

III. DECISIÓN.

11. En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

12. **ESTABLECER** como reglas de interpretación para la determinación de la responsabilidad civil en los delitos de peligro las que se describen en los párrafos 7 al 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.

13. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los magistrados de las instancias correspondientes, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

14. **PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano". Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA

SIVINA HURTADO

GONZÁLES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

VALDÉZ ROCA

BARRIENTOS PEÑA

VEGA VEGA

LECAROS CORNEJO

MOLINA ORDÓÑEZ

PEIRANO SÁNCHEZ

VINATEA MEDINA

PRINCIPE TRUJILLO

CALDERON CASTILLO

URBINA GAMBINI

ANEXO 02



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 5-2011/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ
ASUNTO: CONSTITUCIÓN DEL ACTOR CIVIL:
REQUISITOS, OPORTUNIDAD Y FORMA

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.



3º. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, el señor Fernando Iberico Castañeda del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), y el señor Gonzalo Del Río Labarthe.

4º La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Intervinieron como ponentes el señor SAN MARTÍN CASTRO, Presidente del Poder Judicial, y el señor NEYRA FLORES.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales

6º. El actor civil, en cuanto parte procesal, presenta una configuración jurídica de suma importancia, en la medida que esta institución ha generado interpretaciones contradictorias que con el tiempo han ido encontrando su cauce mediante las decisiones que han venido profiriendo los Juzgados y Salas, pero que al parecer no gozan de unánime respaldo.

Así las cosas, corresponde a este Supremo Tribunal en aras de garantizar la igualdad en la aplicación judicial del derecho objetivo y la vigencia del valor seguridad jurídica, dictar un Acuerdo Plenario que fije los alcances de los puntos en conflicto.

7º. El Código Procesal Penal de 2004 establece que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito; además, estipula que si éste último se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso: artículo 11º, apartado 1), del citado Código adjetivo. En tal virtud, la participación del Ministerio Público será por sustitución, esto es, representa un interés privado. Por ello, su intervención cesa definitivamente cuando el actor civil se apersona al proceso.



Sin lugar a dudas, la modificación más importante del Código Procesal Penal en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal se ubica en el artículo 12º, apartado 3), del referido Código, que estipula que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda. Esto significa, en buena cuenta, que cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado no necesariamente la Jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho –siempre ilícito– no puede ser calificado como infracción penal.

8º. El Código Penal –Título VI, Capítulo I, Libro I– regula el instituto de la reparación civil. El Código Procesal Penal –Libro I, Sección II–, por su parte, prescribe el procedimiento necesario para su persecución eficaz. Con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aún cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el *quantum* indemnizatorio –acumulación heterogénea de acciones–, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal. GIMENO SENDRA sostiene, al respecto, que cuando sostiene que el fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil [Derecho Procesal Penal, 2da Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 257].

9º. El artículo 139º, inciso 3), de la Constitución consagra la garantía de tutela jurisdiccional, que incluye como uno de sus elementos esenciales el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, a través del cauce del ejercicio del poder jurídico de acción, que implica la atribución que tiene toda persona de poder acudir al órgano jurisdiccional para que éste, a través de la prestación del servicio de impartir justicia al que está obligado, resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica.

En el proceso penal peruano la titularidad de la promoción de la acción penal –que se concreta en la expedición de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria– corresponde en exclusiva en los delitos públicos a la Fiscalía –que es un derecho-deber del Ministerio Público–, y en los delitos privados al perjudicado por el delito. El ciudadano frente a la comisión de delitos públicos sólo tiene un derecho de petición, debidamente reglado, de acudir al Ministerio Público para dar cuenta de la *notitia criminis*.

10º. Como se advierte, nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal. En tal sentido GÓMEZ COLOMER expresa que una vez aceptada la existencia de la permisibilidad de la acumulación al proceso penal de uno civil, toca determinar el objeto del proceso civil acumulado, que no es otro que la pretensión y la



resistencia, siendo el contenido de la referida pretensión, casi siempre, de naturaleza patrimonial [*Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. El objeto del proceso*. 12ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 110). En otras palabras, la acumulación de la acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho.

§ 2. Actor civil. Requisitos para su constitución

11°. Actor civil es el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es decir, es quien ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito, siendo titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito, bien a título de culpa, bien por la simple existencia de una responsabilidad objetiva que pudiera surgir con ocasión de la comisión de un delito [VICENTE GIMENO SENDRA, *Ibidem*, p. 181]. Dicho de otro modo, en palabras de SAN MARTÍN CASTRO, se define al actor civil como aquella persona que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito, es decir quien directamente ha sufrido un daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito [*Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2003, p. 259].

12°. El artículo 98° del Código Procesal Penal prevé la constitución del actor civil y sus derechos. Esta figura legal está regulada en la Sección IV “El Ministerio Público y los demás sujetos procesales”, Título IV “La Víctima”, Capítulo II “El Actor Civil” del Libro Primero “Disposiciones Generales”. Prescribe la citada norma que: “*La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito*”.

13°. El citado artículo 98° del Código Procesal Penal establece como premisa inicial que el actor civil es el titular de la acción reparatoria, y luego precisa que esta acción sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado del delito. No debe olvidarse que la naturaleza de la acción reparatoria es fundamentalmente patrimonial y es por ello la denominación del titular de ella: “actor civil”.

Éste deberá, en primer término, sustentar en el proceso cómo es que ha sido perjudicado por la conducta imputada al investigado y cómo el daño sufrido puede ser resarcido. Si bien en muchos casos se admite que hay un componente moral en la colaboración del actor civil en el proceso a fin de aportar con elementos que permitan probar la comisión del ilícito, lo cierto es que todas las facultades de éste apuntan formalmente a la acreditación, aseguramiento y pago de una reparación civil.



14°. Ahora bien, para poder constituirse en actor civil (el agraviado que actúa procesalmente para hacer valer su derecho a la reparación civil por el daño causado con el delito) deben reunirse los requisitos puntualizados en el artículo 100° del Código Procesal Penal. En efecto, ocurre que el citado cuerpo de leyes ha establecido lo siguiente:

1. La solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria.
2. Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad:
 - a) Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal; b) La indicación del nombre del imputado y, en su caso, el tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder; c) El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y d) La prueba documental que acredita su derecho conforme al artículo 98°.

15°. Como se advierte del párrafo precedente, si bien se está frente a una pretensión de índole resarcitoria, la Ley procesal exige que el perjudicado -que ejerce su derecho de acción civil- precise específicamente el *quantum* indemnizatorio que pretende. Ello conlleva a que individualice el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Con esta medida la norma procesal persigue dar solución a un problema sumamente grave en nuestro ordenamiento judicial pues con el transcurrir del tiempo la práctica tribunalicia revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal.

§ 3. Actor civil. Oportunidad y forma para su constitución

16°. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente Acuerdo Plenario es el relativo a la oportunidad para constituirse en actor civil. El artículo 101° del Código Procesal Penal expresa que la constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria. En este punto lo que cabe dilucidar es si la petición de constitución en actor civil puede hacerse en la fase de diligencias preliminares -que integra la investigación preparatoria-, o si resulta necesario que se haya formalizado la continuación de la Investigación Preparatoria.

17°. Es de descartar la primera posibilidad fundamentalmente porque, como bien se sabe, al momento que se vienen realizando las diligencias preliminares el Ministerio Público aún no ha formulado la inculpación formal a través de la respectiva Disposición Fiscal; esto es, no ha promovido la acción penal ante el órgano jurisdiccional, por lo que mal podría acumularse a ella una pretensión resarcitoria en ausencia de un objeto penal formalmente configurado. Por lo demás, debe quedar claro que con la formalización de la Investigación Preparatoria propiamente dicha el Fiscal recién ejerce la acción penal, acto de postulación que luego de ser notificado al Juez de la Investigación Preparatoria (artículos 3° y 336°.3 del Código Procesal Penal) permite el planteamiento del objeto civil al proceso penal incoado.



18°. Por otro lado, en lo que respecta al trámite jurisdiccional para la constitución en actor civil del perjudicado por el hecho punible, el artículo 102° del Código Procesal dispone lo siguiente: "*1. El Juez de la Investigación Preparatoria, una vez que ha recabado información del Fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de constitución en actor civil resolverá dentro del tercer día. 2. Rige en lo pertinente, y a los solos efectos del trámite, el artículo 8°*". Lo más importante, además del trámite previsto en el referido artículo 102° del aludido Código que establece la obligación del Juez de recabar información de los sujetos procesales apersonados y correr traslado de la petición, a fin de resolver dentro del tercer día, es el hecho de analizar si este procedimiento de constitución en actor civil debe hacerse obligatoriamente con la celebración de audiencia.

19°. La lectura asistemática del artículo 102°, apartado 1), del Código Procesal Penal puede sugerir a algunas personas que el Juez dictará la resolución sin otro trámite que el haber recabado la información y la notificación de la solicitud de constitución en actor civil. Empero, el segundo apartado del indicado artículo precisa que para efectos del trámite rige lo dispuesto en el artículo 8° -se trata, como es obvio, de una clara norma de remisión-. Esta última disposición estatuye que el procedimiento requiere como acto procesal central que el Juez lleve a cabo una audiencia con la intervención obligatoria del fiscal y, debe entenderse así, con la participación facultativa de las otras partes procesales. No es el caso, por ejemplo, del artículo 15°.2.c) del Código Procesal Penal, que autoriza al Juez, bajo la expresión: "...de ser el caso", resolver un incidente procesal determinado sólo si se producen determinados presupuestos.

Resulta entonces que el trámite de la constitución en actor civil tendría que realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecidos en el artículo I.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Debe entenderse, desde esta perspectiva, que el plazo de tres días fijado en el artículo 202°.1 de la Ley Procesal Penal se refiere al paso de expedición de la resolución correspondiente -que en el caso del artículo 8° es de dos días de celebrada la audiencia como plazo máximo-, pero ésta debe proferirse, como paso posterior, de la realización de la audiencia.

Por consiguiente, no es posible deducir de la ley que la audiencia sólo se llevará a cabo ante la oposición de una parte procesal, pues tal posibilidad no está reconocida por el Código Procesal Penal y sería contraria al principio de legalidad procesal. No obstante ello, la vulneración del derecho objetivo no necesariamente produce nulidad de actuaciones, pues ésta tiene como presupuestos no sólo la vulneración de la ley sino principalmente la generación de una indefensión material a las partes procesales o la absoluta desnaturalización del procedimiento lesiva a los principios y garantías que le son propios e insustituibles. La nulidad, pues, está condicionada a las infracciones de relevancia constitucional se anotan.

III. DECISIÓN

20°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VII PLENO JURISDICCIONAL PENAL

conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

21°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 19°.

22°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

23°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

VILLA BONILLA

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO

ANEXO 03

JUZGADO : CUARTO JUZGADO UNIPERSONAL
EXP. N° : 2521-2012-16
JUEZ : HIROKO SANDRA TERESA HIYANE RAMIREZ
ACUSADO : GUEVARA BAUTISTA JACINTO
AGRAVIADO : ENMA NORA RAMOS ROJAS
DELITO : OMISION DE SOCORRO Y EXPOSICION AL PELIGRO

SENTENCIA

Resolución número: DOS
Chiclayo, doce de Marzo
Del dos mil quince.-

VISTA en audiencia oral y pública la presente causa, se procede a dictar sentencia bajo los términos siguientes:

I.- PARTE EXPOSITIVA

1.1.- SUJETOS PROCESALES

1.1.1.- Parte acusadora: Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo.
1.1.2.- Parte acusada: JACINTO-GUEVARA BAUTISTA, con DNI. No 09490984, natural de Bambamarca - Cajamarca, nacido con fecha el 09 de Setiembre de 1969, hijo de Silvestre Guevara Cruzado y Angélica Bautista Mejía, soltero, con una hija, con segundo de secundaria, chofer, que percibe quinientos soles mensuales, domicilio en la Calle los Robles N° 13 - Urb. Miraflores - Pomalca, no registra antecedentes, no tiene bienes, no tiene cicatrices, tiene un tatuaje del Che Guevara en el brazo izquierdo. Estatura un metro sesenta y nueve; y un peso de setenta y cinco kilogramos.
1.1.2.- Parte agraviada: ENMA NORA RAMOS ROJAS

1.2.- ALEGATOS PRELIMINARES

1.2.1.- DEL FISCAL

Que conforme aparece de los actuados, el 16 Octubre del 2011 siendo las 18:50 horas aproximadamente, en circunstancias que JACINTO GUEVARA BAUTISTA se encontraba conduciendo su vehículo automóvil de Placa de Rodaje GQ-8410, realizando servicio de colectivo de la ciudad de Chiclayo con dirección a Pomalca, atropelló a una persona de sexo femenino identificada como ENMA NORA RAMOS ROJAS, que hizo su aparición de forma intempestiva en la vía, ocasionándole lesiones con riesgo de compromiso de vida, las cuales conforme al certificado médico legal N° 011866-V de fecha 18 de Octubre del 2011, arrojando treinta días de atención facultativa por 100 días de incapacidad medico legal. Que de acuerdo a las conclusiones del Informe Técnico N° 239 - 2011 - DIVTRAN/DEPIAT - PNP - CH (Folios 59 a 69), el suceso de transito tuvo como factor determinante " La imprudencia de la peatón al ingresar a una vía de transito rápida en horas de la noche, sin adoptar medidas de seguridad y precaución al transitar por una zona oscura teniendo en cuenta que esta persona en su condición de viandante tenía una mejor apreciación de los vehículos que circulaban en el lugar, lo cual lo valoro como peligro inminente y decide cruzar la calzada desarrollándose de esta manera el evento de transito; razones por las cuales el hecho no puede ser atribuido a título de dolo o culpa al imputado, a fin de que sea procesado por el delito de Lesiones Culposas Graves; sin embargo el acusado, luego de producido el hecho, lejos de prestar auxilio inmediato a la agraviada, que presentaban lesiones que ponían en riesgo su vida, se alejo del lugar omitiendo prestarle auxilio inmediato, para luego siendo las 19:20 horas, proceder a dar cuenta de lo sucedido a la Comisaría del sector, sometiéndose a las diligencias que el

Hiroko Sandra T. Hiyane Ramirez
JUEZ
Cuarto Juzgado Penal Unipersonal
PODER JUDICIAL - CSJLAMB

Paúl Niño Burga
ESPECIALISTA DE AUDIENCIA
P.J. - NCPP - CSJLAMB

21
verificación

caso ameritaba, razón por la cual se descarta el delito de FUGA DEL LUGAR DEL ACCIDENTE DE TRANSITO y se procede a formular acusación por el delito de OMISION AL SOCORRO y EXPOSICION AL PELIGO. Que la conducta del acusado se adecuaría a lo prescrito en el artículo 126° del Código Penal. Pretende probar los hechos con los medios probatorios que fueron admitidos en la audiencia de control de acusación.

1.2.2.- ACTOR CIVIL: No existe en la presente causa.

1.3.4.- DE LA DEFENSA

Por su parte la defensa del acusado, indicó que su patrocinado acepta los cargos materia de imputación, sin embargo señala que a la fecha ha sido cancelada parte de la deuda por pensiones alimenticias y están llanos a llegar a un acuerdo con el señor representante del Ministerio Público para arribar a una conclusión anticipada del proceso.

1.2.4.- POSICION DEL ACUSADO FRENTE A LA IMPUTACION

Escuchado que fue el acusado, luego de que la señora Juez le explicara sus derechos y la posibilidad de que la presente causa pueda terminar mediante conclusión anticipada, admitió los cargos, es decir, tanto su responsabilidad penal como civil, agregando que han llegado a un acuerdo sobre la pena y la reparación civil con el Ministerio Público, en los términos siguientes:

a).- **ASPECTO PUNITIVO:** Se imponga **UN AÑO Y NUEVE MESES DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD** por el período de prueba de un año.

b).- **CONDICIONES A LA QUE DEBE ESTAR SUJETO EL AMBITO PUNITIVO:** Se acordó las siguientes reglas de conducta; a) Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez; b) Comparecer personal y obligatoriamente cada treinta días al juzgado de investigación preparatoria que previno para informar y justificar sus actividades; c) Reparar los daños ocasionados por el delito; bajo apercibimiento de aplicarse el inciso 3 del artículo 59 del Código Penal.

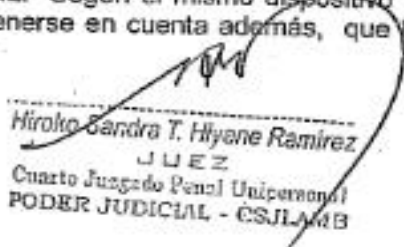
c).- **REPARACION CIVIL:** Se fijó la suma de **DOS MIL NUEVOS SOLES**, siendo que a la fecha se ha cancelado la suma de **MIL NUEVOS SOLES**, lo cual está acreditado en la acta de transacción extrajudicial; quedando así por pagar la suma de **MIL NUEVOS SOLES** los cuales serán pagados en tres cuotas de **TRESCIENTOS TRIENTA Y TRES NUEVOS SOLES CON CUARENTA CENTIMOS**, según el siguiente cronograma: 12 de Abril, 12 de Mayo y 12 de Junio del 2015 mediante depósito electrónico en el Banco de la Nación.

II.- PARTE CONSIDERATIVA

PRIMERO.- AMBITO NORMATIVO DE LA SENTENCIA DE CONFORMIDAD.

1.1.- Según el artículo 372 inciso 5 del Código Procesal Penal, la sentencia de conformidad, prevista en el numeral 2) del mismo artículo, se dictará aceptando los términos del acuerdo, en consecuencia corresponde al Juez el Control del mismo a fin de determinar si satisface las exigencias de legalidad, control que no sólo tiene que ver con la legalidad del juicio de tipicidad del hecho imputado, sino también de la pena y reparación civil acordada y demás consecuencias accesorias.

1.2.- Según el mismo dispositivo legal, para efectos de la aprobación del acuerdo debe tenerse en cuenta además, que la determinación de la tipicidad debe realizarse a partir


Híroko Sandra T. Hlyone Ramirez
JUEZ
Cuarto Juzgado Penal Unipersonal
PODER JUDICIAL - CSJLAMB


Paúl Niño Burga
ESPECIALISTA DE AUDIENCIA
P.J. - NCPP - CSJLAMB

22
veintidos

de la descripción del hecho aceptado, sin que ello evite dictar la resolución correspondiente en los casos que resulte manifiesta la concurrencia de cualquier causa de justificación o exención de responsabilidad penal, sin valoración de prueba, toda vez que en este aspecto el legislador ha sido cuidadoso en precisar que esta evaluación debe efectuarse a partir de la descripción del hecho aceptado.

SEGUNDO: CONTROL DE LEGALIDAD DE LA TIPICIDAD

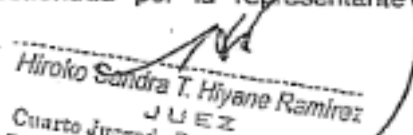
Con respecto al control de tipicidad, tal como ha sido planteada la imputación, este órgano jurisdiccional considera que nos encontramos ante un supuesto subsumido en el artículo 126° del Código Penal, en razón de que se revela la infracción de ciertos deberes institucionales, cuya realización importa la puesta en peligro de bienes jurídicos importantes para la víctima, la seguridad concreta de la vida y la salud de ciertas personas. Sin embargo, la posición de garante, puede aparecer por asunción ante un accionar precedente del autor, cuando este con su conducta crea un riesgo concreto para el bien jurídico de un tercero, asume la obligación de neutralizar, estabilizar o disminuir los riesgos que puedan provocar un estado de mayor lesión. Que en el presente caso el acusado luego de producido el hecho de tránsito, lejos de prestar auxilio inmediato a la agraviada, quien prestaba lesiones que ponían en riesgo su vida, se alejó del lugar omitiendo prestarle el auxilio inmediato para luego a las diecinueve horas con veinte proceder a dar cuenta de lo sucedido a la Comisaría del Sector, sometiéndose a las diligencias de rigor; lo que nos advierte que estamos ante una conducta omisiva y de carácter dolosa, en consecuencia al haber aceptado el acusado los cargos, previa explicación de sus consecuencias por el órgano jurisdiccional y consulta con su abogado defensor, el control en este aspecto resulta positivo.

TERCERO: CONTROL DE LEGALIDAD DE LA PENA

3.1.- En cuanto a la pena acordada entre las partes, debe tenerse en cuenta que en el presente caso, se ha optado por una alternativa a la prisión, como es la **SUSPENSIÓN DE LA EFECTIVIDAD DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN UN AÑO Y NUEVE MESES** por el período de prueba de un año, en consecuencia corresponde determinar si el acuerdo adoptado supera el control de legalidad respectivo.

3.2.- Para efectos del control de legalidad, debe tenerse en cuenta que según el artículo 57 del Código Penal el juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: a).- Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; b).- Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito; y c).- Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

3.3.- Con respecto a la primera exigencia, debe considerarse que el delito materia de acusación está conminada con una pena cuyo extremo máximo es de dos años de pena privativa de libertad, es decir, que no supera de ningún modo el máximo previsto por la norma, por lo que siendo así, se da por descontado el cumplimiento de la primera exigencia; mientras que en cuanto a la segunda exigencia, debe considerarse que estamos ante un delito de Omisión de Socorro y Exposición al Peligro donde el acusado, con el acuerdo efectuado está manifestando su voluntad de enmendar su conducta, habiendo reparado en forma voluntaria parte del daño causado, se encuentra arrepentido de los cargos imputados en su contra, por lo que este órgano jurisdiccional también da por satisfecha la segunda exigencia, y en cuanto a la tercera exigencia debe considerarse que el acusado ha manifestado carecer de antecedentes penales, afirmación que no ha sido cuestionada por la representante del Ministerio Público, por lo que no existiendo


Hiroko Sandra T. Hiyane Ramirez
JUEZ
Cuarto Juzgado Penal Unipersonal
PODER JUDICIAL - CSJLAMB


Paúl Niño Burga
ESPECIALISTA DE AUDIENCIA
P.J. - NCPP - CSJLAMB

23
Vélez

elementos para sostener que el acusado tiene la calidad de reincidente o habitual, se da también por superada la tercera exigencia.

3.4.- Otro aspecto a tomar en cuenta, es que la propuesta punitiva, esté en perfecta armonía con los principios que rigen la imposición de la misma, como es el **principio de lesividad**, en la medida que el acusado mediante el acuerdo ha pagado parte de la reparación civil fijada; **principio de proporcionalidad** entendido como aquel que permite fijar la pena teniendo presente la gravedad de hecho e impidiendo sobrepasar la responsabilidad por el mismo; el **principio de humanidad**, que impide que la sanción afecte la propia condición humana, por lo que el ámbito punitivo acordado satisface los fines de la pena previstos en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal.

CUARTO: CONTROL DE LEGALIDAD DE LA REPARACION CIVIL

4.1.- Respecto de la reparación civil debe considerarse que el fundamento de la responsabilidad civil que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, tal y como lo señala el artículo 93 del Código Penal, su contenido está constituido por la restitución del bien o si no es posible su valor, así como la indemnización por los daños y perjuicios causados, por lo que el monto de la reparación civil debe guardar relación y estar en función a la magnitud de los daños ocasionados a los intereses de la víctima.

4.2. En el caso de autos, y atendiendo a la naturaleza del delito mencionado siendo el delito de Omisión socorro, la juzgadora considera que es notoria una indemnización, cuyo valor si bien es cierto no se puede cuantificar, sin embargo debe fijarse un monto que indefectiblemente resarza el daño ocasionado; por lo que el órgano jurisdiccional considera que debe ser indemnizado, y habiéndose fijado la suma de **dos mil nuevos soles**, deber ser aprobado en razón de estar ante un extremo incluso renunciable.

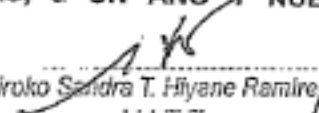
QUINTO: COSTAS DEL PROCESO


Con respecto a las costas del proceso, debe tenerse en cuenta que el numeral segundo del artículo 497 del Código Procesal Penal establece que el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse de oficio y motivadamente sobre el pago de las costas a toda decisión que ponga fin al proceso penal; mientras que el artículo 500.1 del Código Procesal Penal prescribe que su pago corresponde al vencido; en tal sentido al haberse terminado la presente causa mediante sentencia, las costas a pagar serían aquellas que ha podido generar el actor civil en el presente proceso judicial y no habiendo constitución como tal, carece de objeto fijar algún monto por dicho concepto.

III.- PARTE DECISORIA

Por las consideraciones precisadas, de conformidad con el artículo 372 inciso 5 del Código Procesal Penal y demás normas invocadas en la presente, la Juez del Cuarto Juzgado Unipersonal de la provincia de Chiclayo, administrando justicia a nombre de la Nación: **SE RESUELVE:**

3.1.- **APROBANDO EL ACUERDO ARRIBADO ENTRE LAS PARTES, CONDENANDO GUEVARA BAUTISTA JACINTO** cuyas generales de ley obran en la parte expositiva como autor del delito de **OMISION DE SOCORRO Y EXPOSICION AL PELIGRO** previsto por el artículo 126° primer párrafo del Código Penal en agravio de **ENMA NORA RAMOS ROJAS**, a **UN AÑO Y NUEVE MESES DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**


Hérold Sandra T. Hiyane Ramirez
JUEZ
Cuarto Juzgado Penal Unipersonal
PODER JUDICIAL - CSJLAMB


Paul Niño Barga
ESPECIALISTA DE AUDIENCIA
P.J. - NCPP - CSJLAMB

24
veinticuatro

SUSPENDIDA EN SU EJECUCION por el periodo de prueba de un año, siempre y cuando cumpla con la siguiente regla de conducta: a) Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez; b) Comparecer personal y obligatoriamente cada treinta días al juzgado de investigación preparatoria que previno para informar y justificar sus actividades; c) Reparar los daños ocasionados por le delito; bajo apercibimiento de aplicarse el inciso 3 del artículo 59 del Código Penal.


3.2.- Se fija por **REPARACION CIVIL** la suma de **DOS MIL NUEVOS SOLES**, siendo que a la fecha se ha cancelado la suma de **MIL NUEVOS SOLES**, lo cual está acreditado en la acta de transacción extrajudicial; quedando así por pagar la suma de **MIL NUEVOS SOLES** los cuales serán pagados en tres cuotas de **TRESCIENTOS TRIENTA Y TRES NUEVOS SOLES CON CUARENTA CENTIMOS**, según el siguiente cronograma: 12 de Abril, 12 de Mayo y 12 de Junio del 2015 mediante depósito electrónico en el Banco de la Nación.

3.3.- Se declara la calidad de **COSA JUZGADA** a la presente sentencia al haber participado todas las parte involucradas en el proceso, debiendo en consecuencia darse cumplimiento por parte del Juez de la Investigación Preparatoria; y se **ORDENA** se remitan los boletines correspondientes para su inscripción en el registro respectivo.

3.4.- Se **ORDENA** levantar toda medida restrictiva dictada contra el acusado que como consecuencia de este juicio se haya dictado.

3.5.- Sin lugar al señalamiento de costas.

3.6.- Se da por notificados de la presente resolución a las partes concurrentes.


Hilda Saradra T. Hiyano Ramirez
JUEZ
Cuarto Juzgado Penal Unipersonal
PODER JUDICIAL - CSJLAMB


Paul Niño Burga
ESPECIALISTA DE AUDIENCIA
P.J. - NCPP - CSJLAMB

ANEXO 04

EXPEDIENTE N° : 00074-2016-0-0601-JR-PE-02
JUEZ : SOSA ALARCON, SANDRA MILAGROS
ESPECIALISTA : CERNA LIMAY, YDAEL
MINISTERIO PÚBLICO: TERCERA FISCALIA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE CAJAMARCA
IMPUTADO : LULICHAC CHUQUIRUNA, ELI JONATHAN
DELITO : TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO Y MUNICIONES
AGRAVIADO : ESTADO

SENTENCIA CONDENATORIA ANTICIPADA N°: DIEZ – 2016

RESOLUCIÓN NÚMERO DOS

Cajamarca, Dieciocho de Enero

Del Año Dos Mil Dieciséis.-

I.- ANTECEDENTES:

AUTOS, VISTOS Y OÍDOS. En Audiencia de Incoación de Proceso Inmediato requerido por el Fiscal Provincial de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cajamarca, en la investigación seguida contra **ELI JONATHAN LULICHAC CHUQUIRUNA**, por la presunta comisión del delito Contra La Seguridad Pública (Delitos de Peligro Común) – **FABRICACION, SUMINISTRO O TENENCIA DE MATERIALES PELIGROSOS** – previsto en el artículo 279º del Código Penal en agravio del **ESTADO** representado por el Procurador Público del Ministerio del Interior.-----

II.- FUNDAMENTOS:

DEL PROCESO DE TERMINACION ANTICIPADA:¹

PRIMERO.- En relación al proceso de Terminación Anticipada, debe precisarse que tal institución procesal está regulada en el Código Procesal Penal; y, la regulación de dicha institución, en sus aspectos esenciales, está suficientemente desarrollada en el Libro V, sección V, artículos 468° al 471° del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957).

Así, tenemos que la Terminación Anticipada, es un proceso penal especial, y además, una forma de simplificación procesal, que se encuentra basada en el principio de consenso. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada; y que se erige en un proceso penal autónomo, por tanto, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente de aquel; en este contexto, el proceso de terminación anticipada importa la aceptación por parte del imputado respecto del hecho punible objeto de proceso penal y la posibilidad de negociación acerca de las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil, y las consecuencias accesorias; pues, así fluye de lo dispuesto en el artículo 468° inciso 4 y 5 del Código Procesal Penal; puntualizándose – además – que éste instituto procesal es aplicable para todo tipo de delitos – Ámbito de aplicación general – y sometido sus reglas a una pauta unitaria.

Siguiendo ese orden de ideas, el proceso de Terminación Anticipada atraviesa varias etapas o fases, que va desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada (fase inicial), hasta la realización de la audiencia respectiva (fase principal), y la consecuente emisión de la decisión resolutive correspondiente: auto desaprobatario del acuerdo o sentencia anticipada (fase decisoria). Es claro, por lo demás, que la audiencia preparatoria es privada, cuya justificación estriba en que es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la investigación preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de éste proceso especial, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente.

Dentro de la función del juez durante el desarrollo del proceso, se encuentra el examen de admisibilidad y procedencia, y, así mismo de control y revisión de si el imputado tiene el debido conocimiento de los alcances y consecuencias del acuerdo, y, que su consentimiento se dé de manera libre, voluntaria, sin presiones o amenazas, informado, con ejercicio de asesoría legal y conociendo a lo que se somete;

¹ En la presente sentencia se establecen diversos conceptos y se aplican los precedentes establecidos en el Acuerdo Plenario N° 5-2009-CJ-116, establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República en el V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES Y TRANSITORIAS. Asunto: PROCESO DE TERMINACION ANTICIPADA: ASPECTOS ESENCIALES, por lo que lo vertido se debe entender también en el sentido ya establecido a nivel de precedente.

además, el Juez controla la legalidad del acuerdo y la razonabilidad de la pena, y, obviamente expide la decisión que corresponda.

Por otro lado, tenemos que el control de legalidad del acuerdo que debe realizar el Juez, se expresa en tres planos diferentes: a) El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico penal, en relación a los hechos objeto de la causa y a las circunstancias que rodean al hecho punible; b) El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros, mínimo y máximo, que fluyen del tipo legal aplicado y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad – esto es lo que se denomina "pena básica". También el juicio de legalidad alcanza al respeto de los ámbitos legalmente definidos de la reparación civil – siendo del caso resaltar que en este extremo prima por completo la disposición sobre el objeto civil – y de las consecuencias accesorias; y, c) La exigencia de una suficiente actividad indiciaria. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente – probabilidad delictiva – (i) de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado, y (ii) que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.

Siendo así, el Juez debe desaprobar el acuerdo si advierte la inexistencia de los hechos, la atipicidad de la conducta atribuida u otra situación similar. Lo correcto en estos casos es que, rechazado el acuerdo, los cargos se dilucidan en el proceso común. Es un contrasentido, en atención al ámbito del control jurisdiccional del acuerdo, que se busque una absolución o una decisión que resuelva un objeto distinto al juicio sobre la validez y eficacia jurídica del acuerdo objeto de control jurisdiccional.

Así mismo, el Juez deberá desaprobar el acuerdo si es que advierte que en cuanto a la pena acordada no se supera el control de legalidad y la razonabilidad de la pena o la condición de la misma.

DE LA TRAMITACIÓN DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA EN EL PRESENTE PROCESO

SEGUNDO: Como consta en el acta de audiencia de incoación de proceso inmediato obrante en autos, la abogada defensora del procesado al amparo del inciso 3) del artículo 447º del Código Procesal Penal (modificado por Decreto Legislativo Nº 1194) ha solicitado el trámite de la terminación anticipada a favor de su patrocinado **ELI JONATHAN LULICHAC CHUQUIRUNA**, por la presunta comisión del Delito Contra La Seguridad Pública (Delitos de Peligro Común) – **FABRICACION, SUMINISTRO O TENENCIA DE MATERIALES PELIGROSOS** – previsto en el artículo 279º del Código Penal en agravio del **ESTADO** representado por el Procurador Público del Ministerio del Interior.

Esta petición en la audiencia correspondiente ha sido puesta en conocimiento de las partes procesales sin que se haya presentado oposición o se hayan requerido pretensiones respecto de este proceso. Llegando a un acuerdo tanto el representante del Ministerio Público, el imputado y su abogada defensora.

Ahora bien, el imputado **ELI JONATHAN LULICHAC CHUQUIRUNA** ha sido puesto a disposición de este despacho en calidad de detenido; por lo que, se ha llevado a cabo la audiencia y deliberación correspondiente, habiéndose dispuesto la emisión de la presente sentencia, la que se emite dentro del plazo _____ de ley.-----

DE LA IMPUTACION DE CARGOS:

TERCERO.- Según se desprende de la investigación y de lo actuado en audiencia, el Ministerio Público ha señalado que el día 17 de enero del año en curso a las 08:10 horas cuando los efectivos policiales: Wilson Ruiz Allaga y Hernán Torres Morante que se encontraban realizando servicio de patrullaje a bordo de la unidad móvil de placa EPB-978 fueron informados por moradores y peatones, que en las intersecciones del Jr. Ayacucho y Jr. Mario Urteaga (frente a la Plazuela Miguel Grau), una persona de sexo masculino se encontraba martillando un arma de fuego en la vía pública, procediendo a intervenir al procesado **ELI JONATHAN LULICHAC CHUQUIRUNA**, a quien en el momento que se le realizó el registro correspondiente se encontró en su poder un arma de fuego, pistola de puño, color negro, con serie N° 209620, arma que se encontraba abastecida con una munición en la recámara, señalando el procesado durante su intervención no tener licencia para portar armas de fuego; siendo conducido a la unidad policial para las investigaciones del caso.

Los hechos atribuidos a **ELI JONATHAN LULICHAC CHUQUIRUNA**, han sido tipificados como delito Contra La Seguridad Pública (Delitos de Peligro Común) – **FABRICACION, SUMINISTRO O TENENCIA DE MATERIALES PELIGROSOS** – previsto en el artículo 279º del Código Penal, en agravio del **ESTADO** representado por el Procurador Público del Ministerio del Interior.-----

DE LA ACEPTACIÓN DE LOS CARGOS:

CUARTO.- Durante el desarrollo de la audiencia de terminación anticipada, el imputado – luego de haber escuchado los cargos en su contra, y, de haber sido informado por la Juez sobre los alcances y consecuencias del proceso, y, del entendimiento de ello – ha expresado su aceptación en los hechos y cargos imputados, además de su responsabilidad penal.

Por otro lado, se ha arribado al acuerdo respectivo entre el representante del Ministerio Público, el imputado y su abogada defensora, respecto de la pena y reparación civil a imponer; acuerdo que también se les ha puesto en conocimiento, y, sobre el que han reiterado su conformidad en audiencia.

Atendiendo a ello, se concluye que se ha dado el trámite adecuado al proceso, correspondiendo por tanto emitir la decisión judicial respectiva, realizando los controles y análisis judiciales necesarios para la aprobación o no del acuerdo planteado.

DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROCESADO:

QUINTO: Pese al acuerdo arribado y al reconocimiento de la responsabilidad del imputado; el Juez debe analizar la existencia de elementos de convicción suficientes que permitan establecer la responsabilidad del encausado y la imposición de la sanción penal que corresponda. Al respecto, tenemos que no se hace necesario un análisis exhaustivo de los elementos de convicción, pero sí que los mismos sean suficientes para justificar la razonabilidad del acuerdo arribado por las partes; ya que, la valoración judicial para homologar el acuerdo resulta distinta a la valoración y apreciación de los actos de prueba que se realizan en un proceso común.

Así tenemos que se cuenta con los siguientes elementos de convicción que establecen la responsabilidad del imputado:

- **Declaración del procesado Eli Jonathan Lulichac Chuquiruna obrante de folios 07 a 08;** quien refiere que el día 17 de enero del año en curso a horas 08:00 aproximadamente, cuando se dirigía a su domicilio en compañía de dos amigos, los cuales se encontraban peleando, al estar cerca de la casa de sus amigos a la altura del Jr. Guadalupe estos seguían peleando, quien le dijo a su amigo CARLOS VASQUEZ BENAVIDES que deje de pegar a su hermano menor, si quiere que se pelee con él, siendo en ese momento intervenido por la policía y al ser registrado le encontraron un arma tipo pistola, baby, con una cacerina abastecida con dos municiones. El arma de fuego, tipo pistola marca MAB, modelo "A", serie N° 209620, semi automática, calibre 6.35 que le fue incautada es de su propiedad, la cual ha comprado en la cachina de la ciudad de Chiclayo en la suma de CINCUENTA SOLES (S/. 50.00) desconociendo

a la persona que se la vendió; había comprado el arma en el mes de diciembre de 2015 por defensa propia ante cualquier hecho; agregando finalmente que no cuenta con licencia para portar armas de fuego, desconociendo que portar armas de fuego sin la documentación respectiva constituye delito y además desconoce el uso y manejo de armas de fuego, no habiendo realizado disparos.

- **Declaración del SO2 PNP Hernán Torres Morante obrante de folios 09 a 10;** quien refiere que el día 17 de enero del año en curso a horas 08:00 aproximadamente cuando se trasladaba a la zona de su responsabilidad (Jr. Guillermo Urrelo) en compañía del SO2 PNP Wilson Ruiz Aliaga fueron alertados por vecinos y moradores del lugar, quienes les dijeron que una persona de sexo masculino vestido con casaca roja y pantalón, jean color azul, tenía una arma de fuego, logrando ubicar a esta persona a la altura de la Plazuela Grau, donde fue intervenido y al realizarle el registro se le encontró un arma de fuego a la altura de la cintura parte posterior, cuando se encontraban dirigiéndose a la dependencia policial al revisar el arma de fuego esta se encontraba cargada con una munición en la recámara.
- **Acta de Intervención Policial N° 305-2016-FP-C/DEPUNEME obrante a folios 11;** en la cual se precisa que personal policial cuando realizaba servicios de patrullaje tuvo conocimiento por peatones y moradores que en la intersección del Jr. Ayacucho y Jr. Mario Urteaga frente a la Plazuela Miguel Grau, una persona de sexo masculino había rastreado un arma de fuego en la vía pública y conforme a las características que recibieron se intervino a ELI JONATHAN LULICHAC CHUQUIRUNA, quien al momento que se le realizó su respectivo cacheo por el lado de la cintura se le encontró un arma de fuego – pistola de puño, color negro, con serie N° 209620, el cual se encontraba con una munición en la recámara; asimismo, el intervenido indicó que no tenía licencia para portar dicha arma de fuego.
- **Acta de Registro Personal obrante a folios 12;** en la cual se deja constancia que al realizar al procesado ELI JONATHAN LULICHAC CHUQUIRUNA el registro personal se le encontró a la altura de la cintura un arma de fuego pistola con la inscripción MADE IN FRANCE y otras inscripciones no legibles, con N° de serie 209620, con una cacerina abastecida con dos municiones.
- **Acta de Incautación obrante a folios 13;** en la cual se señala que se procedió a incautar al procesado un arma de fuego – pistola de puño con la inscripción Made In France y otras inscripciones no legibles con N° de serie 209620 con una cacerina abastecida con dos municiones sin marca.
- **Díctamen Pericial de Balística Forense obrante de folios 16 a 17;** en la cual se concluye que la muestra N° 01 es una pistola semiautomática, calibre 6.35 mm o 25" – auto marca "MAB", número de serie "209620"; se encuentra en regular estado de conservación (oxidación) y normal

funcionamiento. Al examen presentó características de haber sido empleada para efectuar disparo(s). La muestra N° 02 son dos cartuchos para arma de fuego, tipo pistola semiautomática, calibre 6.35 mm o 25" – auto, marca "FN", se encuentra en regular estado de conservación y normal funcionamiento.

Todos estos elementos hacen concluir que los hechos se subsumen en el delito que ha sido materia de investigación; esto es el delito de Fabricación, Suministro o Tenencia de Materiales Peligrosos toda vez que el procesado ha sido intervenido con un arma de fuego, pistola de puño, color negro, con serie N° 209620, arma que se encontraba abastecida con una munición en la recámara; pues, la intervención se dio porque moradores del lugar habían informado al personal policial que este se encontraba martillando dicha arma de fuego en la vía pública.

DE LA APROBACION DEL ACUERDO:

SEXTO: De lo actuado durante la audiencia de Terminación Anticipada, y, tal como consta en acta respectiva, se advierte que tanto el representante del Ministerio Público y el imputado **ELI JONATHAN LULICHAC CHUQUIRUNA**, conjuntamente con su abogada, arribaron a un acuerdo en relación a la pena y la reparación civil; siendo que tal acuerdo ha sido sustentado y aceptado en la audiencia.

Así tenemos, que en relación al acuerdo respectivo, el representante del Ministerio Público ha señalado que el supuesto de hecho materia de la imputación se encuentra prescrito en el artículo 279° del Código Penal, norma que establece: *"El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, ensambla, almacena, suministra, comercializa, ofrece o tiene en su poder bombas, armas, armas de fuego artesanales, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años, e inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36° del Código Penal"*.

En relación, al acuerdo de la pena que correspondería al imputado, se ha establecido por el Ministerio Público que atendiendo que no registra antecedentes penales, es agente primario la pena correspondería fijarse dentro del Tercio Inferior; esto es, de SEIS AÑOS A NUEVE AÑOS; por lo que, la pena a imponerse es de SEIS AÑOS a la que debe reducirse el sexto por acogerse a la terminación anticipada; por lo que, la pena acordada para el procesado es de CINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

Por otro lado, en cuanto al carácter de la pena privativa de libertad, se señala que la pena a imponerse al imputado deber **SER EFECTIVA**, atendiendo a que la pena a imponer será mayor de cuatro años de pena privativa de la libertad

Asimismo, se debe precisar que el representante del Ministerio Público, ha referido como parte del acuerdo de Terminación Anticipada se ha acordado la incapacidad definitiva para obtener licencia o certificación para portar o hacer uso de arma de fuego conforme al inciso 6) del artículo 36° del Código Penal.

Respecto, a la reparación civil, se ha acordado que deberá ser la suma de **MIL SOLES (S/. 1 000. 00)** por concepto de reparación civil que deberá pagar el procesado a favor del agraviado **ESTADO** representado por el **MINISTERIO DEL INTERIOR** monto que será pagado durante el tiempo que dure la condena.-----

SETIMO: Como se ha dicho, el análisis judicial está relacionado en determinar – entre otros aspectos – la razonabilidad de la pena, no existiendo en este proceso una actividad de determinación judicial de la pena en estricto; sin embargo, para establecer esa aludida razonabilidad se pueden utilizar los criterios para la determinación de la pena, y, a partir de ello establecer sí para los hechos y caso concreto la pena acordada es razonable. Se precisa, que dado que la normatividad penal sobre la determinación de la pena ha sido modificada por la ley N° 30076; el control judicial debe basarse también en establecer si el acuerdo presentado se adecua a dichas modificaciones, esto es lo establecido en los modificados artículos 45° y 46° y el incorporado artículo 45-A del Código Penal.

Al respecto, durante el desarrollo de la audiencia el Fiscal ha informado y fundamentado que el acuerdo sobre el *quantum* de la pena se ha desarrollado y encuentra bajo los parámetros y supuestos de las normas penales modificadas.

Así, en el control judicial establecemos que, de acuerdo al tipo penal respectivo, el rango de la pena es una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; por lo que, estableciendo los tercios respectivos se tiene que el primer tercio o tercio inferior corresponde de

seis a nueve años; el segundo tercio o tercio intermedio, de nueve años a doce años; y, el tercer tercio o tercio superior de doce a quince años.

Ahora, para el presente caso se advierte que el procesado cuenta con la circunstancia atenuante de no registrar antecedentes penales; por lo que, la pena debería establecerse dentro del rango inferior (seis a nueve años), y, siendo que la pena acordada se ha fijado en SEIS AÑOS, la juzgadora verifica que dicha pena acordada se encuentra dentro del rango que le corresponde y resulta razonable, además que tal situación en efecto le resulta aplicable al imputado; ya que, cuenta con la circunstancia atenuante, esto es, que no registra antecedentes penales.

Ahora bien, teniéndose la pena acordada de SEIS AÑOS, además se le ha descontado **UN SEXTO (UN MESES)** por efecto de la terminación anticipada de conformidad con el artículo 471° del Código Procesal Penal, se ha fijado una **pena final en CINCO AÑOS**; cuyo establecimiento resulta adecuado y conforme al ordenamiento legal; por lo que, corresponde su aprobación judicial.

Por otro lado, se tiene que el acuerdo informa que la calidad de la pena será la de **EFFECTIVA**, ello obedece a que la pena a imponerse es mayor a cuatro años de pena privativa de la libertad. En consecuencia, también resulta adecuada y debe aprobarse.

También, se ha señalado como pena accesoria la incapacidad definitiva para obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas, ello de conformidad con el inciso 6) artículo 36° del Código Penal, extremo que igualmente corresponde aprobar.

Además de lo dicho, se debe tener en cuenta que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece el principio de proporcionalidad de la sanción prescribiendo que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y el artículo IX del mismo cuerpo normativo señala que la pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora; siendo éstos los elementos los que se han considerado para aprobar la pena acordada.

OCTAVO: En relación a la reparación civil, el acuerdo se ha establecido en la suma de **MIL SOLES (S/.1000.00)**, monto que deberá ser cancelado durante la ejecución de sentencia; y, también corresponde aprobar este extremo, dado que la parte legitimada para su reclamo, esto es la Fiscalía, ha establecido su conformidad, no habiéndose el agraviado constituido en actor civil.-----

NOVENO: Atendiendo a todo lo dicho, la operadora judicial, luego de efectuar un control de legalidad del acuerdo establecido, esto es, en cuanto al ámbito de la tipicidad o calificación jurídica penal en relación a los hechos investigados y sus circunstancias; así como, el ámbito de la legalidad de la pena y la reparación civil arribada por las partes procesales, y al considerar – además – que existen elementos suficientes de responsabilidad penal del imputado con respecto al delito que se le atribuye, concluye que deberá imponerse al encausado la pena que se ha plasmado en el acta de Audiencia de Terminación Anticipada, así como también el monto por reparación civil.-----

POR TALES CONSIDERACIONES: De conformidad con lo prescrito en los artículos II, VIII del Título Preliminar, artículos 23º, 28º, 29º, 45º, 46º, 92º, 93º y 279º del Código Penal; así como artículos 468º al 471º del Código Procesal Penal e inciso 3 del artículo 447º del mismo cuerpo normativo modificado por Decreto Legislativo Nº 1194, administrando Justicia a nombre de la Nación, **SE RESUELVE:**

III.- **DECISIÓN:**

- 1.- **APROBAR** el acuerdo de terminación anticipada del proceso, arribado entre el Fiscal de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cajamarca, el imputado **ELI JONATHAN LULICHAC CHUQUIRUNA** y su abogada defensora; *en consecuencia,*
- 2.- **CONDENAR** al imputado **ELI JONATHAN LULICHAC CHUQUIRUNA**, identificado con DNI Nº 45277042, nacido el 1º de julio de 1988, natural del Distrito – Provincia y Departamento de Cajamarca, de 27 años de edad, estado civil soltero, grado de instrucción secundaria completa, estatura 1.65 m, hijo de José Manuel y Maruja, con domicilio real en el Jr. Revilla Pérez Nº 101; **como AUTOR** del delito Contra La Seguridad Pública (Delitos de Peligro Común) – **FABRICACION, SUMINISTRO O TENENCIA DE MATERIALES PELIGROSOS** – previsto en el

artículo 279° del Código Penal, en agravio del ESTADO representado por el Procurador Público del Ministerio del Interior; y, como tal se le impone CINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EFECTIVA, pena que computada desde el 17 de Enero del 2016, conforme a la notificación de detención obrante a folios 25 vencerá el día 16 DE ENERO DE 2021.

3.- **INHABILITASE** al imputado ELI JONATHAN LULICHAC CHUQUIRUNA de manera definitiva para obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego de conformidad con el inciso 6) del artículo 36° del Código Penal.

4.- **FIJAR LA REPARACIÓN CIVIL** en la suma de MIL SOLES, monto que deberá ser cancelado durante ejecución de sentencia.

5.- **GIRESE** la respectiva papeleta de internamiento de ELI JONATHAN LULICHAC CHUQUIRUNA al Establecimiento Penitenciario de la ciudad de Cajamarca; debiendo la Policía judicial garantizar tal desplazamiento, **OFICIÁNDOSE** para tal efecto.

6.- **DISPONGO** que **CONSENTIDA O EJECUTORIADA** que sea la presente resolución **INSCRÍBASE** en el Registro Central de Condenas de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, remitiéndose los testimonios y boletines de condena de su propósito, a las entidades pertinentes; y **ARCHÍVESE** el expediente en el modo y forma de ley en la sección que corresponda.

7.- **TÉNGASE** por notificados los sujetos procesales asistentes a la presente audiencia; a quienes se les hará entrega inmediata de copia de la presente sentencia.

ANEXO 05



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA
DE CAJAMARCA

QUINTO JUZGADO
PENAL UNIPERSONAL
DE CAJAMARCA

"Justicia Honorable País Respetable"

EXPEDIENTE N° 124-2015-1-0601-JR-PE-01.-

DELITO : OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR
ACUSADO : LUIS ALBERTO VILLOSLADA QUISPE
AGRAVIADO : CHARLES DARWIN VILLOSLADA RUÍZ Y OTRO
JUEZ : JORGE LUIS VILLEGAS PUELLES
ESPEC. DE CAUSAS : JOSE ABEL BOÑÓN FAICHÍN
ESPEC. AUDIENCIAS : JHOANA CINDY PAOLA LÓPEZ ZEGARRA

SENTENCIA N° 08-2018
(CONDENATORIA DE CONFORMIDAD)

RESOLUCIÓN NÚMERO DOCE.-

Cajamarca, nueve de marzo
del dos mil dieciocho.-

1.- Encabezado.

VISTA y OÍDA, la audiencia de juicio oral, realizada ante el Juez del Quinto Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, magistrado **JORGE LUIS VILLEGAS PUELLES**, en el proceso penal seguido contra **LUIS ALBERTO VILLOSLADA QUISPE**, con DNI N° 43930549, natural del distrito de Cajamarca, nacido el 27/03/1982, de 35 años de edad, peruano, hijo de Francisco y Reyna Isabel, soltero, con grado de instrucción secundaria, con ingresos económicos de quinientos soles mensuales, domiciliado actualmente en Pasaje Unión N° 246 - Cajamarca, sin antecedentes penales ni judiciales, representado por su abogado defensor **Gino Paul Álvarez Cabrera** con registro ICAC N° 390; acusado por el delito contra La Familia- Omisión de Asistencia Familiar, en la modalidad de **INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA**, en agravio de **Maricielo Siomara, Charles Darwin y Luis Guillermo Villoslada Ruíz**; audiencia realizada con intervención del Ministerio Público, representado por el abogado **Walter Cadenas Cabanillas**, Fiscal Provincial de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cajamarca.

2.- Antecedentes procesales.

Propuesta de conclusión anticipada del juicio.

2.1.- Fiscalía refirió que al amparo del principio acusatorio y dentro del marco de legalidad, como lo previsto en el artículo 372° inc. 2) del Código Procesal Penal [en adelante CPP], con el abogado defensor del acusado y con éste, han arribado a un acuerdo total consistente en:

2.2.- Imputación fáctica: El acusado **LUIS ALBERTO VILLOSLADA QUISPE**, acepta que con fecha 21 de marzo de 2013, el juez de paz letrado emitió sentencia, ordenando



"Justicia Honorable País Respetable"

al acusado acuda en favor de sus menores hijos una pensión mensual y adelantada de cuatrocientos setenta con 00/100 soles [S/. 470.00]. Con fecha 20 de octubre de 2014, mediante resolución N° 18, se aprueba la liquidación de pensiones alimenticias devengadas, por el monto total de tres mil trescientos dieciocho con 20/100 soles [S/. 3 318.20] cuya liquidación aprobada se notificó al acusado en su domicilio real y pese a ello no cumplió con pagarla.

2.3.- Calificación jurídico-penal de los hechos: Los hechos descritos configuran el delito tipificado en el primer párrafo del artículo 149° del Código Penal [en adelante CP].

2.4.- Pena: Fiscalía inicialmente solicitó un año de pena privativa de libertad, luego de la reducción del séptimo por la conclusión anticipada del juicio oral, la pena queda en diez meses y ocho días con carácter suspendida bajo reglas de conducta por el periodo de prueba de un año.

2.5.- Reparación civil: Se acordó en la suma de total correspondiente al monto de **TRES MIL SESICIENTOS CINCUENTA CON 00/100 SOLES [S/. 3,650.00]**, correspondiendo la suma de **tres mil trescientos dieciocho con 20/100 soles [S/. 3,318.20]** por el íntegro de las pensiones alimenticias devengadas y que fue cancelado por el acusado, mediante depósito judicial N° 2015077400283 que obra a fojas 28 y que fuera pagado el día 09 de junio del 2015 y el monto de **trescientos treinta y uno con 80/100 soles [S/.331.80]** por concepto de indemnización que será cancelado hasta el día 12 de marzo del presente año.

3.- Trámite de la conformidad.

Información al acusado de sus derechos y efectos de la conclusión anticipada.

3.1.- En el caso concreto, el juzgador informó al acusado **LUIS ALBERTO VILLOSLADA QUISPE**, sus derechos, los efectos y consecuencias -ventajas y desventajas- de la conclusión anticipada del juicio oral, quien luego de consultar con su defensa técnica, manifestó libremente su voluntad de acogerse a la conclusión anticipada del juicio oral, solicitando la suspensión de la audiencia para negociar los términos del acuerdo con Fiscalía, luego se procedió a sustentar el mismo, solicitándose su aprobación.

Regulación de la conclusión anticipada del juicio oral.

3.2.- Conforme a lo establecido en el inciso 2) del artículo 372° del Código Procesal Penal, la institución de la "**conformidad premiada**", constituye un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa, de doble garantía, que importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de sentencia conformada, por lo que no se puede alegar posteriormente la vulneración de la "**presunción de inocencia**", pues la conformidad exime a la acusación de la carga de la prueba de los hechos constitutivos, siéndole de aplicación el principio de que "**nadie puede ir contra de sus propios actos**", de tal suerte que, reconocido un hecho, no puede posteriormente el acusado negar o modificar ese relato fáctico.

Naturaleza de la conclusión anticipada del juicio oral.

"Justicia Honorable País Respetable"

3.3.- De conformidad con el Acuerdo Plenario N° 05-2008/CJ-116 (18/07/2008), cuando el acusado se acoge a la figura de la Conclusión Anticipada del Juicio Oral, efectúa un acto unilateral de disposición de su pretensión, lo que implica la **renuncia a su derecho a la actuación de pruebas y a un Juicio Público**; siendo así, "...los hechos no se configuran a partir de la actividad probatoria de las partes...", sino que "...vienen definidos... por la acusación con la plena aceptación del imputado y su defensa". Por tanto, la sentencia de conformidad, no puede apreciar ningún medio de prueba, no sólo por no haberse actuado, sino porque el allanamiento del acusado no autoriza a valorar tampoco los actos de investigación, existiendo así una "**predeterminación de la sentencia**".

Requisitos de la conclusión anticipada del juicio oral.

3.4.- Para la aplicación de ésta institución, se requiere que el Juez previamente informe sus derechos al acusado, quien luego de consultar con su abogado defensor, preste su **libre y voluntaria aceptación de los cargos, estando en plena capacidad de ejercicio de sus derechos**. Lo que no exime al Juzgador actuar según el artículo 372°.5 del Código Procesal Penal, esto es, actuar a favor del imputado (*in bonam partem*), cuando el juzgador llegue a la conclusión de que los hechos imputados no constituyan delito, etc., ello en aplicación del principio de legalidad, y en resguardo del principio de presunción de inocencia que ampara al procesado, conforme a lo previsto en el literal "e" del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

4.- Homologación del acuerdo propuesto.

4.1.- Al haber sido aceptado el hecho imputado y reparación civil materia de éste juicio oral, por parte del acusado **LUIS ALBERTO VILLOSLADA QUISPE**, en plena capacidad de ejercicio de sus derechos y debidamente asistido por su defensa técnica, tales extremos deben tenerse como existentes y ciertos, tal y conforme se precisan en la acusación fiscal, lo que genera la vinculación absoluta de los hechos imputados, así como la antijuridicidad y responsabilidad penal del acusado, al no existir causa de justificación o eximente alguna, previa verificación mínima de la imputación.

4.2.- Respecto a la norma penal y elementos del delito.

El primer párrafo del artículo 149° del CP, prescribe:

"El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial".

A. Elementos del tipo penal.

i) Acción:

Consiste en la no realización de la conducta debida, esto es, omitir o no prestar los alimentos ordenados judicialmente. En el caso concreto, el acusado aceptó -vía conformidad- que incumplió con el pago de la liquidación de pensiones devengadas a las que estaba obligado por mandato judicial.

ii) Tipicidad¹:

¹ TIPICIDAD: Aquellos elementos que han de concurrir para que un hecho tenga relevancia penal, sea aducido en la descripción de algún tipo delictivo.



"Justicia Honorable País Respetable"

Los hechos descritos en la imputación ("omitir prestar alimentos ordenados judicialmente"), se subsumen en el primer párrafo del artículo 149° del Código Penal y en el "Fundamento Jurídico 8, de la Casación N° 02-2010-Lambayeque"² (06/04/2010).

- *Tipo objetivo*: Conocer de la sentencia judicial que le obliga prestar alimentos e incumplir el mandato judicial sin causa justificada.

- *Tipo subjetivo*: Conciencia de la obligación a prestar alimentos y voluntad dirigida a no cumplir.

iii) Antijuricidad³:

La conducta atribuida al acusado, contraviene lo establecido en el artículo 149° del Código Penal y afecta el derecho fundamental a los alimentos, pues al no existir causa de justificación como las previstas en el artículo 20° del CP, tal conducta deviene en antijurídica.

iv) Culpabilidad:

El acusado, al momento de los hechos, era persona capaz, mayor de edad, con grado de instrucción secundaria, no habiendo sufrido anomalía psíquica que afecte su capacidad de comprender sus actos, por ende no ha existido impedimento para internalizar la norma penal y respetarla, sin embargo no lo hizo y por el contrario la quebrantó; por lo que, no existiendo causa de inculpabilidad, su conducta resulta culpable y por ende reprochable penalmente.

B. Grado de participación del agente: Autoría (Art. 23° CP).

C. Estado de desarrollo del delito: Consumado.

5.- Control de legalidad de la pena concreta.

Conforme a los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y humanización, y en aplicación de lo prescrito en los artículos I, II, IV, VI, VII, VIII, IX del T.P., 45°, 45°-A, 46° y 149° -primer párrafo- del CP, modificado por Ley N° 30076 (19/08/2013); considerando además de las condiciones personales del acusado, indicadas en sus generales de ley, los principios y normas reguladoras de la pena, se tiene:

5.1.- Pena abstracta: Es la prevista en el primer párrafo del artículo 149° del CP, esto es, no mayor de 03 años, o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial (...).

5.2.- Tipo de pena solicitada-acordada: Privativa de libertad.

6.3.- Concurrencia de circunstancias genéricas agravantes y atenuantes.

En el caso concreto, únicamente concurre la atenuante genérica prevista en el inciso 1-A, del artículo 46° del Código Penal.

5.4.- Pena concreta a imponerse.

² CASACIÓN N° 02-2010-L.F.J.B. "Que, asimismo, el primer párrafo del artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal sanciona la conducta de quien "omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial (...)", que, por tanto, no se advierte que en el citado tipo penal u otra norma legal haga referencia a cuestiones que condicionen la intervención punitiva a su previa satisfacción, de modo tal que en los delitos de omisión o la violencia familiar es claro que no se requiere más que el incumplimiento de la obligación alimentaria -establecida en una resolución judicial- para que el afectado pueda iniciar la respectiva acción penal; que, si bien en la práctica judicial se solicita entre otras, la resolución judicial que aprobó la liquidación de pensiones alimenticias divergentes, esta no constituye un requisito de procedibilidad para iniciar la acción penal que, por consiguiente, no existe confusión o necesidad de discernir jurisprudencial".

³ LA ANTIJURIDICIDAD: Es aquel divisor que pone un hecho típico contrario a los normos del Derecho en general (no sólo al ordenamiento penal). Es lo contrario a Derecho, por lo tanto, no basta que la conducta concuerde en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella dejada por el ordenamiento, no protegida por causas de justificación.

"Justicia Honorable País Respetable"

La pena concreta a imponerse se ubica en el tercio inferior, por lo que atendiendo a la pena solicitada por el señor fiscal de 1 año, tal extremo resulta atendible; además resulta legal la rebaja de la pena hasta en un séptimo por conclusión anticipada de conformidad a lo prescrito en el art. 372 (2) del CPP, por lo que la pena de 10 meses y ocho días, con carácter de suspendida, por el periodo de prueba de un año, sujeto a reglas de conducta propuestas en el acuerdo, resulta amparable legalmente y en esa línea debe aprobarse.

5.5.- De la suspensión de la ejecución de la pena:

Conforme al artículo 57° del CP (modificado por la Ley N° 30076 del 19/08/2013), la ejecución de la pena se puede suspender, siempre que concurren los requisitos siguientes: i) Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; ii) Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación; y, iii) Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. En el caso concreto se advierte que el acusado está arrepentido, dadas sus condiciones personales, culturales y sociales, y atendiendo a que se ha sometido a la conclusión anticipada de juicio, lo que genera un costo beneficio favorable al sistema al proceso y a los sujetos procesales, resulta atendible dictar una pena suspendida en su ejecución

6.- Reparación civil.

Conforme lo sostiene el maestro Asencio Mellado, *"la reparación civil nace porque el hecho produce daño o porque implica un menoscabo patrimonial a la víctima, lo que interesa al actor civil es que exista daño reparable, no que el hecho del que deriva sea delito"*. La reparación civil puede solicitarse en el proceso penal, tal como se establece en el Capítulo I del Título VI (arts. 92°-101°) del CP. El ejercicio de la acción civil en el proceso penal, de conformidad con lo establecido en los artículos 1° de la L.O.M.P. y 11° del CPP, corresponde al Ministerio Público, salvo que exista actor civil legítimamente constituido.

En el caso concreto, de conformidad a lo prescrito en los artículo 92° y 93° del Código Penal y en atención al principio de dañosidad y proporcionalidad, corresponde al acusado reparar el daño causado con su accionar ilícito, considerando que la suma acordada de monto de **TRES MIL SESICIENTOS CINCUENTA CON 00/100 SOLES [S/. 3,650.00]**, correspondiendo la suma de **tres mil trescientos dieciocho con 20/100 soles [S/. 3,318.20]** por el íntegro de las pensiones alimenticias devengadas y que fue cancelado por el acusado, mediante depósito judicial N° 2015077400283 que obra a fojas 28 y que fuera pagado el día 09 de junio del 2015 y el monto de **trescientos treinta y uno con 80/100 soles [S/.331.80]** por concepto de indemnización que será cancelado hasta el día 12 de marzo del presente año, siendo que guarda congruencia con el principio de dañosidad y resulta proporcional al daño causado al bien jurídico protegido, que en este caso lo constituye la familia, específicamente el deber de tipo asistencial, por lo que tal extremo también debe aprobarse.

7.- Exoneración de costas procesales.



"Justicia Honorable País Respetable"

Finalmente conforme lo prevé el artículo 500° inciso 1) del CPP, toda decisión que pone fin al proceso debe pronunciarse sobre las costas -serán impuestas al acusado declarado culpable-. Siendo así, en el presente caso, correspondería imponer al sentenciado -además de la reparación civil- el pago de las costas procesales; sin embargo, atendiendo a que el acusado se ha acogido a la conclusión anticipada del juicio oral, lo que genera un costo beneficio favorable al sistema, al proceso y a las partes, en atención del principio *favor in persona* y en aplicación extensiva de los incisos tercero y quinto del artículo 497° del CPP, ésta judicatura, exonerará de tales costas al acusado por haberse conformado con la acusación fiscal.

8.- PARTE RESOLUTIVA:

Decisión.

Por tales consideraciones, apreciando los hechos, la aceptación de cargos y la pretensión punitiva, como la pretensión económica, este Juzgado considera que se han cumplido con los requisitos de fondo y de forma necesarios para la procedencia de la Conclusión Anticipada del Juicio Oral que se solicita, debiendo aprobarse el acuerdo de conformidad presentado a este Juzgado en la audiencia pública de Juicio Oral de la fecha; y, con la potestad que le confiere la Constitución Política del Perú, en sus artículos 38°, 51°, 138° y 139° incisos 1), 3), 4), 5), 10), 12) y 14), y en aplicación de los artículos II, IV, V, VII, VIII y IX del T.P., artículos 1°, 6°, 11°, 12°, 23°, 28°, 29°, 34°, 45°, 45°-A, 46°, 92°, 93° y 149° -primer párrafo- del Código Penal (D. Leg. N° 635); y de los artículos 356°, 372°, 394°, 399°, 402° y 403° del Código Procesal Penal (D. Leg. N° 957), el Juez del Quinto Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca administrando justicia a nombre de la Nación, RESUELVE:

- 1.- **APROBAR** el acuerdo total de conclusión anticipada arribado por las partes.
- 2.- **CONDENAR** al acusado **LUIS ALBERTO VILLOSLADA QUISPE IDENTIFICADO**, como autor del delito contra la Familia - Omisión de Asistencia Familiar, en la modalidad de **INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA**, delito tipificado en el primer párrafo del artículo 149° del Código Penal, en agravio de sus menores hijos **MARICIELO SIOMARA VILLOSLADA RUÍZ, CHARLES DARWIN VILLOSLADA RUÍZ y LUIS GUILLERMO VILLOSLADA RUÍZ**; a la pena de [10] MESES, Y [8] OCHO DÍAS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD con carácter de **SUSPENDIDA** en su ejecución.
- 3.- **ESTABLECER** un periodo de prueba de [10] MESES Y [8] OCHO DÍAS, con sujeción al cumplimiento de las reglas de conducta siguientes: a) Prohibir al sentenciado de variar de domicilio real sin autorización judicial; b) Comparecer cada último día de cada mes al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades; y, c) Cumplir en pagar el íntegro de la reparación civil en la forma y plazo acordado; y, en caso el sentenciado no cumpliera con alguna de las reglas de conducta impuestas, se procederá a revocar la sentencia suspendida y se hará efectiva en forma inmediata, conforme a lo prescrito en el artículo 59°.3 del Código Penal.
- 4.- **FIJAR** la **REPARACIÓN CIVIL**, la suma de **TRES MIL SESICIENTOS CINCUENTA CON 00/100 SOLES [S/. 3,650.00]**, correspondiendo la suma de tres



"Justicia Honorable País Respetable"

mil trescientos dieciocho con 20/100 soles [S/. 3,318.20] por el íntegro de las pensiones alimenticias devengadas y que fue cancelado por el acusado, mediante depósito judicial N° 2015077400283 que obra a fojas 28 y que fuera pagado el día 09 de junio del 2015, y el monto de trescientos treinta y uno con 80/100 soles [S/.331.80] por concepto de indemnización que será cancelado hasta el día 12 de marzo del presente año.

5.- **EXONERAR** de las **COSTAS PROCESALES** al sentenciado.

6.- **CONSENTIDA** o **EJECUTORIADA** que sea la presente sentencia, se la **INSCRIBA** en el Registro Central de Condenas, se **GIRE Y REMITA** a quienes corresponda el boletín y testimonio de condena; y se **REMITA** el presente proceso al Juzgado de Investigación Preparatoria respectivo para la ejecución de la sentencia, conforme lo prevé el artículo 489° del Código Procesal Penal. **ORDENÁNDOSE**, levantar las órdenes de captura que existan en contra del sentenciado por éste proceso, y se **DISPONE** su inmediata libertad, siempre que no exista otro mandato que restrinja su libertad, en cuyo caso deberá ponerse a disposición de la autoridad judicial competente.

7.- **DÁNDOSE LECTURA**, en audiencia pública.-

ANEXO 06

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CAJAMARCA

Justicia Honorable País Respetable

QUINTO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE CAJAMARCA

Av. La Católica, cuadra 12 - Urb. Vito Universitario (Frente al Complejo Gran Queso Amar) en Cajamarca

EXPEDIENTE N° : 1050-2014-1-0601-JR-PE-02
DELITO : CONDUCCIÓN DE VEHÍCULO EN ESTADO DE EBRIEDAD
ACUSADO : JOSÉ ESLÍN CERVANTES SALAZAR
AGRAVIADO : LA SOCIEDAD CAJAMARQUINA
JUEZ : DOMINGO C. ALVARADO LUIS
ESPEC. DE CAUSAS : LORENA IBETH CARRIÓN ROJAS
ESPEC. AUDIENCIAS : SOFÍA VARGAS TELLO

SENTENCIA DE CONFORMIDAD

RESOLUCIÓN NÚMERO SEIS

Cajamarca, siete de julio del año dos mil dieciséis.-

1.- Encabezado.

VISTO, OÍDO y ATENDIENDO, al juicio oral realizado en audiencia pública, ante el Quinto Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, a cargo del Magistrado Domingo C. Alvarado Luis; con intervención de la representante del Ministerio Público, Dra. Nancy Aymítuma Minchán, Fiscal de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cajamarca; del abogado del acusado Vidal Cercado Díaz y del imputado JOSÉ ESLÍN CERVANTES SALAZAR, con DNI N° 48708947, nacido el 02-02-1994 en el Distrito de Catiluc, Provincia de San Miguel, Departamento de Cajamarca, con una edad de 22 años, peruano, hijo de Santos Abraham y María Cleofé, soltero, sin hijos, con grado de instrucción tercero de secundaria, de ocupación trabajador en construcción civil, con ingresos de novecientos soles mensuales, domiciliado actualmente en el Jr. Yanacocha N° 118, barrio Samanacruz, Cajamarca, con celular N° 921594330 y sin antecedentes judiciales ni penales.

2.- Antecedentes procesales

Propuesta de conclusión anticipada del juicio.

2.1.- Fiscalía refirió que el amparo del principio acusatorio y dentro del marco de legalidad, como lo previsto en el artículo 372° inc. 2) del Código Procesal Penal [en adelante CPP], con el abogado defensor del acusado y con él mismo, han arribado a un acuerdo total consistente en:

2.2.- Imputación fáctica: El acusado José Esllín Cervantes Salazar, acepta que, a horas 17:45 del día 03 de mayo del año 2014, fue intervenido por personal policial en circunstancias en que conducía el vehículo automotor menor de placa de rodaje C5-8359 en evidente estado de ebriedad, afirmación que fue confirmada luego de practicársele el dosaje etílico que arrojó 0.58 gramos de alcohol por litro de sangre.

2.3.- Calificación jurídica de los hechos ilícitos: Los hechos descritos configuran el delito tipificado en el primer párrafo del artículo 274° del Código Penal [en adelante CP].

2.4.- Pena: Solicito seis meses de pena privativa de libertad, sin embargo, en atención al principio de legalidad, se varía la pena solicitada por la pena de prestación de servicio comunitario regulada para el delito materia de acusación, acordando treinta y cinco jornadas que reducidas en un sétimo por haberse acogido a la conclusión anticipada de juicio oral origina la pena concreta de treinta [30] jornadas. Así como DIEZ MESES CON OCHO días de inhabilitación.

2.5.- Reparación Civil: Será de CIENTO CINCUENTA soles [S/150.00], monto que a la fecha ha sido cancelado en su totalidad.

3.- Trámite de la conformidad

Información al acusado de sus derechos y efectos de la conclusión anticipada.

3.1.- En el caso concreto, el juzgador informó al acusado José Esllín Cervantes Salazar, sus derechos, los efectos y consecuencias -ventajas y desventajas- de la conclusión anticipada del juicio oral, quien luego de consultar con su defensa técnica, manifestó libremente su voluntad de

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CAJAMARCA

Justicia Honorable Pale Respectable

QUINTO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE CAJAMARCA

Av. La Cantuta, cuadra 12 - Urb. Vía Universitaria (Frente al Complejo Gran Chapac Ren) en Cajamarca

acogerse a la conclusión anticipada del juicio oral, solicitando la suspensión de la audiencia para negociar los términos del acuerdo con Fiscalía, luego se procedió a sustentar el mismo, solicitándose su aprobación.

Regulación de la conclusión anticipada del juicio oral

3.2.- Conforme a lo establecido en el inciso 2) del artículo 372° del Código Procesal Penal, la institución de la "conformidad premiada", constituye un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa, de doble garantía, que importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de sentencia conformada, por lo que no se puede alegar posteriormente la vulneración de la "presunción de inocencia", pues la conformidad exime a la acusación de la carga de la prueba de los hechos constitutivos, siéndole de aplicación el principio de que "nadie puede ir contra de sus propios actos", de tal suerte que, reconocido un hecho, no puede posteriormente el acusado negar o modificar ese relato fáctico.

Naturaleza de la conclusión anticipada del juicio oral

3.3.- De conformidad con el Acuerdo Plenario N° 05-2008/CJ-116 (18/07/2008), cuando el acusado se acoge a la figura de la Conclusión Anticipada del Juicio Oral, efectúa un acto unilateral de disposición de su pretensión, lo que implica la renuncia a su derecho a la actuación de pruebas y a un Juicio Público; siendo así, "...los hechos no se configuren a partir de la actividad probatoria de las partes...", sino que "...vienen definidos... por la acusación con la plena aceptación del imputado y su defensa". Por tanto, la sentencia de conformidad, no puede apreciar ningún medio de prueba, no sólo por no haberse actuado, sino porque el allanamiento del acusado no autoriza a valorar tampoco los actos de investigación, existiendo así una "predeterminación de la sentencia".

4.- Homologación del acuerdo propuesto.

4.1.- Al haber sido aceptados los hechos imputados, pena y reparación civil materia de este juicio oral, por parte del acusado José Están Cervantes Salazar, *en plena capacidad de ejercicio de sus derechos y debidamente asistido por su defensa técnica*, tales extremos deben tenerse como existentes y ciertos, tal y conforme se precisan en la acusación fiscal, lo que genera la vinculación absoluta de los hechos imputados, así como la antijuridicidad y responsabilidad penal del acusado, al no existir causa de justificación o eximente alguna, previa verificación mínima de la imputación.

4.2.- Respeto a la norma penal y elementos del delito.

El artículo 274°, primer párrafo, del CP, prescribe:

"El que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuarenta jornadas e inhabilitación, conforme al artículo 36° inciso 7)°."

Elementos del tipo penal

i) Acción:

Esta consiste en conducir vehículo motorizado, en vía pública, bajo los efectos de alcohol en la sangre, con límites de tolerancia superiores a los permitidos por Ley (0.5 gr/lit) poniendo en riesgo la seguridad pública de los ciudadanos cajamarquinos. En el caso concreto, el acusado aceptó -vía conformidad- que el día de los hechos conducía un vehículo automotor menor en vía pública bajo los efectos del alcohol.

ii) Tipicidad¹:

¹ TIPICIDAD: Aquellos elementos que han de concurrir para que un hecho tenga relevancia penal, sea subsumible en la descripción de algún tipo delictivo.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CAJAMARCA

Jefe Honorario País-Respectable

QUINTO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE CAJAMARCA

Av. La Cañata, cuadra 12 - Urb. Villa Universitaria (Frente al Complejo Gran Chapoc Nan) en Cajamarca

Los hechos descritos en la imputación al acusado se subsumen en el primer párrafo del artículo 274° del CP. Teniéndose como agravada a la sociedad cajamarquina. Cumpliéndose los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal doloso.

iii)- Antijuricidad²:

La conducta atribuida al acusado, contraviene lo establecido en el primer párrafo del artículo 274° del Código Penal y afecta el derecho a la seguridad pública de los cajamarquinos; y no existiendo causa de justificación alguna, como las previstas en el artículo 20° del CP, tal conducta deviene en antijurídica.

iv) Culpabilidad:

El acusado, al momento de los hechos, era persona capaz, mayor de edad, con grado de instrucción secundaria incompleta, no ha sufrido anomalía psíquica que afecte su capacidad de comprender sus actos, por ende fue capaz de internalizar la norma penal y respetarla, sin embargo no lo hizo y por el contrario la quebrantó; por lo que, no existiendo causa de inculpabilidad, su conducta resulta culpable y por ende reprochable penalmente.

- Grado de participación del agente: Autoría (Art. 23° CP).

- Estado de desarrollo del delito: Consumado.

5.- Control de legalidad de la pena concreta.

Conforme a los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y humanización, y en aplicación de lo prescrito en los artículos I, II, IV, VI, VII, VIII, IX del T.P., 45°, 45°-A, 46° y 274° -primer párrafo- del CP, modificado por Ley N° 29439 (19/11/2011); considerando además de las condiciones personales del acusado, indicadas en sus generales de ley, los principios y normas reguladoras de la pena, se tiene:

5.1.- Pena abstracta: Es la prevista en el primer párrafo del artículo 274° del CP, esto es no menor de 06 meses ni mayor de 02 años de privación de libertad ó de 52 a 104 jornadas.

5.2.- Tipo de pena solicitada - acordada: Prestación de servicio comunitario e Inhabilitación

5.3.- Determinación judicial de penal: Prestación de servicio comunitario

Luego de la división por tercios de la pena, ésta se debe ubicar en el tercio inferior en tanto sólo concurren atenuantes genéricas, teniendo en consideración el hecho de que el imputado cuenta con responsabilidad restringida y agregando el descuento de un séptimo por haberse acogido a la conclusión anticipada del proceso, la pena concreta a imponerse es de 30 jornadas de prestación de servicio comunitario. Debiendo aprobarse este extremo por resultar legal y proporcional al delito que es materia de juzgamiento,

5.4.- De la pena de prestación de servicios a la comunidad:

Conforme al artículo 34° del CP (modificado por D. Leg. N° 1191, 21/08/2015) y artículo 119° del Código de Ejecución Penal [CEP], ésta pena obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras, siempre que sean públicos. Además, en aplicación del artículo 121° del Código citado, y artículos 243°, 244° y 245° del Reglamento del CEP; el organismo responsable -INPE-, designa la entidad, supervisa su cumplimiento e informa al Poder Judicial y Ministerio Público sobre su ejecución; y, se encarga de la organización y administración del Registro Nacional de Entidades Receptoras -RNER, poniendo en conocimiento del Poder Judicial las entidades receptoras debidamente inscritas.

Asimismo, el artículo 254° del indicado Reglamento del CEP, establece que: "El sentenciado tiene la obligación de concurrir por sus propios medios a la entidad receptora correspondiente, a no ser que su costo no le permita o la distancia que medie entre su domicilio y el centro dificulte sustancialmente su concurrencia. En este caso, la administración penitenciaria podrá convenir con las entidades receptoras asumen, en la medida de lo posible, los gastos de transporte".

² LA ANTJURIDICIDAD: Es aquel dolo que posee un hecho típico contrario a las normas del Derecho en general (no sólo al ordenamiento penal). En la concepción de Dreyfus, por lo tanto, no basta que la conducta responda en el tipo penal, se necesita que esa conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por el ordenamiento, no protegida por causas de justificación.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CAJAMARCA

Justicia Honorable Pair Respectable

QUINTO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE CAJAMARCA

Av. La Cantuta, cuadra 12 - Urb. Villa Universitaria (Frente al Complejo Gran Chapoc Ran) en Cajamarca

5.5.- De la pena de inhabilitación

Respecto a la inhabilitación por el periodo de UN AÑO, para obtener licencia de conducir de cualquier tipo de vehículo motorizado, ésta también se ve afectada por el descuento de un séptimo por haberse acogido el imputado a la conclusión anticipada, quedando una pena concreta de inhabilitación de DIEZ MESES CON OCHO DÍAS, extremo que también resulta legal y proporcional al delito materia de este juicio, por lo que éste extremo también debe aprobarse; debiendo oficiarse con tal fin a la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones.

Reparación civil

6.- - Conforme lo sostiene el maestro Asencio Mellado, "*la reparación civil nace porque el hecho produce daño o porque implica un menoscabo patrimonial a la víctima, lo que interesa al actor civil es que exista daño reparable, no que el hecho del que deriva sea delito*". La reparación civil puede solicitarse en el proceso penal, tal como se establece en el Capítulo I de su Título VI (arts. 92-101) -la reparación civil- del Código Penal. El ejercicio de la acción civil en el proceso penal, de conformidad con lo establecido en los artículos 1 de la L.O.M.P y artículo 11 CPP, corresponde al Ministerio público; salvo que exista actor civil legítimamente constituido.

En el caso concreto, las partes acordaron como reparación civil la suma de CIENTO CINCUENTA soles, la misma que ya ha sido cancelada íntegramente, mediante depósito judicial N° 2016077400308; considerando que dicho monto guarda congruencia con el principio de dañosidad y resulta proporcional al daño causado al bien jurídico protegido, que en este caso lo constituye la seguridad pública de los ciudadanos cajamarquinos, tal como se establece en los fundamentos jurídicos 9 y 10 del Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116, y no existiendo actor civil válidamente constituido para que observe dicho monto, en consecuencia tal extremo también debe aprobarse.

Costas procesales

7.- - Finalmente conforme lo prevé el artículo 500° inciso 1) del CPP, toda decisión que pone fin al proceso debe pronunciarse sobre las costas -serán impuestas al acusado declarado culpable-. Siendo así, en el presente caso, correspondería imponer al sentenciado -además de la reparación civil- el pago de las costas procesales; sin embargo, atendiendo a que el acusado se ha acogido a la conclusión anticipada del juicio oral, lo que genera un costo beneficio favorable al sistema, al proceso y a las partes, en atención del principio favor in persona y en aplicación extensiva del artículo 497 (3) y (5) del CPP, ésta judicatura, exonera de tales costas al acusado por haberse conformado con la acusación fiscal.

8.- PARTE RESOLUTIVA:

Decisión.

Por tales consideraciones, apreciando los hechos, la aceptación de cargos y la pretensión punitiva, como la pretensión económica, este Juzgado considera que se han cumplido con los requisitos de fondo y de forma necesarios para la procedencia de la Conclusión Anticipada del Juicio Oral que se solicita, debiendo aprobarse el acuerdo de conformidad presentado a este Juzgado en la audiencia pública de Juicio Oral de la fecha; y, con la potestad que le confiere la Constitución Política del Perú, en sus artículos 38°, 51°, 138° y 139° incisos 1), 3), 4), 5), 10), 12) y 14), y en aplicación de los artículos II, IV, VII y VIII, del T.P., artículos 1°, 6°, 11°, 22°, 23°, 28°, 29°, 34°, 36°, 45°, 45°-A, 46°, 53°, 54°, 55°, 92°, 93° y 274° -primer párrafo- del Código Penal; y de los artículos 356°, 372°, 394°, 399°, 402° y 403° del Código Procesal Penal -Decreto Legislativo N° 957-, administrando justicia a nombre de la Nación, el Juez del Quinto Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, RESUELVE:

- 1.- APROBAR el acuerdo de conclusión anticipada arribado por las partes;
- 2.- CONDENAR al acusado JOSÉ ESLÍN CERVANTES SALAZAR, como autor del delito contra la Seguridad Pública -Delito de Peligro Común-, en la modalidad de CONDUCCIÓN DE VEHÍCULO MOTORIZADO EN ESTADO DE EBRIEDAD, previsto y penado por el primer párrafo

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CAJAMARCA

Justicia-Rescribible-Peñal-Reservados

QUINTO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE CAJAMARCA

Av. La Católica, cuadra 12 - Urb. Villa Universitaria (Frente al Complejo Gran Olajero Río) en Cajamarca

- del artículo 274° y 22° del Código Penal, en agravio de la Sociedad Cajamarquina; en consecuencia, lo **IMPONGO TREINTA [30] JORNADAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIO COMUNITARIO** -en jornadas no mayores a diez [10] horas semanales-, que deberá cumplir durante los días sábados, domingos y/o feriados, en entidades asistenciales que disponga el área de tratamiento libre del INPE, entidad a la que deberá remitirse copia certificada de la sentencia para su cumplimiento; bajo apercibimiento, de convertir o revocar, según corresponda de conformidad con lo establecido en los artículos 53° y 55° del Código Penal, las penas limitativas de derecho por una pena privativa de la libertad, frente al abandono o incumplimiento injustificado de la pena impuesta; utilizando los apremios que la ley faculta. Asimismo, lo **IMPONGO INHABILITACIÓN por DIEZ [10] MESES CON OCHO [08] DÍAS**, para obtener licencia de conducir de cualquier tipo de vehículo motorizado; **OFÍCIESE** con tal fin a la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones de Cajamarca.
- 3.- **DISPONER** que el condenado se apersona dentro de los cinco (05) días hábiles de consentida la presente sentencia, a la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, que tengan jurisdicción geográfica del domicilio real donde reside el sentenciado, o donde ejerza su actividad laboral permanentemente; en el caso concreto deberá concurrir al Jr. El Comercio N° 680, interior, Dirección de Medio Libre del INPE Cajamarca y coordinar directamente con el Sr. Onofre Hernández Hernández, encargado de dicha área.
- 4.- **FIJAR** una **REPARACIÓN CIVIL** de **CIENTO CINCUENTA [S/.150.00] SOLES**, monto que a la fecha ya ha sido cancelado en su totalidad.
- 5.- **EXONERAR** de las **COSTAS PROCESALES** al sentenciado.
- 6.- **CONSENTIDA o EJECUTORIADA** que sea la presente sentencia, se la **INSCRIBA** en el Registro Central de Condenas, se **GIRE Y REMITA** a quienes corresponda el boletín y testimonio de condena; y se **REMITA** el presente proceso al Juzgado de Investigación Preparatoria respectivo para la ejecución de la sentencia, conforme lo prevé el artículo 489° del Código Procesal Penal. **ORDENÁNDOSE**, levantar los órdenes de captura que existan en contra del sentenciado por éste proceso, y se **DISPONE** su inmediata libertad, siempre que no exista otro mandato que restrinja su libertad, en cuyo caso deberá ponerse a disposición de la autoridad judicial competente.
- 7.- **DÁNDOSE LECTURA**, en audiencia pública.-

ANEXO 07



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Expediente penal n.º 00339-2018-7-0601-JR-PE-01

Acusados : Julio Castillo Huamán, Gilberto Chunque Castillo y Rosas Bladimir Chalán Castillo
Delito : Favorecimiento al consumo de drogas por actos de tráfico agravado
Agravado : El Estado
Especialista : Lucieg Judith Flores Mejía

SENTENCIA NÚMERO CIENTO TREINTA Y CUATRO

RESOLUCIÓN NÚMERO DOS

Cajamarca, 16 de octubre de 2018

I. ANTECEDENTES

Este juzgamiento inició el pasado siete de setiembre de 2018. Durante la audiencia pública, convocada sobre la base de lo dispuesto en las resoluciones judiciales de enjuiciamiento y citación a juzgamiento, se escuchó a la fiscal, abogados y personas litigantes. Al culminar, se estudió el expediente judicial y se deliberó la causa, correspondiendo emitir sentencia, según el artículo 394 del Código Procesal Penal.

II. CONSIDERACIONES

§1 Pretensiones procesales

1. De la revisión de este expediente y del requerimiento acusatorio formulado, así como del auto de enjuiciamiento, se aprecia que el Ministerio Público acusó a Julio Castillo Huamán, Gilberto Chunque Castillo y Rosas Bladimir Chalán Castillo como coautores del delito contra la salud pública, tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de favorecimiento al consumo de drogas por actos de tráfico, agravado por la concurrencia de tres personas, según el artículo 297.6 del Código Penal, en agravio del Estado.
2. El escrito que contiene el requerimiento acusatorio describe la imputación realizada por la representante del Ministerio Público, en los términos inmodificables¹ siguientes:

¹ Sin perjuicio de las reglas del art. 387 del Código Procesal Penal, dirigidas al Fiscal, pero siempre que sus «razones para pedir aumento o disminución de la pena» se presenten como resultado del cumplimiento cabal de la actividad probatoria que le ha correspondido realizar con objetividad y completitud y no como «salvavidas *in extremis*» para encubrir la deficiente, incompleta y/o viciada actividad probatoria de cargo. La obligación de presentar estas razones en tal contexto de regularidad se sustenta en el derecho de las personas litigantes a obtener -luego- un pronunciamiento judicial fundado en la motivación suficiente a la que se refiere el art. 139.5 de la Constitución Política, que es garantía procesal (principio y derecho) de primer orden.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

«De los actuados en la presente investigación se tiene que Personal del Departamento Antidrogas del Frente Policial de Cajamarca – DEPANDRO al haber recibido información que presuntos traficantes de droga vienen transportando pasta básica de cocaína desde la Provincia de Celendín con destino a ciudades de la costa, utilizando para tal fin vehículos particulares de carga y pasajeros, y que dicha actividad lo realizan generalmente los fines de semana en horas de la madrugada, inició con sus operativos antidrogas desde el 15 de febrero del 2018 en diversos puntos del trayecto de la carretera que une a la ciudad de Cajamarca con la Provincia de Celendín.

Es así que continuando con los operativos antidrogas, con fecha 23 de febrero de 2018 siendo las 22:00 horas, personal de la DEPANDRO utilizando silbatos, linternas y chalecos fosforescentes se ubicaron en un lugar estratégico –específicamente en el sector denominado Cruz Conga, comprensión del Distrito de Sucre, Provincia de Celendín, Departamento de Cajamarca-, y al promediar la 01:40 horas del día 24 de febrero de 2018, trato (sic) de hacer parar a la camioneta de placa de rodaje T3X-900, color blanco sin embargo el conductor hizo caso omiso a las señales policiales, pasando la giba que se encuentra en el lugar a excesiva velocidad para darse a la fuga, siendo perseguido inmediatamente por personal de la DEPANDRO quienes a su vez solicitaron el apoyo de personal policial de la Policía de Carreteras, Comisaría PNP del Distrito de Namora y Baños del Inca; es así que a la altura del Km. 10 de la carretera que une los Distritos de Baños del Inca y La Encañada, observaron que del interior de vehículo perseguido arrojaron hacia el lado derecho de la pista un bulto color negro y luego su conductor al verse cercado empezó a reducir la velocidad y se estacionó al lado derecho de la pista.

Luego, siendo las 04:00 horas del mismo 24 de febrero pasando unos metros del kilómetro 10 de la carretera que une a los Distritos de La Encañada y Baños del Inca, se interviene a los ocupantes del interior de la camioneta de placa de rodaje T3X-900, color blanco, donde el hoy acusado Gilberto Chunque Castillo se encontraba como conductor de dicha camioneta, Julio Castillo Huamán como copiloto, y el acusado Rosas Bladimir Chalán Castillo sentado en el asiento posterior parte derecha; asimismo personal de la DEPANDRO logró ubicar a cuatro metros de distancia de la intervención el bulto color negro arrojado del interior de la camioneta, el mismo que consistía en una mochila color negro con el logotipo “Adidas y bordado Adidas”, con sus bolsillos cerrados a excepción del bolsillo más pequeño que se encontraba abierto y vacío, advirtiendo asimismo el personal de DEPANDRO que de dicho bulto emanaba un olor característico a pasta básica de cocaína, procediendo el personal interviniente al recojo e incautación de dicha mochila, asimismo se procedió a trasladar a los tres intervenidos y a la camioneta en referencia a las instalaciones de la DEPANDRO, ubicado en el Jr. El Comercio N° 1021 de esta ciudad de Cajamarca.

Al efectuarse el registro vehicular de la camioneta de placa de rodaje T3X-900, en presencia del abogado defensor de los acusados se encontró en la parte central del asiento del piloto y copiloto sustancias blanquecinas granulosas, con olor y características de pasta básica de cocaína, de igual forma debajo del asiento posterior donde se guardan herramientas, se encontró partículas pequeñas granulosas de color blanco con olor y características de pasta básica de cocaína, procediéndose de igual forma a su recojo e incautación.

Efectuada la apertura del bulto incautado se encontró en su interior una sustancia pastosa, húmeda, blanquecina parduzca, distribuidos en cuatro bolsas de plástico con olor y características a pasta básica de cocaína y que sometidos a la prueba de campo utilizando para tal fin el reactivo Narco Test Thixinaro de Cobalto, arrojó una coloración turquesa,



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

indicativo de POSITIVO para Alcaloides de Cocaína, procediéndose luego a su Embalaje y Lacrado para su remisión al Laboratorio Central de Criminalística de la PNP Lima, para el pesaje, análisis químico e internamiento definitivo y que conforme al Resultado Preliminar de análisis químico de droga N° 2484/18 la sustancia encontrada corresponde a Pasta Básica de Cocaína con un peso bruto de 9,277 kilogramos y un peso neto de 9,004 kilogramos. Asimismo conforme al Informe pericial Químico de Droga N° 016/2018 la sustancia encontrada en el registro vehicular corresponde a pasta básica de cocaína con un peso bruto de 3.19 gramos y un peso neto de 1.84 gramos».

3. El Ministerio Público consideró a los tres acusados como coautores de la conducta descrita en el primer párrafo del artículo 296, con la agravante del artículo 297.6 del Código Penal. Demostrará la participación de los tres acusados, por lo que solicitó la imposición de 18 años y cuatro meses de pena privativa de libertad para cada uno de los acusados; también el pago de 240 días multa por cada uno de ellos, según el siguiente detalle: S/ 1 200 para Julio Castillo Huamán, S/ 2 400 para Gilberto Chunque Castillo y S/ 1 600 para Rosas Bladimir Chalán Castillo. Por último, incluyó el pedido de inhabilitación por 10 años para los tres acusados, consistente en la imposibilidad de ejercer, por cuenta propia o por intermedio de terceros, comercio, arte o industria que facilite la reiteración delictiva.
4. El Procurador Público del Ministerio del Interior y abogado defensor del Actor Civil, solicitó el pago solidario de reparación civil por treinta mil (S/ 30 000.00) soles, explicando sus componentes, pero sin ofrecer prueba para sustentar el monto pedido.
5. Ante estas pretensiones, la Defensa de los tres acusados expresó que solo probará que no concurre la circunstancia agravante postulada por el Ministerio Público, referida a la concurrencia de tres personas, pues el señor Julio Castillo Huamán ha aceptado los hechos. Los acusados Gilberto Chunque Castillo y Rosas Bladimir Chalán Castillo no son autores ni partícipes del hecho. La reparación civil es exagerada. Solicita la absolución de Gilberto Chunque Castillo y de Rosas Bladimir Chalán Castillo.

§2 Premisas normativas

Los presupuestos normativos que el Juzgado Penal Colegiado considera deben aplicarse -positiva o negativamente- para resolver la controversia propuesta, son los siguientes:

6. Ministerio Público y carga de la prueba en el proceso penal

Según el artículo 158.4 de la Constitución Política del Perú, el rol del Ministerio Público dentro del proceso penal es conducir desde su inicio la investigación del delito. Con ese fin, goza de las más amplias facultades de investigación y persecución del delito en representación de la sociedad y, como lo prevé el artículo 11 del Decreto Legislativo n.º 052 -Ley Orgánica del Ministerio Público- es el titular de la acción penal



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

pública, es decir, responsable de investigar y -en su caso- denunciar ante el Poder Judicial la comisión de los delitos que sean de su conocimiento.

En concordancia con las funciones citadas, el Ministerio Público es el encargado de probar la comisión de los ilícitos que haya denunciado, pues -conforme lo prevé el artículo 14 de su Ley Orgánica- sobre él recae -exclusivamente- la carga de la prueba en materia penal, es decir, la obligación de probar las imputaciones que haya formulado mediante denuncia o acusación. Esta obligación legal -pero de origen constitucional- ha sido recogida también en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en el que se señala que la persecución del delito y la carga de la prueba en materia penal, corresponden exclusivamente al Ministerio Público.

7. Imputación necesaria

Los puntos II al V del acápite Tercero: «Consideraciones previas» de la Ejecutoria Suprema emitida en el recurso de nulidad n.º 956-2011-Ucayali (21/3/2012), constituyen precedente vinculante pertinente para este caso, pues formulan precisiones y brindan alcances respecto al principio de imputación necesaria², que este Juzgado Penal Colegiado observa, así:

El texto constitucional en el artículo ciento cincuenta y nueve establece que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública y tiene el deber de la carga de la prueba, bajo el principio de la imputación necesaria como una manifestación del principio de legalidad y del principio de la defensa procesal (art. 2. 24 "d" y 139.14).

En virtud del mencionado principio, la jurisprudencia constitucional ha señalado como "(...) ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa; con una descripción suficiente[mente] detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamenta (...)", según el cual "al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno [...] de los imputados" (Fundamento jurídico 13 de la STC N.º 4989-2006-PHC/TC).

La imputación que se alude, supone la atribución de un hecho punible, fundado en el *factum* correspondiente, así como en la *legis* atinente y sostenido en la prueba, presupuestos que deben ser inescrupulosamente (sic) verificados por el órgano jurisdiccional que ejerciendo la facultad de control debe exigir que la labor fiscal sea cabal, que la presentación de los cargos, sea puntual y exhaustiva, que permita desarrollar juicios razonables.

² Subsidiariamente puede consultarse, en el mismo sentido, el sexto fundamento jurídico del acuerdo plenario 2-2012/CJ-116 (26/7/2012), en el que las personas que se desempeñan como jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República propusieron que: «(...) Los derechos fundamentales que se protegen son aquellos previstos en el citado artículo 71 NCPP. Uno de ellos es el conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (artículo 71.2.a). Debe entenderse por cargos penales, aquella relación o cuadro de hechos -acontecimiento histórico-, de relevancia penal, que se atribuye al imputado y que, *prima facie*, justifican la inculpación formal del Ministerio Público».



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

No es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; estos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados, tanto más cuando se trata de delitos de infracción de deber, donde las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es confiada.

Por el principio de imputación necesaria se describe de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye al acusado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores y la correspondiente calificación jurídico-penal. La precisión del acto de imputar una conducta punible, exigible según el artículo 349.1.b) del Código Procesal Penal, posibilita el ejercicio eficaz del derecho de defensa, condiciona el carácter técnico del desempeño de los sujetos procesales, promueve la adopción de convenciones probatorias, canaliza con pertinencia la actividad probatoria y favorece la concentración y celeridad del Juzgamiento.

8. Presunción de inocencia y proceso penal

Este derecho³ ha sido instituido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 1.11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2), instrumentos internacionales de los que nuestro país es parte.

En nuestro derecho interno, el artículo 2.24.e) de la Constitución Política, lo ha positivizado como un principio-garantía que orienta el desarrollo del proceso penal e implica que toda persona sometida a juicio o acusada de un delito, sea considerada no culpable mientras no sea declarada así, luego de un proceso judicial llevado a cabo con todas las garantías previstas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución Política y las leyes penales. Además, pese a su categoría de principio-garantía de orden constitucional, y con el fin de facilitar su materialización, el legislador nacional lo ha plasmado a nivel normativo en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal, agregando en esta norma que la única manera de desvirtuar esta presunción constitucional será por medio de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales⁴. La actividad probatoria

³ «En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (...)". De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, "(...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada"» (Exp. n.º 10107-2005-HC).

⁴ Título Preliminar del Código Procesal Penal: Artículo II.- Presunción de inocencia. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

destinada a este fin debe ser tan sólida que suprima la garantía de primera orden ya citada, más allá de toda duda razonable⁵.

Por tanto, si la función principal del proceso penal es redefinir el conflicto subyacente a él, su objeto -desde la perspectiva del principio acusatorio- es destruir la presunción de inocencia, pero si, al culminar el juzgamiento no existe la prueba plena de la comisión de un delito o de la vinculación del acusado con él, será obligación del Juez optar por su absolución, manteniendo así vigente la citada garantía.

9. Delito objeto de acusación y hechos a probar

El Ministerio Público ha formulado acusación por el delito de favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, agravado por la participación de tres personas, esto es, sobre la base del texto legal vigente al 24 de febrero de 2018, de los artículos 296 (primer párrafo) y 297.6 del Código Penal⁶.

El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico será reprimido con (...)
La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4), 5) y 8) cuando:

(...)

6. El hecho es cometido por tres o más personas (...)

10. Entonces, los elementos objetivos que constituyen el tipo penal en cuestión son:

- a) Que el sujeto activo promueva el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas mediante actos de fabricación;
- b) Que el sujeto activo promueva el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas mediante actos de tráfico;
- c) Que el sujeto activo facilite el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas mediante actos de fabricación;
- d) Que el sujeto activo facilite el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas mediante actos de tráfico;
- e) que el acto, ya sea de fabricación o de tráfico, sea cometido por tres o más personas.

El tipo subjetivo del delito es el dolo; esto es, el actuar consciente y voluntario dirigido a promover o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico, por tres o más personas.

⁵ «...el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción de inocencia...» (Exp. n.º 0618-2005-PHC/TC, F.J. 22).

⁶ Artículo modificado por el artículo único del Decreto Legislativo n.º 1237, publicado el 26 de septiembre de 2015



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

11. Planteados así los hechos objeto de acusación y delimitadas las normas que el Juzgado Penal Colegiado estima aplicables al caso, para desvirtuar la presunción de inocencia que asiste a los acusados y exigir su condena, el Ministerio Público debe probar los siguientes extremos respecto al delito de tráfico ilícito de drogas, por cada uno de los tres acusados:

Respecto a Julio Castillo Huamán

- a) Que Julio Castillo Huamán promovió el consumo ilegal de pasta básica de cocaína mediante acto de transporte, el 24 de febrero de 2018;
- b) que este acto de tráfico fue cometido conjuntamente con Gilberto Chunque Castillo y Rosas Bladimir Chalán Castillo.

Respecto a Gilberto Chunque Castillo

- a) Que Gilberto Chunque Castillo promovió el consumo ilegal de pasta básica de cocaína mediante acto de transporte, el 24 de febrero de 2018;
- b) que este acto de tráfico fue cometido conjuntamente con Julio Castillo Huamán y Rosas Bladimir Chalán Castillo.

Respecto a Rosas Bladimir Chalán Castillo

- a) Que Rosas Bladimir Chalán Castillo promovió el consumo ilegal de pasta básica de cocaína mediante acto de transporte, el 24 de febrero de 2018;
- b) que este acto de tráfico fue cometido conjuntamente con Gilberto Chunque Castillo y Julio Castillo Huamán.

12. Pruebas válidas para la deliberación

Conforme establece el artículo 393.1 del Código Procesal Penal: «El Juez no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el Juicio» pues solo en dicho momento entra en contacto con el acervo probatorio propuesto por las personas litigantes⁷, mediante la percepción directa de las fuentes de prueba, adquiriendo conocimiento de calidad sobre la información que los sujetos procesales pueden extraer de estas actuaciones, necesaria para expedir una sentencia debidamente motivada.

Esta regla tiene su correlato normativo en el artículo I, inciso 2) del Título Preliminar del Código Procesal Penal, pues establece que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, y además en el artículo VII del mismo Título, el que exige como requisito de valoración de la prueba, que esta haya sido obtenida e incorporada mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo. Además, el

⁷ Las únicas excepciones a esta regla, es decir a la producción de la prueba ante el juez de juzgamiento, la constituyen la prueba anticipada y la prueba preconstituida, cuya actuación válida tiene requisitos propios que inciden en su naturaleza excepcional.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

artículo 159 del Código Procesal Penal impide utilizar fuentes o medios de prueba obtenidos contraviniendo derechos constitucionales.

Estas disposiciones, interpretadas de modo sistemático y en concordancia con los principios de oralidad, inmediación y contradicción que inspiran el modelo procesal penal en nuestro país, obligan al Juez a valorar solamente aquella prueba que ha sido incorporada legítimamente al juzgamiento, que se actúe en su presencia y que se someta al debate contradictorio del caso, requisitos que -en resumen- representan lo esencial de la garantía del Juicio Público Republicano, previsto por el artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

§3 Premisa fáctica

13. Durante el juzgamiento se actuaron, vía inmediación y contradicción, las pruebas que los sujetos procesales ofrecieron para sustentar sus respectivas pretensiones.

A través de ellas se han acreditado diversos hechos a los que deben aplicarse los supuestos jurídicos señalados anteriormente, a fin de determinar si estos se subsumen en aquellos y si corresponde imponer la consecuencia jurídica prevista por ley; esto es, de haberse desvirtuado la presunción de inocencia del acusado, imponerle la pena y en caso contrario, optar por su absolución. El detalle de la actuación de medios y órganos de prueba se encuentra en las actas de audiencia respectivas, que a continuación señalamos individualmente, así como la valoración que el Juzgado Penal Colegiado hace de cada una de estas actuaciones⁸.

14. Examen del acusado Julio Castillo Huamán

Dijo que cometió un error, pues el lunes 12, cuando fue a la pecuaria a vender un carnero, el señor «Carlos», a quien no conoce ni sus nombres, le dijo que le lleve un bulto, pero no le aceptó ese día, le esperó otro día, el lunes 19, para pedirle que le haga una carrera y que le pagaría dos mil quinientos soles. Se animó a recoger una mochila de Celendín a Chacanto, donde un fulano le iba a dar la mochila, eso fue el 24 de febrero de 2018. Le adelantó 300 soles para dejar la mochila en el óvalo musical, donde él le esperaría. Como no sabe manejar bien, ni tiene licencia, contrató a Gilberto para que manejara la camioneta. Rosas Bladimir fue de acompañante de Gilberto. Los muchachos no sabían nada. Salió de Cajamarca a traer la mochila. Con los dos coacusados, son ambos sus sobrinos. Le mintió a Gilberto respecto a que iba a Celendín porque ha comprado una casa y el señor trabaja en la tarde. No ha consumido pasta básica de cocaína ni ha percibido su olor. En el asiento posterior venía Rosas. Cuando lo

⁸ Consideramos innecesario transcribir el contenido íntegro de las declaraciones y actuaciones del juzgamiento, ya que obran en las actas respectivas y los audios de su propósito, a los que siempre es posible recurrir para contrastar el contenido de este documento. Resulta importante, en cambio, destacar el aporte probatorio de estas actuaciones a la teoría del caso de las partes, a fin de que la valoración conjunta de la prueba no omita ningún tema relevante respecto a los puntos a probar en el proceso.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

han intervenido, le dijo a Gilberto que maneje rápido. Con respecto a la mochila, Gilberto le reclamó por engañarle. Él botó la mochila porque dijo que por eso les perseguía la policía. No ha viajado antes a Celendín y es la primera vez que hacía transporte de esa mochila.

No le preguntó a «Carlos» por el contenido ni le pareció sospechoso. A sus sobrinos no les mencionó la cantidad de dinero que les iba a dar, pero pensó en darles cien soles. Dijo que le han ofrecido venderle una casa en Celendín. Vinieron de Celendín a Cajamarca mascando coca. Para ir a Celendín se comunicó con Gilberto, días antes, porque lo encontró por allí, por el paradero a Otuzco. No se ha comunicado con él de otro modo. Con Rosas Chalán Castillo se ha comunicado Gilberto Chunque Castillo.

Llegaron a Celendín a las nueve de la noche del viernes 23 de febrero de 2018, dudando entre enero o marzo, llegaron al cruce que se va a Balsas. Él tomó la camioneta que alquiló y se fue a la carretera a Chacanto, donde recibió la mochila.

15. Examen del acusado Gilberto Chunque Castillo

Guardó silencio y se leyó el acta de su declaración previa, realizada con su abogado defensor y con cuyo contenido está de acuerdo. Dijo que, en la camioneta, al ser intervenidos, él estaba ya estacionándose, pero su tío Julio Castillo Huamán le dijo que avanzara, a lo que su tío le dijo que avance porque estaba llevando droga, pero al llegar cerca de Baños del Inca, su tío botó la mochila.

Dijo que se encontró con su tío Julio Castillo Huamán quien le pidió que le ayude a conducir una camioneta, que recogieron al día siguiente 21, la dejaron en un taller. Le dijo su tío que le apoye llevando la camioneta a Celendín el viernes 23, partiendo desde el local de SUNAT. Fue con su primo Rosas Bladimir Chalán Castillo y su tío llegó y se trasladaron a Celendín saliendo a las siete de la noche.

16. Examen del acusado Rosas Bladimir Chalán Castillo

Guardó silencio y se leyó el acta de su declaración previa, realizada con su abogado defensor y con el fiscal. Sobre sus actividades del 23 y 24 de febrero de 2018, dijo que a unos 40 o 45 minutos después de salir de Celendín, les interviene la policía, su primo Gilberto Chunque Castillo quiso estacionarse, pero su tío Julio Castillo Huamán le dijo que arranque no más porque estaba llevando droga. Luego botó la mochila, se estacionó el carro y les intervino la policía. Recién se da cuenta de la existencia de la mochila cuando su tío la saca debajo del asiento.

El Juzgado Penal Colegiado considera el acto de declaración del acusado como un medio de defensa e igualmente lo es la conducta de guardar silencio, ya que es el Ministerio Público el encargado de demostrar la culpabilidad penal. Esta tarea debe realizarla al margen de la declaración del acusado, en respeto de los principios de no autoincriminación



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

y de carga de la prueba. Una expresión de estos componentes del derecho a la defensa es la imposibilidad de que el Fiscal emplee el acta de declaración previa del acusado, ya sea para evidenciar una contradicción o hacerle refrescar la memoria, pues tal es una posibilidad franquada por la ley procesal únicamente para testigos o peritos, ya que el acusado no es órgano de prueba. Por eso no podemos valorar la información que se produjo al emplear la Fiscal el acta de declaración previa del acusado. Esto significa que el Fiscal también debe estar preparado para el escenario en el que, el ejercicio del derecho a declarar del acusado, le vede la posibilidad de emplear el acta de su declaración previa. Por eso es que, llegada la etapa de juzgamiento y facultándole la ley procesal a interrogar a la persona acusada, debiera hacerlo aún en interés de la realización del principio de objetividad.

Examen de los órganos de prueba

17. Examen pericial de la SO PNP Mercedes Isabel Castañeda Salazar

Sobre el Informe Pericial Químico de Droga n.º 016/2018 del 27 de febrero de 2018

La muestra examinada fue pasta básica de cocaína seca, cuyo peso neto fue 1.84 g. Esta muestra corresponde a las adherencias de pasta básica de cocaína halladas en la camioneta en la que se transportaban los tres acusados y en la que también se transportó la mochila conteniendo pasta básica de cocaína.

Sobre informes toxicológicos n.ºs 051/2018, 052/2018 y 053/2018 practicados a los tres acusados Gilberto Chunque Castillo, Rosas Bladimir Chalán Castillo y Julio Castillo Huamán, respectivamente.

Las muestras de orina, correspondientes cada una a los tres acusados, dio resultado positivo al principio activo (metabolito) de pasta básica de cocaína, excluyendo como fuente el mascado de hoja de coca; y también, en todos los casos, dio negativo a marihuana. Esto significa que antes de la intervención policial, los tres acusados habían consumido pasta básica de cocaína.

18. Examen testimonial del SO PNP Guzmán Peralta Vergara

Participó del operativo del 23 de febrero de 2018 y estuvo allí hasta la madrugada del día siguiente.

Como policía, participó de la persecución al vehículo en el que se desplazaban los acusados y presenció el arrojamiento del bulto negro que vio con la luz de los faros, que resultó ser la mochila incautada. Intervino a los acusados, estuvieron nerviosos, les explicó el motivo del operativo, uno de los acusados dijo que arrojaron la mochila, regresaron, la ubicaron en unos matorrales, se lacró, no se verificó el contenido allí, pues esto se hizo luego. Considera que premeditadamente el conductor de la camioneta aceleró para huir, pasando a gran velocidad la giba. Gilberto Chunque Castillo era conductor, Julio Castillo Huamán era copiloto y el otro, Rosas Bladimir Chalán Castillo, estaba atrás.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Explicó que no se realizó el acta de intervención en el lugar de la intervención por medidas de seguridad, sino en las oficinas de DEPANDRO, ya que tenían información del traslado de 10 kilos de PBC y esto le indicaba que los intervenidos podrían tener apoyo de seguridad armada y eran las cuatro de la mañana.

Este testigo brinda información para identificar la mochila arrojada desde el vehículo en el que se desplazaban los tres acusados, a los que identifica, las ubicaciones de estos al interior de la camioneta y la obtención de medidas de seguridad como razón atendible -en función a la cantidad de pasta básica de cocaína transportada, el lugar y la hora de la intervención- para haber realizado las actas propias de dicha diligencia, en lugar distinto a aquel en el que se produjo la intervención policial.

19. Examen testimonial del SO PNP Hernaldo Ysrael Guevara Castañeda

Reconoció el acta de intervención, con su firma y sello. Fue intervención del 24 de febrero de 2018. Describió el operativo previo a la intervención y proporcionó la misma información que el testigo anterior, respecto a la persecución de la camioneta blanca, el arrojamiento del bulto negro por el copiloto, cuyo color vio por las luces de los faros, la intervención vehicular al estacionar el vehículo. Gilberto era el chofer, Julio el copiloto y el otro, ocupaba el asiento posterior derecho. Ratifica que el acta fue confeccionada en las oficinas de DEPANDRO, explicando también que se hizo así al no haber circunstancias mínimas de seguridad.

Este testigo brinda información para identificar la mochila arrojada desde el vehículo en el que se desplazaban los tres acusados, sobre la base de la misma información dada por el anterior testigo, no siendo de recibo la posibilidad de que el bulto arrojado, no corresponda a aquel descrito como una mochila en las actas confeccionadas inmediatamente después.

20. Examen testimonial del SO PNP Eder Dante Linares Guevara

Reconoció el acta de intervención y el acta de registro vehicular. Dijo lo mismo que los dos testigos, suboficiales de la Policía Nacional, que ya fueron examinados. Él realizó el registro vehicular. Encontró adherencias de, al parecer, pasta básica de cocaína al interior del vehículo, que enviaron al laboratorio.

Igualmente, este efectivo policial brinda la misma información ya adquirida mediante el examen de los dos anteriores policías. Solo añade lo concerniente a la existencia de adherencias en el vehículo, que luego se determinó pericialmente que corresponden también a pasta básica de cocaína.

21. Examen testimonial del SO PNP Juana Esther Alvarado Marín

Participó en la intervención de los acusados y en la confección del acta, que reconoció. Describió la misma sucesión de información, dada por sus colegas policías. También se refirió al operativo en Cruz Conga, al momento en que se aproximó la camioneta



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

blanca, cuyo conductor no obedeció la orden de detenerse, pasando la giba a excesiva velocidad e iniciando la persecución. La giba estaba pintada y a cinco metros de la camioneta cuando le ordenaron detenerse. La camioneta ya venía rápido y opina que el conductor aceleró al recibir la orden de detenerse.

En el Km. 10 de la carretera La Encañada a Celendín, vio que arrojaron un bulto color negro, luego bajaron la velocidad, se estacionaron y se les intervino. Ella intervino al copiloto y los demás colegas apoyaron también. No encontró droga en poder de los acusados.

Esta suboficial PNP proporciona útil información para vincular subjetivamente a los acusados a partir de sus actos, con el delito que se les atribuye, pues aseguró que el conductor de la camioneta, Gilberto Chunque Castillo, no obedeció la orden de detenerse, pasando la giba a excesiva velocidad, pese a que estaba pintada, pues el vehículo ya venía rápido y opina que el conductor aceleró al recibir la orden de detenerse. Esta es la misma percepción del primer testigo, suboficial PNP Guzmán Peralta Vergara, quien considera que premeditadamente el conductor de la camioneta aceleró para huir, pasando a gran velocidad la giba.

Oralización de documentos

Se procedió conforme a los artículos 383 y 384 del Código Procesal Penal, oralizándose los siguientes documentos:

22. Dictamen pericial de identificación vehicular n.º 027-2018 del 28 de febrero de 2018, respecto al vehículo con placa de rodaje T3X-900, camioneta marca Toyota, de propiedad de Javier Luiz Lozano Culqui y no presenta requisitoria como hurtado o robado.

Esta información no es útil para acreditar la materialidad del delito y en su momento, solo significó un elemento de convicción para el Ministerio Público. No será valorado al no ser pertinente.

23. Contrato de alquiler de camioneta 4x4 de fecha 21 de febrero de 2018, suscrito entre Lucas Eduardo Ignacio Becerra, como arrendador, y Julio Castillo Huamán, como arrendatario, respecto al vehículo con placa de rodaje T3X-900.

Este documento es importante en la medida de que, realizado tres días antes de la intervención policial, acredita el dominio sobre un acto preparatorio, del acusado Julio Castillo Huamán, pues es en el vehículo que él arrendó que se transportó la pasta básica de cocaína.

24. Acta de recojo e incautación, lacrado y embalaje de bulto, del 24 de febrero de 2018 (pág. 25), resaltando la Defensa el lugar donde fue realizada, sobre lo cual ya interrogó a los autores del acta recibiendo la explicación de que no se hizo en el lugar de los hechos por medidas de seguridad ante la gran cantidad de droga incautada.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Este documento sirve para vincular el denominado «bulto negro», lanzado durante la marcha del vehículo en el que se desplazaban los tres acusados, por el copiloto Julio Castillo Huamán, antes de que Gilberto Chunque Castillo detenga el vehículo. Este bulto fue ubicado en presencia de los tres intervenidos, como se describe en el acta, y corresponde a la mochila color negro, con marca bordada «Adidas», del que emanaba olor característico a pasta básica de cocaína, procediendo al lacrado y embalaje.

25. Acta de registro personal, incautación y lacrado y embalaje de especies, del 24 de febrero de 2018, en la que firma Rosas Bladimir Chalán Castillo y el SO2 PNP Juan J. Herrera Ruiz, enfatizando la Defensa el lugar donde se confeccionó el acta y el detalle de lo incautado.
26. Acta de recojo e incautación, lacrado y embalaje de bulto, de la misma fecha, 24 de febrero de 2018, participando los tres acusados y dos policías, enfatizando la Defensa el lugar donde se confeccionó el acta.
27. Acta de apertura de bulto incautado, constatación, pesaje provisional, prueba de campo, decomiso, nuevo lacrado y embalaje, de la misma fecha, 24 de febrero de 2018, participando los tres acusados, dos fiscales, un policía y abogado defensor público, enfatizando la Defensa el lugar donde se confeccionó el acta.
28. Tres certificados de antecedentes penales n.ºs 3223639, 3223638 y 3223641, que informan respecto a la inexistencia de antecedentes penales de los tres acusados.

Esta información servirá, eventualmente, para determinar la pena en el primer tercio del espacio punitivo conminado.

Convención probatoria

Fue propuesta convención probatoria por ambos sujetos procesales presentes, fiscal y abogado defensor, respecto a resultados periciales, incorporándose su contenido como probado con el documento que lo sustenta, al no existir controversia al respecto.

29. Resultado Preliminar de Análisis Químico de Droga n.º 2484/18 y el Informe Pericial Forense de Droga n.º 2484/18, que acredita que los 9.004 kg. de peso neto corresponde a pasta básica de cocaína.

§4 Hechos probados y no probados

Respecto a Julio Castillo Huamán

30. Si se ha probado que Julio Castillo Huamán promovió el consumo ilegal de pasta básica de cocaína mediante acto de tráfico, el 24 de febrero de 2018; y esto se prueba con el



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

contrato de alquiler de camioneta 4x4 de fecha 21 de febrero de 2018 suscrito por él, las declaraciones testimoniales de los SO PNP Guzmán Peralta Vergara, Hernaldo Ysrael Guevara Castañeda, Eder Dante Linares Guevara y Juana Esther Alvarado Marín, quienes describen que el vehículo a bordo del cual se trasladaba el acusado y los otros dos coautores, se desplazaba por la carretera desde Celendín a La Encañada; el acta de recojo e incautación, lacrado y embalaje de bulto, el acta de registro personal, incautación y lacrado y embalaje de especies; el acta de recojo e incautación, lacrado y embalaje de bulto; el acta de apertura de bulto incautado, constatación, pesaje provisional, prueba de campo, decomiso, nuevo lacrado y embalaje; el Resultado Preliminar de Análisis Químico de Droga n.º 2484/18 y, por último, con el Informe Pericial Forense de Droga n.º 2484/18, que acredita que los 9.004 kg. de peso neto corresponde a pasta básica de cocaína.

31. Sí se ha probado que este acto de tráfico fue cometido conjuntamente con Gilberto Chunque Castillo y Rosas Bladimir Chalán Castillo, pues estos últimos también fueron intervenidos al interior del vehículo con placa de rodaje T3X-900, después de haber huido ante la orden policial de detener el vehículo.
32. El conocimiento acerca de lo que transportaban y el propósito delictivo común, resultan probados con las circunstancias previas y concomitantes al acto de transporte. Por las primeras, el reunirse en Cajamarca los tres acusados, siendo Gilberto Chunque Castillo y Rosas Bladimir Chalán Castillo sobrinos de Julio Castillo Huamán, partir desde esta ciudad los tres juntos, en el mismo vehículo, con un propósito declarado absolutamente inverosímil (comprar una casa en la madrugada del 24 de febrero de 2018) no solo desde la perspectiva judicial, sino también, razonablemente, por parte de sus sobrinos coacusados, pues Julio Castillo Huamán dijo, al identificarse, que se dedica a trabajos de construcción, estibador, carretillero, que sus ingresos diarios son de cincuenta céntimos o un sol, y mensuales, de seiscientos soles aproximadamente y, luego, al declarar, dijo que dos lunes consecutivos, 12 y 19 de febrero de 2018, había ido a la plaza pecuaria a vender a un carnero. De esta información se evidencia su incapacidad económica para realizar la supuesta compra de la vivienda. ¿Cómo, entonces, sus dos sobrinos le habrían acompañado a Celendín, alquilando el acusado una camioneta 4x4, para visitar un inmueble supuestamente comprado o por comprar por su tío, el acusado Julio Castillo Huamán?
33. Por las segundas, haber retornado, los tres coacusados, durante la madrugada del 24 de febrero de 2018, en un mismo vehículo, transportando más de nueve kilogramos de pasta básica de cocaína con fuerte olor característico, generando adherencias de este producto tanto en el asiento posterior como en el delantero del vehículo, sin desacelerar ante el requerimiento policial por la detención del vehículo, la huida posterior y persecución policial, que se mantuvo desde Cruz Conga hasta el kilómetro 10 de la carretera La Encañada a Celendín; el arrojo del bulto negro (mochila negra) por el lado del copiloto Julio Castillo Huamán hacia el margen derecho de la carretera, la ascensión



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

de responsabilidad únicamente por Julio Castillo Huamán y la negativa de los otros dos acusados Gilberto Chunque Castillo y Rosas Bladimir Chalán Castillo de haber tenido conocimiento de hallarse transportando droga a bordo del vehículo intervenido.

Respecto a Gilberto Chunque Castillo

34. Sí se ha probado que Gilberto Chunque Castillo promovió el consumo ilegal de pasta básica de cocaína mediante acto de tráfico, el 24 de febrero de 2018; pues condujo el vehículo con placa de rodaje T3X-900, según refieren los testigos SO PNP Guzmán Peralta Vergara, Hernaldo Ysrael Guevara Castañeda, Eder Dante Linares Guevara y Juana Esther Alvarado Marín, desplazándose por la carretera desde Celendín a La Encañada transportando 9.004 kg. de peso neto de pasta básica de cocaína, según el Informe Pericial Forense de Droga n.º 2484/18.
35. Sí se ha probado que este acto de tráfico fue cometido conjuntamente con Julio Castillo Huamán y Rosas Bladimir Chalán Castillo, pues estos dos se hallaban, con el acusado, al interior del vehículo con placa de rodaje T3X-900. Reiteramos aquí, los fundamentos de imputación subjetiva números 31, 32 y 33, descritos para considerar probado el dolo en el caso del actuar conjunto, por las circunstancias previas y concomitantes al acto de transporte, dominado también por Gilberto Chunque Castillo.

Respecto a Rosas Bladimir Chalán Castillo

36. Sí se ha probado que Rosas Bladimir Chalán Castillo promovió el consumo ilegal de pasta básica de cocaína mediante acto de tráfico, el 24 de febrero de 2018; pues estuvo a bordo del vehículo con placa de rodaje T3X-900, según refieren los testigos SO PNP Guzmán Peralta Vergara, Hernaldo Ysrael Guevara Castañeda, Eder Dante Linares Guevara y Juana Esther Alvarado Marín, desplazándose por la carretera desde Celendín a La Encañada transportando 9.004 kg. de peso neto de pasta básica de cocaína, según el Informe Pericial Forense de Droga n.º 2484/18; verificándose con el acta de registro vehicular -incorporada mediante el reconocimiento directo de su autor, el SO PNP Eder Dante Linares Guevara- y con la propia acta de declaración previa de Rosas Bladimir Chalán Castillo -incorporada mediante oralización al guardar silencio: pregunta 14- que las adherencias de pasta básica de cocaína halladas, a que se refiere el Informe Pericial Químico de Droga n.º 016/2018, lo fueron también debajo del asiento que ocupaba este acusado.
37. Sí se ha probado que este acto de tráfico fue cometido conjuntamente con Gilberto Chunque Castillo y Julio Castillo Huamán pues estos dos se hallaban, con el acusado, al interior del vehículo con placa de rodaje T3X-900. Reiteramos aquí, los fundamentos de imputación subjetiva números 31, 32 y 33, descritos para considerar probado el dolo en el caso del actuar conjunto, por las circunstancias previas y concomitantes al acto de transporte, dominado también por Rosas Bladimir Chalán Castillo.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

§5 Valoración probatoria conjunta

38. La conducta delictiva consiste en que Julio Castillo Huamán, Gilberto Chunque Castillo y Rosas Bladimir Chalán Castillo hayan promovido, conjuntamente, el consumo ilegal de pasta básica de cocaína mediante acto de tráfico, el 24 de febrero de 2018.
39. Consideramos que el Ministerio Público si ha podido enervar la presunción de inocencia de la que gozaban los acusados Julio Castillo Huamán, Gilberto Chunque Castillo y Rosas Bladimir Chalán Castillo, respecto a la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, agravado por la participación de tres personas, en agravio del Estado. Partiendo de los hechos a probar, arribamos a esta conclusión debido a que:
- a. Sobre el acto de tráfico, se aprecia que este se produjo el 24 de febrero de 2018, mediante el traslado de 9.004 kg. de peso neto de pasta básica de cocaína desde Celendín hacia Cajamarca, participando objetiva y subjetivamente, los tres acusados, pues todos ellos estaban a bordo del mismo vehículo, pudiendo percibir, pese a su negativa, el fuerte olor característico de esta droga, conforme se dejó anotado en el acta de intervención que fue valorada al describir el hallazgo de la mochila negra que desde el interior del vehículo arrojó Julio Castillo Huamán; pero también por el hecho de haberse hallado adherencias de esta misma droga tanto en el asiento delantero como en el posterior del mismo vehículo. El fuerte olor de esta droga, la aceptación de Julio Castillo Huamán y la fuga emprendida por el conductor Gilberto Chunque Castillo, incluso antes de pasar la giba donde estaba el personal policial que declaró como testigos, desacreditan las versiones defensivas, basadas en la ignorancia, de los coacusados Gilberto Chunque Castillo y Rosas Bladimir Chalán Castillo.
 - b. Sobre la naturaleza de la droga incautada, se ha probado que esta se trata de pasta básica de cocaína, según se aprecia de los documentos incorporados como convención probatoria, a saber, el Resultado Preliminar de Análisis Químico de Droga n.º 2484/18 y el Informe Pericial Forense de Droga n.º 2484/18, que acredita que los 9.004 kg. de peso neto corresponde a pasta básica de cocaína.
 - c. Sobre la coautoría de los acusados al momento de consumir el acto de favorecimiento mediante transporte, se aprecia que el acusado Julio Castillo Huamán no dio detalles sobre la persona a la que se refiere como «Carlos», quien sería el supuesto proveedor de la pasta básica de cocaína, ni dijo que él sabía lo que transportaría ni dijo si sabía el nombre de la otra persona que le dio la mochila en Celendín, ni explicó por qué realizó el supuesto transporte a esa hora de la madrugada ni por qué se dio a la fuga ante la intervención policial. Tampoco explicó por qué le habría mentido, supuestamente, a su sobrino carnal, Gilberto Chunque Castillo. Importante es considerar la conducta procesal de Julio Castillo Huamán y su correlato con la de los otros dos coacusados, Gilberto Chunque Castillo y Rosas Bladimir Chalán Castillo, dirigida a desacreditar la concurrencia de la agravante del delito admitido únicamente por Julio Castillo Huamán y librar de responsabilidad penal a los otros coacusados ya mencionados. Esto expone que la coordinación a que nos referimos en los fundamentos números 32 y 33, se mantiene incluso después de la consumación delictiva.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

No consideramos la prueba sobre el consumo de cocaína, positiva para los tres coacusados, como elemento que les vincule, necesariamente con el acto de transporte o el actuar conjunto, propio de una misma resolución criminal, por insuficiente para ello.

§6 Razones por las que se acepta y rechaza las teorías del caso

40. Se acepta la tesis fiscal de teoría del caso, por las razones expuestas hasta este punto y a las que nos referimos. Esta teoría se resumió en la presentación del alegato final, así:

«Se colige la materialidad del delito y la responsabilidad de los tres acusados, mediante prueba directa y por indicios. Sobre la materialidad del delito, se tienen los dictámenes periciales incorporados mediante convención probatoria, probándose que la sustancia arrojada desde la camioneta, es pasta básica de cocaína. La perito ha concluido en que las adherencias encontradas en el vehículo en el que se trasladaban los tres acusados, también es pasta básica de cocaína.»

Sobre la participación, Julio Castillo Huamán dijo que desconocía el contenido de la mochila, explicando que al recibir la señal de pare de los efectivos policiales, le dijo a su sobrino y coacusado Gilberto Chunque Castillo que acelere porque eran perseguidos por la policía, sacó la mochila con pasta básica de cocaína y la arrojó por la ventana del copiloto. Gilberto Chunque dijo que redujo la velocidad, obedeciendo la orden policial, pero Julio Castillo Huamán le dijo que avanzara porque transportaba droga. Entonces, Julio Castillo Huamán conocía que transportaba droga.

La coartada sobre la compra de casa es un indicio de mala justificación, atribuible a Julio Castillo Huamán, debido a que no proporcionó detalles sobre el inmueble y a que viajó en la noche, llegó a Celendín también en la noche y regresó de inmediato, lo cual no es creíble.

Se ha probado que los tres acusados consumieron cocaína, no que han chacchado hojas de coca, lo cual también es un indicio de mala justificación.

Los testigos policiales dan cuenta de las circunstancias de intervención. Hay indicio de conducta sospechosa, por la fuga después de recibir la señal de pare, pues Gilberto Chunque Castillo no redujo nunca la velocidad de la camioneta que conducía, pese a la presencia policial, la señal de detenerse y la señalización existente.

Rosas Bladimir Chalán Castillo venía sentado atrás y las adherencias halladas lo fueron debajo del asiento que ocupaba este acusado».

41. Se rechaza la teoría del caso presentada por la Defensa. Esta posición se expuso luego de realizada la actividad probatoria, en el alegato final. Básicamente, se sostuvo que:

«Al presentar alegato preliminar, se opuso a la agravante, porque los dos acusados Gilberto Chunque Castillo y Rosas Bladimir Chalán Castillo no son autores ni partícipes del hecho, pero a lo largo de las audiencias, ninguno de los tres acusados ha sido encontrado en flagrancia delictiva. Invocó artículo 166 de la Constitución para



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

desacreditar la participación de la policía porque no sabía que los acusados portaban droga. La fuga no es indicio de flagrancia. La policía cumplió «malamente» su función porque no cumplió registro personal en el lugar de los hechos, según casación 253-2013-Puno, que es vinculante.

La detención fue arbitraria, sobre la base de una sospecha. Los testigos policías expresan que el bulto con droga fue arrojado del vehículo, pero no se produjo cadena de custodia, exigida por el acuerdo plenario 6-2012, debiéndose realizar en la escena del crimen, pues se hizo en instalaciones policiales. Policía no cumplió con directiva que les obliga a realizar actas en el lugar de los hechos.

42. Esencialmente, el cuestionamiento de la Defensa pasa por dos puntos: 1) cuestionar el lugar donde se confeccionaron las actas y 2) la alegación de que el personal policial no cumplió con la cadena de custodia.
43. Sobre el primer punto, invoca la sentencia casatoria n.º 253-2013-Puno, que se ocupa de un caso de cohecho pasivo propio (no de tráfico ilícito de drogas) y con ocasión de ello, de los supuestos de prolongación del registro personal y uno de ellos, el primero, es cuando no existan garantías para la integridad del representante del Ministerio Público y de los efectivos policiales que participan en el registro. Ya el personal policial que declaró como testigos en este juzgamiento ha expresado que antes de la intervención policial a los acusados, tenían información respecto a el transporte de 10 kilogramos de droga desde Celendín y ya al intervenir a los acusados, quienes fugaron, ubicaron cerca del lugar donde estos detuvieron la marcha del vehículo, la mochila negra con más de nueve kilogramos de pasta básica de cocaína, por lo que razonablemente explicaron que el lugar (la carretera), la hora (cuatro de la mañana) y la posibilidad de que los acusados contaran con respaldo de otras personas, no brindaba la seguridad necesaria para el personal policial. La sentencia casatoria mencionada señala, también, que el registro personal puede prolongarse pero no en demasía, sino el tiempo razonable, y en este caso, esta prolongación fue por el tiempo estrictamente necesario para trasladarse desde el lugar de la intervención al local de DEPANDRO, el mismo día, minutos después, encontrando entonces allí las garantías necesarias para la realización del registro y cotejo de sustancia hallada.
44. En lo concerniente a la cadena de custodia, el Juzgado Penal Colegiado atiende las circunstancias ya descritas en el fundamento anterior y aprecia que la finalidad de esta técnica de preservación de elementos de prueba o cuerpo del delito, ha sido abordado en la sentencia casatoria n.º 63-2011-Huaura, del 24 de abril de 2012, anterior incluso al alegado acuerdo plenario n.º 6-2012/CJ-116 (publicado el cuatro de enero de 2014), ya se refería a la exigibilidad de la cadena de custodia en delitos de persecución pública, en tanto que el mencionado acuerdo plenario, a los efectos jurídicos de su ruptura.

Sostenemos que en el caso concreto, debido a la necesidad de encontrar las garantías de seguridad necesarias para la realización del registro y cotejo de sustancia hallada, no se



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

ha infringido la necesidad de preservar incólume la mochila hallada y su contenido ni se ha producido ruptura alguna que eche un velo de duda respecto a la inalterabilidad de su contenido, en atención a la inmediatez, razonable, de la diligencia de la que da cuenta el «Acta de apertura de bulto incautado, constatación, pesaje provisional, prueba de campo, decomiso, nuevo lacrado y embalaje», de la misma fecha, 24 de febrero de 2018, diligencia en la que participaron los tres acusados, dos fiscales, un policía y el abogado defensor público. Este cuestionamiento, realizado solo al culminar el juzgamiento, sin haberse planteado siquiera con base probatoria en el debate, esto es, favoreciendo la contradicción e igualdad de armas, no es un proceder que el Juzgado Penal Colegiado reciba, no solo por la forma -que revela con elocuencia la carencia de argumentos defensivos de valía- sino, esencialmente, por la carencia de razones de fondo que lo hagan atendible.

No se ha demostrado el concierto delictivo, el acusado ha invitado a sus sobrinos a la compra de una casa, que puede hacerse incluso con un papel. No concurre ninguno de los verbos típicos del TID. Pide desvinculación en defecto de la agravante».

Para contestar estas últimas alegaciones, nos remitimos a los fundamentos 31, 32 y 33 de esta misma sentencia, líneas arriba.

45. Ya que el nivel de certeza que corresponde a un juicio de culpabilidad penal debe ser la plenitud, consideramos que esta se alcanza sobre la base de los hechos probados que, a su vez, se consideran así al valorarse individual y conjuntamente la información con carácter probatorio que se ha incorporado al juzgamiento en audiencia, sometiéndose válidamente a inmediación y al contradictorio.

§7 Juicio de subsunción

46. Tipicidad objetiva

Se demostró que el 24 de febrero de 2018, Gilberto Chunque Castillo, Julio Castillo Huamán y Rosas Bladimir Chalán Castillo promovieron, como coautores, el consumo ilegal de pasta básica de cocaína mediante acto de transporte mediante vehículo automotor, desde Celendín con rumbo a Cajamarca.

47. Tipicidad subjetiva

Se ha demostrado la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal reseñado que es el dolo, puesto que la forma como se produjeron los hechos no permite establecer una conclusión diferente que esta (véase fundamentos 32 y 33): los acusados, consciente y voluntariamente se predeterminaron a desplazarse hasta Celendín, a bordo de un mismo vehículo, para recibir y transportar a esta ciudad, más de nueve kilogramos de pasta básica de cocaína, siendo intervenidos por la Policía Nacional, resistiéndose y dándose a



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

la fuga, iniciando una persecución que terminó solo después de que Julio Castillo Huamán arrojara una mochila con la droga hacia la carretera.

48. Antijuridicidad

El comportamiento del acusado es antijurídico en el plano formal (prohibición legal)⁹ puesto que el primer párrafo del artículo 296, con la agravante del artículo 297.6 del Código Penal, sanciona a quien promueve el consumo ilegal de pasta básica de cocaína mediante acto de transporte, y es antijurídico en el plano material (prohibición genérica)¹⁰, pues el bien jurídico-penal «salud pública» es protegido por el orden normativo que regula la vida en sociedad. Además, dicha conducta ilícita no tuvo causa de justificación alguna, bajo la que lo injusto de su actuar pueda excluirse o atenuarse, mereciendo -por tanto- la sanción penal que prevé la ley.

49. Culpabilidad

Asimismo, durante el desarrollo del juzgamiento se ha comprobado que los acusados son personas mayores de edad, responsables de sus actos, encontrándose en pleno uso de sus facultades mentales. Estas personas, antes y durante los hechos, han estado conscientes del comportamiento realizado y de sus alcances, por lo que tales actos les son imputables penalmente.

Tampoco concurre -plena ni parcialmente- alguna causa de exclusión de culpabilidad que restrinja o exima la responsabilidad penal de los acusados.

§8 Pena, reparación civil y costas

50. Determinación e individualización de la pena

Establecida la responsabilidad penal de los acusados en el delito de favorecimiento al consumo de drogas por acto de tráfico, agravado por la concurrencia de tres personas, es menester establecer los parámetros necesarios para la determinación judicial de la pena.

a. Pena básica. Conforme estableció el artículo 297.6 del Código Penal, las penas básicas establecidas para este delito son privativa de libertad no menor de 15 ni mayor de 25 años, multa entre 180 a 365 días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4), 5) y 8) del Código Penal. En este caso, la inhabilitación consistente en la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, no ha sido solicitada, sino solo la de incapacidad para ejercer por

⁹ La antijuridicidad formal es la relación de contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico. Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal – Parte General. Lima: Grijley, 2009, pág. 529.

¹⁰ La antijuridicidad material se concibe como la ofensa socialmente nociva a un bien jurídico que la norma busca proteger. Villavicencio Terreros, Felipe. Op. cit., pág. 529



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria que dé oportunidad para la reiteración delictiva, simultáneamente al cumplimiento de la pena y por 10 años. Por ello, la omisión del Ministerio Público, no genera el incumplimiento de la ley por parte del Juzgado Penal Colegiado, más aún si se trata de una pena conminada y debemos sujeción al principio de legalidad.

b. Circunstancias modificatorias de responsabilidad. De acuerdo a los certificados de antecedentes penales de los acusados, n.ºs 3223639, 3223638 y 3223641, estos no registran antecedentes penales, lo cual condiciona la determinación de la pena en el tercio inferior del espacio punitivo conminado, que va desde los 15 años a los 18 años y cuatro meses de pena privativa de la libertad. En el caso de la multa, este tercio inferior del espacio punitivo conminado, va desde los 180 a 241.6 días multa.

c. Graduación de la pena. El Ministerio Público solicitó la imposición de 18 años y cuatro meses de pena privativa de libertad y 240 días multa para todos los acusados, así como la inhabilitación por 10 años, que como se ha expuesto, corresponde según el artículo 36.2.4 del Código Penal.

Concordamos con la propuesta de graduación de la pena privativa de libertad, pues se halla dentro del primer tercio del espacio punitivo conminado y se ha valorado, para optar por la aproximación al extremo máximo de dicho tercio, la cantidad de droga incautada, superior a los nueve kilogramos, valoración que compartimos.

El Ministerio Público propuso sendos cálculos de la pena de multa por cada uno de los tres acusados, a saber, para Julio Castillo Huamán, S/ 1 200 soles; para Gilberto Chunque Castillo, S/ 2 400 soles y para Rosas Bladimir Chalán Castillo, S/ 1 600 soles. Sin embargo, lo ha hecho sin justificar las diferencias entre los ingresos mensuales de cada acusado ni desplegar actividad probatoria que justifique tales cálculos. Así mismo, el Ministerio Público no justificó por qué porcentaje del ingreso diario opta.

Según el artículo 43 del Código Penal, el importe del día-multa no podrá ser menor del 25 % ni mayor del 50 % del ingreso diario del condenado, cuando viva exclusivamente de su trabajo. Sin información al respecto, por cada uno de los tres acusados, debemos realizar este cálculo sobre la base de la remuneración mínima vital vigente al 24 de febrero de 2018, que fue de S/ 850.00 soles, pues el incremento determinado por el Decreto Supremo n.º 004-2018-TR, de S/ 930.00 soles, rigió a partir de fecha posterior, el uno de abril de 2018. Entonces, el ingreso diario resulta de dividir esa suma entre 30 días, resultando en S/ 28.33 soles. Luego, optamos por el porcentaje menor entre el rango del artículo 43 del Código Penal, al no contar con información sobre el ingreso mensual de cada uno de los acusados. La cuarta parte (25 %) de ese cociente es S/ 7.08 soles, lo cual determina el monto del día-multa. En consecuencia, 240 días-multa ascienden a S/ 1 700.00 soles.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

d. Carácter de la pena a imponerse. En este caso no corresponde dictar una pena privativa de libertad con excepcional carácter suspendido, pues no se cumplen los presupuestos del artículo 57 del Código Penal, ya que la pena a imponerse supera con creces los cuatro años de privación de libertad.

51. Reparación civil

La reparación civil, si bien es consecuencia jurídica del delito, no se otorga de manera automática a quien la solicite, debiendo ser probados los extremos de tal solicitud, dado que es necesario individualizarla y determinarla en forma prudencial y proporcional a la entidad del daño causado, a la afectación del bien jurídico-penal y a las necesidades de la víctima/agraviado/perjudicado.

El Juzgado Penal Colegiado considera que este delito es de especial gravedad dado que vulnera las condiciones de mantenimiento de la salud pública, de allí que comporta un atentado insoportable a la dignidad de la persona expresada en su derecho al desarrollo integral de calidad. Un daño como este, en un delito de peligro, es difícil de cuantificar y, por consiguiente, de reparar, por lo que debe anticiparse en cada caso concreto, cómo es que la reparación se plantea posible.

En su alegato final, el Procurador Público no justificó la extensión de su pedido de reparación por 30 mil soles ni la forma en que esta suma realizará una efectiva reparación material, aunque sí precisó que exige el pago solidario. Mencionó la cantidad de droga incautada de nueve kilos y cuatro gramos como peso neto, la participación de los tres acusados y la magnitud del daño causado, sobre el que mencionó que la Corte Suprema ha establecido que estos tres elementos constituyen los que deben ser evaluados para fines de reparación. Resaltó el carácter pluriofensivo del delito. Invocó el seguimiento a la camioneta por dos horas y media, durante la fuga de los acusados.

Ya que la indemnización comprende cuatro elementos¹¹ y se rige por disposiciones legales civiles, apreciamos que el artículo 1332 del Código Civil permite que el juzgador, cuando no tenga un elemento objetivo para determinar el monto indemnizatorio, puede hacerlo con criterio de equidad, que supone la debida proporción entre el daño causado y la reparación¹². En consecuencia, la suma propuesta por el Actor Civil debe desaprobarse para no amparar un pedido arbitrario (por inmotivado), en favor del que se juzga proporcional al daño causado efectivamente.

52. Imposición de costas

¹¹ Sentencia casatoria civil n.º 3141-2016-Piura (24/7/2017)

¹² La aplicación de esta regla jurídica a un caso real puede ser consultada en la sentencia casatoria laboral n.º 9821-2014-Lima, del 22 de setiembre de 2016, que aquí consideramos referencialmente, *mutatis mutandis*.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Finalmente, conforme lo prevé el artículo 497 del Código Procesal Penal, toda decisión que pone fin al proceso debe pronunciarse sobre las costas, las que según el artículo 500.1 del mismo texto procesal, serán impuestas al acusado declarado culpable. Siendo así, corresponde imponer a los sentenciados el pago de costas procesales.

III. DECISIÓN

Por estas consideraciones, en aplicación de lo previsto en el artículo 2.24.e) y 139 de la Constitución Política del Perú; de los artículos II, VII y VIII del Título Preliminar, 45, 45-A, 46, 92, 93 y 296 y 297.6 del Código Penal; además de los artículos 392, 393, 394, 397, 399 y 402.2 del Código Procesal Penal, apreciando hechos y pruebas con la objetividad y el criterio de conciencia que la Constitución Política y la ley exigen e impartiendo justicia a nombre de la comunidad cajamarquina con imparcialidad e independencia, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, por unanimidad, **RESUELVE:**

1. **CONDENAR** a Julio Castillo Huamán, identificado con DNI n.º 26700568; a Gilberto Chunque Castillo, identificado con DNI n.º 71513100; y a Rosas Bladimir Chalán Castillo, identificado con DNI n.º 48129557, como coautores del delito contra la salud pública, tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de favorecimiento al consumo de drogas por actos de tráfico, agravado por la concurrencia de tres personas, según el artículo 297.6 del Código Penal, en agravio del Estado. Se les impone a cada uno de los sentenciados, las sanciones de dieciocho (18) años y cuatro meses de pena privativa de libertad, el pago de 240 días-multa ascendentes a un mil setecientos (S/ 1 700.00) soles e inhabilitación por 10 años, consistente en la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público e incapacidad para ejercer -por cuenta propia o por intermedio de tercero- profesión, comercio, arte o industria que dé oportunidad para la reiteración delictiva, a saber, específicamente el transporte motorizado de personas y/o mercancías, a nivel local, interprovincial y nacional.

La pena privativa de libertad se computará por el Juzgado de Investigación Preparatoria competente, en el caso de Julio Castillo Huamán, desde el 24 de febrero de 2018 y vencerá el 23 de junio de 2036 y en el caso de Gilberto Chunque Castillo y Rosas Bladimir Chalán Castillo, desde el día en que los sentenciados sean aprehendidos por la Policía Nacional, cumpliéndose en el establecimiento penal que disponga el Instituto Nacional Penitenciario. **OFÍCIESE** con tal finalidad.

2. **IMPONER** como reparación civil la suma de quince mil soles (S/ 15 000.00) que los sentenciados Julio Castillo Huamán, Gilberto Chunque Castillo y Rosas Bladimir Chalán Castillo deberán pagar en forma solidaria, en favor del Estado, representado por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior, además del pago de las costas del proceso, que se liquidarán ante el Juez de Investigación Preparatoria, en ejecución de sentencia.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

3. **INFÓRMESE** de la condena al Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa de la Libertad Efectiva (RENADESPPLE), **OFICIÁNDOSE** a su responsable en la sede central del Ministerio Público de esta ciudad o mediante la actualización web de dicho sistema, dejándose constancia en el expediente.

4. Consentida o ejecutoriada que sea esta sentencia, **PROPORCIONÉSE COPIA CERTIFICADA** al Instituto Nacional Penitenciario y **REMÍTASE** el expediente al Juzgado de Investigación Preparatoria correspondiente para supervisión y ejecución de la sentencia, según el artículo 489 del Código Procesal Penal. **OFICIÁNDOSE**.

Esta sentencia fue leída íntegramente en audiencia pública. Actuó como Director de Debates el Juez Abanto Quevedo. **NOTIFÍQUESE** a domicilios procesales.

S.S.

ABANTO QUEVEDO

RAMOS TENORIO

LEÓN IZQUIERDO