

CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y EL DELITO DE ASESINATO

Por: Prof. Dr. Dr. b. c. Felipe Villavicencio Terreros¹

SUMARIO: I. CRIMINALIDAD ORGANIZADA: 1. Los instrumentos internacionales sobre la criminalidad organizada, **2.** Concepto de criminalidad organizada, **3.** El tratamiento de la criminalidad organizada en la legislación penal peruana; **II. EL DELITO DE ASESINATO: 1.** Consideraciones generales, **2.** Imputación objetiva al homicidio calificado: **a)** *Homicidio por fuego, explosión, o por cualquier otro medio capaz de causar peligro concreto colectivo*, **b)** *Homicidio calificado por la calidad funcional de la víctima*, **3.** Imputación subjetiva, **4.** Homicidios calificados de tendencia interna trascendente: **a)** *Homicidio para facilitar otro delito*, **b)** *Homicidio para ocultar otro delito*, **5.** Homicidios calificados de tendencia intensificada: **a)** *Homicidio con gran crueldad*, **b)** *Homicidio con alevosía*, **6.** Homicidios calificados por la especial motivación: **a)** *Homicidio por ferocidad*, **b)** *Homicidio por codicia*, **c)** *Homicidio por lucro*, **d)** *Homicidio por placer*

I. CRIMINALIDAD ORGANIZADA

1. Los instrumentos internacionales sobre la criminalidad organizada

La primera noción internacional del crimen organizado se manifiesta en Norteamérica, a través de la *Ley sobre las organizaciones corruptas y extorsionadoras*, “Ley R.I.C.O.”²; esta ley propone una visión genérica del fenómeno de la criminalidad organizada, poniendo de relieve el carácter organizativo y corruptivo del mismo; en ella se renuncia a una definición articulada y descriptiva de este fenómeno³. Es importante señalar que esta ley, aunque no es propia del Derecho Internacional, ha ejercido una gran influencia en varios frentes en los convenios internacionales, especialmente en materia de lucha contra la corrupción, crimen organizado y tráfico de drogas⁴.

¹ Profesor de derecho penal y criminología. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor por la Universidad de Buenos Aires. Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Piura. Miembro del Subcomité de Naciones para la Prevención de la Tortura (SPT). Este trabajo ha sido posible gracias a la colaboración de mi alumno **Vilmer De la Cruz Paulino**.

² La Ley R.I.C.O., tipifica el delito de participación en los asuntos de una empresa con ayuda de métodos extorsivos, con lo cual se vincula la noción de criminalidad organizada con la criminalidad de empresa.

³ *Vide.* ZUÑIGA RODRIGUEZ, 2009, 43.

⁴ En similar sentido, los convenios internacionales no propiamente sobre la criminalidad organizada, pero sí sobre los delitos especialmente vinculados a ella empiezan a darse en los años setenta, en el ámbito de la prevención del delito y la cooperación internacional impulsada por Naciones Unidas. Entre ellas se encuentra el *Proyecto de Convenio para la prevención y represión de ciertos actos terroristas* de 1992 y la *Convención contra el tráfico de drogas* de 1973.

El tratamiento internacional propiamente del crimen organizado se da con la *Declaración Política y el Plan Mundial de Acción de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada*⁵, que se convertiría en el punto de partida hacia la implementación de una convención internacional contra el crimen organizado porque sienta las bases para la misma. En ella, se establecieron las medidas que debían ser adoptadas por los países signatarios para combatir este tipo de delincuencia; asimismo, se hizo un llamado a los países en desarrollo para armonizar sus legislaciones y fortalecer sus sistemas judiciales, y a los países donantes e instituciones financieras internacionales a brindar asistencia técnica necesaria.

Posteriormente, se celebró el *Seminario Regional Ministerial*⁶ de seguimiento de la Declaración Política y el Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada, donde se aprobó la *Declaración de Buenos Aires sobre la prevención y el control de la delincuencia transnacional organizada*. Con esta declaración, los Estados de la región de América Latina y el Caribe manifestaron el interés en elaborar una convención internacional contra la delincuencia transnacional organizada⁷.

En este mismo sentido, como afirma Laura Zúñiga se dieron iniciativas tanto europeas, africanas y asiáticas con el afán de luchar contra la delincuencia transnacional organizada y la corrupción⁸. Entre estas iniciativas se encuentran la propuesta de la delegación de Polonia de 1996 “*Proyecto de Convención marco de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada*”. El *Seminario Regional Ministerial Africano*¹⁰ sobre medidas contra la delincuencia transnacional organizada y la corrupción, donde se aprobó la *Declaración de Dakar sobre la prevención y la lucha de la delincuencia transnacional organizada y la corrupción*. El *Informe de la reunión oficiosa* sobre la cuestión de la elaboración de una convención internacional contra la delincuencia transnacional organizada¹¹, donde se decidió establecer un grupo intergubernamental de expertos, con el fin de elaborar un anteproyecto de convención internacional amplia de lucha contra la delincuencia transnacional organizada¹². El *Informe de la*

⁵ Declaración Política y el Plan Mundial de Acción de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada (A/49/748, anexo, secc. I), celebrada en Nápoles del 21 al 23 de noviembre de 1994. Aprobado por Resolución 49/159 de la Asamblea General. Ver mayores detalles: URIBE BENITEZ, 2010, 17.

⁶ El Seminario Regional Ministerial, fue celebrado en Buenos Aires del 27 al 30 de noviembre de 1995. Cfr. ZUÑIGA RODRIGUEZ, ob cit, 49.

⁷ *Vide*. Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus periodos de sesiones primero a 11°. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/55/383, 10 de noviembre 2000. Quincuagésimo quinto periodo de sesiones, tema 105 del programa Prevención del delito y justicia penal.

⁸ ZUÑIGA RODRIGUEZ, ob cit, 49.

⁹ Esta propuesta fue presentada por Polonia en el quincuagésimo primer periodo de sesiones de la Asamblea (A/C.3/51/7, anexo), y tomada en cuenta por la cual la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 51/120, de diciembre de 1996.

¹⁰ El Seminario Regional Ministerial Africano se celebró en Dakar del 21 al 23 de julio de 1997.

¹¹ El Informe de la reunión oficiosa fue organizada por la *Fundazione Giovanni e Francesca Falcone* y celebrado en Palermo del 6 al 8 de abril de 1997 (E/CN.15/1997/7/Add.2). La Asamblea General de las Naciones Unidas tomo nota del informe en la resolución 52/85, 12 de diciembre de 1997.

¹² Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus periodos de sesiones primero a 11°. Asamblea General de las Naciones

*comisión del Grupo intergubernamental de expertos*¹³, presentó un informe que contenía un bosquejo de opciones para el contenido de la convención internacional contra la delincuencia transnacional organizada. El *Curso Practico Ministerial Regional de Asia*¹⁴, sobre la delincuencia transnacional organizada y la corrupción, donde se aprobó la *Declaración de Manila sobre la Prevención y la Lucha contra la Declaración Transnacional*.

Todos estos acontecimientos internacionales¹⁵ fueron los antecedentes inmediatos para la realización del Proyecto de Convención de Naciones Unidas para la Criminalidad Transnacional Organizada de 1999; y, con ocasión de la Cumbre del Milenio, la Asamblea General adoptó la “*Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*”^{16 17}.

El principal propósito de la convención es promover la cooperación entre los Estados para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia transnacional. En este sentido, los Estados que ratifican esta convención se obligan a implementar en su ordenamiento jurídico algunas conductas delictivas como la *penalización de la participación de un grupo delictivo organizado* (art. 5), *penalización del blanqueo de producto del delito* (art. 6), *medidas para combatir el blanqueo de dinero* (art. 7), *extradición* (art. 16)¹⁸.

En el plano europeo se observan las siguientes normas internacionales: Tratado de Lisboa, Programa de Estocolmo y la Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea.

El *Tratado de Lisboa*¹⁹, contempla algunas medidas que afectan a la estructura de seguridad europea, por lo que influyen, indirectamente, a la lucha contra el crimen

Unidas, A/55/383, 10 de noviembre 2000. Quincuagésimo quinto periodo de sesiones, tema 105 del programa Prevención del delito y justicia penal.

¹³ El grupo internacional de expertos celebró su reunión en Varsovia, del 2 al 6 de febrero de 1998.

¹⁴ El Curso Practico Ministerial Regional de Asia se celebró en Manila del 23 al 25 de marzo de 1998.

¹⁵ La Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, en su séptimo periodo de sesiones, estableció un grupo de trabajo del periodo de sesiones sobre la aplicación de la Declaración Política y el Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada, que examinó el proyecto de convención contra la delincuencia organizada transnacional. Este grupo de trabajo estuvo de acuerdo en que la elaboración de la convención debía avanzar, a fin de ultimar el proceso de negociación –de ser posible– para el año 2000. Cfr. Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus periodos de sesiones primero a 11°. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/55/383, 10 de noviembre 2000. Quincuagésimo quinto periodo de sesiones, tema 105 del programa Prevención del delito y justicia penal.

¹⁶ La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, fue adoptada en la Ciudad de Palermo el 15 de noviembre de 2000. Resolución 55/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

¹⁷ Es de señalar que esta convención se complementa con tres protocolos: *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, en especial mujeres y niños*, *Protocolo contra la fabricación y tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*; y, *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, por tierra, aire y mar*. Ver: CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS. 2004, URIBE BENITEZ, Oscar; 2010, 18: *estos instrumentos internacionales, son conocidos como la Convención y los tres Protocolos de Palermo. Son producto de un proceso largo en el que previamente se suscribieron otros instrumentos internacionales relacionados contra el narcotráfico*.

¹⁸ Cfr. ZUÑIGA RODRIGUEZ, ob cit, 49.

¹⁹ El Tratado de Lisboa fue firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (DOUE 2007/C306/01). Entro en vigencia el 1 de diciembre de 2009. Este tratado modifico el Tratado de la Unión Europea y el Tratado

organizado. Entre los principales puntos del Tratado es de resaltar “*la posibilidad de que la normativa comunitaria establezca mínimos penales para las normas nacionales en materia de delincuencia grave transfronteriza*” para los delitos de terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada²⁰.

El *Programa de Estocolmo*²¹, es el documento más importante del sistema estratégico, por su proceso de elaboración, por la garantía de ser continuación de los programas anteriores y por el equilibrio entre el posibilismo y el desafío, por el nivel de detalle suficiente y, por su carácter ejecutivo. Este programa insta a adoptar una estrategia en materia delincuencia organizada, en el marco de estrategia de seguridad interior²².

La *Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea*²³, señala que no pretende crear por sí misma ninguna nueva competencia, sino integrar las estrategias actuales y los enfoques conceptuales, y reconociendo el marco constituido por el Programa de Estocolmo. Es de señalar que estos puntos no se refieren de manera directa, ni exclusiva a la lucha contra el crimen organizado, pero contribuyen al fortalecer la misma, porque ella misma señala que es necesaria una estrategia para prevenir y luchar contra amenazas tales como la delincuencia organizada²⁴.

2. Concepto de criminalidad organizada

La criminalidad no es ajena a los grandes procesos y cambios contemporáneos²⁵, porque la instauración del mercado global y la propagación de una ideología que propugna la libertad de comercio son algunos de los factores que propician el desarrollo de nuevas formas de criminal²⁶. En este sentido, frente a las actividades criminales clásicas llevadas a cabo básicamente de manera individual, se observa que en los últimos decenios el incremento de las actividades ilegales llevadas a cabo por grupos que se encuentran en situaciones de disponer de ingentes recursos económicos²⁷, de usar la violencia para imponer su poder, y de manipular y corromper

constitutivo de la Comunidad Europea, pasando a llamarse TFUE. BAR CENDÓN, 2010, 167-210, GAMA DORDIO, 2012, 33 y ss.

²⁰ GAMA DORDIO, 2012, 33 y ss.

²¹ El Programa de Estocolmo fue aprobado por el Consejo Europeo el 2 de diciembre de 2009, publicado en el DOUE 2010/C 115/01, de 4 de mayo de 2010.

²² JAIME-JIMÉNEZ y CASTRO MORAL, 2010, 173 – 194, AGUADO CORREA, 2013, n.m 15-05, 05:1-0527.

²³ La Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea fue aprobada por el Consejo de Justicia e Interior de la Unión Europea el 25 de febrero de 2010.

²⁴ GAMA DORDIO, 2012, 33 y ss. Ver mayores detalles: ESTRATEGIA DE SEGURIDAD INTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA, 2010.

²⁵ Al respecto, Prado señala que “*las ventajas y desventajas de procesos como la sociedad post industrial, la globalización y la era del conocimiento, que identifican el desarrollo social, político, económico y científico de nuestra época, no sólo influye con sus transformaciones en el modo de pensar, actuar y vivir de las personas, sino que ellas repercuten también en otros componentes colectivos o estructurales como el medio ambiente, la seguridad interna e internacional, las comunicaciones sociales y, obviamente, las tendencias de la ilegalidad y el crimen*”. PRADO SALDARRIAGA, 2013, 31.

²⁶ BLANCO CORDERO, 1997, 213 – 231. GOMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, 2004, 29.

²⁷ Cfr. DELGADO MARTÍN, 2001, 25.

amplios sectores del sistema político y del aparato estatal es cada vez mayor. Esta evolución de la criminalidad clásica tiende hacia una criminalidad más corporativa²⁸.

Cuando se habla de criminal organizada, instintivamente se piensa en grandes grupos bien organizados dedicados a la comisión de delitos graves “no convencionales”. Sin embargo, al referirse a la criminalidad organizada en sentido estricto, surgen las siguientes interrogantes: *¿Qué es la criminalidad organizada?* y *¿Cuál es la dimensión de la criminalidad organizada?*

Es de señalar que no existe ningún bagaje común para comprender que es la criminalidad organizada y cuál es su dimensión desde el prisma del conocimiento del Derecho penal, pues diversas razones explican este vacío. *Primero:* el concepto de criminalidad organizada ha ido calando en el ideario colectivo a partir de las experiencias norteamericanas exportadas a nivel mundial por el cine. *Segundo:* la noción de criminalidad organizada se ha construido históricamente desde el conocimiento criminológico, esto es, desde el saber propiamente empírico y, por tanto, su trasvase al Derecho penal que es un saber normativo, lógicamente no es nada fácil. *Tercero:* el universo de significados que denota la noción de criminalidad organizada es bastante heterogéneo, complejo, variable, que difícilmente encaja dentro de los modelos de la norma penal. *Cuarto:* el Derecho penal ha sido construido sobre la base de un comportamiento de un autor individual y la criminalidad organizada supone un comportamiento de grupo, de organización²⁹. Al respecto, Zúñiga señala que es quizá, este último elemento que más dificultades va a presentar para establecer instrumentos jurídicos idóneos con el fin de hacer frente a la criminalidad organizada.

En este sentido, existen pocos acuerdos acerca de qué es la criminalidad organizada. Las diversas perspectivas con las que ha sido tratada demuestran que es un fenómeno proteico, complejo, sumamente cambiante y, por tanto, difícil de aprender en concepciones teóricas y, más aun, en leyes penales³⁰. Asimismo, el uso de esta expresión o sus equivalentes como *crimen organizado*, *mafias*, *delincuencia grupal*, etc.; se han socializado tanto que han ido perdiendo o distorsionando su significado inicial. En consecuencia, la expresión criminalidad organizada se ha convertido en un vocablo polisémico o coloquial que no siempre representa la magnitud y características del fenómeno delictivo que pretende describir³¹.

²⁸BLANCO CORDERO, 1997, n.m 11, 213 – 231. Por su parte Luigi Ferrajoli, señala que “*la delincuencia organizada siempre ha existido, pero en la actualidad ha asumido un desarrollo transnacional; ha adquirido importancia, poderío militar y un peso financiero sin precedentes*”. FERRAJOLI, 2010, 160 y 161.

²⁹ ZUNIGA RODRÍGUEZ, ob cit, 4 y 5.

³⁰ Se habla de “*delincuencia organizada*”, “*crimen organizado*”, “*criminalidad organizada*” para denotar el mismo fenómeno. La primera denominación es propia del Derecho Penal, la segunda es una traducción del inglés *organised crime*, y la tercera parece más consolidada en los ámbitos criminológicos y las definiciones internacionales de ámbito europeo, por tanto, más comunes para los operadores del sistema penal, ZUNIGA RODRÍGUEZ, En: SANZ MULAS, Nieves (coordinadora); 2006, 39 y ss. Por su parte, Silva Sánchez señala que las expresiones que mejor definen los rasgos generales de esta nueva forma de delincuencia son *criminalidad organizada*, *criminalidad internacional* y *criminalidad de los poderosos*. SILVA SÁNCHEZ, 1999, 69 y ss.

³¹ PRADO SALDARRIAGA, ob cit, 41.

Frente a este desacuerdo dogmático, en la normativa internacional se ha hecho un esfuerzo por definir la criminalidad organizada. Así, en la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*³², artículo 2 se define a la organización criminal como un “grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actué concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

Como se observa, la Convención de Palermo, es un texto que, por lo demás, tiene un indudable mérito en la multiplicidad de perspectivas que abarca en un esfuerzo por presentar una respuesta amplia y coordinada al fenómeno, porque por primera vez, se ofrece a la algunas definiciones comunes sobre nociones fundamentales del derecho penal referidas al fenómeno de la criminalidad organizada como: *grupo criminal organizado, crimen “grave”, efectos provenientes del delito, embargo, custodia vigilada*³³. Sin embargo, esta definición ha sido muy criticada por su imprecisión, por su laxitud y por traicionar la pretensión original de reservar el concepto de “crimen organizado” para su aplicación exclusiva a casos de delincuencia grupal que tuviera un elevado impacto social. En este sentido, organismos internacionales, han propuesto definiciones a partir de indicadores que sumados o de forma alternativa discriminan los grupos criminales pertenecientes a la categoría de crimen organizado³⁴.

A pesar del esfuerzo dogmático³⁵ -y de las normas internacionales- por definir la criminalidad organizada, aún no se logra una definición certera de la misma. Al respecto, Zaffaroni³⁶ señala que este esfuerzo no es posible porque el crimen organizado es un concepto periodístico, que nunca alcanzó una satisfactoria definición criminológica, pero que se trasladó a la legislación penal y procesal penal para aumentar el ejercicio del poder punitivo respecto de un conjunto de delitos no bien delimitados, lo que pretende configurar un Derecho penal diferenciado y con menos garantías para un ámbito delictivo sin delimitación.

En este sentido, hoy en día un número cada vez mayor de ordenamientos contemporáneos, dedica una parte importante del sistema penal a la lucha contra la criminalidad organizada y a las diversas formas ilegales en que se manifiesta³⁷. Frente a ello, los poderes públicos utilizan cada vez más instrumentos “extraordinarios” de

³² CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/res/55/25

³³ VICENZO MILITELLO; En: ZUÑIGA RODRIGUEZ, et.al. (Coordinadores); 200, 177 y ss.

³⁴ GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, n.m 48, 2012, 11 y ss.

³⁵ Giménez-Salinas Framiz, Gama Dordio y Villoria Mendieta distinguen algunos criterios importantes al señalar que la criminalidad organizada es “cualquier organización creada con el propósito expreso de obtener y acumular beneficios económicos a través de sus implicación continuada en actividades predominantemente ilícitas y que asegure su supervivencia, funcionamiento protección mediante recurso a la violencia y la corrupción o la confusión con empresas legales”. GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, n.m 48, 2012, 11 y ss.

³⁶ ZAFFARONIA, 2007, 1 y 2.

³⁷ VICENZO MILITELLO; ob cit, 177 y ss.

lucha que afectan a distintos ámbitos del ordenamiento: *Derecho penal material*: mediante la creación de nuevos tipos penales, frecuentemente **adelantando las barreras punitivas, aumentando la severidad de las sanciones**. *Derecho procesal penal*: mediante la utilización de **instrumentos cada vez más restrictivos de los derechos fundamentales**, tanto en la investigación como en la fase de enjuiciamiento³⁸.

3. El tratamiento de la criminalidad organizada en la legislación penal peruana.

En la legislación penal peruana –en el marco de la lucha contra el crimen organizado– se tipifica el delito asociación ilícita para delinquir (art. 317, CP); sin embargo, la sola tipificación de este delito no es suficiente³⁹ para afrontar esta nueva forma de criminalidad. En este sentido, muy aparte de las iniciativas legislativas⁴⁰ presentadas en esta materia, el poder ejecutivo presentó ante el Congreso un proyecto de ley sobre la criminalidad organizada⁴¹, y que posteriormente fue aprobada y promulgada la Ley N° 30077 “*Ley contra el crimen organizado*”.

En esta ley se observa la influencia de la Convención de Palermo, que si bien no delimita el concepto de criminalidad organizada, señala criterios para determinar la existencia de una organización criminal. Los rasgos exclusivos, señalados por esta ley son la *integración plural, la existencia de una estructura organizacional y la operatividad estable, continua y planificada de sus acciones y proyectos delictivos*⁴².

La ley contra el crimen organizado presenta diversos cambios, tanto en el plano material y procesal. En el aspecto material, la Ley 30077 incorpora algunas circunstancias agravantes. Así, el art. 22 señala un conjunto de agravantes, esto es aumentar la pena hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido, en los supuestos de que el agente es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal. Está de más señalar que esta circunstancia no será de aplicación en aquellos casos en los cuales la misma ya esté prevista en la ley penal y forme parte de un delito.

La importancia procesal de esta ley es que adelanta la vigencia del Código Procesal Penal para la investigación y juzgamiento de todos los integrantes de una organización criminal o personas vinculadas a ellas o que actúen por encargo de ellas

³⁸ DELGADO MARTÍN, Joaquín; ob cit, 21.

³⁹ SANCHEZ VELARDE, Pablo; 2004, 237 y ss.

⁴⁰ Se han presentado diversos proyectos de ley que de manera indirecta se encuentran vinculados a la criminalidad organizada, Proyecto Ley N° 1079/2011-CR “*Proyecto de ley de protección a niños, niñas y adolescentes víctimas del terrorismo, narcotráfico y crimen organizado*”, Proyecto Ley N° 2714/2013-CR “*Proyecto de ley que sanciona el uso de niños, niñas y adolescentes por el terrorismo, narcotráfico y crimen organizado*”.

⁴¹ Proyecto Ley N° 1833/2012-PE “*Ley penal contra el crimen organizado*”; según la exposición de motivos, el propósito de esta norma es proporcionar las herramientas que permitan detectar y dismantelar estas organizaciones criminales.

⁴² Cfr. PRADO SALDARRIAGA, ob cit, pág. 45.

en la comisión de alguno de los delitos comprendido en el artículo 3 de la ley en mención. Otro punto importante de esta ley es la asignación a la Sala Penal Nacional como órgano competente para la investigación y procesamiento de los delitos relacionados a la criminalidad organizada, previsto en el artículo 3 de la presente ley.

II. EL DELITO DE ASESINATO

1. Consideraciones generales

El tipo legal del homicidio incluye diferentes circunstancias que son consideradas por el legislador susceptible de mayor punibilidad⁴³.

Es suficiente la presencia de una de ellas (*v.gr. ferocidad, lucro, etc.*) para aceptar la tipicidad de la conducta. En cuanto al fundamento de la agravación de la pena prevista para esta figura existe polémica⁴⁴. Algunos consideran que se justifica en función de la mayor *peligrosidad* del agente, de la *mayor culpabilidad* por la maldad o perversidad de la intención criminal o de los medios utilizados, o en la mayor antijuridicidad⁴⁵. Por nuestra parte, consideramos que la mayor penalidad de este tipo legal está en función de las diferentes circunstancias que lo integran, en su mayoría por un mayor contenido de injusto⁴⁶, y otra por una culpabilidad más grave. En este mismo sentido, la Corte Suprema ha señalado que “*en el delito de homicidio la conducta se agrava en función al móvil, a la conexión con otro delito, por el modo de ejecución y por el medio empleado, elementos que dotan a la figura básica de un plus de antijuridicidad*”⁴⁷.

Establecer si el delito de asesinato es autónomo o dependiente del homicidio, también es un aspecto bastante discutido. Para algunos autores el asesinato es un delito autónomo del homicidio simple y para otros una figura agravante de esta⁴⁸. Sin embargo, con la finalidad de contar con la menor cantidad de tipos penales básicos,

⁴³ *Vide*: VILLAVICENCIO TERREROS, 2014, 203.

⁴⁴ En la descripción del delito de homicidio calificado se verifica claramente la influencia de dos tradiciones doctrinales que más nos influyen; los romanistas, que expresan en la categoría de *veneno*, y *premeditación*; y la germánica, que expresa en el empleo de la categoría *alevosía*. (DIEZ RIPOLLÉS, José L., GRACIA MARTIN, 1993, 1004). Es importante señalar que en el derecho germánico el asesinato era un delito que se caracterizaba principalmente por ser deshonrante, por ello, se consideraba a grandes rasgos que el homicidio era la muerte a cara abierta, mientras que el asesinato era la muerte a traición.

⁴⁵ BAJO FERNÁNDEZ, 1986, 60. MUÑOZ CONDE (Derecho Penal, Parte Especial, Décima Edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p 48: “El asesinato es un delito distinto, independiente y autónomo del homicidio”). PEÑA CABRERA (1997, 88-90) indica que existe unanimidad en la doctrina nacional al señalar que la diferencia que existe entre los delitos de homicidio simple y asesinato provienen del carácter deshonroso del segundo en el antiguo derecho germánico, pero que ello, en la actualidad se reduce a la mayor antijuridicidad manifiesta en la presencia de las circunstancias agravantes

⁴⁶ BACIGALUPO, 1999, p 34. En el derecho penal colombiano la denominación de asesinato está muy arraigada y se cree que por su gran valor intimidatorio, no debe prescindirse de ella. FERRERIRA DELGADO, ob cit, p 136.

⁴⁷ Ejecutoria Suprema del 19 de octubre de 1999, Exp. N° 3376-99 Sicuani-Cuzco

⁴⁸ Cfr. GONZÁLES RUS, Juan José. Del homicidio y su forma. En: Compendio de derecho Penal Español, Parte Especial. Dir. MANUEL COBO DEL ROSAL, Marcial Pons, 2000, Madrid, p 47; BACIGALUPO, 1999, p 40 y ZUGALDIA ESPINAR; 2012, P 45 Y POLAINO ; ob cit; 2010, 56

se ha configurado el asesinato como un tipo derivado del homicidio simple⁴⁹. En la actualidad, la posición dominante considera que se trata de homicidio agravado. “En la práctica, ello tiene cierta trascendencia en diversos ámbitos, especialmente en materia de participación. En efecto, si se entiende que el asesinato es un delito plenamente autónomo, en principio todos los partícipes deberían responder por el mismo delito (*unidad del título de imputación*)”⁵⁰. En efecto, la teoría que ve en el art. 108 del CP, un homicidio agravado, una variable dependiente del delito de homicidio, es preferible ya que ofrece un tratamiento para la participación criminal más razonable al impedir que se pueda aplicar a los partícipes las circunstancias agravantes subjetivas que no concurren en ellos⁵¹.

Por otro lado, el homicidio calificado constituye un tipo penal alternativo⁵², exige para su configuración la presencia de al menos de una de las circunstancias alternativas agravantes, pero en el caso que concurrieran dos o más (*casos de súper-asesinatos*⁵³), esto se tendrá en consideración no para efectos de configuración de la tipicidad sino al momento de la determinación judicial de la pena.

2. Imputación objetiva al homicidio calificado

El homicidio calificado presenta entre sus elementos estructurales para la imputación objetiva algunas características similares al homicidio simple. El sujeto activo puede ser cualquier persona. En el caso del sujeto pasivo también puede ser cualquier persona salvo la figura prevista en la reciente modificación introducida por la Ley 28878 que agrava la responsabilidad cuando se trata de miembros de la Policía Nacional del Perú, de las Fuerzas Armadas, Magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público en el cumplimiento de sus funciones.

La conducta prohibida es matar a otra persona. Si bien para el asesinato se admite la omisión impropia (*comisión por omisión*), v.gr: el bombero que con crueldad aparenta tentativas de auxilio y deja que la víctima muera; sin embargo, existen ciertas restricciones⁵⁴.

a) *Homicidio por fuego, explosión, o por cualquier otro medio capaz de causar peligro concreto colectivo.*

Se trata de agravar el delito de homicidio si para consumarlo se acude como medio para lograrlo, a ciertos delitos que el Código penal tipifica de peligro común, por cuanto producen mayor daño colectivo al utilizarse elementos peligrosos como por

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, 1995, 39.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ et.al.: Lecciones de derecho penal, parte especial, edit. Atelier, Barcelona, 2006, p.33.

⁵¹ ZUGALDIA ESPINAR; ob cit, 2012, p 45.

⁵² POLAINO; 2010, 56.

⁵³ ZUGALDIA ESPINAR; ob cit, 2012, P 22.

⁵⁴ BUSTOS 1986, 29; Bajo 1986,61.

ejemplo: fuego, explosión⁵⁵. Ya antes no hemos referido a las definiciones de fuego⁵⁶ y la explosión⁵⁷. Las características de estos medios es que son capaces de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas. Esto requiere la prueba de la existencia de peligro concreto colectivo. El sujeto debe haber aplicado fuego a un edificio de viviendas para matar a una persona, poniendo en peligro a los vecinos.

El *homicidio por explosión* permite distinguir el matar usando explosivos de aquél que mata abusando de sustancias no destinadas a causar explosión (*v.gr: gas, bencina, petróleo o sustancias análogas*). Ambas figuras deberán comprenderse en este supuesto. El fundamento de su agravación se halla en el peligro generalizado para las otras personas distintas a la víctima o sus bienes que generan el medio elegido para matar, apto para lesionar la seguridad pública aunque por circunstancias ajenas a su voluntad no produzca dicha lesión.

Esta agravante exige como elemento de la imputación objetiva el empleo de un medio idóneo y suficiente para crear un peligro a la seguridad pública. En cuanto a la imputación subjetiva, basta que se represente como probable (*dolo eventual*) la producción de un peligro y que dicho medio haya sido utilizado para matar (*dolo directo*). Además, debe advertirse la necesidad que haya una conexión entre medio usado y la finalidad perseguida por el autor⁵⁸. Por ejemplo: el que, al paso de una manifestación pública arroja un artefacto explosivo hacia la persona que quería matar lo que logró pese a que el artefacto no explotó, sino por el golpe que sufrió la víctima en la cabeza.

En realidad, es discutido si se puede aplicar esta agravante a los casos desarrollados en el marco de actividades terroristas, que con la finalidad de causar zozobra y terror, produjeran la muerte de personas indefensas, mediante explosivos⁵⁹ ⁶⁰.

El tipo legal hace referencia a cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas. Resulta necesario usar la sección de los delitos contra la seguridad Pública⁶¹, en la que se enumeran diferentes estragos que

⁵⁵ FERREIRA DELGADO, ob cit, p 48

⁵⁶ VILLAVICENCIO 1983, 47: “incendio...es el fuego que alcanza las características de magnitud, es ingobernable o irreductible, y que por esta calidad se le presume peligro”.

⁵⁷ Ídem, 66 y ss.: “explosión es la liberación instantánea e irrefrenable de gran energía”

⁵⁸ FÉLIX REINALDI, Víctor. “Delitos contra la vida humana independiente”. En: Derecho penal. Parte especial 1, Director: Fabián I. Balcarce. Editorial Lerner, Córdoba, 2007, p 153.

⁵⁹ Entendemos que en este supuesto resulta de aplicación la norma antiterroristas. Por ejemplo: los terroristas que con el propósito de causar zozobra y terror, colocan una carga explosiva en un tramo del oleoducto, frente a un caserío de obreros mientras ellos duermen y les causan la muerte. D. Ley N° 25475 del 6 de mayo de 1992, Artículo 2°: “El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población a un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personal o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, maquinarias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad públicas o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años.”

⁶⁰ En el Código penal colombiano, existe un tipo penal específico, de homicidio terrorista (104° inciso 8).

⁶¹ Libro segundo, título XII, Capítulo I, código penal.

pueden servir para la mejor comprensión de esta figura. Ejemplo: *inundación, desmoronamiento, derrumbe* (artículo 276°, código penal). Sin embargo, el catálogo no deberá considerarse de una manera restringida (*v.gr: matar mediante liberación de energía radioactiva*), pudiendo admitirse cualquier otro medio no descrito expresamente entre los delitos contra la seguridad pública.

b) Homicidio calificado por la calidad funcional de la víctima

Es un agravante del delito de homicidio en relación a la calidad funcional de la víctima. En realidad, esta agravante se incorpora primigeniamente por Ley N° 28878 del 17 de agosto de 2006 que expresa que se configura el delito de homicidio calificado cuando la víctima de la acción típica sea un miembro de la Policía Nacional, de las Fuerzas Armadas (Militares del Cuerpo Terrestre, Marítimo o Aéreo), Magistrados del Poder judicial o del Ministerio Público.

La actual redacción lega no solo requiere que la muerte sea de un sujeto pasivo especial, sino que esta muerte deba estar relacionada directamente con la función o el servicio social que desempeñaba la víctima. Determinar en qué momento se está en el ejercicio de la función puede tener una lectura literal en el sentido que se está en funciones solo durante el horario que desempeña su función o cargo⁶². Sin embargo, creemos que no debe limitarse la interpretación en términos exclusivamente temporales a la jornada laboral, pues es posible que la muerte se produzca fuera del horario de trabajo.

El fundamento tiene una raíz preventivo-general y su efecto comunicativo está dirigido a evitar atentados contra la vida de funcionarios públicos, ante el peligro que pierdan la vida en el cumplimiento de su deber frente a la agresión homicida de quienes actúan motivados por el odio y desprecio a la autoridad o la calidad funcional⁶³.

Esta agravante debe cumplir dos exigencias: *primero*, que la víctima tenga la condición de servidor público señalado a través de *numerus clausus* (miembro de la Policía Nacional, de las Fuerzas Armadas, magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público), y *segundo*: debe existir una relación de *causalidad o conexidad objetiva* entre la violación del derecho a la vida y las labores cumplidas por la víctima. La ausencia de unos de estos elementos permite la aplicación subsidiaria del delito de homicidio simple (art. 106 del CP).

Asimismo, tiene que existir un nexo entre la muerte del agente protegido de forma especial y la función que venía desempeñando al momento de su muerte o como

⁶² Cfr. SALINAS SICHA, Ramiro, 2013, 86.

⁶³ Cf. FÉLIX REINALDI, Víctor. "Delitos contra la vida humana independiente". En: Derecho penal. Parte especial 1, Director: Fabián I. Balcarce. Editorial Lerner, Córdoba, 2007, p 154

consecuencia de esta, sea de forma inmediata o diferida. Se debe verificar si el hecho de referencia de su función fue la causa que provocó la muerte de la víctima.

Dado que es posible determinar que en estos casos la finalidad del sujeto es, por ejemplo, perturbar un proceso judicial o policial, la figura también tendría perfiles de *delito de tendencia*. En todo caso, será recomendable diferenciar los márgenes de la imputación personal (*motivación del agente*), *v.gr. la mujer que por celos mata a su amante policia, supuesto en el que creemos posible operara con el art. 109 CP.*

3. Imputación subjetiva

La imputación subjetiva al homicidio calificado supone el dolo que puede ser directo, indirecto y eventual. Claro está que no todos los supuestos del homicidio calificado serán compatibles con el dolo eventual (*v.gr. matar para facilitar otro delito*); pero en la mayoría creemos posible distinguir entre el dolo referido a las circunstancias mismas (que es *directo*) y el dolo referido a la muerte (que puede ser *eventual*)⁶⁴. En relación al dolo directo de segundo grado es también posible identificar ciertas incompatibilidades con las diferentes circunstancias que integran el tipo legal.

La ausencia de dolo se puede verificar a través del error de tipo. Un problema a tratar en este lugar es la presencia de *elementos subjetivos del tipo diferentes al dolo* que caracterizan a la mayoría de los modelos de imputación del homicidio calificado. Además, la exigencia de estos elementos de especial motivación en el agente hacen que esta figura no sea posible de manifestarse de manera imprudente⁶⁵, pues en nuestro derecho penal la imprudencia está estructurada como un sistema de *numerus clausus*.

El error que recaiga en las circunstancias agravantes implica su ausencia de imputación por homicidio calificado pero responderá por homicidio simple cuando sea un error invencible o su atenuación de pena dentro del marco del tipo penal, cuando el error sea vencible⁶⁶.

4. Homicidios calificados de tendencia interna trascendente

Las modalidades de homicidio calificado son descritas fundamentando una mayor punibilidad por la existencia de otros elementos subjetivos diferente al dolo: los casos que menciona la legislación peruana son para facilitar u ocultar un delito. Ambos propósitos se constituyen en auténticos elementos subjetivos diferentes del dolo.

⁶⁴ MAPELLI, en MUÑOZ CONDE, 1995, 46-47. Consideran que no es posible el asesinato con dolo eventual: DIEZ RIPOLLÉS, José Luís y GRACIA MARTÍN, Luís, 1997, 121 n.m 69. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, 2º edición, Bosch, 2001, p.25.

⁶⁵ MUÑOZ CONDE: 1995, 42

⁶⁶ *Vid* GOMÉZ PAVAJEAU y URBANO MARTÍNEZ, ob cit, p 929.

a) *Homicidio para facilitar otro delito*

Se trata de delito mutilado de dos actos (*tipo de tendencia interna trascendente*) en el que la conducta típica del agente es el medio para realizar, facilitar o consumar una segunda conducta. Como se afirma en el derecho penal peruano, resulta evidente una relación *medio-fin*⁶⁷. La doctrina clásica suele manifestar que estas clases de homicidio son la llamada figura de *conexidad ideológica*, porque existiendo un delito inicial de homicidio este se ha previsto como simple medio comisivo para la perpetración de otras infracciones cuya mayor penalidad estriba en el mero elemento subjetivo del tipo.

Por ello, diremos que para que se configure esta agravante se requiere que el *delito fin* no sea imprudente (*en tanto el homicidio como medio requiere ser intencional*), y que no sea una falta (*por expresa referencia de la norma*), resultando además indistinto el grado de consumación del delito fin (*formal o material*).

Este delito queda consumado cuando se produce el resultado típico, sin que sea necesario que el agente consiga realizar su específica tendencia trascendente. Si logra alcanzar su propósito final, o cuanto menos los delitos pretendidos quedan en el estadio de la tentativa, no habrá duda en cuanto al homicidio cometido y se dará un concurso de delitos con la infracción fin ejecutado⁶⁸.

Un problema principal en este tema se origina, debido a que el ordenamiento penal vigente contiene dos tipos legales que aluden a la muerte de una persona en conexión con la comisión de otro delito⁶⁹. Estas normas han originado divergentes interpretaciones judiciales que se han concretado en resoluciones que califican indistintamente los hechos como homicidio calificado o robo con muerte subsecuente, para superar esta dificultad existe un pronunciamiento de la judicatura que permite diferenciarlo conceptualmente (ver Acuerdo Plenario 3-2009/CJ-116)

Sin embargo, tema todavía no muy claro es el relativo a determinar cuál es el tipo penal aplicable a aquellos casos en los que el agente mata a otro para facilitar la comisión de un delito contra el patrimonio. En estos casos, algunos señalan que existe un concurso real entre el delito de homicidio calificado para facilitar otro delito (artículo 108°, inciso 2 del Código Penal y robo agravado seguido de muerte, artículo 189°, in fine). Para la jurisprudencia⁷⁰ no existe un concurso real de delitos sino un concurso aparente (*unidad de ley*) de normas penales entre el delito de homicidio calificado y de robo agravado que será resueltos por el criterio de exclusión. El fundamento de la jurisprudencia radica en que la conducta exteriorizada de una persona no puede ser calificada al mismo tiempo como robo agravado y homicidio calificado, ya que los tipos penales mencionados son excluyentes, caso contrario se estaría incurriendo en una doble valoración de la conducta.

⁶⁷ HURTADO 1982,89; GARCÍA DEL RÍO, 2003, 130.

⁶⁸ FERREIRA DELGADO, ob cit, p 47.

⁶⁹ Estas normas son el artículo 108° CP, inc. 2 -asesinato- y 189°, in fine del CP –robo seguida de muerte-.

⁷⁰ *Ejecutoria Suprema del 25 de septiembre de 1999, R. N. N° 2586-98*

b) *Homicidio para ocultar otro delito*

Aquí se trata de una especial conexión subjetiva (*tendencia interna trascendente*)⁷¹ entre el homicidio y el injusto que el agente trata de ocultar. Algunos autores nacionales entienden que aquí existe una relación de *causa - efecto*⁷². Otro sector de la doctrina sostiene que se trata de supuestos de *conexidad consecuencial u ocasional* pues para este caso el nexo entre el primer hecho punible y el homicidio persiste en la medida en que la muerte que se causa buscaba asegurar su provecho o permite encubrir a sus partícipes⁷³. Creemos más importante el carácter subjetivo de esta relación, de tal manera que si, por ejemplo, la muerte se produce a consecuencia de la conducta dirigida a la consumación de lo injusto (*v.gr: robo*), no estará presente el homicidio calificado, pues el agente carecía de la tendencia interna requerida "*para ocultar otro delito*". En estos casos, será recomendable resolver con las reglas del concurso.

No resulta necesario que el primer delito (*a ocultar*) se halla consumado, siendo suficiente la tentativa⁷⁴. La estructura típica del primer delito puede ser dolosa o imprudente (*v.gr: conductor que mata a la víctima a quien atropelló momentos antes*) u omisiva. Es indiferente la naturaleza del delito que el agente trata de ocultar. Sin embargo, no se acepta que la infracción a ocultar sea una falta⁷⁵. En cuanto al tiempo transcurrido entre el delito a ocultar y el homicidio, consideramos que no es necesaria una sucesión cronológica entre ambas infracciones⁷⁶; también es posible el ocultamiento de un delito cometido por un tercero, sin que sea necesaria su vinculación como coautor o cómplice⁷⁷.

El delito-fin puede ser cualquier ilícito establecido en la parte especial del Código Penal o leyes especiales. Asimismo, pueden coincidir tanto el delito-medio como el delito-fin (*se mata para producir una segunda muerte*) o pueden ser diferentes (*matar para facilitar un aborto*).

5. Homicidios calificados de tendencia intensificada

⁷¹Los tipos de *tendencia interna trascendente*, son aquellos delitos cuya parte interna requiere de una intención especial que no corresponde a la parte externa objetiva, esta intención especial consiste en la búsqueda de un resultado diferente al exigido típicamente y que, por ende, no se exige para la consumación del delito, debiendo entenderse sólo para efectos de llenar el tipo, lo que permite fundamentar la antijuricidad de la conducta típica. VILLAVICENCIO, 2006, p 375. n.m 801-802.

⁷² HURTADO 1982, 61; PEÑA 1982, 64; BRAMONT 1990, I, 47; ROY 1986, I, 148: relación de delito – precedente y delito consecuente.

⁷³ FERREIRA DELGADO, ob cit, p 47. GOMÉZ PAVAJEAU y URBANO MARTÍNEZ, ob cit, 932

⁷⁴ HURTADO 1982, 62; ROY 1986, 149; PEÑA 1982, 64.

⁷⁵ ROY 1986, 148, considera que es una circunstancia de homicidio por ferocidad dada la nimiedad del móvil.

⁷⁶ Hurtado 1982, 61. Este no es único criterio en la ciencia penal peruana, pues algunos exigen que el homicidio se perpetre inmediateamente (PEÑA 1982, 64) y otros optan por la comisión más o menos próxima (ROY 1986, 148).

⁷⁷ HURTADO 1982, 6.

Se trata de tipos penales que describen un determinado como o específico contenido de la voluntad del agente, v.gr: matar por crueldad o alevosía. Esta voluntad del agente le confiere a la conducta una especial peligrosidad para el bien jurídico. La incorporación de estos “predicados de valor ético-sociales”⁷⁸ ha motivado críticas en la doctrina penal, pues se considera que es una afiliación de un derecho penal de ánimo y que su uso debe ser restringido, pues la imprecisión puede originar diferentes interpretaciones.

a) *Homicidio con gran crueldad*

Actuar con *crueldad* es causar a la víctima un sufrimiento deliberado e innecesario⁷⁹. El agente que actúa cruelmente demuestra insensibilidad en su actuar. Así, se deduce que es necesario el cumplimiento de dos condiciones:⁸⁰ *Primera*: la causación de dolores físicos o psíquicos innecesarios (*requisito de carácter objetivo*)⁸¹. *Segunda*: la elección de aquel medio que le causen mayores dolores físicos y psíquicos, pudiendo elegirse una opción menos gravosa para la víctima. En este mismo sentido, la jurisprudencia nacional señala que “la “*crueldad*” como agravante del delito de homicidio, está referida al modo de prepararlo, requiriéndose para su concurrencia la preordenación de parte del autor para lograr un sufrimiento innecesario para la víctima”⁸².

El fundamento de la agravación se encuentra en la tendencia interna intensificada que posee el agente, pues no sólo quiere matar a la víctima, sino que además desea que esta sufra, que sienta que muere. Caso contrario, no se aplicará la agravante. En este sentido, “el sufrimiento de la víctima ha de ser innecesario para la ejecución del hecho. Por tanto, el dolor inherente a la provocación de la muerte no comporta la consideración del hecho como asesinato, salvo que se trate de un mal innecesario”⁸³.

Se requiere objetivamente el aumento de dolor en la víctima, de manera que si no se produce no existirá asesinato. El dolor podrá ser físico como psíquico⁸⁴. Sin embargo, no será suficiente el aumento objetivo del dolor si el sujeto no buscaba tal aumento⁸⁵. v.gr: *para que se presente el homicidio calificado no será suficiente una multiplicidad de heridas punzo - cortantes, si el sujeto las practicó en un momento de ira.*

⁷⁸ STRATENWERTH 1982, 116, n.m 329; Cf. BACIGALUPO 1987, 213: “*elementos del ánimo*”.

⁷⁹ En este sentido Peña Cabrera (1997, 108) señala que crueldad consiste en “la muerte causada mediante la aplicación de dolores físicos o psíquicos innecesarios con el propósito deliberado de hacerla sufrir”. En ese mismo sentido Luis Bramont Arias (1998, 56) señala que crueldad consiste en “acrecentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la persona ofendida, causándole un dolor que es innecesario para la perpetración de la muerte”.

⁸⁰ PEÑA CABRERA: 1997, 109.

⁸¹ Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, José Luís y GRACIA MARTÍN, Luís. Comentarios al Código Penal, parte Especial, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997 (p.113, nm.50): “El concepto de dolor debe incluirse tanto los sufrimientos físicos como los psíquicos, como por ejemplo los causados mediante un simulacro de ejecución”.

⁸² R.N. N 1094-2000-Arequipa. Sala Penal en TALLER DE DOGMATICA PENAL: Jurisprudencia penal, Universidad Mayor de San Marcos, Lima, Primera edición, Jurista Editores, 2006, p 341.

⁸³ FELIP I SABORIT: 2006, p 37.

⁸⁴ BACIGALUPO 1989, 65.

⁸⁵ BUSTOS 1986, 31; MUÑOZ 1988, 41.

Asimismo, se requiere que la víctima esté consciente de los padecimientos a la que es sometida. No comete asesinato quien realizó actos de crueldad sobre un sujeto que ha perdido el sentido o ha muerto. Ejemplo, cuando la primera herida punzo-cortante le produce la muerte al sujeto las posteriores no serán consideradas para que se configure este elemento constitutivo, puesto que ya se había producido el deceso con la primera herida

b) *Homicidio con alevosía*

La alevosía, sostenía Carrara⁸⁶, consiste en la ocultación moral en el que un enemigo ha escondido su ánimo hostil, simulando amistad o disimulando su enemistad; mientras la *asechanza* es la misma actitud hipócrita de ocultamiento, pero físico. En la actualidad, aún se mantiene el sentido de la definición de alevosía aunque debe reconocerse que el alcance que se le otorga es mucho más amplio.

Por otro lado, la ocultación material puede ser de persona o de medios. La de persona se presenta cuando, para atacar a su víctima, se esconde con el fin de atacarla mortalmente o cuando el homicida se cubre el rostro con una máscara. La apreciación de la alevosía requiere la comprobación de: la indefensión de la víctima, el abuso de confianza y la expresión de una manifiesta actitud de hostilidad a la víctima. Aisladamente, cualquiera de estos elementos puede agravar el homicidio⁸⁷ la mismas que pueden ser provocadas por el agresor o la misma víctima se haya colocado en dicha situación⁸⁸.

El fundamento de la Alevosía se encuentra en la idea de aseguramiento de la ejecución, evitando cualquier tipo de riesgo posible derivado de la defensa que realice la víctima⁸⁹. Además de ello no es necesario que el autor busque anticipadamente los medios para obtener esto, sino que basta que cuando se le presenten los use (*v.g. el homicida que espera que su víctima se duerma para matarla*)⁹⁰.

Se afirma que la alevosía puede ser *material* y *moral*. La primera se presenta cuando el agente no permite que su persona sea vista por la víctima, tratando de recurrir a

⁸⁶ CARRARA, ob cit, n.m. 1161-1164.

⁸⁷ BACIGALUPO, 1989, 47. Ídem. 1999, p 47.

⁸⁸ Así FÉLIX REINALDI, Víctor. "Delitos contra la vida humana independiente". En: Derecho penal. Parte especial 1, Director: Fabián I. Balcarce. Editorial Lerner, Córdoba, 2007, p 150

⁸⁹ DIEZ RIPOLLES- GRACIA MARTIN: 1993, 107. "*La alevosía está ligada a la acción de dar muerte a una persona lo que comporta un mayor desvalor de acción, porque en el plano "ex ante" el empleo de determinados medios, formas o modos tendentes a asegurar la ejecución del delito y evitar la reacción defensiva de la víctima, comporta mayor peligrosidad de la acción*" (Morales Prats: ob. cit. p. 48); en el mismo sentido: FIGARI, S/f, p 101 y ZUGALDIA ESPINAR, 2010, P 42.

⁹⁰ Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, José Luís y GRACIA MARTÍN, Luís. Comentarios al Código Penal, parte Especial, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 98 n.m 12. A criterio de estos autores "el asesinato por alevosía es inconcebible por omisión" (ídem. p. 118 n.m 61). Por otro lado, para Muñoz Conde (ob cit, p.52) "lo decisivo en la alevosía es el aseguramiento de la ejecución del hecho y la ausencia del riesgo ante la defensa que pueda hacer el ofendido, de ahí que se estime siempre alevosa la muerte a traición o por sorpresas, aunque algunas corrientes feministas nieguen que esta calificación sea aplicable cuando la mujer mata al marido mientras duerme, ya que por su mayor debilidad física no puede hacerlo cara a cara".

diversas maneras para lograrlo (*v.gr: esconderse bajo un árbol, disfrazarse de algún personaje*). El segunda caso, se da cuando lo que se procura es ocultar las intenciones verdaderas al momento de actuar; se muestra cordialidad, sinceridad, cuando lo que se pretende en realidad, es lograr la confianza de la víctima para que en el momento menos pensado, se pueda actuar sin que se lo haya imaginado⁹¹.

En general “se aprecia alevosía en las agresiones a traición y no percibidas por la víctima, en los ataques improvisos o repentinos, o en la creación o aprovechamiento de situaciones de indefensión”⁹² Así, “la muerte de seres indefensos o desvalidos (*niños, ancianos, enfermos y discapacitados graves*) son delitos de homicidio porque “la indefensión es inherente a la naturaleza de la víctima”⁹³; no obstante, si el autor busca o elija ese tipo de víctimas para asegurar el hecho sin riesgo propio, estaremos frente a un homicidio agravado por alevosía⁹⁴. La muerte del recién nacido es homicidio⁹⁵. Así, tendrá en cuenta el juez para establecer la alevosía, las relaciones existente entre el homicida y la víctima con anterioridad al hecho de matar a otro, por lo común, aquellas revelan la presencia de odios, envidia, venganza o temor del primero hacia el segundo⁹⁶

El *estado de indefensión e inferioridad de la víctima* constituyen alevosía, por el cual, no es necesario que el homicida coloque a la víctima en aquella situación mediante actos previamente preparados por él, sino es suficiente que la víctima carezca de los medios o elementos que le sirven para repeler el ataque, estando así el victimario en condición de superioridad en relación con el atacado. En efecto, teniendo en cuenta las condiciones insuperables en que se encuentre el agredido, se distingue entre aquellas que se aprovechan de una víctima sorprendida indefensa (*indefensión*) y las que emanan de la persona misma de la víctima respecto de su agresor (*inferioridad*), éstas últimas, pueden ser de tres clases⁹⁷: a) *Patológicas*, si se refiere a anormalidades o enfermedades de la víctima, que le incapaciten para su autodefensa o conservación de su vida (*v.gr: el caso de la víctima privada de libertad por el secuestrador, que padece de enfermedades cardíaca y que necesita terapia continua y al que no suministrársela muere*); b) *cronológicas*, si se relacionan con la edad de la misma víctima (*v.gr: matar a un niño o anciano*) y c) *biológicas*, si se trata de estados físicos en que el agresor supera en fuerza o destreza física a su víctima (*v.gr: la agresión mortal a una mujer en estado de embarazo o el ataque a un minusválido*). En cambio la indefensión coexiste con la víctima al

⁹¹ LÓPEZ: 1975, 110

⁹² FELIP I SABORIT, 2006, p. 34.

⁹³ Ídem., p 34

⁹⁴ ZUGALDIA ESPINAR; 2010, p 42.

⁹⁵ MUÑOZ CONDE: 1995, p 51.

⁹⁶ FERREIRA DELGADO, ob cit, p 53.

⁹⁷ FERREIRA DELGADO, ob cit, p 56. También Gómez Pavajeau y Urbano Martínez, señala lo siguiente: “se coloca a la víctima en situación de indefensión cuando se le reduce total o parcialmente a incapacidad de reaccionar físicamente o se aprovecha de dicha situación que aparecen como previas, en comparación con los medios utilizados o cuando se reduce total o parcialmente a condiciones de inferioridad psíquica anulándose cualquier posibilidad de comprender, o aprovechándose de esa situación previa, esto es, la persona no está en uso de sus plenas capacidades intelectuales, valorativa o volitivas y por lo tanto es un ser disminuido mental y psicológicamente que merece especial protección del Estado” (ob. Cit., p 934).

momento de ser agredida y son circunstancias sobrevenidas del mundo exterior; *v.gr: estar dormido, distraído o desarmado.*

Otro punto debatido es lo referente a si los ataques mortales realizados con armas de guerra o materiales altamente explosivos contra víctimas son supuestos de alevosía. En realidad, el solo empleo de estas armas o explosivos lograr colocar por sí en indefensión a la víctima frente a su reacción porque no les permite ni un mínimo de reacción.

6. Homicidios calificados por la especial motivación

Los especiales motivos del autor pertenecen al estudio del juicio de la imputación personal⁹⁸. Con frecuencia se confunden elementos subjetivos del tipo diferentes al dolo con estos elementos propios de la culpabilidad, debido a los límites poco precisos entre los motivos y las finalidades⁹⁹. Aquí se trata del estudio de los motivos del agente.

a) Homicidio por ferocidad

Ferocidad es inhumanidad en el móvil¹⁰⁰, matar por motivo fútil¹⁰¹, matar sin causa aparente o causa insignificante¹⁰², matar por sólo placer¹⁰³. Es de señalar que esta última acepción está expresamente comprendida en el art. 108° inc. 1° CP. En cuanto a su naturaleza jurídica, para nosotros, la ferocidad del sujeto agrava la imputación personal (*culpabilidad*). El homicidio realizado con motivo fútil consiste en matar sin causa aparente el mismo que se podrá acreditar analizando la existente desproporción entre lo realizado por el occiso y la reacción desmedida que tuvo el homicida. En este mismo sentido, la jurisprudencia ha señalado que “*el dar muerte a dos personas sin mayor motivo o únicamente por el hecho de que una de las víctimas le hizo caer la batería del teléfono celular que portaba uno de los agentes, constituye un móvil nimio e insignificante, por lo que matar por tal circunstancias configura una actuación con ferocidad*”¹⁰⁴.

b) Homicidio por codicia

⁹⁸ Vid. POLITOFF 1965, 95.

⁹⁹ ZAFFARONI 1987, 426.

¹⁰⁰ Hurtado1982, 53. *Considera que la ferocidad debe ser interpretado en su acepción de fiereza, que significa actuar con inhumanidad. Los móviles, para esta agravante, deben aparecer como: “desproporcionados, deleznable y bajos (en relación con el resultado muerte) que revelan una actitud inhumana en el agente”* (ibídem, 1994, 52).

¹⁰¹ PEÑA 1989, 40. *Para este autor el motivo fútil es aquel que es totalmente desproporcionado con la gravedad de una reacción que produzca un resultado de muerte, tendiéndose en cuenta el grado medio de sensibilidad social, lo cual definitivamente revela mayor grado de inhumanidad y peligrosidad del agente* (PEÑA 1997, p.93). *Asimismo, Ferreira Delgado señala: Fútil es lo insignificante o de escaso valor* (ob cit, p 49).

¹⁰² BRAMONT 1990, t. I, pág. 44.

¹⁰³ ROY FREYRE 1989, 133. *Jurisprudencia: “la ferocidad requiere que la muerte se haya causado por un instinto de perversidad brutal o por el solo placer de matar, esto es, que el comportamiento delictivo es realizado por el agente sin ningún motivo ni móvil aparentemente explicable”* (Sala penal R.N.N 1425-99-Canchis/Cusco; en CHOCANO, p.170)

¹⁰⁴ Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, Exp 1554-2000, Lima 17 de julio del 2000 en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 3, Lima 2002, p. 537.

La codicia como agravante fue incorporado por la Ley N° 30253 del 24 de octubre de 2014. Esta agravante se refiere al deseo inmoderado de la riqueza, ganancia, provecho¹⁰⁵. Esto es el móvil inmoderado o desordenado de obtener, a través del homicidio, dinero, bienes patrimoniales o in extremis también distinciones o condecoraciones de orden honorífico, que en vida correspondían al occiso.

Esta agravante se distingue del homicidio por lucro por lo siguiente: *primero* aquí el sujeto actúa directamente, a diferencia del homicidio por lucro que existe un mandante (*autor mediato*) y el “sicario” quien ejecuta la orden (*autor inmediato*). *Segundo*: en esta agravante no existe ex-ante acuerdo o pacto criminal, cosa que si existe en el homicidio por lucro. *Tercero*: en esta agravante, el sujeto activo actúa por un afán inmoderado de ganancia o provecho, que si bien tiene un aproximado del beneficio no sabe con exactitud el beneficio o provecho que va obtener, a diferencia del lucro en que el mandante fija una cifra como promesa remuneratoria.

Esta agravante –se intenta fundamentar- en que uno de los motivos más bajos e innobles que pueda albergar un hombre para acabar con la vida de otro, es la codicia; que no radica solamente en el deseo de obtener dinero o bienes con el hecho, sino en el deseo de sacar provecho desmedido. Por ello, la codicia es una de las características del homicidio con ánimo de lucro desmedido, que en su forma general se define como “un apetito desordenado de riquezas”¹⁰⁶. En definitiva, la codicia comprendida como el afán excesivo de riqueza, puede cometerse debido a planes financieros que como consecuencia de esa muerte, prometen enormes ganancias; *v.gr: en el caso que un esposo que contrata una póliza de seguro a nombre de su esposa, y él, como cónyuge beneficiario, la mata para cobrarla, cometería homicidio calificado por codicia o matar para heredar u obtener legado*).

c) Homicidio por lucro

Debido a la influencia del inciso primero del artículo 232° del Código Penal de 1863¹⁰⁷ (“*por precio recibido o recompensa estipulada*”)¹⁰⁸, el derecho penal peruano ha venido interpretando el lucro como *homicidio por precio*¹⁰⁹, subrayando las relaciones entre los sujetos que intervienen en el acuerdo.

La expresión *por lucro* no solo tiene un significado económico o pecuniario o –al menos- económicamente valuable; por lo que esta expresión legal debe entenderse en un sentido normativo más amplio, que no solo incluya la contraprestación dineraria sino cualquier retribución, remuneración o condición, económica o no, con que se premia o se acuerda la realización del servicio de matar a otro¹¹⁰.

¹⁰⁵ HURTADO 1982, 58.

¹⁰⁶ GÓMEZ LÓPEZ 1984, 492. HURTADO POZO: 1994. 54-55

¹⁰⁷ Estas categorías se deben a la influencia de la legislación española, la cual hasta el presente mantiene en su código penal las mencionadas categorías.

¹⁰⁸ *Vid.* VITERVO ARIAS 1902, t. III, pág. 12.

¹⁰⁹ ROY FREYRE 1989, 139; BENÍTEZ SÁNCHEZ 1959, 6; PEÑA 1989, 42; BRAMONT 1988, 44.

¹¹⁰ POLAINO; *ob cit*, 59.

Generalmente, estas clases de homicidio calificado también es conocida como *homicidio por encargo o sicarial*, porque se realiza por motivo determinante de un contrato, pacto, convenio entre dos partes para la ejecución de un compromiso criminal; matar a otro, para remunerar por ello, a la otra parte¹¹¹. Según este entendimiento, el fin de lucro solo lo tiene *el sicario* que da muerte a una persona por precio y no en aquélla que paga la remuneración. En cuanto al contenido la remuneración esta puede ser cualquier cosa, bienes económicos o beneficios personales, e incluso se ha afirmado el propósito de ganarse la “buena voluntad” del jefe (*v.gr aumento de sueldo, etc.*). Respecto al contrato o mandato, como señalaba Carrara¹¹², se podían registrar algunas condiciones: 1.- El mandato debe ser expreso y claro, señalando con exactitud a la víctima, no vale la vaguedad al respecto; 2.- Debe probarse no solo que se propuso el negocio de dar muerte a otro, sino que el sicario lo aceptó y 3.- Pactante y sicario deben conocerse entre sí o al menos a sus representantes.

Sin embargo, esta figura no se aplicará cuando el sujeto ya estaba previamente decidido a la comisión del delito por otros motivos “con independencia de que después haya venido a recibir una promesa o gratificación del mismo. Sino el lucro debe ser el motor de la acción criminal”¹¹³.

Esta especial motivación está referida al autor. El inductor lo será si expresa de manera clara la oferta onerosa de homicidio¹¹⁴, salvo que este último tenga también la especial motivación de lucro. Si con anterioridad ya estaba decidido a matar, no debe apreciarse la calificante¹¹⁵. Para que el instigador se exima de responsabilidad tiene que revocar de manera clara y expresa el mandato que realizó al agente.

Esta agravante se consume con la muerte de la víctima indicada o cuando haya sido uno diferente al indicado y no así con el pago del precio de la recompensa pues basta la formulación de la oferta o promesa aun cuando se incumpla¹¹⁶. Referente a la punibilidad, debe señalarse que tanto el sicario como el inductor, abstractamente, tienen la misma pena.

En los supuestos de homicidio calificado en la modalidad de mandato o sicariato cabe la tentativa, si el sicario, en cumplimiento del mandato criminal, falla y es detenido antes de consumarlo, tanto para este como para su mandante. Pero si el mandante se arrepintió e intento detener al sicario no obstante se cumple con el pedido, el mandante responderá en grado de tentativa y el sicario en grado de consumación¹¹⁷.

¹¹¹ FERREIRA DELGADO, ob cit, p 49.

¹¹² CARRARA, ob cit, p n.m 1204.

¹¹³ BLANCO LOZANO: 2005, p 103.

¹¹⁴ PEÑA CABRERA: 1997, 99. Vid. La posición de Montan Palestra sobre la esperanza de lucro.

¹¹⁵ BAJO FERNÁNDEZ 1986, 65.

¹¹⁶ FÉLIX REINALDI, Víctor. “Delitos contra la vida humana independiente”. En: Derecho penal. Parte especial 1, Director: Fabián I. Balcarce. Editorial Lerner, Córdoba, 2007, p 152

¹¹⁷ Posición contraria, FERREIRO DELGADO, ob cit, p 51. Quien sostiene que en el último caso debe responder ambos a título de consumación.

d) Homicidio por placer

Este supuesto “hace alusión a quien mata experimentando una sensación agradable o contento de ánimo. Sólo es necesario que la acción sea inspirada por un placer antinatural en la destrucción de la vida humana”¹¹⁸, o simplemente lo hace por “el gusto o agrado que le produce dicho acto sin otra motivación determinante”¹¹⁹. Matar por placer es matar por puro gusto, por ver correr sangre o tener sensaciones sexuales o la que le puede proporcionar la agonía a la víctima u otra semejante. Ello tiene que ser el motivo del obrar del autor pero no es necesario, en definitiva, que haya satisfecho sus expectativas¹²⁰. El placer es “indicativo de un proceso mental que influencia la actividad del homicida y le hace adoptar previsiones que se concilian con el sadismo”¹²¹ o “cualquier gozo”¹²². Creemos que esta figura también se puede subsumir en la ferocidad.

¹¹⁸ FIGARI, s/f, p 112.

¹¹⁹ CREUS, 1992, p 36.

¹²⁰ FÉLIX REINALDI, Víctor. “Delitos contra la vida humana independiente”. En: Derecho penal. Parte especial 1, Director: Fabián I. Balcarce. Editorial Lerner, Córdoba, 2007, p 152.

¹²¹ SPROVIERO, 1996, p 215.

¹²² TERRAGNI, 2000, p 263.