

## **El delito de homicidio calificado y las ineficaces formas de protección funcional**

Por: Rengifo Hurtado José<sup>1</sup>

Recibido: 22-03-2015

Aceptado: 23-04-2015

---

### **Sumario:**

1.- Introducción. 2.- Desarrollo temático. 3.- Conclusiones. 4.- Recomendaciones. 5.- Bibliografía

### **Resumen:**

El presente trabajo de investigación surgió con el claro objetivo de generar un espacio de diálogo y reflexión en la comunidad académica sobre un tema de coyuntura y de antigua data en el Perú: el homicidio calificado, que en las últimas dos décadas ha experimentado una curva ascendente muy alarmante, y que las modificatorias introducidas en el artículo 108 del Código Penal, tratando de salvaguardar a los miembros de la Policía Nacional y del Poder Judicial no han sabido frenar, solo han actuado como inocuos paliativos, no habiendo surtido los efectos esperados el incremento de la pena privativa a fin de hacerla más intimidatoria y disuasiva, muy por el contrario, siguiendo un análisis del efecto criminógeno nos encontramos que cometer esta clase de delitos resulta en muchos casos un aliciente para la masa delincuencia.

### **Abstract:**

This research came up with the clear objective of creating a space for dialogue and reflection in the academic community on a topic of long-standing situation and in Peru: the homicide, which in the last two decades has experienced an upward curve very alarming, and that the amendments made to article 108 of the penal code (trying to safeguard members of the national police and the judiciary have failed to curb) only have acted as safe palliative increasing deprivation not will have the expected purpose of being intimidating and deterrent, quite the contrary, following an analysis of criminogenic effect we found committing such crimes is often an incentive for criminal mass.

### **Palabras claves:**

---

<sup>1</sup> Abogado, Maestro en Derecho Constitucional y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica.

Delito – tipificar – criminalidad – dañosidad – modificación

## **Key Word**

Crime – classify – crime – dañosidad - modification.

### **1.- Introducción:**

En nuestro Código Penal, dentro de los Delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud se tipifica el Delito de Homicidio Calificado – Asesinato, en el Art. 108 que a la letra dispone lo siguiente:

“Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Por ferocidad, por lucro o por placer.
2. Para facilitar u ocultar otro delito.
3. Con gran crueldad o alevosía.
4. Por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas.
5. Si la víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el cumplimiento de sus funciones<sup>2</sup>.”

Las modificaciones constantes de las que ha sido objeto el Código Penal respecto al delito de homicidio calificado, intentan reducir los índices de criminalidad en nuestro país, ya que el legislador conceptúa que el bien jurídico máspreciado por el hombre, es la vida humana. Se entiende que endureciendo las penas o ampliando su ámbito, el homicidio calificado podría verse reducido, pero lamentablemente, la realidad señala lo contrario: la pena no cumple con sus objetivos primordiales de prevención y rehabilitación.

En este estudio se intenta hacer una revisión crítica de la figura del homicidio calificado en el Código Penal Peruano, ya que no se ha hecho un análisis riguroso y de fondo en cuanto a la aplicación eficaz del artículo 108º y al hecho que las modificaciones de que ha sido objeto han obedecido más a temas de la coyuntura política que a un análisis jurídico sólido.

A primera vista la crítica a la que puede ser sometida la norma bajo comentario es el haber incurrido en un pernicioso casuismo que atiborra, de manera exagerada, cada uno de los

---

<sup>2</sup> Este último inciso fue incorporado con la Ley Nº 28878 publicada en el diario oficial El Peruano, el 17 de agosto de 2006.

ahora cinco incisos del Art. 108. Si se somete al tipo penal asesinato a un examen comparativo con otras figuras similares del Derecho Comparado, como es el caso del asesinato en la legislación española<sup>3</sup>, se puede advertir una notable diferencia en el contenido y circunstancias tratadas en cada codificación. Así, mientras nuestra legislación registra trece circunstancias, la legislación española sólo registra tres como son: la alevosía, el precio, promesa o recompensa y el ensañamiento<sup>4</sup>.

Por otra parte, el legislador penal debe tener presente que en la configuración del homicidio calificado, sólo deben penetrar las acciones y comportamientos humanos de mayor gravedad, ya sea en su aspecto objetivo o subjetivo. Para ello es conveniente efectuar una selección cuidadosa de los comportamientos más graves capaces de merecer un tratamiento en el asesinato. Esta labor de selección, como toda tarea de esta índole, requiere un profundo y exhaustivo trabajo de depuración que no sólo contemple la imperiosa necesidad de mantener una figura delictiva de extremo reproche jurídico y de máxima gravedad social. Señala CASTILLO ALVA (2000) que debe verse que no toda modalidad de matar se debe recoger en el asesinato, sino sólo aquellas conductas intolerables que reflejen la más intensa dañosidad social.

## **2.- Desarrollo temático:**

El legislador peruano no cautela en cuanto a la fijación de las circunstancias constitutivas del asesinato, dado que incorpora elementos anticuados que se alejan de una correcta técnica legislativa. Vale citar la innecesaria e injustificada conservación del veneno que bien puede agruparse, sin mayor esfuerzo, en el seno de la alevosía donde puede encontrar una mejor ubicación sistemática y lógica; dado que no se ve una sustancial diferencia entre el matar con veneno y el matar con arma de fuego, más aún si el veneno es suministrado de manera directa, abierta y visible.

La ampliación del Art. 108 del CP<sup>5</sup> a través del inciso 5 que incorpora más circunstancias a la pena (“Si la víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el cumplimiento de sus funciones”) no hace más que confirmar el exagerado casuismo instaurado en el asesinato, donde se brinda alojamiento a trece circunstancias. No toda acción o móvil grave merece recogerse en el tipo sub exánime, sino sólo las conductas que reflejen una máxima culpabilidad e injusto, por ello, se postula la formulación del asesinato limitado a la regulación del matar por lucro, con crueldad, alevosía o cualquier medio catastrófico.

No creemos que ampliando más circunstancias a la pena, se va a reducir el asesinato en nuestro país. No creemos que esta sea una buena estrategia para combatir este delito

---

<sup>3</sup> CÓDIGO PENAL ESPAÑOL 1995. Art. 139º.

<sup>4</sup> CASTILLO ALVA, José Luis. “El homicidio. Comentarios de las figuras fundamentales”. Ed. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición, Lima Perú, mayo 2000. Págs. 368 y 369.

<sup>5</sup> Ley N° 28878 de agosto del 2006.

agravado. Los hechos así lo evidencian, ya que no ha habido un descenso de esta modalidad delictiva en nuestro país, y por el contrario, vemos como los delincuentes se ensañan más con las víctimas, máxime si representan a un poder del estado como pueden ser los jueces, fiscales, militares o los policías. Comprobamos así una aplicación ineficaz del CP en la figura delictiva de homicidio calificado.

La Ley N° 28878, establece sanciones severas para quienes lesionen gravemente o asesinen a magistrados y miembros de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas. Así, la citada norma modifica los artículos 108, 121 y 367 del Código Penal, estableciendo de manera expresa penas de cárcel de hasta quince años para quienes asesinen a un militar, policía, juez o fiscal en el cumplimiento de sus funciones y de hasta doce años para quienes lesionen gravemente a una de estas autoridades.

Añade que en los casos de atentado o violencia contra estas autoridades o funcionarios, para impedir el ejercicio de sus respectivas funciones, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro años ni mayor de siete años.

Para el especialista en derecho penal Germán Small Arana<sup>6</sup>, esta ley coadyuvará a que las órdenes judiciales se cumplan oportuna y adecuadamente, por cuanto advierte que evitará que personas o grupos inescrupulosos fuertemente armados impidan con actos vandálicos la ejecución de las mismas para retardar la administración de justicia. En su opinión, la norma también tiene razón de ser, tras haberse observado en nuestro país bloqueos de carreteras mediante el uso de objetos contundentes que incluso eran utilizados para afectar a los miembros del orden.

Por consiguiente, la ley está orientada a poner disciplina dentro de la sociedad, expresa el experto, lo que -desde su punto de visto- no significa impedir manifestaciones ni generar abuso de poder.

A criterio del vocal superior José Antonio Neyra Flores, la disposición no incorpora ninguna nueva modalidad delictiva, pues advierte que ya el artículo 108 del Código Penal consagraba la posibilidad de agravar las penas para quien mediante un homicidio busca cometer otro delito, como el de sustraerse de proceso penal o el de evitar que se determine su responsabilidad penal en otro asunto.

Esta ley constituye una medida simbólica directa o indirectamente ya incorporada en el Código Penal. Más bien debe tipificarse el delito de sicariato para sancionar a quienes pagan por prebenda con una pena de cárcel de no menor 35 años hasta la cadena perpetua. Creemos que no era necesario hacer más frondoso los alcances del Art. 108, ya que bastaba con desarrollar un sistema de protección de funcionarios con trabajo de inteligencia y destinarse mayor presupuesto económico a la protección de estas

---

<sup>6</sup> Diario Oficial El Peruano. 18 de agosto del 2006.

personas. Otra vez, el legislador, por apresuramiento demuestra ineficacia en la aplicación de una pena tan importante como la que sanciona el homicidio calificado.

Los agravantes que proliferan en nuestro desordenado Código Penal, no hacen más que generar confusión y trastrocamientos valorativos. Consideramos que sería preferible establecer un catálogo bien meditado de circunstancias agravantes en la parte general del Código Penal, a donde tengan que remitirse, en cuanto sean aplicables, los tipos penales de la parte especial. Esto evitaría modificar el Código Penal, como en esta ocasión, cada vez que una situación coyuntural cause alarma social.

El problema nace de cómo los legisladores enfocan el problema de la criminalidad. Se piensa que con penas más altas, los delincuentes se verían amedrentados por ellas y evitarían delinquir a fin de no ir a una cárcel. Pero vemos, que por el contrario, en cuanto respecta al distrito de San Juan de Lurigancho, su aplicación ha generado que los agentes delictivos (en su mayoría con antecedentes por reincidencia en esta modalidad) actúen de manera más agresiva contra sus víctimas y captores.

Ahora con la Ley 28878, se pretende proteger a un grupo de ciudadanos de los actos homicidas, pero vemos que no ha surtido efecto, por el contrario, esas personas están más expuestas, son más vulnerables. Esta norma está dentro de esas leyes que más responden a problemas coyunturales o campañas mediáticas, sin reflexionar sobre sus alcances y eficacia. Como bien señala SOLIS ESPINOZA, sin dejarse de lado los aspectos normativos, la problemática del delito debe analizarse desde una perspectiva criminológica y social, económica y de la realidad peruana<sup>7</sup>. Por todo ello, es necesario establecer una legislación penal más acorde con la realidad social del país. No se puede legislar de espaldas a la realidad, se tiene que tener en consideración las nuevas realidades de la sociedad peruana y a los avances que presentaba la dogmática penal, la política criminal, la ciencia penitenciaria y la criminología<sup>8</sup>.

### **3.- Conclusiones:**

- El homicidio en el Perú es un delito que se presenta a consecuencia de la forma de vida y el medio ambiente en el que se desenvuelve el sujeto activo, el cual se da comúnmente enmarcado de violencia, logrando que el agente pueda cometer este delito con gran naturalidad
- El Perú no está entre las naciones que sufren la mayor violencia criminal en Latinoamérica. Sin embargo, en la percepción colectiva, sobre todo en las

---

<sup>7</sup> SOLÍS ESPINOZA. "La delincuencia común, política y de cuello blanco". En: Varios Autores. Política criminal. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal. Lima 1986, pp. 73-74.

<sup>8</sup> KUNICKA-MICHALSKA. "La reforma del Derecho penal en el Perú y sus antecedentes". Actualidad Penal 9/1995, p. 112.

ciudades grandes y especialmente en Lima, la delincuencia y la criminalidad son consideradas, como el principal problema

- El legislador peruano por apresuramiento demuestra ineficacia en la aplicación de una pena tan importante como la que sanciona el homicidio calificado. La problemática de este delito debe analizarse desde una perspectiva criminológica y social, económica y de la realidad peruana.
- Las constantes modificaciones de que ha sido objeto el Art.108 del Código Penal Peruano que tipifica y penaliza el delito de homicidio calificado en nuestro país, no ha disminuido los índices de criminalidad por este delito en el Distrito de San Juan de Lurigancho
- En el Distrito de San Juan de Lurigancho la delincuencia ha aumentado y la tasa de homicidios es alta en comparación con otros distritos. La mayoría de los casos de homicidio calificado tienen como móvil al lucro. El medio más usado para cometer este crimen es el arma de fuego. Las personas que perpetran este delito son en su mayor parte delincuentes comunes.
- Las medidas como por ejemplo la modificatoria del Art. 108° del Código Penal no pueden frenar el crimen en ese distrito. Las modificaciones al Código Penal como el que señala la Ley 28878 para sancionar en forma más drástica los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, son insuficientes ya que estas medidas punitivas no reúnen los fines esenciales de la pena como: la reeducación, rehabilitación, y reincorporación. Elementos que son prácticamente inexistentes en nuestro medio
- La medida de incorporar el inciso 5 al Art. 108° del Código Penal es desatinada ya que al articular un código no se debe considerar entre sus objetivos abarcar el mayor número de sujetos de protección, sino de una manera sistemática visualizar su efectividad y proyección en la estructura de una sociedad que de por sí ya es cambiante. No se consigue absolutamente nada con la inclusión de factores cualitativos en nuestra legislación penal, si esto no va enlazado con un resultado real, una producción efectiva, estas adiciones no disminuyen el crimen, por el contrario, la psicología criminal nos ha enseñado que más que un punto disuasivo la legislación penal ha funcionado como un detonante enervando a la masa delictiva.
- Estas modificaciones –como la que dispone la Ley 28878- responden explícitamente a una situación coyuntural, no es el resultado de un análisis jurídico profundo por conocedores del tema, sino por legisladores influenciados por la denuncia mediática y por lo tanto no combate la esencia del problema, sólo

reprime temporalmente la situación. La esencia del problema se encuentra profundamente enraizada en las bases sociales y tales medidas funcionan como paliativo.

#### **4.- Recomendaciones:**

- El homicidio calificado como cualquier otro delito es parte de una sociedad vertiginosa e inestable, entonces para enfrentarlo necesitamos de una responsabilidad bipartita Estado – Sociedad, así como programas psicológicos y educativos alternativos.
- Es necesario establecer una legislación penal más acorde con la realidad social del país. No se puede legislar de espaldas a la realidad, se tiene que tener en consideración las nuevas realidades de la sociedad peruana y a los avances que presentaba la dogmática penal, la política criminal, la ciencia penitenciaria y la criminología.
- Dado que las leyes para sancionar de manera más drástica los homicidios cometidos contra policías y militares en ejercicio no son eficientes para reducirlos, los legisladores deberían visualizar si es verdaderamente efectiva la tipificación de tantos hechos que en la realidad no responden a la represión del delito. La problemática delincencial no se vence con leyes o normas inocuas sino con programas de entrenamiento socio-cultural, con la difusión familiar de una cultura de valores y prevención.
- Para combatir el crimen en el distrito de San Juan de Lurigancho es menester que a nivel global el Estado disponga de mayores recursos a la policía para que ésta tenga suficiente logística para reprimir la delincuencia y pueda cumplir con eficacia su labor. Debe reorientarse el gasto social en el sector de la seguridad ciudadana.
- Proponer una nueva norma referente al homicidio calificado más acorde con nuestra realidad social. El contenido del Art. 108° ha incurrido en un pernicioso casuismo que atiborra, de manera exagerada, cada uno de los ahora cinco incisos de este artículo. Dada la experiencia y los resultados es conveniente reducir las trece circunstancias tratadas a sólo nueve que serían: ferocidad, lucro, placer, facilitar u ocultar otro delito, alevosía, y homicidio por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas. Se debe eliminar el inciso 5.

#### **5.- Bibliografía:**

- CASTILLO ALVA, José Luis. “El homicidio. Comentarios de las figuras fundamentales”. Ed. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición, Lima Perú, mayo 2000.
- SOLÍS ESPINOZA. “La delincuencia común, política y de cuello blanco”. En: Varios Autores. Política criminal. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal. Lima 1986.
- KUNICKA-MICHALSKA. “La reforma del Derecho penal en el Perú y sus antecedentes”. Actualidad Penal 9/1995.
- CHIRINOS SOTO, Francisco. “Código Penal. Comentado y Concordado, Anotado, Sumillado, Jurisprudencia, Normas Complementarias”. Ed. Rodhas. Julio 2004.
- MARCONE MORELLO, Juan. “Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares”. Tomo 3. A.F.A. Editores Importadores. 1ª edición 1995. Lima, Perú.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; Tratado de Derecho Penal; T. III.
- EZAINE CHAVEZ, Amado. “Diccionario de Derecho Penal”. AFA. Editores Importadores S.A. Lima, 1989.
- VILLA STEIN, Javier. “Derecho Penal- Parte Especial I-A. Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud”. 2da. Edición. Ed. San Marcos. Setiembre 2004.
- PEÑA CABRERA, Raúl. “Tratado de Derecho Penal”. Parte especial I, Ediciones Jurídicas. Lima 1994.
- CEREZO MIR. “Lo Objetivo y lo Subjetivo en la tentativa”. Valladolid, 1964
- CODIGO PENAL PERUANO 1991.
- CODIGO PENAL ESPAÑOL 1995.
- Diccionario VOX. Barcelona, 1968.
- Ley N° 28878, publicada el 17 de agosto de 2006.