

DELITO PERMANENTE, MANUTENCIÓN DEL RIESGO TÍPICO E INJERENCIA

José Arrieta Caro

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y becario de la Comisión Fulbright

Categoría Egresados

La estructura del delito permanente se ha descrito durante mucho tiempo como aquella en la cual el autor crea un estado antijurídico que se mantiene en el tiempo por su voluntad, posibilitando que este no se considere concluido con la realización del tipo (Roxin 1997: 329). La propuesta que presentamos se aleja de esta definición (cuyos elementos, por lo demás, no han sido establecidos con claridad por la doctrina) para postular que la estructura de los delitos permanentes puede explicarse de modo más ventajoso recurriendo a los fundamentos y límites del concepto de injerencia en el derecho penal. En buena cuenta, este trabajo buscará identificar los elementos de esta última (comportamiento precedente, deber de garante e infracción del deber de garante) en los delitos permanentes. Posteriormente se evaluará el rendimiento de esta propuesta de aproximación a través de dos cuestiones fundamentales. La primera de ellas será la capacidad de la misma para explicar los efectos que se le atribuyen al delito permanente de manera coherente con los presupuestos de un Estado constitucional de derecho. La segunda será la idoneidad de la propuesta como herramienta práctica para identificar o descartar que determinados tipos penales de la parte especial puedan o no calificarse como permanentes.

I. El problema con la definición actual de delito permanente

Los conceptos son herramientas que desempeñan funciones específicas, según su contenido, en el sistema de derecho penal. El concepto de delito permanente no es la excepción y, a mi modo de ver, son dos sus principales funciones. La primera consiste en justificar un tratamiento sistemático que pudiese parecer, a primera vista, diferenciado con respecto a los delitos no comprendidos en aquella categoría. Este tratamiento particular se caracteriza por seguir generando una reacción incluso «después de producida»¹ la consumación y se expresa, a saber, en cuatro aspectos:

- a) La posibilidad de que se produzca participación delictiva después de que el comportamiento del autor ya se consumó

¹ Las comillas se deben a que probablemente sea más exacto decir «después de iniciada» la consumación, como se verá posteriormente.

- b) El cómputo del plazo de prescripción solo a partir del momento del cese de la permanencia, posterior al momento del inicio de la consumación
- c) La extensión del momento idóneo para actuar amparado por una causa de justificación; también hasta el cese de la permanencia
- d) La posibilidad de aplicar a la conducta leyes penales que entraron en vigor después de que esta comenzó a ejecutarse

Por otro lado, la segunda función del concepto es permitir a los operadores jurídicos identificar con claridad qué tipos penales de la parte especial pueden calificarse como permanentes, y por qué.

Si esto es así, el concepto de delito permanente debe ser capaz de relacionar adecuadamente los efectos que se le atribuyen con los elementos que componen su definición, de manera que resulte lógico entender que una forma delictiva definida en esos términos produzca esas consecuencias. Pero, además, para poder cumplir cabalmente la función de identificación de delitos permanentes, la definición debe también ser particularmente clara; puesto que de otro modo no permitirá realizar la operación de subsunción correspondiente respecto de las conductas típicas de la parte especial.

La mayoría de manuales de parte general y especial definen en la actualidad el delito permanente según la llamada «concepción bifásica»,² que debe su nombre a la división de esta clase de conductas en dos grandes fases. De acuerdo con esta, la primera se identifica con la realización del movimiento corporal descrito por la acción típica; mientras que la segunda consiste en la mantención voluntaria de un estado antijurídico (o situación ilícita) creado a consecuencia de la primera acción (Antolisei 1980: 185).

Hay un importante sector doctrinal que suscribe la concepción bifásica y considera, además, que en los delitos permanentes se produce una extensión de la fase consumativa.³ La concepción bifásica *per se*, sin embargo, no implica suscribir necesariamente esta posición; son numerosos los autores que definen el delito permanente haciendo referencia a un estado antijurídico mantenido por la voluntad del sujeto activo, sin considerar que se produzcan anomalías en la consumación.⁴ Parte de este sector doctrinal, a su vez, entiende que lo que se prolonga es más bien la fase de «terminación»,⁵ y no la consumación. De la definición del delito permanente debería también desprenderse, por cierto, cuál de estas dos opciones resulta más coherente.

Más allá del gran respaldo doctrinal que ha recibido, esta definición es susceptible de varias críticas, todas ellas relacionadas con la falta de concreción de los elementos que la componen. Su

2 Muchos autores suscriben esta concepción sin denominarla expresamente así. Sin embargo, para efectos de este trabajo, se considera que siguen la concepción bifásica del delito permanente todos aquellos que aluden, en sus definiciones del delito permanente, a la existencia de un estado antijurídico (o situación ilícita) que subsiste en el tiempo por la voluntad del autor luego de realizada la conducta inicial. Así lo planteó la doctrina italiana inicialmente (que es la que más atención le ha dedicado al tema que nos ocupa), como se verá a continuación. Véase Antolisei(1980: 185).

3 En Perú: Villavicencio (2006: 684) y Rojas (2009: 507). En España: Mir Puig (1998: 202);Berdugoy otros(1999: 153), y Maggiore (1954: 295).

4 Sobre todo la doctrina alemana: Roxin (1997: 329) yWelzel (1987: 310).

5 En Perú: Montoya (2009: 7). En Alemania: Jescheck(2002: 281). (En el caso de Jescheck, específicamente sobre la fase de terminación en los delitos permanentes, véanse las pp. 556-557) y Stratenwerth (1982: 262-263). En España: Lloria(2006: 108).

imprecisión impide usarla como una herramienta funcional para identificar delitos permanentes en la legislación vigente y explicar suficientemente las consecuencias que se le atribuyen.

Para determinar qué delitos son permanentes, la definición debe permitir a los operadores realizar un juicio normativo de subsunción respecto de los tipos penales de la parte especial. Pero ¿cómo evaluar si la forma bajo la cual se producen los delitos de la parte especial es subsumible en la descripción que hace la concepción bifásica del delito permanente cuando no resulta claro lo que esta última nos está diciendo?

Para analizarlas mejor, conviene dividir las críticas a la indeterminación de la definición bifásica del siguiente modo: a) críticas a la indeterminación del elemento «estado antijurídico», y b) críticas a la indeterminación del elemento «voluntad que mantiene al estado antijurídico». Además, y como consecuencia de lo anterior, es posible formular una crítica adicional al modo cómo se han venido identificando los delitos permanentes) crítica al excesivo recurso al verbo rector como criterio de identificación de los delitos permanentes.

Nos dedicaremos a desarrollar las ideas que fundamentan cada una de estas objeciones en la primera parte de este trabajo. En la segunda, resumiremos los principales rasgos de nuestra propuesta sobre la definición del delito permanente, la cual está orientada a superar las objeciones anteriormente formuladas. Finalmente, en la tercera parte, evaluaremos la capacidad de rendimiento del planteamiento realizado.

1.1. Indeterminación del elemento «estado antijurídico» o «situación ilícita»

El primero de los cuestionamientos tiene que ver con la relación entre la existencia del llamado «estado antijurídico mantenido por la voluntad del autor» y la realización de los elementos del tipo penal. ¿Cómo es que la mantención del estado antijurídico puede seguir realizando (para algunos consumando) el tipo penal? No se sabe bien, porque los autores suelen pasar por alto lo que debe entenderse por «estado antijurídico». Salvo raras excepciones,⁶ lo normal es no dar explicaciones sobre cómo es que el estado antijurídico mantenido por la voluntad del autor es capaz de seguir realizando el tipo penal.

Para tratar de identificar lo que debe entenderse por «estado antijurídico», es importante aproximarse a la forma como se desarrolla la ejecución de los tipos penales calificados como permanentes por la doctrina. Se sabe que el estado antijurídico se produce desde el momento de la consumación en adelante (Ranieri 1975: 328, tomo I). Por ejemplo, en un secuestro, este momento se produciría cuando el autor logra privar de su libertad al sujeto pasivo. El estado antijurídico vendría a ser el período posterior a este momento, y que puede definirse como una *situación de facto distinta a la anterior, generada por el comportamiento del sujeto activo y que se mantiene en el tiempo por su voluntad mientras es desvalorada por el ordenamiento*.

En efecto, en el delito de secuestro se observa que la consumación se produce al momento de la privación de libertad del sujeto pasivo. Lo que subsiste, luego de este momento, es el estado de privación de la libertad que experimenta este y que se mantiene por obra del autor. Hay, como resulta evidente, una situación de facto diferente a la que existía antes de la privación de la libertad, o antes de la consumación.

6 Fundamentalmente: Ragno, citado por Lloria (2006: 37), nota a pie de página número 98. El autor italiano considera que el estado antijurídico es una expresión de la naturaleza permanente de la lesión al bien jurídico causada, a su vez, por una conducta permanente.

Pero no basta con que el delito produzca una situación de facto diferenciable de la anterior, pues la nueva situación debe ser, además, antijurídica (de otro modo no podría hablarse de «estado antijurídico»). De ahí que esta sea desvalorada por el ordenamiento. ¿Cuándo se puede afirmar la concurrencia de este rasgo? ¿Qué debe entenderse por «antijurídico»?

Un primer acercamiento a esta noción invita a pensar en aquello que resulta contrario al ordenamiento como un todo. Siguiendo este razonamiento preliminar, el estado antijurídico vendría a ser aquel estado de cosas que, generado a raíz del delito, resulta contrario a las normas de cualquier rama del ordenamiento. Podría entenderse como una consecuencia, un efecto del delito que resulta desvalorado por una norma jurídica, cualquiera que sea.

Y, de hecho, la idea de que los efectos de un delito pueden ser desvalorados por otras ramas del ordenamiento parece adecuarse a la realidad. Piénsese en el estado de incapacidad para trabajar causado a un sujeto a consecuencia de un delito de lesiones. Este estado es desvalorado por las normas que regulan la responsabilidad civil; pues mientras mayor sea la cantidad de días que el perjudicado pase sin poder trabajar, mayor será el monto por concepto de lucro cesante que el autor del delito deberá pagar como resarcimiento (o reparación civil). De ahí que pueda afirmarse que el efecto del delito de lesiones (la incapacidad para el trabajo por un período determinado de días) sea desvalorado por el derecho civil al aumentar y volver más gravoso el monto del resarcimiento. Estos efectos son desvalorados por el ordenamiento jurídico extrapenal y constituyen, por tanto, estados de cosas que son «antijurídicos».

El problema de dicho modo de pensar es que no explica la relevancia que el sistema penal le otorga a este elemento del delito permanente. No olvidemos que, en ellos, el estado antijurídico es algo tan importante que permite considerar que el delito no está concluido aún. El estado antijurídico debe tener, consecuentemente, relevancia penal.

Vistas las cosas así, el razonamiento debe enfocarse en la búsqueda de estados antijurídicos con un significado más penal. En este sentido, una segunda posibilidad sería considerar como tales las situaciones desvaloradas por el artículo 46 del Código Penal⁷ en los literales e) y f) del inciso 1), y g) del inciso 2. Estas normas brindan criterios que permiten al juez graduar la pena en función a los efectos producidos por un determinado delito.

Cuando la ley hace referencia a «las consecuencias de la conducta punible» (inciso 2, literal g), por ejemplo, queda claro que el sentido de la disposición es permitirle al juez valorar las consecuencias de un determinado accionar delictivo para individualizar la pena. De acuerdo con esta norma, es posible que una situación de facto producida a raíz del delito y considerada pernicioso obligue al juez a elevar la pena concreta. De ocurrir esto, no quedaría sino afirmar que también el derecho penal ha (des)valorado el estado de cosas generado por el delito, pues aumentó o disminuyó la sanción a imponerse —dentro del rango del tipo penal— debido a este.

7 Artículo 46 del Código Penal.- «1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

[...]

e) *Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;*

f) *Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;*

2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

[...]

g) *Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito;*

[...].» (Las negritas son nuestras)

Sin embargo, es cuestionable que la infracción de la pauta de comportamiento establecida por este tipo de normas sea suficiente para considerar que los efectos de determinados delitos generen estados antijurídicos penalmente relevantes en sentido estricto. La antijuridicidad penal material de un hecho se basa en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal (Mir Puig 2006: 150).⁸ Las normas que establecen los criterios para la determinación judicial de la pena presuponen la existencia de un injusto; esto es —entre otras cosas—, de una lesión al bien jurídico. Estas normas, dirigidas al juez para orientarlo en la individualización de la pena, contienen también un mandato dirigido a los justiciables que busca motivarlos a evitar los daños subsecuentes que se puedan producir luego de la lesión del bien jurídico. De ahí que la reparación voluntaria del daño que el autor realice (inciso 2, literal f) pueda también influir favorablemente en la determinación de su sanción.

Debe entenderse entonces que la infracción de las pautas de comportamiento que subyacen a las normas sobre determinación judicial de la pena no implica una lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico. Implica, más bien, que en un momento previo se lesionó algún bien jurídico, pero no significa una nueva lesión. Por ende, los estados producidos a consecuencia de la realización de un delito desvalorados por el sistema en el artículo 46 del Código Penal no son antijurídicos en un sentido estrictamente penal, pues no expresan una nueva lesión a algún bien jurídico.

De lo anterior se desprende que el estado antijurídico al que se hace alusión en el delito permanente tiene que ser indefectiblemente uno durante el cual se produzca o se mantenga una lesión a algún bien jurídico. Únicamente los delitos en los que se pueda generar un estado de cosas, después de iniciada la consumación, durante el cual se produzca o se mantenga una lesión a algún bien jurídico, crean en sentido estricto un estado antijurídico penalmente relevante.

Esta reflexión invita a cuestionar la utilidad de emplear el término «estado antijurídico» para definir el delito permanente. Si el estado antijurídico es realmente tal, tiene necesariamente que ser algo que lesione o ponga en riesgo bienes jurídicos. Por ende, su esencia no puede destinarse a la de la conducta típica y antijurídica, ya que solo ella puede constituir un injusto; y solo un injusto lesiona bienes jurídicos.

Pero si esto es así, entonces resulta cuestionable el empleo del término «estado» para describir algo que es en realidad conducta típica. ¿Por qué emplearlo? La palabra «estado» proviene, según el diccionario de la Real Academia Española, del latín *status*, y se define en su primera acepción como una situación o un modo determinado de ser o de estar.⁹ Es decir, abona en la idea de algo estático, inmóvil, de una situación o modo de ser definido previamente.

La descripción que hace este término del delito permanente pareciera representar el principio de este como una conducta que termina y luego crea un estado de cosas. Pero si lo antijurídico es la conducta, entonces no habría un estado antijurídico «creado por la conducta» con anterioridad, como reza la definición bifásica, sino un comportamiento que, a medida que se va ejecutando, se considera antijurídico. La antijuridicidad acompaña a la conducta mientras esta se produce y se da simultáneamente con ella.

¿Cuál es el aporte entonces de emplear el término «estado antijurídico» para describir algo que sigue siendo conducta? El vocablo planteado induce, más bien, a confusión. No se habla

8 Suscribimos la afirmación de este autor según la cual la antijuridicidad penal implica vulnerar o poner en riesgo bienes jurídicos, pero no su concepción sobre la relación entre esta y el desvalor de resultado.

9 «Estado. (Del lat. *status*). I. m. Situación en que se encuentra alguien o algo, y en especial cada uno de sus sucesivos modos de ser o estar [...]» (Real Academia Española 2001).

de un «estado de realización del tipo» para describir la realización del tipo penal en la mayoría de delitos. De la misma manera, no debería recurrirse a la idea de un «estado» para abarcar la conducta que sigue realizando el tipo penal durante la consumación en el delito permanente.

Por último, al calificar de antijurídico —y solo de antijurídico— al estado de cosas generado luego de la consumación en el delito permanente, se da la equivocada impresión de que la culpabilidad desaparece. No parece, sin embargo, que existan razones para pensar que, por poner un ejemplo, el autor de un delito de secuestro deje de ser imputable o actúe en un supuesto de no exigibilidad de otra conducta a partir del momento en que se priva de la libertad al sujeto pasivo. Si no hay razones para entender que la culpabilidad desaparece en ese estadio del delito, tildarlo solo de antijurídico no resulta consecuente.

Estas son las principales críticas que se pueden formular al elemento «estado antijurídico» de la concepción bifásica. Ahora nos dedicaremos a explicar las críticas referidas al otro elemento de la definición tradicional del delito permanente, es decir, la voluntad que supuestamente lo mantiene en el tiempo.

1.2. Indeterminación del elemento «voluntad que mantiene al estado antijurídico»

La concepción bifásica señala que el estado antijurídico creado por la conducta del autor se mantiene en el tiempo por su voluntad. Caracteriza, por ende, a la manutención de este como una acción voluntaria. No obstante, no está clara la naturaleza jurídica de esta voluntad: si es un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo, si es el dolo mismo, o si es algo totalmente diferente. Esto, nuevamente, dificulta la identificación de los delitos permanentes en la parte especial.

Tradicionalmente, el análisis de la voluntad en la teoría del delito se realiza al abordar el lado subjetivo del injusto. Ello invita a explorar si es que existe alguna relación entre uno o algunos de sus elementos y la voluntad a la que se alude como determinante para la manutención del estado antijurídico. Para comenzar a explorar esta posibilidad hay que considerar que si el delito permanente prosigue más allá de la consumación, es porque los elementos del tipo penal se siguen realizando luego de esta.

Si los elementos del tipo penal se siguen realizando incluso después de esa fase, también aquellos que integran el lado subjetivo del injusto deben seguirse realizando; entre ellos, el dolo. Si el dolo se define —desde una perspectiva volitiva— como la voluntad de realizar el tipo,¹⁰ y la voluntad que mantiene al estado antijurídico es voluntad de mantener la realización del tipo en el tiempo, entonces es posible, de manera preliminar, identificar esa voluntad con un concepto volitivo de dolo.

Una primera aproximación permite, entonces, identificar la voluntad que mantiene al estado antijurídico con el dolo del delito permanente desde una postura que acepte al elemento volitivo como un componente de este. Si se admite esto, habría que afirmar que lo que plantea la concepción bifásica es que el mantenimiento del estado antijurídico es siempre doloso (reiteramos, desde una teoría volitiva del dolo).

La doctrina nacional no ha especificado nunca si la voluntad que mantiene al estado

¹⁰ Sobre las diferencias entre la teoría volitiva del dolo y la teoría cognitiva (o de la representación), véase Bacigalupo (2004: 305 y ss.).

antijurídico es en realidad el dolo o un elemento subjetivo diferente del dolo presente solo en este tipo de delitos. Lo que sí queda claro es que las situaciones de facto desvaloradas por el ordenamiento y originadas a partir del comportamiento de los autores subsisten porque estos lo permiten. Esta permisividad es el factor que se identifica con el elemento volitivo que figura en la definición bifásica del delito permanente, y solo se presentaría [según la doctrina española] en los casos en los que la estructura típica del delito así lo establece (Lloria 2006: 39).

Permitir voluntariamente que determinadas situaciones de facto se sigan produciendo no es sino un comportamiento doloso, al menos desde una teoría volitiva. Pero si el elemento volitivo del delito permanente es el mismo que en todo el resto de delitos dolosos, ¿no resulta acaso redundante hacer referencia a su rol en la manutención del comportamiento en los delitos permanentes?

Desde una perspectiva del dolo que priorice el elemento volitivo, todos los injustos dolosos se llevan a cabo gracias a la voluntad del autor que realiza la conducta; de modo que no hace falta destacar su presencia (siempre que se admita que el estado antijurídico es en realidad conducta).

Por el contrario, desde una manera de entender el dolo que excluya a la voluntad de su esencia y enfatice el elemento cognitivo (que es la que se sostiene aquí), la voluntad que mantiene al estado antijurídico tendría, o bien que ser un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, o bien que ser excluida de la definición por no cumplir ningún rol, ya que no podría equipararse al dolo al carecer éste de contenido volitivo.

Bajo esta perspectiva tampoco podría entenderse que la voluntad que mantiene al estado antijurídico sea un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo, puesto que ello implicaría afirmar que todos los delitos de la parte especial considerados permanentes tienen un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo. Ello solo podría ocurrir si existiese una referencia expresa del texto legal de cada tipo penal considerado permanente en tal sentido, o una manera de interpretarlos que permitiese arribar a la misma conclusión aun sin contar con el respaldo del texto expreso legal. Ninguna de las dos posibilidades se produce en la realidad.

Resumiendo, si se asume que el estado antijurídico es parte del injusto, el elemento volitivo no tiene cabida en la definición del delito permanente ni desde una concepción que enfatice la voluntad ni desde una concepción que enfatice el elemento cognitivo en el dolo. En el primer caso, por reiterativo (todos los injustos dolosos se realizan por la voluntad de su autor); y, en el segundo, por ser inconsistente con la perspectiva cognitiva y porque no existen razones para que pueda considerarse un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo.

Dicho esto, corresponde ahora explicar cómo es que la indeterminación de los elementos que componen la definición bifásica del delito permanente ha generado que la doctrina se centre demasiado en el criterio del verbo rector para determinar qué tipos penales pertenecen a esta categoría.

1.3. Uso excesivo del criterio del verbo rector para determinar qué delitos son permanentes

No puede prescindirse del estudio acerca de la forma como la doctrina ha venido identificando a los tipos penales como permanentes si se intenta contribuir a una mejor comprensión de la categoría. Luego de revisar la literatura especializada, la conclusión que puede extraerse es

que el criterio del verbo rector ha tenido una importancia fundamental en esta operación. Para demostrar esto último, es posible citar dos ejemplos que muestren la forma como la doctrina suele determinar que un delito sea o no permanente. Muñoz, por ejemplo, al comentar por qué el delito de detenciones ilegales español —análogo a nuestro delito de secuestro y con «encerrar» o «detener privando» como verbos rectores— es permanente, señala lo siguiente:

El delito se consuma cuando se ha producido el resultado de privación de libertad. Caben, pues, las formas imperfectas de ejecución. *Pero como la detención ilegal es un estado que puede prolongarse en el tiempo*, estamos a veces ante un delito permanente [...] (2010: 170). (Las cursivas son nuestras)

A su vez Fontán, al comentar que el delito de omisión de asistencia familiar argentino era uno de tipo permanente, indicaba que:

Es un delito de los denominados permanentes o continuos, *porque la expresión verbal sustraerse a prestar constituye el núcleo del tipo, permite que la acción se prolongue en el tiempo* manteniendo sin variantes una situación típicamente antijurídica y culpable (1966: 401). (Las cursivas son nuestras)

Como puede apreciarse, ambos autores se basan fundamentalmente en una interpretación literal guiada por el tenor del verbo rector para establecer si concurre o no un delito permanente. Las limitaciones de la interpretación literal aplicada al derecho penal (y a cualquier rama del derecho) son, no obstante, conocidas.¹¹ En este sentido, reconocer que ha sido esta forma de interpretación la que ha primado para calificar a los delitos permanentes como tales debería servir como una llamada de alerta acerca de la posible existencia de problemas en esta área.

Aunque es posible analizar los verbos rectores con otros métodos interpretativos, en la práctica esto no es lo que se ha venido haciendo. Los autores se han limitado a decir —sin entrar en mayores discusiones— que determinado verbo permite que el delito sea permanente porque la acción física que describe tiene vocación de permanencia. Toda vez que en derecho penal los verbos rectores describen comportamientos fácticos, este buscarlo permanente en el verbo rector suele convertirse en un buscar lo permanente en una acción física, y se cae en una aproximación al problema demasiado naturalística.

El delito permanente requiere una apreciación valorativa que lo justifique. *Lo permanente* no puede ser solo un dato desnudo de la realidad. *Lo permanente* tiene que ser el resultado de una construcción argumentativa y valorativa que explique por qué es jurídicamente apropiado que determinadas conductas se prolonguen en el tiempo aun después de la consumación.

Si se entendiera, como se ha venido haciendo, que el valor del verbo rector para determinar qué delitos son permanentes se rige por la posibilidad de que la acción física que describe se mantenga en el tiempo, entonces la primera consecuencia indeseable que se produciría es que se cuestionaría la pertenencia a la categoría de los delitos permanentes de tipos penales que no solo han sido siempre reconocidos como tales, sino que además necesitan contar con dichas características para poder tutelar adecuadamente el bien jurídico que protegen.

Esto se debe a que los verbos capaces de expresar la permanencia son aquellos en los que la acción y la situación de hecho generada por esta se corresponden en todo momento. «Tener», «retener», «detener» o «formar parte» son algunos ejemplos de verbos en los que

¹¹ Acerca de cómo es que la literalidad de los preceptos no siempre expresa el fin de la norma, véase Silva (2006: 376-381). Sobre problemas más genéricos, véase Vernengo (1971: 13-19).

no es posible separar la acción inicial del estado de cosas que se genera a consecuencia de esta. La acción de retener dura tanto como se mantenga la retención. La existencia del estado de cosas generado a consecuencia de la acción de retener (es decir, la situación de retención) es, al mismo tiempo, la ejecución o realización del verbo. Quien retiene algo tiene una situación de retención a su favor.

Lo mismo puede decirse de la acción de «detener» y de la acción de «formar parte»: quien detiene a alguien genera una situación de detención que se mantendrá mientras la acción de detener se siga realizando, y quien forma parte de una organización genera una situación de pertenencia que se mantendrá mientras la siga integrando. «Tener» o «poseer» son otros ejemplos de verbos que cumplen con esta característica. Sucede lo mismo con la locución «mantener bajo su poder» (empleada en el delito de lavado de activos).

En nuestro país, el legislador ha empleado verbos que no se adecúan a esta pauta para describir delitos que se consideran, sin embargo, permanentes. Usó, por ejemplo, el verbo «privar» para describir la conducta típica del delito de secuestro. «Privar» no es un verbo parecido a «retener» y sus similares, en la medida en que admite una diferenciación entre el acto de privar de algo a alguien y el estado de privación que se genera a partir de este. Si A priva de su celular a B, el acto de privación ocurrió en el momento en que se produjo la sustracción. El período posterior durante el cual B está privado de su celular no puede identificarse con el acto de privar.

Si todavía quedan dudas, recuérdese que el Diccionario de la Real Academia Española indica que «privar» significa «despojar».¹² Y despojar es un acto que no tiene vocación de permanencia, sino que se agota en un instante. De hecho, este es el principal argumento con el que un sector de la doctrina peruana se opone a calificar al delito de usurpación como permanente (Mazuelos 1995a: 123) y (Salinas 2010: 424-425).

Considerando esto último, resulta especialmente cuestionable que nadie aquí se haya planteado el problema de si el verbo rector del delito de secuestro admite su configuración como un delito permanente (pese a que el Diccionario de la Real Academia Española indique que significa lo mismo que despojar), y haya ocurrido exactamente lo contrario con el delito de usurpación. El delito de usurpación, en una de sus modalidades típicas, emplea el verbo «despojar» como verbo rector.

Si «privar» es, semánticamente, lo mismo que «despojar», entonces buena parte de los argumentos con los que autores como Mazuelos niegan que el delito de usurpación sea un delito permanente deberían ser trasladables al secuestro. Este autor indica que la situación permanente de desposesión que experimenta el sujeto pasivo y que se mantiene en el tiempo a raíz del despojo no había sido descrita en el tipo legal respectivo —cuyo verbo rector es precisamente «despojar»—, por lo que este no podría considerarse un delito permanente (1995a: 123).

Si bien el delito de secuestro tutela un bien jurídico distinto y prohíbe un comportamiento diferente, lo que es innegable es que si «privar de su libertad» significa «despojar de su libertad» y «despojar» es un verbo sin vocación de permanencia, tendrá que aceptarse que la descripción típica del delito de secuestro no expresa lo que el criterio del verbo rector exige para aceptar la existencia de un delito permanente.

Lo problemático que resulta el empleo de este criterio puede evidenciarse también en los delitos de omisión, en los cuales los verbos rectores siempre parecen referirse a conductas

¹² *Supra*, numeral 1.1.

que se prolongan en el tiempo. En lo que corresponde a los delitos de omisión pura, las conductas delictivas descritas deberían seguirse considerando en ejecución hasta que el sujeto realice aquello a lo que el sistema le compele. En el delito de omisión de auxilio a persona en peligro,¹³ en el que la locución verbal empleada es «omite prestar auxilio inmediato», la aplicación del criterio del verbo rector daría razones para considerar que este es un delito permanente.

Todos los delitos que cuenten con una redacción similar podrían, por el solo hecho de que los verbos que los describen siempre parecen tener cierta vocación de permanencia, contar con argumentos para ser considerados tales. Si los delitos de omisión pura describen casos en los que el autor deja de realizar una acción a la que se encuentra obligado, lo lógico sería que se considere que existe una infracción permanente en tanto que no se realice dicha acción. Ningún autor en nuestro medio ha sostenido, sin embargo, una posición como esta.

Otro de los cuestionamientos que se le pueden hacer a este criterio es que buscar la descripción de la conducta típica permanente de manera especial en la redacción del verbo rector no se condice con la forma como se determina en la actualidad el alcance de un comportamiento delictivo. En la actualidad, la mayor prueba de que la acción que se encuentra textualmente descrita por el verbo rector no es la única que puede considerarse parte de la conducta prohibida viene dada por la existencia y el desarrollo de la teoría de los delitos de omisión impropia. La evolución de estos ha ido en el sentido de considerar que no se requiere que cada tipo penal indique expresamente que admite su propia realización por la vía omisiva.

Si se considera, como aquí, que acción y omisión son dos caras de la misma moneda y que la forma como se produce la conducta concreta es un dato de la realidad sin mayores repercusiones jurídicas, deberá aceptarse que no es necesario que exista una cláusula de extensión de la punibilidad regulada en la parte general del Código Penal para sancionar estas — aunque un sector de la doctrina opine lo contrario—. De no existir dicha cláusula general,¹⁴ la sanción de los delitos cometidos por omisión sería igualmente posible (García Cervera 2008: 448-449) y Meini (2009: 40-43).¹⁵ Los delitos de omisión impropia existen pese a no contar con un reconocimiento expreso en cada precepto típico.

En consecuencia, las conductas que pueden considerarse como realización típica no son solo las que se mencionan expresamente en el verbo rector. Nadie negará que la enfermera que omite dolosamente retirarle los vendajes a un deportista cuyo estado de salud ya se había estabilizado, generándole con ello graves daños musculares que lo inhabiliten para competir por varios días, comete el delito de lesiones. Sin embargo, el verbo rector del delito de lesiones graves es «causar». Y, en un sentido estrictamente naturalístico, las omisiones no «causan».¹⁶

13 Artículo 127 del Código Penal.- «El que encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero o se abstiene de dar aviso a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con treinta a ciento veinte días-multa».

14 Artículo 13 del Código Penal.- «El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:
1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.
2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.
La pena del omiso podrá ser atenuada».

15 En España: Gracia (2004: 133; 160-162). En estas últimas páginas solo se tratan los casos de comisión por omisión y no así los que el autor denomina de «omisiones de garante genérico referidas al resultado».

16 Sobre esto, véase Jiménez (1973: 232-233). Este autor da cuenta del problema señalado, e indica que importantes autores como Von Liszt, Beling y Merkel consideraron que no podía hablarse de causalidad en las omisiones. Para

Admitir la tipicidad de la conducta omisiva que se plantea en el ejemplo anterior equivale a admitir que la descripción estricta y física de la acción expresada en el verbo rector no es el último ni el único baremo para determinar qué conductas constituyen la realización de un tipo penal concreto.

Si esto es así, habrá que recurrir a un análisis menos formalista cuando se intente establecer si el hecho de no remover determinados estados de cosas puede considerarse parte de la realización típica. La cuestión de fondo, de modo similar a la tesis que desarrolla la existencia y fundamentación de los delitos de omisión impropia, dependerá más de un aspecto material que se expresa en la siguiente pregunta: «¿Ha adquirido, el autor de esa conducta en concreto, el deber de remover el estado de cosas subsecuente generado por esta?».

Con esto, concluimos las críticas a la concepción bifásica y al empleo desmesurado del criterio del verbo rector como forma de identificación de delitos permanentes. Pasamos ahora a exponer nuestra propia concepción en torno a esta institución.

2. Propuesta: el delito permanente como supuesto de injerencia tipificado

2.1. Riesgo prohibido y delito permanente

La escasa discusión que ha existido en doctrina acerca del delito permanente siempre ha estado concentrada en determinar si realmente existe una prolongación de la consumación en esta clase de comportamientos delictivos, o si es más adecuado entender que lo que se prolonga es más bien la fase conocida como «terminación».

El hecho de que la discusión haya girado en torno a estas nociones, sin embargo, relegó a un segundo plano a un concepto previo desde el cual es más sencillo aproximarse al problema: el riesgo prohibido. La función principal del derecho penal es desincentivar la realización de comportamientos de riesgo prohibido; por lo tanto, todos los conceptos que lo integran tienen que tener una vinculación directa con esta noción.

Solo la conducta puede crear riesgos prohibidos. Los sujetos deciden qué conductas ejecutan y cómo; de modo que sí es posible afirmar que el riesgo prohibido siempre es expresión de la libertad jurídicamente desaprobada de alguien. Al derecho penal solo puede interesarle prohibir aquello que es expresión de la libertad de los sujetos, y nada es más expresivo de ella que el riesgo prohibido creado, entendiendo este como una situación de perjuicio normativo que una conducta le ocasiona a un bien jurídico.¹⁷ El riesgo prohibido se desarrolla en paralelo a la ejecución típica¹⁸ y aumenta su intensidad desde que se inicia el comportamiento hasta la consumación, momento en el que alcanza su máximo nivel.

La regla del aumento gradual del riesgo típico desde el principio de la tentativa hasta la consumación se cumple también en los delitos de omisión y en los de mera actividad. Con respecto a los primeros, si bien se afirma que en estos existe una situación de riesgo preexistente no prohibida por la norma (Gracia 2004: 130), esta no debe confundirse con el riesgo prohibido, que es únicamente el que proviene de la conducta del sujeto, el que

él, sin embargo, sí puede hablarse de nexo causal en las omisiones, aunque no en referencia a la omisión como tal, sino en relación con la acción positiva pensada y a su resultado. Gracia (2004: 122).

17 Acerca de la determinación normativa del riesgo prohibido, véase Roxin (2007a: 94).

18 Salvo en ciertos casos de delitos de resultado tardío, que no se pueden abarcar aquí por razones de espacio.

representa una contravención a la pauta de comportamiento expresada en la norma penal. El «no hacer» del garante crea este riesgo prohibido normativamente. El otro riesgo (que existe antes de la omisión) carece de significado jurídico. Por ende, también en estos delitos el riesgo prohibido se inicia con la conducta del sujeto (que en estos casos es una omisión) y se va desarrollando hasta alcanzar el máximo punto de lesividad (García Caveró 2008: 457-458).¹⁹

En cuanto a los delitos de mera actividad, la tendencia del riesgo típico a aumentar gradualmente se manifiesta en la medida en que la duración de la actividad delictiva puede necesitar de un cierto período de tiempo para completarse. Si se identifica el momento en el que la actividad termina de ser realizada con el momento de mayor lesividad (consumación), se apreciará que el aumento progresivo del riesgo típico es regla también aquí. El abogado que le entrega una carta escrita de su puño a letra a un periodista revelándole todos los secretos de su patrocinado comete el delito de mera actividad de violación del secreto profesional.²⁰ Si asumimos que tuvo que tomar un autobús interprovincial para llevarle personalmente la carta al periodista y que el viaje le tomó tres días, se puede entender que el riesgo típico fue aumentando a medida que se acercaba a su destino, hasta alcanzar su apogeo cuando finalmente encontró al periodista y le entregó la carta.

Los delitos permanentes no escapan a esta regla genérica. No obstante, su principal característica es que, en ellos, una vez alcanzado el máximo nivel de riesgo prohibido para el bien jurídico, este puede mantenerse durante un período de tiempo potencialmente indeterminado si así lo decide el autor. A diferencia del resto de delitos, en los que una vez alcanzado el punto máximo de lesividad el riesgo decae, en el delito permanente el autor se coloca en una posición desde la cual puede mantener por un tiempo potencialmente indeterminado el nivel de peligro prohibido al máximo.

Quien priva de su libertad a alguien tiene la obligación de devolvérsela y hasta que no la cumpla (o este la recupere por otros medios) se considerará que sigue cometiendo el injusto del secuestro. Quien oculta a las autoridades los bienes procedentes de ciertos delitos tiene la carga de finiquitar ese estado de ocultamiento y hasta que no lo haga se le seguirá atribuyendo la realización del delito de lavado de activos.

En todos los delitos permanentes la acción inicial (que es de por sí un delito ya consumado) pone al bien jurídico en una posición de particular vulnerabilidad frente al autor. No es una posición respecto de la cual este pueda decidir si se produce o no una lesión o puesta en riesgo del bien jurídico, puesto que esta ya se produjo; pero sí es una posición desde la cual puede decidir por cuánto tiempo se mantendrá el máximo grado de lesividad.

Desde el punto de vista fáctico, puede entenderse que existen siempre dos acciones en los delitos permanentes. La primera es una conducta que crea una situación cuya permanencia significa la manutención de la lesión al bien jurídico. En un delito de secuestro, la primera acción iría desde el momento en el que se inician los actos orientados a privar de libertad al sujeto pasivo hasta que dicha privación se materializa. La segunda acción consiste en no impedir que la situación generada a consecuencia de la primera (en este caso, la situación de privación de libertad experimentada por el sujeto pasivo) se mantenga en el tiempo.

19 En contra: Silva (2004: 16).

20 Artículo 165 del Código Penal.- «El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multas».

Desde el punto de vista jurídico-valorativo, ambas acciones son en realidad una sola. La vinculación entre ambas es evidente: la segunda consiste en no impedir que subsista la situación generada por la primera. Ambas constituyen una unidad valorativa porque la esencia de la segunda acción es infringir los deberes que el autor adquirió con la realización de la primera —los detalles de este se explicarán posteriormente—.

Una vez alcanzado el máximo nivel de lesividad, el sistema le impone al sujeto que se ha constituido en aquella posición especial el deber de reconducir la fuente de peligro desbordada hacia niveles permisibles. Este deber es el único que cabría imponerle a quien se encuentra en dicha posición, puesto que en este punto ya existe un delito y, por ende, la fuente de peligro ya está desbordada. Lo único que está por verse es *por cuánto tiempo se mantendrá desbordada la fuente de peligro a consecuencia de la mantención de la situación creada por la conducta delictiva inicial del sujeto*.

Sería absolutamente extraño que un ordenamiento jurídico le imponga a los destinatarios de sus normas el mandato de no lesionar bienes jurídicos, pero no el mandato de remover situaciones de máxima lesividad para estos cuando tal escenario es posible. La norma penal que subyace a los delitos permanentes ordena a sus destinatarios no realizar comportamientos de riesgo para un bien jurídico concreto; pero, además (y esta es la diferencia con las de otros tipos penales), *no aprovechar la posición generada por la realización de dicho comportamiento de riesgo para mantener los niveles máximos de lesividad para un bien jurídico por un tiempo indeterminado*.

El deber que tiene el autor del delito permanente de eliminar la situación de riesgo proviene del hecho de que fue él quien la creó. Incumplir este deber significa mantener en el tiempo el riesgo típico creado. En esta medida, y aunque ambas acciones son normativamente una sola, la primera puede considerarse una conducta precedente, que crea un riesgo para un bien jurídico; y la segunda, una acción consistente en permitir que dicho riesgo se siga realizando. Esta es la base para afirmar que los delitos permanentes son supuestos de injerencia tipificados, como pasaremos a explicar.

2.2. La configuración de la injerencia en los delitos permanentes

En doctrina, la injerencia se entiende como una fuente de posiciones de garante originada en el control que un sujeto tiene sobre un foco de peligro.²¹ En este trabajo, se asumirá la definición de injerencia esbozada por Jescheck y Gimbernat, quienes la entienden como el principio por el cual quien crea un peligro de lesión para un bien jurídico responderá por ella igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si omite evitar que el riesgo que puso en marcha mediante su hacer precedente termine produciendo dicha lesión.²²

El fundamento de la institución es permitir los contactos anónimos que se producen en una sociedad de libertades (Jakobs 2000: 52). Los ciudadanos pueden realizar cualquier conducta si asumen el deber de evitar que esta conlleve consecuencias lesivas para terceros. Si se sabe de antemano que todos evitarán que las consecuencias de su conducta perjudiquen

21 Según la clasificación que distingue entre posiciones de garante provenientes de la función de protección de bienes jurídicos y posiciones de garante provenientes del deber de controlar una fuente de peligro. Es una clasificación cuestionable, por cierto. Véase Mir Puig (2008: 324 y ss.).

22 Mazuelos (1995b: 101). Jescheck (2002: 673-674). Polaino (2009). Gimbernat (1997: 20 tomo L). También la doctrina mayoritaria la ha entendido así: Bustos (2004: 1005-1006, tomo I). Berdugoy otros (1999: 188-189).

a otros, entonces no será necesario conocer a cada persona antes de arriesgarse a vincularse con ella. El sistema puede permitir que cada individuo actúe como quiera, siempre que todos se comprometan a no perjudicar a otros con su actuar. La ruptura de este compromiso generará responsabilidad penal. Por ello, la injerencia es una expresión del sinalagma *libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias* (Jakobs 2000: 52).

Lo esencial de la injerencia es la existencia de dos momentos. Un primer momento en el que se crea una fuente de peligro y un sujeto se torna responsable de evitar que esta se salga de control (*comportamiento precedente*), y un segundo momento en el que la fuente se sale de control y el sujeto responde penalmente por este hecho. Estos dos momentos son los que deben estar presentes también en el delito permanente para poder afirmar que en estese reproduce dicha estructura.

El primer momento se manifiesta en los delitos permanentes mediante un conducta que constituye ya un delito consumado. Esto no es algo novedoso, ya que la doctrina mayoritaria se ha inclinado por considerar que el comportamiento precedente de la injerencia debe ser ilícito, aunque esta ilicitud ha estado usualmente referida al incumplimiento de normas extrapenales.²³ No obstante, no faltan ejemplos en los que el comportamiento precedente en sí mismo es ya un delito.²⁴

Más allá de las opiniones autorizadas, ¿qué es lo que hace que un delito pueda o no ser un comportamiento precedente dentro de la estructura de la injerencia? En nuestra opinión, lo decisivo para ello es evaluar si la realización de un delito consumado puede entenderse como la creación de un foco de peligro. Lo que caracteriza al foco de peligro de la injerencia clásica es su capacidad para generar un peligro latente, que pueda mantenerse en el tiempo e incrementar su magnitud hacia niveles prohibidos.

Así lo demuestran los ejemplos típicos. Penetrar en un desván lleno de materiales inflamables fumando una pipa²⁵ es claramente crear una fuente de peligro para el bien jurídico patrimonio (entre otros). Luego, el riesgo que emana de esta fuente de peligro se incrementará cuando el fumador deje caer chispas que ocasionen un incendio; y si no logra evitar que el fuego dañe la propiedad ajena, se configurará el delito de daños contra el patrimonio. Entre el momento de la entrada con la pipa y el momento del incendio se produce un incremento del riesgo. La injerencia tiene sentido en el ejemplo porque entre ambos momentos hay un lapso durante el cual el sujeto tiene la posibilidad de evitar que el incendio se produzca, es decir, que el riesgo se eleve.

Esto es, desde nuestra perspectiva, a lo que Jakobs se refiere cuando señala que el rasgo definitorio del comportamiento precedente es su capacidad para crear un riesgo especial. Por

23 Así: Jescheck (2002: 672), con abundantes citas a la doctrina alemana (nota a pie de página número 54), quien señala que la actuación previa debe haber sido contraria a deber, aunque no necesariamente culpable. Berdugo (1999: 189). Bustos (2004: 1006, tomo I). Mir Puig (2008: 325-326), aunque reconoce que podrían haber casos de conductas precedentes no antijurídicas capaces de crear riesgos por cuya contención debería responder el responsable del riesgo, como el caso de quien convence a un niño que no sabe nadar de que se meta al agua.

24 Mir Puig pone el ejemplo del sujeto que atropella de manera imprudente a un peatón, y luego huye del lugar sin socorrerlo sabiendo que esto posiblemente determine su muerte. El autor citado sostiene que en ese caso habría homicidio doloso (2008: 324). De su ejemplo se desprende, sin embargo, que al momento del atropello habría también un delito de lesiones culposas. Lo que sucede es que estas lesiones luego generan la muerte del sujeto, debido a que el autor fugó en lugar de socorrerlo, incrementando de este modo el peligro prohibido que su comportamiento previo había generado.

25 Ejemplo de injerencia citado por Polaino (2009: 94).

riesgos especiales se entienden aquellos que son consecuencia de un uso especial de la libertad, en la medida en que sobrepasan la libertad general de acción y son potencialmente capaces de lesionar ámbitos de libertad ajenos posteriormente, a menos que quien los generó evite esta consecuencia (Jakobs 2000: 983).

Desde el punto de vista subjetivo, agregaríamos que la existencia de un riesgo especial requiere además cualquiera de las siguientes dos situaciones: o bien a) que al momento de realizar el comportamiento precedente el sujeto conozca que está creando un riesgo latente para un bien jurídico que podría, posteriormente, realizarse en una lesión o en una puesta en peligro más intensa del mismo, o bien b) que el sujeto desconozca que su conducta precedente crea un riesgo latente para un bien jurídico y pese a eso el sistema le exija haber conocido la creación de riesgo que estaba realizando.²⁶

Teniendo esto en cuenta, corresponde ahora determinar si la realización y consumación de un delito puede crear una fuente de peligro o un riesgo especial. En el delito permanente, el foco de peligro es el riesgo que se crea a partir de su realización inicial y consumación. Este sería el primer momento, el *comportamiento precedente*.

En el delito permanente de asociación ilícita para delinquir, por ejemplo, este momento iría desde que el sujeto se apresta a ingresar a una organización criminal (inicio de la tentativa) y terminaría cuando ya logró entrar en ella (consumación). Luego, lo que ocurrirá es que el máximo nivel de riesgo prohibido se mantendrá a menos que el autor o terceros hagan algo para evitarlo en el segundo momento. Todo el tiempo durante el cual el sujeto integre la organización criminal supone la perturbación al máximo nivel del bien jurídico «tranquilidad pública».

No hay una relación de incremento del riesgo entre ambos momentos, pero sí una relación de manutención del riesgo previamente creado. En el ejemplo propuesto no se advierte por qué el hecho de permanecer en la organización criminal sería más grave que el hecho de ingresar a esta. Sí es innegable, sin embargo, que a largo plazo mantener una situación de perjuicio para el bien jurídico debería conducir a un incremento del injusto. Esto no significa, no obstante, que exista una relación instantánea del tipo «más tiempo de manutención de la situación de lesividad equivale a un mayor injusto». El incremento de la gravedad del injusto no depende solo de la manutención de la situación ocasionada, sino también de otros factores.

Lo realmente crucial para que exista injerencia es que el riesgo generado por el comportamiento precedente no se agote con él. Precisamente esto ocurre con el delito permanente y también con los casos clásicos de injerencia: el riesgo generado por el comportamiento precedente no termina con la realización de este, sino que se incrementa (en los casos clásicos de injerencia) o se mantiene al máximo nivel (en los casos de delitos permanentes). Y en tanto que exista un riesgo latente, dirigido a lesionar un bien jurídico o capaz de conservar su perturbación en el tiempo, resulta razonable exigirle al individuo que lo puso en marcha que se haga cargo de este.

En la gran mayoría de supuestos, la consumación del delito agota el riesgo proveniente de la conducta. Pero en los delitos permanentes es posible preservar el riesgo creado por esta; y, por ende, seguir lesionando el bien jurídico. Esta posibilidad adicional es la que justifica que se pueda considerar la realización de delitos como comportamientos precedentes a la manera

26 No es este el lugar, por razones de espacio, para explicar los rasgos del delito permanente culposo. Al respecto, véase Arrieta (2013: 126-140).

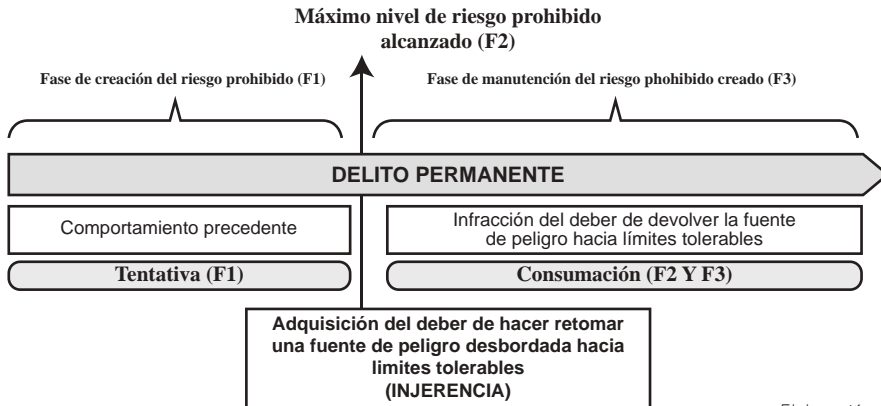
de la injerencia. Por ello, consideramos que ejecutar y consumir un delito sí puede significar la creación de un foco de peligro.

Si se asume que la ejecución y consumación de un delito puede entenderse como la creación de una fuente de peligro, la consecuencia siguiente es que resulta necesario imponerle a quien la creó un deber destinado a minimizar los perjuicios que esta le pueda causar al bien jurídico. Pero, para hablar de este deber, debe admitirse previamente que la ejecución y consumación de ciertos delitos genera posiciones de garante por injerencia, lo cual intentaremos demostrar en las siguientes líneas.

El gráfico que a continuación se muestra contribuirá a explicar mejor el planteamiento hasta aquí expuesto:

Gráfico N° 1

Representación gráfica de la estructura del delito permanente propuesta



Elaboración propia

2.2.1. La posición de garante por injerencia en los delitos permanentes

No es este el lugar para realizar una exposición detallada sobre la evolución de las maneras de concebir la posición de garante en doctrina. Aquí se trata más bien de argumentar en torno a los aspectos de esta que sirvan para demostrar su existencia en los delitos permanentes. Para eso, es pertinente exponer primero cuáles son los pasos que se seguirán para fundamentar la existencia de una posición de garante en estos delitos, y cómo es que la infracción de sus deberes termina constituyendo una conducta típica.

a) Pasos para demostrar la existencia de una posición de garante en los delitos permanentes

Para demostrar la existencia de una posición de garante en los delitos permanentes es necesario que la situación que se presenta en estos atraviese tres filtros. En primer lugar, se requiere

atender a si en ellos existe una relación especial entre el sujeto y el bien jurídico tutelado, ya que esta es un presupuesto de todos los deberes de garante.

En segundo lugar, será necesario evaluar si el autor del delito permanente se encuentra jurídicamente comprometido a evitar que el riesgo generado siga perjudicando al bien jurídico. Esto se debe a que no basta con que exista una relación especial entre el bien jurídico y un individuo para que estese encuentre inmediatamente obligado a protegerlo. Se requiere que exista, además, un acto por el cual ese individuo se compromete a proteger el bien jurídico frente a determinados riesgos. Este acto debe buscarse y encontrarse en la estructura del delito permanente para poder hablar de un deber de garante en él.

De pasar este segundo filtro, habrá que demostrar finalmente por qué la infracción del deber de garante que emana de la posición especial en la que se coloca el autor del delito permanente puede entenderse como la realización del tipo penal. Este último filtro se justifica en tanto que si bien en este momento existe ya un desarrollo doctrinal que explica por qué la infracción del deber de garante en los delitos de omisión impropia se entiende como realización típica, no debe olvidarse que el deber infringido en esos casos es uno que consiste en mantener dentro de límites estables una fuente de peligro.

El deber que emana de la posición especial generada en el delito permanente, en cambio, no puede consistir en mantener una fuente de peligro dentro de límites no prohibidos, porque al constituirse el autor dentro de tal posición ya existe un delito consumado; y, por ende, una fuente de peligro ya desbordada. En consecuencia, la fundamentación que explique cómo es que la infracción del deber que emana de la posición especial de garante en el delito permanente es parte del injusto del autor debe ser también distinta en alguna medida. Empezaremos el análisis verificando la existencia de una vinculación particular entre el bien jurídico y el autor del delito permanente.

La relación especial entre el garante y el bien jurídico como uno de los elementos constitutivos de la posición de garante presente en el delito permanente

Se atribuye a Nagler haber formulado la tesis de la posición de garante para fundamentar el injusto de los delitos de omisión (Quinteros 2010: 394) y (Bacigalupo 1983: 35-41) e impedir las arbitrariedades que desde la escuela de Kiel promovían los seguidores del nacional socialismo (Bacigalupo 1983: 31-32).²⁷ Ya desde entonces, este autor planteó que la característica principal de las posiciones de garante era la existencia de una «especial posición en la vida jurídica» por parte de quienes las ocupaban (Nagler citado por Bacigalupo 1983: 38), admitiendo como fuente de estas a la injerencia (Bacigalupo 1983: 39).²⁸ La «especial posición en la vida jurídica» era entendida como la función de defensa de un bien jurídico ante los peligros que lo amenazan (Bacigalupo 1983: 37 y 41), que solo correspondía a determinados individuos. Este planteamiento inicial fue acogido por casi todas las elaboraciones posteriores sobre la posición

27 Los seguidores de esta corriente empleaban criterios como el del «sano sentimiento del pueblo alemán» para determinar cuándo una omisión podía ser punible. La cuestión de la omisión fue reducida por la escuela de Kiel a un problema de autoría. El proyecto del Código Penal alemán de 1936 lo manifestaba así: «[...] será punible por su omisión quien según el sano sentimiento del pueblo aparezca como autor».

28 Aunque con una connotación del concepto de injerencia algo distinta de la que recibe hoy por hoy.

de garante, en las que se menciona siempre la existencia de una relación especial con el bien jurídico.

Las etiquetas varían. Algunos hablan de un llamado especial a la protección de un bien jurídico (Jeschek 2002: 668), o de una responsabilidad de protegerlo generada por la posición de garante (Gimbernat 1997: 12-13). Otros mencionan una relación especial entre el sujeto y el bien jurídico que crea cierta dependencia del segundo respecto del primero (Berdugo 1999: 184). Otros indican la existencia de una competencia respecto del proceso de salvaguarda del bien jurídico (Polaino 2009: 81), o señalan que se produce un compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos concretos que amenazan a bienes jurídicos específicos (Silva 2004: 16). No faltan quienes alegan una vinculación real y concreta del sujeto con el bien jurídico en peligro (Bustos 2004: 991, tomo I). Otros consideran que el fundamento de la posición de garante es el poder de decisión que tiene un sujeto respecto de un bien jurídico (Gracia 2004: 145),²⁹ y algunos firman que el dominio sobre una fuente potencial de peligro para un bien jurídico origina determinados deberes de obrar (o deberes del tráfico) (Schünemann 2009: 331).

De manera genérica, de todas estas formulaciones puede extraerse que hay consenso doctrinal en señalar que para que exista una posición de garante tiene que existir antes una relación especial entre el potencial garante y el bien jurídico implicado. Esta relación se basa en una situación de particular vulnerabilidad en la que se encuentra el bien jurídico respecto de ciertas personas.

¿Se verifica una relación similar en el caso del delito permanente? En nuestra opinión sí, en tanto que luego de realizar el comportamiento precedente el autor del delito permanente tiene la posibilidad de extender su conducta en el tiempo para seguir lesionando el bien jurídico. Esta posibilidad implica que el sujeto se encuentre en una posición especial frente a este. De otro modo no podría siquiera plantearse la opción de mantener el nivel de peligro prohibido. Existe, cuando el autor del delito permanente alcanza esta posición especial, una relación distinta que se teje entre él y el bien jurídico sin la cual el autor no tendría la posibilidad de mantener el máximo nivel de riesgo. Puede concluirse, en consecuencia, que en los delitos permanentes también se genera una relación de especial vulnerabilidad entre el bien jurídico tutelado y el autor.

Pero esto no es suficiente para decir que hay una posición de garante por injerencia en los delitos permanentes. El garante no es solo alguien respecto de quien el bien jurídico se encuentra en una situación de especial dependencia, sino sobre todo alguien que ha incorporado a su esfera de competencias el deber de neutralizar el riesgo que amenaza al bien jurídico. Es por esta razón que luego se le atribuye la no realización de la conducta esperada como una omisión penalmente relevante. Es necesario, por ende, encontrar este acto de incorporación del deber de neutralizar el peligro a la esfera de competencia del autor del delito permanente.

El acto de incorporación a la esfera de competencia propia del deber de neutralizar el riesgo subsecuente en el delito permanente (comportamiento precedente)

La doctrina mayoritaria clasifica las formas de adquirir el deber de neutralizar el riesgo en dos grandes grupos: se es garante por tener el control sobre una fuente de peligro, o por tener

29 Se refiere a esta situación con el nombre de «dominio social».

una función de protección del bien jurídico afectado.³⁰ Sin embargo, es posible simplificar al extremo todos los criterios que diferencian entre las distintas fuentes señalando que en todas ellas se considera garante a quien ha asumido voluntaria y libremente el control de una fuente de peligro, obligándose con ello a la supervisión de cierto riesgo (Meini 2009: 46). Esto es lo que debe hallarse también en el delito permanente para poder afirmar que en él hay una posición de garante.

Ahora bien, al afirmarse que en él se reproduce la estructura de la injerencia, se está diciendo también que lo que convierte en competente por el riesgo subsecuente al autor del delito permanente es, precisamente, el hecho de haber creado él mismo el riesgo que luego mantiene. Son pertinentes aquí las reflexiones previas acerca de cómo es que la ejecución y consumación de ciertos delitos puede entenderse como la creación de una fuente de peligro en virtud de que el riesgo que emana del injusto culpable inicialmente realizado no termina con la consumación, sino que se mantiene en su máximo nivel.

Si se acepta esto, no debería existir mayor problema en comprender que solo quien ha creado el riesgo prohibido que ahora se mantiene en el tiempo es quien debe ser exigido por el sistema para que lo neutralice. El acto por el cual el autor del delito permanente incorpora el deber de neutralizar el riesgo subsecuente a su esfera de competencias es la ejecución inicial de este, desde el inicio de la tentativa hasta el momento en que se alcanza la consumación.

Con la ejecución inicial del delito permanente, el autor del delito comunica su decisión de hacerse cargo del riesgo que sobrevenga, del mismo modo que quien entra en un desván lleno de materiales inflamables con una pipa encendida comunica su decisión de hacerse cargo del riesgo producido en caso de un eventual incendio ocasionado por una chispa que se le escape.

No es necesario profundizar más en este asunto porque ya se ha abordado en los párrafos anteriores al explicar las generalidades de la estructura del delito permanente y la presencia de la injerencia en él. Lo que corresponde ahora es establecer por qué la infracción de los deberes adquiridos a partir de la realización del comportamiento precedente en el delito permanente puede entenderse como realización típica.

La infracción del deber de devolver el foco de peligro ya desbordado a niveles permitidos como forma de ejecución típica que mantiene el riesgo al máximo nivel

¿Cómo es que el incumplimiento del deber de reconducir a límites permitidos una fuente de peligro ya desbordada puede considerarse valorativamente como conducta que mantiene el máximo nivel de riesgo para un bien jurídico en particular? Llevado al terreno práctico, se trata de entender cómo es que el acto de mantener ocultos los bienes procedentes del lavado de activos puede ser igual al acto de ocultamiento, cómo es que la manutención de la privación de libertad de la víctima del delito de secuestro puede ser igual al acto de privación de la libertad, cómo es que el acto de rehusarse a salir de un domicilio contra la voluntad de su titular puede ser igual al acto de permanecer en él, entre otros.

Como hicimos notar al comenzar este apartado, debe considerarse que el deber que emana de la posición especial que adquiere el autor en el delito permanente no es exactamente el mismo que el que se infringe en los delitos de omisión impropia. El deber de mantener dentro

30 En detalle: Mir Puig (2008: 318 y ss.).

de límites permisibles una fuente de peligro no es exactamente igual al deber de reconducir hacia niveles de riesgo aceptables una fuente que ya se salió de control.

Por ende, no puede emplearse la fundamentación que usa la doctrina para los delitos de omisión impropia. Se trata en parte de un problema de la parte especial del derecho penal que ha de resolverse determinando cuál es el riesgo prohibido que genera cada conducta típica concreta para cada bien jurídico. Una vez identificado este, es necesario compararlo valorativamente con el que produce la situación creada por la conducta del autor. Si esta comparación arroja que valorativamente se mantiene el mismo nivel de riesgo prohibido, el tipo penal es potencialmente permanente. La clave es fijarse en cada caso en concreto si existe una continuidad en los niveles de riesgo prohibido.

Como solo la conducta puede producir riesgo prohibido, concluir que determinada situación mantiene un riesgo prohibido para un bien jurídico implicará siempre aceptar que permitir que tal situación se mantenga es una forma de conducta típica. El riesgo prohibido define qué es y qué no es conducta para el derecho penal.

Lo que sí puede afirmarse con carácter general es que quien adquiere una posición como la que obtiene el autor del delito potencialmente permanente tiene que estar obligado a reconducir los niveles de peligro prohibido hacia límites permitidos. Se trata de un deber relacionado con el mandato general de no lesionar bienes jurídicos, que se infringe con la realización de absolutamente cualquier delito, pero que presenta ciertos rasgos propios.

El destinatario de este deber ya infringió el mandato general de no lesionar bienes jurídicos, pero conserva la posibilidad de disminuir el riesgo que se sigue produciendo gracias a la situación de lesividad para el bien jurídico que su pasividad permite. Y eso es exactamente lo que se le exige al autor del delito permanente que se encuentra en un momento posterior a la fase denominada F2 en el gráfico líneas arriba presentado.

La identidad entre la infracción de este deber y la manutención del máximo nivel de riesgo no permitido es importante porque posibilita entender todo lo que ocurre luego de la consumación del delito permanente, así como el hecho de que no se considere que se inicia otro comportamiento delictivo diferente después de su consumación. La unidad delictiva entre las fases que aquí se denominan F1, F2 y F3 se debe a que las tres componen un solo desvalor de acción. La primera lesiona el bien jurídico y tiende a alcanzar el máximo nivel de riesgo prohibido; la segunda supone el momento en el que dicho nivel finalmente se alcanza, y la última fase constituye el período durante el cual los niveles de riesgo se mantienen a tope.

El hecho de que la tercera fase constituya la infracción de los deberes adquiridos en las dos anteriores es lo que permite evadir la figura del concurso, que se presentaría si se considerase que existen dos delitos distintos. Lo que se aprecia en el delito permanente es la creación de un riesgo y luego la manutención de este; no dos riesgos distintos. Se trata del mismo riesgo porque existe una situación de injerencia que permite vincular todas las fases involucradas: la creación de riesgo y la manutención de este.

¿Puede considerarse este deber uno de garante? En nuestra opinión, sí. El deber que emana de la posición de garante por injerencia en el delito de omisión impropia es uno que consiste en mantener estable una fuente de peligro (Meini 2003: 439).³¹ El deber que emana de la posición de garante por injerencia en el delito permanente busca reestabilizar una fuente de peligro que ya se salió de control. En ambos casos, el sujeto incorporó libremente a su esfera de competencias la obligación de velar porque no se generen perjuicios al bien jurídico. Para

31 Citando a Gimbernat.

relacionar ambos y sistematizar, podría afirmarse que son especies dentro del deber genérico que tiene todo sujeto de *evitar que los riesgos que emanan de una fuente de peligro a su cargo lesionen o continúen lesionando algún bien jurídico*.

Ahora que han quedado explicadas las razones por las que creemos que existe una posición de garante en el delito permanente, podemos pasar a explicar cómo se produce en él la consumación.

2.3. La consumación en el delito permanente

La cuestión de la forma como se produce la consumación del delito permanente está influida por el contenido que se le asigne a esta noción. Si se sigue planteando una escisión entre las concepciones «formal» y «material» de la consumación, la solución seguirá siendo problemática. Pero esto no tiene por qué ser así. La consumación debería entenderse, ante todo, desde el punto de vista del riesgo prohibido.

Desde esta perspectiva, ella no representa sino el momento en el cuál este alcanza su punto más álgido (F2), y, por ende, el momento de mayor intensidad en la perturbación del bien jurídico protegido. En el delito permanente, esta situación puede no presentarse del mismo modo que en el resto de delitos, es decir, como un instante simultáneo al momento en el que se completa la realización de los elementos del tipo. En él, el autor es capaz de mantener el máximo de nivel de riesgo durante un lapso.

Esta particularidad en la forma como se produce el riesgo prohibido en este tipo de delitos justifica también un trato diferenciado en el modo de entender la consumación aquí. La realización del tipo penal es un proceso distinto en los delitos permanentes. En ellos, esta no termina en el momento en el que se han realizado todos los elementos del tipo. Por el contrario, al realizarse todos los elementos del tipo penal se abre la posibilidad de seguir perturbando el bien jurídico al máximo nivel. En los delitos permanentes, excepcionalmente, resulta posible seguir realizando el tipo penal completo durante un lapso. Por eso el riesgo prohibido puede mantenerse al máximo también durante un lapso.

Si se admite que durante la «tercera fase» (F3) la mantención del riesgo constituye conducta típica, deberá admitirse también que, aunque parezca extraño, el tipo se sigue realizando pese a que ya se alcanzó el nivel máximo de lesividad. Esta conclusión permite prescindir de la fase de terminación para explicar lo particular del delito permanente y aceptar, más bien, que la consumación sí puede durar un lapso.

La cuestión de qué es lo que se prolonga varía dependiendo de la estructura propia del delito (de mera actividad o de resultado) y de la concepción del injusto que suscriba el intérprete.

Así, si se considera que solo la conducta integra el mismo, los delitos permanentes serán siempre delitos en los que lo que se prolonga es la conducta delictiva. No hay más opciones; ya que, bajo esta manera de entender el injusto, la conducta es el único componente del mismo y en consecuencia todos los delitos son siempre «de mera actividad». Los delitos de resultado no existen como tales desde esta concepción, sino que son más bien casos en los que un resultado sobreviene después de que el injusto ya se completó (resultado «muerte» en el homicidio) o se mantiene como condición objetiva de punibilidad a medida que se continúa realizando el

injusto (resultado «peligro» en el delito de conducción en estado de ebriedad). El injusto de estos delitos se compone solo de la conducta idónea para producir el resultado ejecutada por el autor. La ubicación sistemática que le corresponde al resultado a nivel de teoría del delito según esta concepción no es el injusto, sino la punibilidad.

Desde una concepción que, a diferencia de la anterior, considere también el resultado como un elemento del injusto, habrá que distinguir según nos encontremos ante un tipo penal permanente de resultado o de mera actividad. En los tipos penales permanentes de resultado lo que se prolongará será este elemento. Como advertiera Roxin (1997: 329), esto es perfectamente posible, aunque —contrariamente a lo señalado por el profesor alemán— no porque el resultado vuelva a realizarse (Roxin 1997: 329), sino porque estese mantiene como expresión del injusto. En el delito de conducción en estado de ebriedad, el resultado «peligro» originado por la conducta del autor se mantendrá mientras este siga manejando el vehículo, es decir, mientras el injusto subsista.

Este último aspecto será fundamental para quien pretenda determinar si un delito de resultado es un tipo penal potencialmente permanente desde la perspectiva de un injusto dualista. Evidentemente, no basta con que el resultado se mantenga en el tiempo. En los homicidios y en las lesiones, el resultado de la conducta del autor también se mantiene. Eso no los convierte en delitos permanentes. Lo que se requiere es que el resultado se mantenga como expresión del injusto, que su persistencia signifique una contravención de la pauta de comportamiento que subyace al tipo penal todo el tiempo que dure su prolongación.

Ciertamente, el resultado «muerte» le es imputable al autor de un homicidio como parte de su injusto (perspectiva dualista), pero la manutención del resultado «muerte» en el tiempo no significa que el autor de este continúe vulnerando la norma penal. En los delitos permanentes de resultado ocurre exactamente lo opuesto.

En lo relativo a un eventual delito permanente de mera actividad, lo que se prolongará será la conducta del sujeto. Esto no quiere decir, sin embargo, que todos los delitos de mera actividad sean automáticamente permanentes. Habrá que evaluar en cada delito de mera actividad por separado cuando el autor se constituye en una posición desde la cual puede mantenerse el máximo nivel de riesgo prohibido luego de la consumación.

En cualquiera de los casos, siempre será el injusto lo que se prolongue. La realización típica persistirá pese a que ya se alcanzaron los niveles máximos de riesgo prohibido. Eso por eso que no resulta contradictorio indicar que se produce una prolongación de la fase de consumación y a la vez se sigue realizando el tipo. Puede afirmarse que la consumación se prolonga porque los máximos niveles de riesgo permanecen, y también puede afirmarse que sigue existiendo realización típica porque el injusto del delito se sigue produciendo. En el delito permanente esto no significa una contradicción.

Con esto quedan agotados los principales aspectos referidos a la estructura del delito permanente.³² Corresponde ahora, por último, evaluar la capacidad de rendimiento de la definición de delito permanente propuesta.

32 Por razones de espacio, no podemos abordar aquí la exposición referida al lado subjetivo del injusto del delito permanente (que de todos modos no sufre modificaciones muy radicales con respecto a sus características en el común denominador de delitos). Para más información sobre esta parte del planteamiento, véase Arrieta (2013: 123-140).

3. Ventajas del planteamiento

Ahora que la estructura del delito permanente que planteamos ha quedado delimitada en sus características más importantes, resulta conveniente evaluar las ventajas de adoptarla. Los beneficios, a nuestro entender, se pueden apreciar en dos niveles. El primer nivel es el de la explicación de los efectos atribuidos al delito permanente de un modo más coherente, que explique mejor la particular intensidad que el *ius puniendi* adopta cuando se trata de reaccionar frente a estas conductas. El segundo nivel es el de la identificación de tipos penales de la parte especial como delitos permanentes

3.1. Ventajas ante la explicación de los efectos del delito permanente

Entender que la conducta típica es aquello que se prolonga en el tiempo en los delitos permanentes permite explicar con facilidad todos los efectos que se le atribuyen a esta institución. Esta forma de concebir a la institución objeto de este trabajo es idónea para mantener una relación de coherencia entre la reacción del sistema y las características especiales de los delitos permanentes. Al aceptar que hay conducta típica más allá de la consumación en estos comportamientos, todos los efectos que se le atribuyen a la institución pasan de ser excepciones a las reglas correspondientes a entenderse como simples aplicaciones del criterio general, con lo que se gana en sistematicidad.

Esto puede apreciarse con claridad en lo relativo a las llamadas «particularidades» que presenta el delito permanente en materia de prescripción. En efecto, en esos casos el inicio del plazo prescriptorio solo se producirá cuando cese la permanencia.³³ Tan arraigada está la idea de que los delitos permanentes reciben un tratamiento especial en esta área que el legislador optó por señalar sus reglas en un inciso aparte, en el artículo 94 del Código Penal.

Sin embargo, habría bastado con mantener la pauta que se establecía en el mismo artículo para los otros casos regulados (tentativa, delitos instantáneos y delito continuado), puesto que cuando la norma indica que el cómputo de la prescripción solo empezará cuando cese la «permanencia», lo que realmente está diciendo es que este solo se iniciará cuando termine la conducta típica. Y esto no es ninguna sorpresa.

Mal podría empezar a contabilizarse la prescripción de cualquier delito si la conducta típica de este todavía no ha concluido. De ahí que el legislador señale, para los otros casos, que el plazo iniciará con el cese de la actividad delictiva, o cuando se produzca la consumación (dado que usualmente la consumación expresa el momento en el que deja de realizarse la conducta típica). En realidad, el delito permanente no se aparta de esta disposición común, sino que sigue la misma pauta.

En lo que respecta a la posibilidad de que exista participación delictiva después de que la conducta del autor ya se consumó, debe precisarse que esta situación se considera un caso sui generis porque la regla general es que quepa la participación solo hasta el momento de la consumación. Ello, porque normalmente la consumación del delito viene seguida de los actos de agotamiento, los cuales ya no generan una perturbación del bien jurídico tutelado; y, en

33 Artículo 94 del Código Penal: «Los plazos de prescripción de la acción penal comienzan: [...]»

4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia».

consecuencia, ya no requieren que se les califique como complicidad. De ser el caso, es posible hablar del delito de encubrimiento o de alguna otra forma delictiva distinta a la participación, que no requiera una conducta principal en ejecución.

En los delitos permanentes también se aplica esta manera de razonar. En efecto, desde que se admite que lo que se prolonga en el tiempo durante la consumación es también conducta típica, resulta razonable considerar que aquellas formas de intervención que colaboren con la prolongación de esta deben ser también sancionadas como complicidad, en la medida en que se sigue perturbando al mismo bien jurídico que era objeto de ataque durante la fase de tentativa. Quien ayuda al autor de un delito de lavado de activos en la modalidad de tenencia de bienes procedentes del delito (el cual es un delito permanente (Prado 2007: 163)³⁴ a seguirlos manteniendo fuera del alcance de las agencias de control está colaborando con una conducta típica que se sigue realizando; no con el ocultamiento de una que ya se realizó.

Si se acepta que la conducta típica del delito permanente mantiene los niveles de peligro prohibido al máximo durante un lapso de tiempo potencialmente indeterminado, esto no resultará extraño. Si los máximos niveles de riesgo se prolongan en el delito permanente, ello solo puede deberse a que hay una conducta típica que los mantiene. Y si todavía existe conducta típica, es lógico que las contribuciones a esta se deban calificar como participación delictiva.

En cuanto a la particular aplicación temporal de la ley penal en los delitos permanentes, entender que lo que se prolonga en el tiempo en estos comportamientos delictivos es la propia conducta típica permite, nuevamente, reconducir lo que parecía un caso excepcional a la regla general. Conforme al artículo 6 del Código Penal,³⁵ la ley penal aplicable a un caso concreto es aquella que está vigente en el momento de la comisión del hecho punible. Esto suscitaba ciertas dudas en los casos de delitos permanentes en los cuales la tipificación delictiva se había realizado con posterioridad al inicio de la conducta típica, e incluso después de la consumación de esta, ya que podía parecer que se estaba infringiendo la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal al aplicar una norma penal a un delito comenzado a cometerse, e incluso consumado, con anterioridad.

Sin embargo, la consecuencia de adoptar el planteamiento que aquí se sostiene es entender que sigue existiendo conducta típica aun después del inicio de la consumación. De hecho, al prolongarse en el tiempo los máximos niveles de peligro prohibido, lo que en realidad ocurre es que la propia consumación se extiende durante un lapso.³⁶ La realización típica paralela a la consumación (que es paralela en tanto que mantiene los máximos niveles de peligro prohibido en el tiempo) es conducta típica y, como tal, es parte de la comisión del hecho punible.

Por lo tanto, cuando se aplica una ley penal a un hecho que comenzó a realizarse y alcanzó su consumación antes de su entrada en vigor, pero que seguía realizándose en su fase de consumación cuando esta fue publicada, no se trasgrede la disposición del artículo 6 del Código Penal ni se viola el principio de retroactividad benigna de la ley penal. Por el contrario, en tanto

34 También: García Caverro (2007: 512). Ciertamente, ambos textos fueron redactados antes de la modificación en las normas de lavado de activos establecidas por el D.L. 1106, pero en la medida en que las conductas de ocultamiento y tenencia mantienen la misma estructura que tenían antes de la modificación resulta posible citar a estos autores.

35 Artículo 6 del Código Penal.- «La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible [...]».

36 *Supra*, numeral 2.3.

que la ley penal se aplica a un delito que se sigue cometiendo durante la fase de consumación no estamos, tampoco en este supuesto, ante una excepción a la regla general.³⁷

Finalmente, en lo que respecta a la *ampliación del momento frente al cual cabe actuar al amparo de una causa de justificación hasta después de iniciada la consumación*, ello resulta coherente si se entiende que lo que se prolonga en el tiempo cuando se inicia la fase consumativa es también conducta típica. En un delito permanente de secuestro, por ejemplo, la consumación se produce al momento de la privación de la libertad. La conducta típica que mantiene al máximo nivel el peligro prohibido durante la consumación, y que consiste en permitir que la situación de privación de la libertad experimentada por el sujeto pasivo se mantenga en el tiempo, puede ser repelida por este en aplicación de la legítima defensa incluso después del momento de la privación de la libertad.

Esto es posible gracias a que, nuevamente, la conducta típica del secuestro constituye aquí la agresión ilegítima, presupuesta de la legítima defensa. Si la conducta típica se prolonga más allá de la consumación, entonces también la agresión ilegítima se prolonga más allá de la consumación y, por ende, es posible para el sujeto pasivo hacer lo que resulte necesario para neutralizarla.

De esta manera, entender que lo que se extiende en el delito permanente más allá del momento de la consumación es también conducta típica permite explicar los efectos que se le atribuyen al delito permanente con mayor claridad y siguiendo las reglas generales establecidas para cada una de las áreas en las cuales se solía considerar que estos comportamientos delictivos recibían un tratamiento excepcional.

3.2. Ventajas ante la identificación de delitos permanentes en los tipos penales de la parte especial

Habiendo expuesto los principales rasgos de la postura en torno a la definición del delito permanente que aquí se defiende, corresponde ahora emplear esta definición como una herramienta para establecer si determinados delitos de la parte especial pueden o no considerarse permanentes, a fin de evaluar su utilidad.

Tomaremos como primer ejemplo el delito de omisión de actos funcionales,³⁸ porque al ser un delito de omisión cuenta con una redacción que, de seguirse los lineamientos del criterio del verbo rector, debería conducir (como todos los delitos de omisión) a aceptarlo como un delito permanente. Sin embargo, aplicando la concepción del delito permanente que sostenemos en este trabajo, se llega a la conclusión opuesta.

Aquí, como siempre que se intente esclarecer si un tipo penal es potencialmente permanente o no, es clave la noción de bien jurídico que se asuma. En nuestra opinión, el bien jurídico protegido por este delito es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, concretizado en este tipo penal como el cumplimiento oportuno y eficiente de los deberes establecidos por el ordenamiento para llevar a cabo la función pública.³⁹ Es importante destacar

37 El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en un sentido muy similar en la sentencia recaída en el Expediente 2488-2002-HC/TC (*Caso Villegas Namuche*), FJ 26.

38 Artículo 377 del Código Penal.- «El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa».

39 Preciso: Salinas (2011: 183). Menciona que el bien jurídico es el normal y correcto funcionamiento de la

el indispensable carácter necesariamente oportuno de la función pública porque sin él esta no cumpliría su fin, que a la postre es satisfacer derechos fundamentales de la población.

Por lo anterior, el riesgo prohibido que este tipo penal proscribe es el que se genera cuando el sujeto activo omite cumplir, en el tiempo que corresponde, el encargo funcional que el ordenamiento jurídico le encomienda sin tener ningún motivo razonable para hacerlo. Corresponde entonces preguntarse si el riesgo prohibido generado por el incumplimiento del deber funcional se mantiene luego de que dicho incumplimiento funcional se produce.

Para ello, es necesario evaluar si es que dicho incumplimiento puede entenderse como un comportamiento precedente en los términos ya descritos, es decir, si el riesgo prohibido que genera se agota o no con la omisión funcional, y si es que el estado de cosas generado por esta es suficientemente lesivo como para seguirlo considerando parte de la conducta típica del sujeto activo.

Para determinar esto, es necesario precisar el modo de afectación del bien jurídico tutelado. ¿Exactamente cómo se afecta el correcto funcionamiento de la Administración Pública por medio del incumplimiento de actos funcionales? La vulneración al bien jurídico penal se produce porque la Administración necesita que sus funcionarios operen de acuerdo con lo previsto y de manera oportuna para poder satisfacer los derechos fundamentales de la población. Basta que ese momento transcurra sin que la función respectiva se cumpla para que se alcance el máximo nivel de riesgo prohibido.

La naturaleza del bien jurídico requiere que el funcionario actúe en el momento previsto. No hacerlo es incumplir un deber funcional de relevancia jurídico penal.⁴⁰ Es ese incumplimiento en particular el que le interesa al derecho penal —y no el que sobrevenga cuando la obligación ya se incumplió—. Por eso, si el funcionario omite cumplir en el momento previsto pero lo hace luego tardíamente, el delito no deja de configurarse. De esto se desprende que la situación resultante luego de producido el incumplimiento funcional no puede significar la manutención del mismo riesgo prohibido, porque el momento de cumplir la función ya transcurrió anteriormente y en un solo momento. Por ende, la perturbación del bien jurídico penal ya alcanzó su mayor nivel de intensidad en ese punto.

Lo que suceda después nunca podrá ser tan grave para el derecho penal (aunque podría seguir siendo desvalorado todavía por el derecho administrativo), porque el momento del cumplimiento del deber funcional que se le exigía al servidor público es uno solo. Después de ese momento, ya se perdió la oportunidad para cumplir con el deber funcional y, en esa medida, ya no tiene sentido desvalorar con la misma intensidad la situación subsecuente. Es por eso que no puede hablarse aquí de un riesgo latente que subsista luego de la consumación.

La insatisfacción de los derechos fundamentales ocasionada por el incumplimiento funcional puede subsistir en el tiempo, pero el momento de mayor intensidad para la lesión del bien jurídico siempre será aquel en el cual se perdió la oportunidad de cumplir oportunamente la función. Si se entiende que el buen funcionamiento de la Administración Pública supone ejecutar determinadas prestaciones en determinados momentos, resultará muy complicado aceptar que la situación producida luego de ese momento clave pueda representar el mismo riesgo, o tener la misma importancia para el derecho penal.

Queremos destacar, sin embargo, lo determinante que es la noción de bien jurídico de la que se parte para establecer si un delito es permanente o no. Nosotros suscribimos la tesis

Administración en cuanto a oportunidad y eficacia en el cumplimiento de la función pública.

40 Cuestión distinta, que no podemos abordar aquí por razones de espacio, es qué deberes administrativos reúnen la importancia suficiente como para justificar la intervención del derecho penal por su incumplimiento.

que considera que la oportunidad en la intervención funcionarial es un elemento esencial del correcto desempeño de la Administración Pública. Por lo mismo, una vez que la intervención funcionarial se torna extemporánea, concluyo que ya se alcanzó el máximo nivel de lesividad. El incumplimiento posterior al momento en el que la intervención dejó de ser oportuna no representa el mismo desvalor porque, si bien puede significar una desatención de derechos fundamentales extendida en el tiempo, no puede empeorar la situación ya existente ni mantener el riesgo típico.

Carece de interés, frente al bien jurídico protegido, lo que ocurra después del incumplimiento, porque el desvalor penal ya no puede seguirse manteniendo por mucho que fácticamente el incumplimiento subsista. Realizar todo este razonamiento resultaría más complejo si se admitiesen posturas que no destacan la oportunidad de la actuación funcionarial como un elemento importante del bien jurídico, como hacen ciertos autores (Abanto 2003: 238) y (Hugo 2004: 32).

Tomaremos como ejemplo ahora el delito de insolvencia fraudulenta en la modalidad de ocultamiento de bienes.⁴¹ Como señalamos anteriormente, es fundamental delimitar correctamente el bien jurídico protegido por cada tipo penal antes de intentar establecer cuál es el ámbito de extensión de su conducta típica.

Sobre este punto, la doctrina señala que el bien jurídico tutelado tiene una doble dimensión. Se protegería, por un lado, al sistema crediticio, el cual se ve afectado de manera mediata cuando un acreedor realiza maniobras destinadas a impedir o a dificultar el pago de sus obligaciones⁴² y, al mismo tiempo, de manera inmediata, el interés jurídico individual de los acreedores en ver satisfechos sus derechos de crédito.⁴³

Nuevamente, hay que verificar aquí si concurren los elementos señalados anteriormente. ¿Puede entenderse la acción de ocultar los bienes a los que se hace referencia en este delito como un comportamiento precedente en el sentido de la injerencia? ¿Puede entenderse la consumación de este delito como la creación de una fuente de peligro que no se agota en su propia realización, sino que se mantendrá tanto como dure el estado subsecuente?

La respuesta es positiva, y la razón es que tanto la acción de ocultar como la de permitir que subsista ese estado de ocultamiento son capaces de poner en cuestionamiento la eficacia del sistema para satisfacer los créditos de los acreedores y de lesionar el interés jurídico individual que cada uno de ellos tiene en que el deudor cumpla sus obligaciones. Ambas conductas resultan igual de lesivas para el bien jurídico protegido, sin advertirse por qué una debiera ser más grave que la otra.

Al ocultar los bienes con los que pueden cobrarse los créditos se crea una situación de riesgo latente (o especial) para el bien jurídico tutelado. El nivel de riesgo para el cobro de las acreencias permanecerá al máximo hasta que el autor o un tercero remuevan la situación

41 Artículo 209 del Código Penal: «Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de tres a cinco años conforme al artículo 36 incisos 2 y 4, el deudor, la persona que actúa en su nombre, el administrador o el liquidador, que en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, realizara, en perjuicio de los acreedores, alguna de las siguientes conductas:
1. Ocultamiento de bienes
[...].»

42 En contra: García Caveró (2005: 142).

43 Conforme: Peña Cabrera (2009: 532). Considera que se protege solo el derecho a la satisfacción del crédito: García Caveró (2007: 141), nota a pie de página número 44.

de ocultamiento. Quien oculta los bienes con los que debe satisfacerse el crédito de los acreedores involucrados en el procedimiento de reprogramación de obligaciones comunica con su comportamiento su decisión de hacerse cargo del riesgo que emane de este acto, y se vuelve responsable de evitar que esa situación de ocultamiento siga perturbando al bien jurídico. En consecuencia, se le atribuye la manutención de esa perturbación como parte de su conducta típica.

Ha adquirido, por tanto, y desde el momento en el cual llevó a cabo el ocultamiento, el deber de reconducir la fuente de peligro para el cobro de las acreencias y el sistema crediticio que generó hasta niveles tolerables. Es garante de que ese riesgo, que se mantendrá al máximo nivel hasta que él o un tercero actúen para finiquitarlo, lo neutralicen. Y, en tanto que no cumpla con este deber, se considerará que sigue ejecutando la conducta típica proscrita por el tipo penal. Sí se trata, por todo lo dicho hasta aquí, de un delito permanente.

Hasta aquí hemos procurado demostrar la mayor consistencia del planteamiento que concibe a los delitos permanentes como supuestos de injerencia tipificados al momento de identificar qué tipos penales de la parte especial pertenecen a esta categoría. Desde la perspectiva que aquí se defiende, el juicio de determinación de un delito como permanente resulta más preciso y más concreto si se consideran los criterios propios de la injerencia para llevarlo a cabo.

Considerando todo lo señalado, formularemos ahora, y para finalizar, las tres conclusiones más importantes de este trabajo de investigación.

4. Conclusiones

- a) La concepción bifásica del delito permanente dificulta la identificación de este —más allá de las figuras que han sido tradicionalmente consideradas como tales—, al no explicitar con claridad que lo permanente en esta clase de delitos es en realidad el injusto mismo. Al recurrir a nociones como las de «estado antijurídico» y la voluntad que supuestamente lo mantiene, se produce la equivocada impresión de que lo que se prolonga en el tiempo es algo distinto a la conducta típica. La terminación, por esta misma razón, debe también descartarse como modelo explicativo de lo que ocurre en un delito permanente.
- b) Aceptar que en el delito permanente se reproduce la estructura de la injerencia reporta la ventaja principal de facilitar la identificación de este en los tipos de la parte especial, ya que permite recurrir al criterio de la creación del foco de peligro para determinar cuándo un delito pertenece a dicha categoría. De acuerdo con este, solo existirá un delito permanente cuando, al producirse la ejecución completa de un delito, el riesgo típico no decaiga sino que se mantenga al mismo nivel en tanto subsista la situación generada por la conducta realizada. Ello significará que con la realización del delito el autor ha creado un foco de peligro que aún no se extingue; pero, además, que al permitir que este subsista, el autor está ejecutando todavía el comportamiento típico (de otro modo no podría generar riesgo prohibido).
- c) Notar que el riesgo típico se mantiene al máximo nivel a medida que se prolonga la conducta permite comprender —asumiendo que la consumación no es sino el momento en el que el peligro prohibido alcanza su punto más álgido— por qué no

es contradictorio que la consumación, entendida de la forma que se hace en este trabajo, dure un período de tiempo: básicamente, porque el riesgo máximo también se está manteniendo durante un período de tiempo (tanto como dure la conducta que lo genera). Lo que hay que hacer entonces para identificar un delito permanente —y ante todo— es comprobar si el riesgo típico decae una vez que alcanzó su nivel máximo o si acaso puede afirmarse que, valorativamente, se mantiene en el tiempo. Así se resuelve más fácilmente la cuestión de si los delitos de omisión, de mera actividad y de resultado, pueden o no ser permanentes.

5. Bibliografía

ABANTO, Manuel

2003 *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores.

ANTOLISEI, Francesco

1988 *Manual de derecho penal. Parte general*. Traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis.

1980

Manuale di dirittopenale. Parte generale. Octava edición. Milano: Giuffrè Editore.

ARRIETA, José

2013 *El delito permanente*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

BACIGALUPO, Enrique

2004 *Derecho penal. Parte general*. Lima: Ara Editores.

1983

Delitos improprios de omisión. Segunda edición. Bogotá: Temis.

BERDUGO, Ignacio y otros

1999 *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Bilbao: La Ley.

BUSTOS, Juan

2004 *Obras completas*. Tomo I. Dir: José Urquiza Olaechea. Lima, Ara editores.

FONTÁN, Carlos

1996 *Tratado de derecho penal*. Segunda edición. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

GARCÍA, Percy

2008 *Lecciones de derecho penal*. Lima: Grijley.

2007

Derecho penal económico. Parte especial. Tomo II. Lima: Grijley.

- 2005 *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*. Lima: Palestra Editores.
- GRACIA, Luis
2004 «La comisión por omisión en el derecho penal español». En GRACIA, Luis (compilador). *Estudios de derecho penal*. Lima: Idemsa, pp.115-165
- GIMBERNAT, Enrique
1997 «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición». En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, tomo L, pp. 6-112
- HUGO, Jorge
2004 *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*. Lima: Gaceta Jurídica.
- JAKOBS, Günther
2000 «Teoría y praxis de la injerencia». Traducción de Manuel Cancio. En JAKOBS, Günther. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, pp.49-86.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND
2002 *Tratado de derecho penal. Parte general*. Quinta edición. Traducción de Miguel Olmedo. Granada: Comares.
- JIMÉNEZ, Luis
1973 *La ley y el delito*. Sexta edición. Buenos Aires: Sudamericana.
- LLORIA, Paz
2006 *Aproximación al estudio del delito permanente*. Granada: Comares.
- MAGGIORE, Giuseppe
1954 *Derecho penal*. Traducción de José Ortega. Cinco volúmenes. Bogotá: Temis.
- MAZUELOS, Julio
1995a «La usurpación: ¿delito instantáneo o permanente?». *Gaceta Jurídica*.«Diálogo con la jurisprudencia». Lima, año I, número I, pp. 117-126.
1995b «El fundamento de la posición de garante emergente del actuar precedente y la injerencia». En MAZUELOS, Julio. *Lecciones de: Derecho Penal(Control social y dogmática penal)*. Lima: San Marcos, pp.85-102
- MEINI, Iván
2009 «Comisión por omisión». En MEINI, Iván (compilador). *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de derecho penal*. Lima: Ara Editores, pp. 37-66.

- 2003 «La comisión por omisión: una interpretación alternativa del Art. 13 CP». En HURTADO POZO, José (director). *Anuario de Derecho Penal. «Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal peruano»*. Lima, pp. 431-453
- MIR, Santiago
2006 *Manual de derecho penal. Parte general*. Octava edición. Barcelona: Reppertor.
- 1998 *Derecho penal. Parte general*. Quinta edición. Barcelona: Reppertor.
- MONTOYA, Yván
2009 «La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales». *Cuaderno de Trabajo* número 11. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho.
- MUÑOZ, Francisco
2010 *Derecho penal. Parte especial*. Décima octava edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PAVÓN, Francisco
1967 *Manual de derecho penal mexicano. Parte general*. Segunda edición. México D. F.: Porrúa.
- PEÑA CABRERA, Alonso Raúl
2009 *Derecho penal. Parte especial*. Cuatro tomos. Lima: Idemsa.
- POLAINO, Miguel
2009 *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito*. Lima: Grijley.
- PRADO, Víctor
2007 *Lavado de activos y financiación del terrorismo*. Lima: Grijley.
- QUINTERO, Gonzalo
2010 *Parte general del derecho penal*. Cuarta edición. Navarra: Aranzadi.
- RANIERI, Silvio
1975 *Manual de derecho penal*. Seis tomos. Traducción de Jorge Guerrero. Bogotá: Temis.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA
2001 *Diccionario de la lengua española*. Vigésima tercera edición. Consulta: 12 de septiembre de 2012.
<http://www.rae.es>
- ROJAS, Fidel
2009 *El delito: preparación, tentativa y consumación*. Lima: Idemsa.

ROXIN, Claus

- 2007a «El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual». En ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, pp.89-112
- 2007b «Acerca de la normativización del *doluseventualis* y la doctrina del peligro de dolo». En ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, pp.167-194
- 1997 *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Traducción de Diego Luzón, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remescal. Madrid: Civitas.

SALINAS, Ramiro

- 2011 *Delitos contra la Administración Pública*. Segunda edición. Lima: Grijley.
- 2010 *Delitos contra el patrimonio*. Lima: Iustitia.

SCHÜNEMANN, Bernd

- 2009 *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Traducción de Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid: Marcial Pons.

SILVA, Jesús-María

- 2006 «Sobre la interpretación teleológica en derecho penal». En DÍAZ, Miguel y Juan Antonio GARCÍA (editores). *Estudios de filosofía de derecho penal*. Bogotá: Cordillera.
- 2004 «"Comisión" y "omisión": criterios de distinción». En SILVA, Jesús-María (compilador). *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, pp.15-61.

STRATENWERTH, Gunter

- 1982 *Derecho penal. Parte general-I*. Traducción de Gladys Romero. Madrid: Edersa.

VERNENGO, Roberto

- 1971 *La interpretación literal de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

VILLAVICENCIO, Felipe

- 2006 *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.

WELZEL, Hans

- 1987 *Derecho penal alemán*. Tercera edición. Traducción de Juan Bustos y Sergio Yáñez. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

COMENTARIOS

Yvan Montoya Vivanco

Doctor por la Universidad de Salamanca y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

El trabajo pretende constituirse en una propuesta alternativa a la forma tradicional de entender el delito permanente (basado en los elementos de estado antijurídico prolongado en el tiempo, sostenido por el sujeto activo y siempre que el verbo rector lo permita). Propone una construcción que permita una mejor identificación y fundamentación dogmática de este tipo de delitos.

Para tal efecto, el autor apela a la categoría del riesgo jurídicamente prohibido y a la posición de garante fundada en una situación de injerencia previa. Desde esta perspectiva, un delito permanente es aquel delito que supone la creación de un riesgo prohibido; y, al configurar ello, la injerencia previa sobre un ámbito de organización ajena se constituye en garante (no de mantener el riesgo dentro del ámbito de lo permitido) de retornar el riesgo prohibido (desbordado) a un riesgo estabilizado y no prohibido. El delito permanente se constituiría en la medida que el garante mantenga esa situación de incumplimiento de su deber. Ello aproxima la naturaleza de los delitos permanentes a los delitos de comisión impropia.

La propuesta es en este último punto original y resulta coherente con los presupuestos usados y con las consecuencias a las que llega. Desde esa perspectiva, resulta un trabajo importante y fructífero para avanzar en la discusión sobre la naturaleza compleja de este tipo de delitos que están presentes en gran medida en nuestra legislación penal. No obstante, creo que es posible realizar tres comentarios que discrepan con las ideas vertidas por el autor.

En primer lugar, en cuanto a la indeterminación que el autor critica de los elementos que componen la concepción tradicional de los delitos permanentes (por ejemplo, el estado antijurídico), en realidad, estos no me parecen sustancialmente más abiertos que otros conceptos y categorías penales no cuestionados hasta ahora. Por ejemplo, no creo que sea sustancialmente diferente (en el nivel de indeterminación) a la categoría de injerencia previa como fuente de una posición de garante.

En segundo lugar, el criterio de «aumento gradual el riesgo típico» me parece un criterio de marcada nota naturalística, lo que dificulta el análisis de posibles delitos permanentes que además sean delitos de omisión pura de garante. En estos casos, creo, es difícil hablar de aumento gradual del riesgo típico. Este último concepto se adecúa mejor a los delitos de resultado típico.

En tercer lugar, la posición de garante asentada sobre el supuesto de injerencia previa me parece que solo explica algunos tipos de delitos permanentes. Considero que existen supuestos de delitos permanentes que se fundamentarían no tanto en una injerencia previa, sino en otras fuentes de garante: aquella que se funda en una competencia institucional.

Precisamente, el delito de desaparición forzada como delito permanente no se asentaría tanto en un comportamiento precedente (solo en los casos de aquellos funcionarios que privan directamente la libertad de la víctima, pero no en los de funcionarios que solo toman conocimiento de la situación de privación de la libertad de una persona y sobre la cual no se brinda información alguna a las autoridades), sino en la relación institucional de los funcionarios con la intangibilidad de aquellos que se encuentran bajo su custodia más allá de si participo o no en la detención.

De cualquier manera, estos comentarios no desmerecen en absoluto la calidad del trabajo del autor, sino que plantean puntos para la discusión de una propuesta que precisamente lo provoca de manera interesante.

RESPUESTA DEL AUTOR

Agradezco sobremanera la atención que el Dr. Montoya le ha dedicado a mi trabajo al comentarlo. Paso ahora a responder a las interesantes críticas que formula a los planteamientos de la investigación que preparé en torno a la figura del delito permanente.

Acerca del supuesto grado similar de indeterminación entre los elementos que empleo para fundamentar mi propuesta sobre la estructura del delito permanente y los que formaban parte de la concepción original de esta figura, considero que en realidad los elementos de la definición original son bastante más imprecisos que los que uso yo.

La razón concreta para ello es la siguiente: los conceptos que uso, tales como injerencia, deber de garante, peligro prohibido/riesgo no permitido, entre otros, han sido objeto de un importante —aunque no exento de polémica— desarrollo doctrinal. Ello contrasta nítidamente con lo que sucede con la noción de «estado antijurídico mantenido por la voluntad del autor», que nunca se estudió por separado —al menos con ese nombre—.

Creo que, en particular, el concepto de injerencia —sobre el cual intento construir la definición de delito permanente— es más preciso que los que componen la definición tradicional, debido a que cuenta con cierto nivel de consenso respecto de su contenido. Más allá de polémicas, hay acuerdo en que este último supone un comportamiento precedente creado por el sujeto, el cual desencadena un riesgo prohibido que luego ese mismo sujeto, en virtud del deber de garante adquirido, debe evitar que se realice en una lesión al bien jurídico, dado que de otro modo responderá penalmente como si la hubiese causado directamente.

Ahora bien, contar con esta descripción de cómo opera el riesgo en el marco de una estructura de injerencia resulta bastante útil para analizar el delito permanente, porque brinda un parámetro de referencia a partir del cual se puede evaluar si es o no posible la subsunción en esta figura del delito concreto analizado. No es igual que el concepto de «estado antijurídico mantenido por la voluntad del autor», en el cual realmente no hay mayor profundización, por más que intuitivamente se le intente dotar de algún contenido tentativo.

Por supuesto, yo opero con un concepto de injerencia un poco más amplio que el original, dado que admito que la realización y consumación de un delito puede considerarse comportamiento precedente; pero, al tratarse de un planteamiento que no se aparta del fundamento de esta institución, puede considerarse una variante sin mayores problemas.

Trabajar con este concepto permite explicar por qué es posible sostener que la consumación se mantiene en el tiempo en esta clase particular de delitos: fundamentalmente, porque el deber de garante se sigue vulnerando, con la salvedad de que no se trata aquí de un deber de mantener el riesgo creado dentro de límites tolerados (he dicho que el riesgo es de tipo prohibido desde el comportamiento precedente), sino de reconducir un riesgo que ya se desbordó hacia límites permitidos.

Poder trabajar con este deber es otra de las ventajas que aporta el usar el concepto de injerencia; y ello es posible, precisamente, porque se trata de una noción que cuenta con características definidas, lo cual a su vez es consecuencia del desarrollo doctrinal con el que

cuenta. No se trata de una mera abstracción con un contenido gaseoso, como me temo que ocurre con el concepto de «estado antijurídico mantenido por la voluntad del autor» y, por lo mismo, pienso que no presenta el mismo grado de indeterminación.

Con relación a si la idea de un aumento gradual del riesgo típico presupone un entendimiento naturalístico de este concepto y dificulta trabajar con los delitos de omisión pura, considero que ello, en principio, no tiene por qué ser así. Ciertamente, el Dr. Montoya tiene razón cuando afirma que la idea de gradualidad parece ser más fácil de aplicar al caso de los delitos de resultado, pero ello será así solo en la medida en que se parte de un entendimiento del riesgo prohibido como proceso causal, que no se suscribe en esta investigación.

Dicho de otro modo: si se tiene una idea del riesgo típico que lo conciba como un proceso causal, será más razonable acotar su gradualidad solo al terreno de los delitos de resultado. En cambio, si se parte de un concepto de riesgo prohibido netamente normativo, este podrá apreciarse, e incluso de manera gradual, también en los delitos de omisión pura de garante. Cuestión distinta es que se trate aquí de una gradualidad mucho más breve que la que podría apreciarse en otros delitos de resultado.

Se pueden usar como ejemplos delitos que la doctrina considera de omisión pura de garante, en los cuales, sin embargo, es posible concebir supuestos de hecho en los que se aprecie una gradualidad en el incremento del riesgo típico.

En el delito de «omisión de auxilio o aviso a la autoridad» (artículo 127 del Código Penal), si el capitán de un barco que se desplaza en alta mar a una velocidad menor encuentra a un naufrago y no le brinda auxilio inmediato, sin duda realiza el tipo. Pero ¿a partir de qué momento puede considerarse que «no le brinda auxilio inmediato»? Desde mi punto de vista, es claro que el barco debe acercarse primero a una distancia suficiente.

El rescate, entonces, debe ser posible antes de poder ser omitido. Ahora bien, si habiendo alcanzado una distancia razonable como para actuar el capitán decide de todos modos no hacerlo, ¿a partir de qué momento puede considerarse omitida la acción de salvataje?

Considerar cualquier demora en realizar el salvataje como configuradora del tipo penal resultaría excesivo frente a los principios de fragmentariedad y última ratio, de modo que puede alegarse que, pasado un tiempo prudencial, recién resultaría proporcional que el sistema considere que el capitán ha omitido la acción. Es razonable que el sistema le conceda al sujeto un tiempo, obviamente breve en función de las circunstancias pero no por ello menos real, para tomar la decisión de actuar o no, y solo después de ello le atribuya la responsabilidad que le corresponde.

Ahora, obviamente, en la medida en que la conducta típica consiste aquí en omitir brindar auxilio inmediato, dicho tiempo prudencial no podrá ser muy largo, lo cual, sin embargo, no quiere decir que no exista. Lo que sí debe reconocerse —y en esto lleva razón el Dr. Montoya— es que la propia naturaleza de estos delitos reduce la posibilidad de apreciar la gradualidad a una escala pequeña y menor, por el sustrato fáctico de esta clase de conductas, que requieren un tiempo mínimo de ejecución.

Otro caso en el que se puede apreciar la gradualidad en delitos de omisión pura sería uno de tentativa inacabada por la intervención de un tercero. Imaginemos que, cuando estaba próximo a transcurrir el tiempo prudencial al que aludo en el párrafo anterior, y el barco ya estaba empezando a virar para dirigirse a otra ubicación y abandonar al naufrago, el capitán recibe una llamada de su superior que le ordena expresamente rescatarlo.

Desde mi punto de vista, sería un caso de tentativa inacabada por la intervención de un tercero, en la medida en que el riesgo generado por el capitán al comenzar a alejarse todavía

no alcanzaba el nivel de consumación —el cual se hubiese alcanzado al terminar de virar el barco y alejarse de manera resuelta del naufrago—. Normativamente, lo que sucedería es que el riesgo típico se eleva hasta casi llegar a su máximo y, luego de la orden del superior del capitán, volvería a descender, lo cual acaso permite apreciar de mejor manera la gradualidad del riesgo.

Es importante notar que el deber que el sujeto infringe en este tipo de delitos no debe entenderse como uno que se vulnere de manera inmediata, apenas el sujeto no realiza la conducta requerida por el tipo. Debe permitírsele al sujeto un margen razonable, breve pero existente, de tiempo durante el cual este pueda decidir libremente si cumple o infringe la norma. Es en ese margen en donde se ubica la gradualidad. El hecho de que esta no sea fácil de apreciar en términos fácticos, por la propia naturaleza de estos delitos, no significa que no exista en términos normativos.

Finalmente, con respecto a la idea de que la injerencia es aplicable solo a algunos delitos permanentes y no a todos, ya que no sería el fundamento que justificaría sancionar a determinados funcionarios por el tipo penal de desaparición forzada, considero que en realidad sí es posible argumentar que la injerencia es capaz de abarcar todos los casos que se ubican dentro del ámbito de este delito.

En los casos de desaparición forzada en los que un funcionario toma conocimiento de que un sujeto determinado ha sido desaparecido por el accionar de las Fuerzas Armadas y aun así guarda silencio respecto de esta información, este podrá ser imputado en la medida en que se entienda que al haberse enterado de la situación sin hacer nada ha contribuido, con su silencio, a la creación de un foco de peligro desbordado que seguirá existiendo hasta que él haga algo para neutralizarlo.

Al igual que en la lectura que se hace del resto de delitos permanentes interpretados mediante la figura de la injerencia previa, el comportamiento precedente del sujeto activo consistiría aquí en la ejecución y consumación inicial del delito, es decir, en el hecho de enterarse inicialmente de los sucesos y aun así guardar silencio. Al hacerlo, lo que sucederá es que este peligro típico, que ha alcanzado su máximo nivel, se mantendrá en la medida en que el sujeto insista en sostenerlo con su omisión de brindar información.

Ahora, si el comportamiento precedente se define del modo que se hace en este trabajo, esto es, como una conducta capaz de generar un peligro latente para el bien jurídico que pueda permanecer en el tiempo, ya sea incrementándose o manteniéndose al máximo nivel, no debería haber problemas en aceptar que el funcionario que conoce la existencia de un hecho ilícito como el de una desaparición forzada y decide callar al respecto está contribuyendo, con su silencio, a sostener una situación de riesgo para el bien jurídico, la cual, por cierto, permanecerá hasta que estese decida a revelar lo que sabe.

Es justamente esta posibilidad, de que el riesgo para el bien jurídico subsista en el tiempo hasta que el sujeto comunique lo que sabe, la que permite seguirlo responsabilizando por la ausencia de información sobre el paradero del desaparecido, y empleando la idea del comportamiento precedente y la injerencia también en casos como el planteado, con dicha finalidad.