



# BOLETÍN LINARES ABOGADOS

JULIO - AGOSTO  
**2023**

[linaresabogados.com.pe](http://linaresabogados.com.pe)



*NO TODO CONTRATO (NI TODO  
CONTRATO DE CONCESIÓN)  
CELEBRADO ENTRE EL ESTADO Y UN  
PARTICULAR ES CONSIDERADO  
COMO UN CONTRATO-LEY*

**MUNICIPALIDAD  
DE LIMA V. RUTAS  
DE LIMA: UN  
INTENTO DE  
LEGAL CHECKING**  
POR HÉCTOR CAMPOS  
GARCÍA

En toda sociedad en la que los canales de comunicación y la diversidad de información es desbordante, y la peruana no es la excepción, se generan espacios en los que se realizan y difunden afirmaciones inexactas respecto de ciertos hechos. De ahí que el fact checking (verificación de hecho) sea una herramienta de suma utilidad para tratar de controlar la divulgación de acontecimientos que no tengan un asidero con la realidad.

Sin embargo, la experiencia nos muestra que no solo los hechos pueden ser tergiversados. Lo propio sucede, y con frecuencia, con afirmaciones de contenido jurídico. Ciertamente, la jerga jurídica contribuye a que se genere un lenguaje que no sea de fácil comprensión, sin ser un fenómeno exclusivo de dicha área del conocimiento. Con lo cual, la posibilidad de realizar un legal checking se dificulta sobremanera. Más aún, por la natural dosis de interpretación, o de variedad de interpretaciones, que ronda a la lectura de las disposiciones jurídicas.

A pesar de ello, con la prudencia del caso, en esta ocasión pretendo realizar un ejercicio de legal checking con relación a cuatro aspectos puntuales derivados de la compleja controversia existente entre la Municipalidad de Lima y Rutas de Lima con relación al Contrato de Concesión del Proyecto Vías Nuevas de Lima (en adelante, el Contrato de Concesión). Cabe precisar que con este ejercicio no se quiere sugerir la existencia de alguna particular intención detrás de quienes han efectuado las afirmaciones que se procederán a comentar. El desarrollo que sigue es puramente académico y busca ser objetivo.

En primer lugar, se afirma que la Municipalidad de Lima ha declarado la nulidad del Contrato de Concesión <sup>1</sup>. Esta afirmación es inexacta. En este caso corresponde prestar atención al Acuerdo de Concejo N.º 11 de fecha 19 de enero de 2023 (en adelante, el Acuerdo). En este documento, la Municipalidad no declara la nulidad del Contrato de Concesión. Esto, de hecho, no podría hacerlo en la medida que la nulidad contractual en el ordenamiento peruano es prerrogativa de los jueces, a menos que como sucede en el presente caso haya un convenio arbitral, con lo cual es prerrogativa del Tribunal Arbitral que se haya constituido. Nótese que no se está planteando que se habría realizado alguna nulidad de naturaleza administrativa (si bien la Municipalidad integra la Administración Pública, no todas sus actuaciones son en ejercicio de la función administrativa), sino

1. PALACIOS, Rosa María, “Cosas de Porky e historias militares”. En Sin guión con Rosa María Palacios [Canal de Youtube]. Fecha de publicación: 14 de agosto de 2023. Minuto 7:30 - 8:13. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=BCoJV3lcXgU> (Consultado: 17.08.23, 02:53).

que se señala que estamos ante una nulidad vinculada a un contrato. Nulidad que, por cierto, tampoco es una vinculada a la configuración de algún fin ilícito por actos de corrupción.

Si la Municipalidad no declaró la nulidad del Contrato de Concesión, entonces ¿qué se dispuso en el Acuerdo? Básicamente, se trataron dos temas. Por un lado, se declaró que el Contrato de Concesión afectaba el interés público. Por otro lado, se dispuso continuar con el procedimiento establecido en la cláusula 17.7 del Contrato de Concesión referido a la facultad del Concedente (la Municipalidad de Lima) de poner término unilateral al Contrato de Concesión. En ningún momento se establece una declaración de nulidad del contrato. Si bien hablar de nulidad y de terminación unilateral parece una sutileza jurídica, las consecuencias que, de una y otra, se derivan son completamente diferentes. En la primera, se asume que aunque hay un contrato, este tiene un defecto intrínseco que impide que produzca efectos de forma originaria, lo que determina que se declare nulo. En la segunda, el contrato válido y eficaz se cumple, precisamente, porque está pactado que se pueda llevar a cabo dicha forma de terminación del Contrato.

En segundo lugar, se sostiene que la Municipalidad no puede dar por finalizado el Contrato de Concesión de forma unilateral<sup>2</sup>. Esta afirmación es inexacta. Si bien como regla general un contrato no puede ser dejado de lado unilateralmente por una de las partes, ello es así a menos que la ley lo disponga o las partes hayan otorgado el derecho a desistirse unilateralmente del contrato a alguna de las partes (o a todos los contratantes). En el caso en cuestión, si se revisa el Contrato de Concesión, las partes acordaron que la Municipalidad de Lima cuenta con dicho derecho potestativo

de decidir unilateralmente la terminación del Contrato de Concesión, tal como se aprecia en la cláusula 17.1 del Contrato de Concesión que reconoce que la “Decisión unilateral del Concedente (Municipalidad de Lima)” es una de sus causales de caducidad (o de terminación). Esto fue expresamente aceptado por Rutas de Lima al momento de celebrar el Contrato de Concesión.

Sin embargo, la Municipalidad de Lima no puede ejercer de forma irrestricta dicho derecho. Primero, la terminación unilateral de la cual quiere valerse la Municipalidad de Lima se tiene que basar necesariamente en la existencia de un interés público. Este tipo de terminación unilateral, jurídicamente, es una modalidad de un desistimiento causado. Por eso el esmero de la Municipalidad de justificar, individualizar y desarrollar la afectación a dicho interés en el Acuerdo. Segundo, la decisión de terminar unilateralmente el Contrato de Concesión se debe comunicar con 180 días calendarios de anticipación, respecto de la fecha de terminación anticipada prevista. De ahí que, seguramente, haya surgido la tan mentada fecha del 29 de julio para el retiro de los peajes, ya que es el término del plazo indicado luego de la comunicación de la toma del Acuerdo. Tercero, si la Municipalidad de Lima decide terminar unilateralmente el Contrato de Concesión deberá compensar a Rutas de Lima de conformidad con las propias fórmulas previstas en el Contrato. Ello implica que lo que la Municipalidad de Lima deberá pagar no depende de lo que esta ofrezca, sino de lo que el Contrato dispone.

En tercer lugar, se afirma que la Municipalidad de Lima no puede dejar sin efecto el Contrato de Concesión dado que este se trata de un contrato-ley<sup>3</sup>.

2. PALACIOS, Rosa María, “Dos líderes políticos, juntos y Argentina en elecciones”. En Sin guión con Rosa María Palacios [Canal de Youtube]. Fecha de publicación: 16 de agosto de 2023. Minuto 5:45 - 6:55. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=39SnROgwKNG&t=1280s> (Consultado: 17.08.23, 03:42).

3. HILDEBRANDT, César, “A la infección de Castillo le siguió Boluarte y un Congreso de delincuentes”. En Hildebrandt en sus trece [Canal de Youtube]. Fecha de publicación: 15 de agosto de 2023. Minuto 6:30 - 6:43. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=7YiV-Vdummg> (Consultado: 17.08.23, 02:35).

Esta afirmación es inexacta. Y lo es, en concreto, porque el Contrato de Concesión no es un contrato-ley. En efecto, no todo contrato (ni todo contrato de concesión) celebrado entre el Estado y un particular es considerado como un contrato-ley. Para que ello sea así, según lo establecido por el artículo 2 del Texto Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Estado tendría que haber establecido alguna garantía u otorgado alguna seguridad al particular con quien celebró el contrato. El referido artículo 62 de la Constitución regula la protección tanto a los contratos (en general) como a los contratos-ley. El hecho que el Contrato de Concesión no sea contrato-ley no implica que no tenga protección constitucional.

Sí la tiene, pero dicha protección es la que tiene todo contrato. Ahora bien, lo que sí es exacto es que, de acuerdo con la cláusula 11.12 del Contrato de Concesión, se le ha reconocido el derecho a Rutas de Lima (o a quien haga las veces de Concesionario) de suscribir con el Estado convenios de estabilidad jurídica en materia tributaria, los cuales sí podrán ser considerados como contratos-ley en la medida que se cumplan con los requisitos especialmente establecidos en la legislación, por ejemplo, en los Decretos Legislativos N.º 662 (Otorgan un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías) y N.º 757 (Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada). Pero, al parecer, aún no se ha suscrito ningún contrato de este tipo hasta el momento entre la Municipalidad de Lima y Rutas de Lima. Y, en caso se suscriba, será dicho acuerdo el que tenga la característica de contrato-ley y no el Contrato de Concesión.

Finalmente, se ha dicho públicamente que “nadie debe cumplir lo que es ilegal”<sup>4</sup> con relación al mandato emitido por un Tribunal Arbitral que, cautelarmente, dispuso que se suspenda el procedimiento de terminación unilateral del Contrato iniciado por la Municipalidad de Lima. Si se revisa de forma completa el Capítulo XIX (Solución de Controversias) del Contrato se podrá apreciar que la discrepancia surgida entre la Municipalidad de Lima y Rutas de Lima debe ser resuelta por un mecanismo privado de solución de controversias denominado arbitraje. Ambas partes, como es usual en contratos de este tipo, se sujetaron a la competencia de los árbitros que conforman el tribunal arbitral y tienen que cumplirlo. Así como, en principio, no es ilegal que se haya pactado una terminación unilateral a favor de la Municipalidad, siendo que esto fue consentido por Rutas de Lima. Tampoco lo es la constitución de un Tribunal Arbitral y la vinculatoriedad de sus decisiones, siempre que se haya seguido el procedimiento previsto de forma conjunta por el Concedente y el Concesionario, lo cual fue consentido por la propia Municipalidad de Lima.

Así como la Municipalidad de Lima tiene el derecho a terminar unilateralmente el Contrato de Concesión gracias al propio Contrato. La Municipalidad de Lima tiene la obligación de respetar las órdenes del propio Tribunal Arbitral ya que ello es lo que dispone el Contrato. No es coherente que la Municipalidad se valga del Contrato cuando le conviene (para terminarlo unilateralmente) y lo rechace e incumpla cuando no le conviene (para someterse a las decisiones de un Tribunal Arbitral). De hecho, la razón por la que se ha suspendido el procedimiento de terminación unilateral es por el mandato cautelar del Tribunal Arbitral. Si Rutas de Lima no lo hubiese conseguido, entonces la concesionaria debió haber cumplido con el Contrato y abandonar la concesión, siempre que se haya seguido el procedimiento para ello. Dado que Rutas de Lima puso en controversia ante el Tribunal Arbitral la decisión de la Municipalidad de terminar unilateralmente el Contrato, y por ende seguramente se evaluará si el interés público que se ha invocado efectivamente existe y se ha

4. La frase se le atribuye a Rafael López Aliaga, según se puede apreciar en el siguiente reportaje: Redacción EC, “Rutas de Lima rechaza declaraciones del alcalde de Lima Rafael López Aliaga”. Fecha de publicación: 07 de julio de 2023. Disponible en: <https://elcomercio.pe/economia/peru/rutas-de-lima-rechaza-declaraciones-del-alcalde-de-lima-rafael-lopez-aliaga-ultimas-noticia/> (Consultado: 17.08.23, 04:01).



lesionado así como se revisará todo el procedimiento desplegado para poner fin al Contrato de Concesión, es que se pudo conseguir la paralización del procedimiento iniciado por la Municipalidad.

De este breve intento de legal checking se puede concluir indicando, por lo menos, dos grandes ideas: (i) el Contrato de Concesión (que, reiteramos, en este caso no es un contrato ley) contempla el derecho de que la Municipalidad de Lima lo termine unilateralmente, siempre que exista un interés público y se haya seguido el procedimiento contractualmente establecido, lo que incluye el pago de una compensación a Rutas de Lima; (ii) el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del derecho a la terminación unilateral del Contrato de Concesión, para establecer si realmente se ejerció correctamente dicho derecho, deberá ser determinado por un Tribunal Arbitral; y, (iii) la Municipalidad de Lima está en la obligación de cumplir con el mandato cautelar arbitral que dispuso suspender el procedimiento contractual de caducidad iniciado en contra de Rutas de Lima, así como cualquier otra orden procesal emitida por el referido Tribunal.



HÉCTOR CAMPOS GARCÍA  
Asociado Senior Área Civil





*La mirada ha sido trasladada al Ciberespacio como campo de acción de nuevas formas de criminalidad que han venido a desestabilizar el sistema jurídico penal respecto a la configuración y su persecución*

## **DESAFÍOS FRENTE A LA CIBERDELINCUENCIA**

**POR SOPHIA ICAZA IZQUIERDO**

Para nadie es novedad el avance de la criminalidad mediante el uso de la tecnología a través de complejas operaciones de alta sofisticación en el mundo virtual o ciberespacio, tales como las operaciones con criptomonedas y en general con cripto activos, donde encontramos nuevas delictivas en franca expansión dada la casi nula regulación y capacidad de respuesta del Estado para sancionarlos. Nuevamente nos encontramos frente a un desafío en materia penal, nos vemos superados en capacidad de respuesta sancionadora y a todo nivel, modalidades que se vieron intensificadas durante la pandemia donde el mundo paró y la única vía de enlace fue a través del internet y el manejo de las tecnologías de la información y comunicación, siendo frecuentes los ciberataques y estafas mediante el uso de plataformas digitales, entre otras modalidades delictivas.

La mirada ha sido trasladada al Ciberespacio como campo de acción de nuevas formas de criminalidad que han venido a desestabilizar el sistema jurídico penal respecto a la configuración y su persecución, siendo necesario generar nuevos conceptos y mecanismos de prevención y persecución del delito en el mundo virtual, donde nos enfrentamos a grandes desafíos, principalmente: i) El anonimato de sus titulares o sujetos activos, pues si bien - por ejemplo - las transacciones en criptomonedas son identificables pues generan una secuencia de números y letras registradas en el blockchain o cadena de bloques, y es información pública, sin embargo la identificación de los agentes o actores resulta prácticamente imposible de rastrear, tanto más si tenemos presente que el usuario podría ser vinculado a un IP desde donde realiza la transacción, pero existen herramientas digitales dirigidas precisamente a ocultar dicha información, lo genera grandes lagunas de impunidad para aquellos que busquen adquirir o vender bienes o servicios ilegales e introducir así dineros maculados en dichas transacciones. ii) Extraterritorialidad, este tipo de operaciones generalmente son internacionales sin frontera alguna a través de una plataforma a cualquier parte del mundo y sin control/regulación, así como el tema referido a la determinación de jurisdicción en materia de sanción estatal, iii) No existen intermediarios, pues dichas operaciones no están sujetas a algún control estatal y/o privado mediante el sistema bancario o financiero, se pueden realizar sin fiscalización alguna, transacciones lícitas e ilícitas, y pareciera que la supervisión de wallets o billeteras virtuales y de las exchanges, no sería suficiente pues de otro lado tenemos que la funcionalidad de este tipo de operaciones responde precisamente a la ausencia de regulación - supervisión, *iii) Naturaleza definitiva e invariable de las*

*operaciones*, lo tornan aún en un mecanismo más efectivo para este tipo de transacciones, lo que es a todas luces un espacio ideal para lavar activos de origen delictivo. **iv) La inexistente regulación específica y suficiente** en materia de cripto activos torna la situación aún más crítica en términos de persecución y sanción de este tipo de criminalidad. **Aspectos que generan una seria amenaza a nivel global respecto a la ciberdelincuencia y cómo opera y cuyo impacto generalmente es de gran envergadura y grave afectación patrimonial.**

Hace poco diversos medios de prensa dieron a conocer una “nueva” modalidad de estafa denominada “estafa en compra de criptomonedas”, siendo que las personas eran sorprendidas mediante mensajes whatsapp para que trabajen mediante la aceptación o dar like a determinadas publicaciones en diversas redes sociales, etc, para luego ofrecer una “inversión” en criptomonedas con la obtención de jugosas ganancias.

En estos casos se evidenció que se trataría del famoso Esquema Ponzi, donde las personas reciben al inicio alguna “ganancia” por su inversión para luego continuar invirtiendo “en una supuesta plataforma de criptomonedas” para posterior a ello, al querer “cobrar” sus ganancias, dicha plataforma y todos los contactos desaparecen. En términos sencillos se trata de una modalidad de estafa en cascada o piramidal, donde robas a A para pagar a B, y finalmente en algún punto entras en crisis ante la ausencia de “inversores”. La oferta es atractiva y prácticamente sencilla dado que a la fecha todos contamos con un equipo celular desde donde puedes “trabajar” y solo “darle like”, así te enganchan y luego te envuelven en otro tema vinculado a una supuesta inversión en criptodivisas

(inexistente)) aparentando la utilización de una plataforma digital (falsas) donde ves el movimiento de tu inversión y cuando quieres retirar simplemente no existe y cierran cualquier vinculación o contacto.

Advirtiendo inclusive la facilidad que tienen los ciberdelincuentes para comprar números celulares internacionales, teléfonos que no tienen SIM y no están registrados a nombre de ningún titular, siendo que los números se activan en páginas de internet, incluso puedes escoger el país de donde quieras que sea el número, siendo números imposibles de rastrear ya que son virtuales es decir no tienen SIM. *Aquí redundo lo que mencionamos líneas arriba en cuanto a la naturaleza de este tipo de operación, casi pleno anonimato, irreversibilidad de las operaciones, etc, y con los costos en términos de recuperación prácticamente inexistentes.*

Se sabe que muchas de estas mafias dedicadas a esta modalidad de estafas, así como estafas sentimentales, etc, se encuentran ubicadas en Asia, países de difícil acceso tanto en materia política o sancionatoria, donde la operación generada a través de estas modalidades, cuyas ganancias delictivas son transferidas inmediatamente logrando el cobro final en alguna cuenta “manejada” y trasladada a algún paraíso fiscal de estas organizaciones criminales.

Tanto la recuperación de activos como la obtención de justicia es remota por no decir nula, dado que esta modalidad requiere en principio conocimiento por parte de operadores y peritos para rastrear las operaciones (lo que carecemos a nivel fiscal, judicial e incluso abogados), una vez ello hay que detectar e identificar personas

involucradas por ejemplo titulares de cuentas donde fue a parar el dinero estafado, las cuales usualmente también son estafadas, y finalmente el destino final del monto estafado, el cual es filtrado a través de diversos esquemas de inversión o licuado con la finalidad de no ser detectado, por ende estas modalidades son de difícil identificación, más aún en Perú donde no existe regulación alguna vinculada a la tecnología de los cripto activos. Sin embargo recientemente se ha aprobado (D. Supremo N. 006-2023-JUS) -incluir a los proveedores de servicios de cripto activos virtuales (PSAV) en la lista de sujetos obligados que deben proporcionar información a la unidad de inteligencia financiera- UIF .- PERU., sin embargo ello no genera poder lograr identificar el punto de inicio y fin de una determinada operación y la identificación de los agentes involucrados, dado los mecanismos tecnológicos que existen para ocultar la identidad de dichos sujetos.

Lo cierto es que, nuevamente la realidad ha superado la norma, y resulta necesario repensar y replantear la configuración clásica del derecho penal que teníamos hasta ahora, generando así un gran desafío jurídico con esta nueva especie de criminalidad, siendo urgente la adopción de controles a nivel regulatorio para fiscalizar y buscar prevenir este tipo de delincuencia, generalmente a nivel de organizaciones criminales como se ha venido advirtiendo en las diversas modalidades que se van descubriendo.



**SOPHIA ICAZA IZQUIERDO**

Asociada Senior - Área Penal







...lo que en realidad debe desaprobarse es la idea de aplicar un Derecho penal del ánimo...en el que se asuma la peligrosidad de una persona sin que esta la haya manifestado a través de una exteriorización en su conducta

## ¿VULNERA LA AGRAVANTE POR REINCIDENCIA EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD? Reflexiones en torno al artículo 46-B del Código Penal peruano.

POR FERNANDA BOBADILLA

Nuestra Constitución reconoce a Perú como un Estado social y democrático de derecho (artículo 43) ¿Qué rol cumple, dentro de este marco, el derecho penal? Precisamente, al ser el derecho penal un medio de control social destinado a garantizar, junto con otros medios, la convivencia pacífica entre las personas que viven en un lugar determinado, la forma en que se aplica debe determinarse dentro del modelo de Estado en el que surtirá sus efectos.

De esta forma, el derecho penal dentro un Estado social y democrático de derecho tiene tres características principales. La primera de ellas es que implica su sometimiento al derecho, lo que conlleva, además de su obligación de determinarse por medio de leyes (y, excepcionalmente, a través de decretos legislativos), la limitación de su actuación conforme a otro tipo de normas, las cuales conocemos como principios. La segunda característica, conforme señala Mir Puig, es que la potestad punitiva del Estado debe aplicarse con la única finalidad de prevenir la comisión de delitos a efectos de proteger a la sociedad. Finalmente, el derecho penal debe estar al servicio de los ciudadanos como miembros del Estado, lo que nos remite nuevamente a la necesidad de establecer límites para su actuación.<sup>1</sup>

El principio de culpabilidad es uno de los principios que limitan el *ius puniendi*. A su vez, la doctrina mayoritaria le reconoce cuatro. Entendida de manera contraria a la “inocencia”, el principio de culpabilidad y los subprincipios que lo componen limitan a la potestad punitiva del Estado con el objetivo de que sólo se pueda sancionar a quien sea realmente “culpable” del delito que se le ha imputado.<sup>2</sup>

Una de las manifestaciones del principio de culpabilidad, en la cual me enfocaré en el presente artículo, es el subprincipio de responsabilidad por el acto. Queda fuera de discusión que desde hace varios años predomina la idea de un derecho penal del hecho que se opone a la concepción de un derecho penal de autor que sancione su modo de ser. Conforme señala Villavicencio, ninguna persona puede ser castigada por sus deseos, careciendo de importancia para el derecho penal cualquier acto interno que no trascienda al mundo exterior a través de una conducta.

1. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal – Parte General, Editorial Reppertor, 8va edición, Barcelona, 2006, p. 104.

2. Ibid. p. 123.

Asimismo, el autor establece que la personalidad de determinada persona no puede ser utilizada para fundamentar su responsabilidad criminal o una agravante de ella.<sup>3</sup>

Frente a esto último, considero pertinente aproximarme a un análisis de la reincidencia como circunstancia agravante de la pena en relación a si esta vulnera el principio de culpabilidad que debe limitar la potestad punitiva del Estado o si, por el contrario, esta resulta compatible con los postulados del Estado social y democrático de derecho que caracteriza a (o al que aspiran llegar) países como Perú.

El Código Penal peruano contempla la reincidencia como una agravante genérica. De esta forma, su artículo 46-B establece que tendrá la condición de reincidente quien, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurra en un nuevo delito doloso en un lapso que no exceda los cinco años. Asimismo, tendrá dicha condición quien, después de haber sido condenado por una falta dolosa, incurra en una nueva falta o en un delito doloso en un lapso que no exceda los tres años. De la misma forma, el artículo 46-B aclara que plazo de cinco y tres años fijado para la reincidencia no será aplicable a determinados delitos graves, para los cuales la reincidencia se computará sin límite de tiempo. En relación a sus efectos, al estar ante un caso de reincidencia, el juez penal peruano podrá aumentar la pena por encima del máximo legal establecido para el tipo penal.

El primero de los fundamentos de la reincidencia como agravante consiste en que se asume que la persona que vuelve a

delinquir tras haber recibido una condena es una persona más peligrosa para la sociedad. Es decir, se entiende que su culpabilidad es aún mayor a la que tenía antes de recibir su primera sentencia condenatoria, demostrando una “actitud permanente para violar las normas penales”.<sup>4</sup>

El segundo fundamento es que la pena impuesta en la primera condena no ha sido eficaz para resocializar al sujeto, por lo que con su segundo delito no sólo demuestra un desprecio por las normas penales y su finalidad preventiva, sino también por la sanción que se le impuso previamente.<sup>5</sup> Este fundamento resulta inaceptable al notar que lo que se hace con el mismo es legitimar la sanción a una persona por la ineficacia del sistema penitenciario. Por otro lado, la reincidencia también respondería a una finalidad preventiva general negativa, en tanto busca enviar un mensaje a los potenciales delincuentes reincidentes con el objetivo de que no vuelvan a delinquir.<sup>6</sup>

Pero, ¿es realmente incompatible la reincidencia con el principio de culpabilidad? Considero que no, encontrando en realidad el problema en la determinación del concepto de dicho principio. Precisamente, al hacer una revisión de la regulación de algunas normas penales, podemos ver que analizar las características de los sujetos que están siendo procesados penalmente sí resulta relevante y compatible con los postulados de un Estado social y democrático de derecho. Por poner un ejemplo, el Código Penal peruano establece en su artículo 45 que, al momento de determinar la pena, el juez tendrá en cuenta, entre otros, las carencias sociales que hubiera sufrido el culpable, su cultura y sus costumbres.

3. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal – Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, pp. 114-115.

4. ALCÓCER POVIS, Eduardo, “El reincidente como «enemigo»: Aproximación al tema”, en *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional – Anuario de Derecho Penal*, 2008, p. 251.

5. *Idem*.

6. *Idem*.

Por otro lado, el propio subprincipio de imputación personal<sup>7</sup> es una muestra de la valoración que exige realizar la dogmática penal a toda persona que haya desplegado una conducta típicamente antijurídica, no bastando ésta para determinar su culpabilidad, resultando necesario analizar su reprochabilidad.

Con lo señalado, es importante precisar que lo que en realidad debe desaprobarse es la idea de aplicar un Derecho penal del ánimo, conforme lo señala Alcócer<sup>8</sup>, en el que se asuma la peligrosidad de una persona sin que esta la haya manifestado a través de una exteriorización en su conducta. De esta forma, comparto su postura en tanto no considero que la reincidencia como agravante de la pena se oponga necesariamente al principio de culpabilidad, ya que el verdadero problema se encuentra en el efecto que el legislador ha fijado cuando permite o determina que el juez penal podrá o deberá imponer la nueva sanción por encima del límite legal establecido para el delito cometido (como ocurre en el Código Penal peruano para cualquier caso de reincidencia), vulnerando con esto no solo el principio de culpabilidad sino también el principio de proporcionalidad de las penas.

Finalmente, resultaría interesante tomar en consideración la definición de los principios, en carácter general, como mandatos de optimización, y lo importante que resulta aplicar el test de proporcionalidad al momento de determinar cuándo estamos vulnerando el contenido esencial de un principio o derecho frente al contenido no esencial de otro. Con esto, queremos referirnos a que el principio de culpabilidad no debe escapar de un análisis del mismo como uno que debe respetarse en la medida de lo posible, evaluando circunstancias en las que no estaríamos afectando su contenido esencial frente a la necesidad de poder prevenir la comisión de delitos.

Tras la presentación de las ideas expuestas, quisiera concluir que es importante replantearnos cómo debemos entender el concepto de un Derecho penal de autor que no resulta incompatible con los postulados de un Estado social y democrático de derecho, sino que, por el contrario, resultaría necesario a efectos de proteger los derechos fundamentales y las garantías de los miembros de todo Estado.

Asimismo, considero que la reincidencia no vulnera el principio de culpabilidad como límite de la potestad sancionadora del Estado, en su manifestación del principio de responsabilidad por el hecho, siempre y cuando sus efectos no consistan en vulnerar el principio de proporcionalidad permitiéndole a los jueces penales determinar la pena en un caso concreto por encima del máximo legal establecido por el legislador para el delito cometido por la persona culpable. Por otro lado, nos oponemos al concepto de un derecho penal del ánimo que admita la posibilidad de asumir la peligrosidad de una persona que no ha exteriorizado la misma, lo cual sí vulnera abiertamente el principio de culpabilidad.



FERNANDA BOBADILLA VÁSQUEZ  
Asociada Junior Área Penal



7. Este subprincipio constituye otra de las manifestaciones del principio de culpabilidad y, como tal, impide la aplicación de una sanción penal a quien, habiendo cometido un hecho antijurídico (o típico y antijurídico, según la clasificación tripartita), no se encuentre en las condiciones para entender que su conducta se encuentra prohibida o para comportarse de acuerdo a dicha comprensión.

8. ALCÓCER POVIS, Eduardo, op. cit., p. 25.



*¿un contrato suscrito por algún trabajador que no tenga poderes de representación vincula a la empresa con el otro sujeto contratante?*

## CONTINGENCIAS DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR TRABAJADORES EN NOMBRE DE LA EMPRESA

POR CHRISTIAN TORIBIO

En el mundo empresarial no es de extrañar que la celebración de contratos de todo tipo (dígase arrendamientos, compraventas, hipotecas, etc) sean el pan de cada día. También es imposible negar que existirán casos en los que se requiera celebrar contratos en distintos espacios geográficos que resulta imposible que una misma persona esté en dos lugares a la vez firmando en representación de la empresa.

Siendo ello así, por cuestiones de eficiencia y reducción de costos de transacción, las empresas suelen designar a distintos sujetos, de ser necesario, para otorgarles facultades de representación en nombre de la empresa a fin de que estos puedan celebrar contratos que vinculen directamente a la empresa. En otras palabras, se convierten en un vocero de la voluntad de la empresa.

Sin embargo, no todo es color de rosas. Cabe la posibilidad de que algún sujeto que crea tener poderes de representación para la celebración de contratos a nombre de la empresa realice, maliciosamente o no, acuerdos con otras empresas, con proveedores y/o con clientes que puedan perjudicar gradualmente a la empresa. Así, resultará alarmante para los altos ejecutivos de las empresas tener en consideración que es posible que estén obligados a cumplir con los acuerdos que han sido celebrados por trabajadores de esta en las que se haya dicho que se está contratando “a nombre de la empresa”.

Ahora bien, cabe preguntarnos, ¿un contrato suscrito por algún trabajador que no tenga poderes de representación vincula a la empresa con el otro sujeto contratante? Para responder a esta pregunta, nos debemos remitir al artículo 161 del Código Civil peruano el cual señala expresamente lo siguiente:

### **Artículo 161.-**

*El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiese conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.*

*También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.*

Conforme puede apreciarse en la legislación peruana, el Código Civil peruano es claro y conciso al referirse al efecto que le atribuye a la situación que estamos describiendo: la ineficacia. ¿Qué implica que el acto sea ineficaz? En términos simples, podemos decir que un contrato es eficaz cuando produce sus efectos y será ineficaz cuando este no produzca efectos. Aterricemos en un ejemplo:

*“El trabajador A celebra una compraventa, sin tener poderes para ello, en el cual vende un automóvil propiedad de la empresa para la que trabaja al sujeto B alegando que es lo mejor para la empresa deshacerse de un vehículo tan antiguo. El sujeto B requiere el vehículo comprado a la empresa sustentado en el contrato de compraventa celebrado con el trabajador A.”*

Ante esta situación la empresa podrá alegar, ante un eventual requerimiento, que el contrato celebrado entre el trabajador A y el sujeto B no surte efectos frente a la empresa. En otras palabras, la empresa desconoce que este contrato lo obliga a entregar su vehículo, pues este no ha otorgado poderes para que este tipo de negocio jurídico lo vincule y lo convierta en deudor de una obligación de dar.

Este es el remedio que otorga el ordenamiento peruano frente a los contratos suscritos por algún trabajador que celebren negocios jurídicos en nombre de la empresa sin contar los poderes para ello. No obstante, ¿qué ocurre en un supuesto en el que el sujeto si tenga poderes de representación pero excede dichas facultades? El ordenamiento jurídico brinda la misma solución: la ineficacia. Modifiquemos el ejemplo:

*“El trabajador A tiene poderes para vender vehículos de carga pesada de la empresa. No obstante, este considera que un vehículo de transporte (no carga pesada) puede ser vendido para conseguir una mejor fuente de ingresos para la empresa. Dicho automóvil*

*es vendido al sujeto B. El sujeto B requiere el vehículo comprado a la empresa sustentado en el contrato de compraventa celebrado con el trabajador A.”*

La diferencia entre este escenario y el anterior es que, ahora el sujeto si tiene poderes de representación no como en el primer caso que no contaba con dichos poderes. Sin embargo, ahora el trabajador A está excediendo los poderes otorgados realizando actos que escapan del alcance de su estatus de representante de la empresa. Ante esta situación, se sanciona con ineficacia el acto y la empresa no quedará obligada frente al sujeto B a realizar la entrega del vehículo en cuestión.

En conclusión, las empresas tienen salvaguardados sus intereses cuando ciertos sujetos pretendan vincularlos a contratos en los que estos no han decidido participar. La ineficacia del acto será la solución a estos problemas, logrando que el contrato celebrado no tenga efectos sobre la empresa y evitando, así, obligarlo a pactos que no haya acordado. Asimismo, a fin de evitar contingencias sobre el posible exceso en el ejercicio de poderes delegados hacia un trabajador, correspondería a cada empresa delimitar expresamente y de manera muy precisa las facultades que el representante podrá realizar lo que pondrá en resguardo la esfera jurídica de la misma.



CHRISTIAN TORIOBIO  
Asistente legal Área Civil





