



Notas acerca del concurso de infracciones en el Derecho Administrativo Sancionador: caso peruano

Notes about the contest of infractions in Administrative Disciplinary Law: Peruvian case

José Alonzo Jiménez Alemán^{* **}

Resumen:

El presente artículo desarrolla la institución del concurso de infracciones en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, a fin de precisar la extensión de la institución a la luz de la normativa. Para dichos efectos se propone un desarrollo exegético tomando como referencia el vasto desarrollo del concurso de delitos del Derecho Penal y la experiencia comparada en materia de Derecho Administrativo Sancionador. Finalmente, con el objeto de aterrizar los conceptos se analizan dos pronunciamientos administrativos concretos.

Abstract:

This article develops the institution of the concurrence of infractions in the scope of Administrative Sanction Law, in order to specify the extension of the institution regarding to the regulations. For these purposes, the author presents a detailed analysis, taking as reference the development of the criminal law and the comparative experience in the matter of Administrative Sanction Law. Finally, in order to clarify the concepts, two specific administrative pronouncements are analyzed.

Palabras clave:

Concurso de infracciones – concurso real – concurso ideal – hecho - unicidad – sanción – gravedad – absorción – exasperación

Keywords:

Concurrence of infractions - real concurrence – ideal concurrence - fact - unicity - sanction - gravity - absorption - exasperation

Sumario:

1. Introducción – 2. Concurso de Infracciones: Marco Teórico – 3. Análisis de casos – 4. Conclusiones – 5. Bibliografía

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista legal en la Subgerencia de Asesoría Legal en Asuntos Financieros de la Gerencia Jurídica del Banco Central de la Reserva del Perú. Las interpretaciones y reflexiones del autor no representan la posición institucional de la entidad a la cual presta servicios.

** Para mí María Paz, quien bajo sus progresos y afecto me recarga de energías para perseguir mis sueños. Asimismo, quiero agradecer los comentarios, reflexiones y aportes de mi amigo Jhonathan Yovera Mendoza, con quien tuve el gusto de compartir aulas y discusiones académicas.

1. Introducción

La dinámica del quehacer diario es superior a la imaginación del legislador, motivo por el cual es común advertir conflictos normativos o aparentes vacíos jurídicos, cuya solución depende de ejercicios interpretativos complejos a cargo del operador jurídico. En ese sentido, en mi opinión, una de las máximas que un abogado debe considerar al momento de proponer un marco regulatorio o redactar un contrato es que resulta imposible contemplar todos los supuestos y mitigar todos los riesgos de una situación futura.

El derecho administrativo sancionador es una de las ramas del derecho público más jóvenes, en el cual podemos advertir que las instituciones desarrolladas no tienen un respaldo directo en la jurisprudencia, doctrina especializada y carecen de profundidad, por lo cual normalmente su desarrollo está felizmente atado al derecho penal, rama del derecho que cuenta con un vastísimo desarrollo¹.

Precisamente una de las instituciones en las que advertimos problemas en su reconocimiento legal y aplicación práctica es el principio de concurso de infracciones, pues el practicismo y celeridad con que actúa la Administración Pública obstruye un ejercicio razonable y sesudo de las instituciones jurídicas. Concretamente, los parámetros para determinar cuando estamos frente a uno o varios hechos, así como el nivel de reproche que debe recaer en el sujeto activo de la infracción, son algunos de los temas más importantes que abordaremos.

Atendiendo a ello, el objeto del presente artículo es presentar el marco teórico general sobre la institución del concurso de infracciones, a fin de reconocer su naturaleza, alcance y requisitos básicos para su aplicación. Para dichos efectos, se trabajará los tipos de concurso de ilícitos que han sido desarrollados en la doctrina, jurisprudencia y legislación, así como su relación con otras instituciones como el concurso aparente, el principio de *non bis in idem* y las infracciones continuadas. Finalmente, se realizará un análisis de dos pronunciamientos de órganos resolutores de la Administración Pública sobre el particular.

2. Concurso de infracciones: Marco Teórico

Como documenta Álvarez Pozo², ante la rigurosidad práctica del principio de acumulación material de las penas como solución jurídica a los supuestos de concurrencia delictiva, los juristas italianos de la Baja Edad Media plantearon la necesidad de sustituirlo por sistemas de única pena, aunque ésta se agrave.

La complejidad de la realidad social nos revela que el fenómeno punitivo es mucho más enrevesado de lo que aparenta, pues en muchos casos el infractor no se limita a infringir un solo tipo infractor en una sola oportunidad, si no que la acción puede subsumirse en otros tipos infractores (incluso de distinta naturaleza³), o el ilícito cometido se repite en un período de tiempo limitado. Atendiendo a ello, esencialmente la dogmática penal ha desarrollado diferentes instituciones que pretenden solucionar el ejercicio de la potestad sancionadora en este tipo de situaciones, a fin de aplicar sanciones proporcionales a los desvalores cometidos, evitando así escenarios de punición excesiva.

La doctrina especializada⁴ advierte que en algunos casos legislaciones han optado por incorporar este análisis en la teoría del delito⁵, mientras que otros en la teoría de la pena⁶. Por ejemplo, en España la

1 Como señala Alejandro Nieto, para efectos del desarrollo conceptual del concurso de infracciones, y en general otras instituciones del derecho punitivo, los administrativistas contamos con la valiosa ayuda de los instrumentos técnicos del Derecho Penal, que hay que utilizar sin reparo, mientras el Derecho Administrativo Sancionador no esté en condiciones de crear sus propios remedios. Asimismo, agrega que no es poca la fortuna de contar con la teoría penal, dado que, de no ser por ella, habríamos de explicar a ciegas estos nuevos caminos sin otra guía que el cuestionable voluntarismo de la casuística jurisprudencial ni otra luz que sus intuiciones personales. Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cuarta edición. Navarra: Tecnos, 200, p. 517.

2 María de la Palma Álvarez Pozo, "El concurso ideal de delitos" (tesis doctoral, Editorial de la Universidad de Granada, 2007), 17-18.

3 Sobre los distintos tipos infractores, recomendamos leer Baca Oneto, Víctor. La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en especial, análisis de los supuestos de infracciones permanentes y continuadas). En: *Revista Derecho y Sociedad* N° 37; Lima: asociación civil Derecho & Sociedad conformada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; 2012; pp. 263-274.

4 María de la Palma Álvarez Pozo, "El concurso ideal de delitos" (tesis doctoral, Editorial de la Universidad de Granada, 2007), 5.

5 Un sector de la doctrina sostiene que los requisitos exigidos en la normativa vigente al regular las reglas de aplicación de los concurso de infracciones no responden a la mera aplicación de reglas para acumular, subsumir o reducir las penas, sino que además se requiere determinar cuestiones adicionales, tales como: la relación entre las infracciones, o el posible cambio de valoración de los elementos que conforman el ilícito. En la práctica puede evidenciarse esta problemática al momento de determinar el alcance de los conceptos de unidad y pluralidad de acciones que dan lugar a las distintas modalidades concursales propias y sus efectos en la correspondiente medición de la o las penas. María de la Palma Álvarez Pozo, "El concurso ideal de delitos" (tesis doctoral, Editorial de la Universidad de Granada, 2007), 9-10.

6 El sector que defiende esta posición entiende que la verdadera tarea de las reglas de la concurrencia auténtica consiste única y exclusivamente en reglamentar sus consecuencias jurídicas mediante la combinación de los marcos penales de las leyes conculcadas. María de la Palma Álvarez Pozo, "El concurso ideal de delitos" (tesis doctoral, Editorial de la Universidad de Granada, 2007), 7-8.

institución de los concursos se ubica en la parte correspondiente a la aplicación y medición de la pena⁷, tal como en el caso peruano, ubicado en Capítulo II "Aplicación de la Pena" del Título III "De las Penas", artículos 48 al 51, del Código Penal peruano. A pesar de ello, puede afirmarse que el análisis de la institución va más de allá de un conjunto de reglas que sean útiles únicamente para la determinación de la pena, sino que más bien comprende una evaluación del hecho y la evaluación de la unidad o pluralidad de hechos, así como de la relación de las normas aplicables, o una valoración de los elementos que conforman los ilícitos.⁸

En el plano práctico, el aspecto más importante de análisis en la teoría del concurso de ilícitos es la determinación de la unidad fáctica. Como señala Zaffaroni⁹, determinar cuándo existe una o varias acciones es una cuestión con implicancias punitivas muy importantes que puede afectar una serie de elementos en la configuración del ilícito, tales como afrontar un concurso de infracciones, la determinación de la ley aplicable, el término de la prescripción, la aplicación del principio del *ne bis in idem* o el principio de continuidad de infracciones.

Los autores alemanes reconocen a Johannes Christoph Koch¹⁰ como el fundador de la teoría del concurso en los términos que actualmente lo conocemos, pues distinguió por primera vez entre diversas modalidades de concurso de delitos según el sujeto que los hubiera cometida con una sola acción o en una pluralidad de ellas.

Atendiendo al desarrollo conceptual de Koch, hoy en día podemos afirmar que existen dos tipos de concursos de ilícitos: (i) concurso ideal, cuando existe un solo hecho o unidad de acción y pluralidad de delitos; y, (ii) concurso real, cuando una pluralidad de acciones tiene como consecuencia una pluralidad de delitos de delitos. La doctrina también ha desarrollado el supuesto del concurso medial, el cual procede cuando uno de los delitos sea medio necesario para cometer otro, cuya categorización como concurso ideal o concurso real aún no encuentra consenso, más aún si consideramos que en nuestra legislación no se reconoce expresamente¹¹.

A continuación se explicará con más detalle el alcance de cada institución.

2.1 Concurso Ideal

El concurso ideal por definición se produce cuando un hecho involucra la comisión de dos o más ilícitos. Es decir, un solo hecho genera una tipicidad múltiple. El fundamento de esta institución es la unidad de acción, aunque históricamente hubo posiciones doctrinales que intentaron colocar a la unidad de propósito o fin como la esencia del concurso ideal¹². Principalmente la influencia de la dogmática penal en Alemania coadyuvó en consolidar la teoría de la unidad que hoy es común en la legislación penal¹³.

En este tipo de concurso la clave es entender que estamos frente a un solo desvalor de acción, el cual tiene como correlato un desvalor de resultado múltiple. Con esta base conceptual se facilita la diferenciación entre los tipos de concursos existentes en la normativa, el concurso aparente o concurso de leyes, el principio de continuidad de infracciones¹⁴ y el principio de *ne bis in idem*.

7 El Código Penal español de 1995 ubica la institución del Concurso de Infracciones en la parte dedicada a la determinación de las penas, específicamente en el epígrafe "reglas especiales para la aplicación de las penas", en la Sección segunda del Capítulo II, dedicado a la aplicación de las penas, Título III "de las penas, Libro I.

8 Compartimos la posición expuesta por María de la Palma Álvarez Pozo, quien se adhiere a una posición ecléctica, en virtud de la cual entiende que no se puede desconocer las implicancias que la teoría del concurso tiene en la teoría general del delito, ya que sólo desde la misma es posible definir los presupuestos de la pluralidad delictiva en general y del concurso ideal. María de la Palma Álvarez Pozo, "El concurso ideal de delitos" (tesis doctoral, Editorial de la Universidad de Granada, 2007), 14-15.

9 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora), 856 - 857.

10 J. Koch, *Institutiones juris criminalis*, 1758; citado por María de la Palma Álvarez Pozo, "El concurso ideal de delitos" (tesis doctoral), 19-20. La autora señala que la propuesta de Koch no se trataba sólo de excepcionar la aplicación del principio de acumulación material por cuestiones de naturaleza práctica, ni de tener que negar la naturaleza plural de determinadas situaciones u la solución jurídica prevista fuera el de una pena única, sino de buscar soluciones jurídicas acomodadas a la realidad objetiva derivada de la forma de comisión de una pluralidad de delitos.

11 El alcance del presente artículo no cubrirá toda la discusión que gira en torno del concurso medial, el cual quedará pendiente para una siguiente entrega que aborde el tema específicamente. Sin embargo, corresponde precisar que la discusión sobre su categorización como concurso ideal o como concurso real está relacionado con el concepto de "unidad de hecho" que se adopte. Específicamente está relacionado al nivel de identidad exigido para considerar un conjunto de acciones como "unidad de hecho", y el planeamiento subjetivo del sujeto activo del ilícito. Para ver más, María de la Palma Álvarez Pozo, "El concurso ideal de delitos" (Tesis doctoral), 320 y ss.

12 Álvarez Pozo, El concurso ideal de delitos, 201-202.

13 *Ibidem*. pp. 203-204.

14 La idea principal de esta diferenciación es que en el *concurso* hay pluralidad de infracciones, mientras que en la *continuidad* estamos ante un estado continuo del comportamiento infractor. Para ver más recomendamos consultar Víctor Baca Oneto, "La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en especial, análisis de los supuestos de infracciones permanentes y continuadas)", *Derecho y Sociedad* 37 (2012): 263-74.

La doctrina¹⁵¹⁶¹⁷ es unánime en sostener que la concurrencia ideal se puede clasificar en dos supuestos: (i) Cuando una misma conducta resulta abarcada por distintos tipos penales (concurso ideal heterogéneo); (ii) Cuando una conducta da lugar a la plural concurrencia del mismo tipo penal (concurso ideal homogéneo).

En el concurso ideal heterogéneo es posible que surjan varias combinaciones. Como señala Alfaro y Urquizo¹⁸, los tipos pueden estar completamente camuflados en la descripción de la acción pero presuponer resultados distintos. Por ejemplo, cuando el agente por medio de un disparo mata a una persona y simultáneamente daña una cosa o si se coacciona a otro a llevar a cabo un comportamiento a través de lesiones corporales. Además de ello, es perfectamente posible que dos delitos de mera actividad coincidan en forma de concurso ideal heterogéneo.

Por su parte, el concurso ideal homogéneo consiste en la violación repetida de la misma norma legal mediante una sola acción. La pretensión de respeto al bien jurídico protegido se infringe múltiples veces si el hecho perjudica a varias víctimas¹⁹.

En España, el Tribunal Supremo mediante sentencia del 11 de junio de 1997 (EDJ 1997/3943) reconoció la institución del concurso ideal homogéneo, a propósito de un caso en el que condenó por cinco delitos de homicidio en grado de frustración en concurso ideal con sendos delitos de atentado:

“concorre el denominado concurso ideal cuando un solo hecho constituya dos o más delitos (artículo 71 CP de 1973). Ha de reconocerse que no es una cuestión pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia la relativa al tipo de concurso que debe apreciarse cuando la conducta enjuiciada produce varios resultados, especialmente cuando del concurso ideal homogéneo se trata, es decir, cuando cabe apreciar la violación reiterada del mismo tipo penal”.

El Código Penal peruano no es categórico en el reconocimiento del concurso ideal homogéneo, pues exige la aplicación de varias disposiciones, por lo cual encuentra problemas el reconocimiento y aplicación de esta institución, por lo menos a un nivel estrictamente literal. El artículo 48° establece expresamente:

Artículo 48.- Concurso ideal de delitos

Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta una cuarta parte, sin que en ninguno caso puede exceder de treinta y cinco años. (el subrayado es nuestro).

La jurisprudencia corrobora esta situación con la Casación N° 896-2005 Callao del 22/06/2005, mediante la cual se indica que el concurso ideal de delitos se produce porque un solo hecho da lugar a dos o más delitos, que se presenta cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho, es decir, que con una sola acción u omisión se viola diversas normas legales que no se excluyen entre sí, aplicándose la pena del delito más grave (R.N. N° 896-2005 Callao, 22/06/2005).

En el ámbito del derecho administrativo sancionador, esta complicación fue superada por la redacción del actual artículo 246²⁰ del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante TUO de la LPAG), el cual establece o siguiente:

“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

6. Concurso de infracciones: Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes”.

Como puede advertirse, el TUO de la LPAG contempla el concurso ideal de infracciones y su redacción permite la aplicación de un concurso homogéneo y heterogéneo. Se advierte también que el principio recoge la identidad de conducta, lo cual difiere de la redacción del Código Penal que hace referencia al “hecho”. A

15 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal Parte General*. (Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora), 865 - 866.

16 Álvarez Pozo, El concurso ideal de delitos, 201-202. En este trabajo se analiza la legislación de países como Alemania, Italia y España para el reconocimiento del concurso ideal homogéneo y heterogéneo.

17 En doctrina nacional véase: Javier Villastein, *Derecho Penal Parte General* (Lima: Editorial Grijley, 2014), 536.

18 Gustavo Urquizo Videla, “Alcances sobre el concurso ideal de delitos”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Volumen 13, Número 115 (abril 2008).

19 Hans Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal* (Granada: Editorial Comares, 2002), 773; citado por Vanessa Alfaro Mendoza y Gustavo Urquizo Videla, “Alcances sobre el concurso ideal de delitos”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Volumen 13, Número 115, (abril 2008).

20 Esta redacción es la misma que la dispuesto en el numeral 6 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, publicada el 01 de abril de 2001 en el diario oficial El Peruano.

continuación se atenderá la unidad de hecho, y se hará una referencia a las implicancias de reconocer el término "conducta" en el TUO de la LPAG.

2.1.1 La teoría de la unidad: ¿hecho o acción?

Como señalamos, uno de los aspectos claves en la aplicación de la institución del concurso de infracciones es definir cuándo estamos frente a un hecho o conducta y cuando frente a una pluralidad de estos. Atendiendo a ello, cabe plantearse la siguiente pregunta ¿cuál es el criterio que define si estamos ante una sola acción? Esta pregunta debe responderse a través de la concepción del proceso ejecutivo del ilícito. Es decir las acciones, decisiones y consecuencias necesarias para cometer un delito.

Pero, antes de analizar con detalle el tema de la unicidad, es preciso determinar si el parámetro que debe regularse debe ser un "hecho", una "acción" o una "conducta". En el Perú, podemos advertir que el artículo 48° del Código Penal establece como parámetro "el hecho", mientras que la legislación administrativa (numeral 6 del artículo 246° del TUO de la LPAG) alude a "la conducta" como punto de análisis.

Para entender el sentido de la teoría del concurso, es preciso diferenciar los términos "hecho", "acción" y "conducta", los cuales hasta este punto usamos de forma indiferente pero cuentan con connotaciones gramaticales distintas que repercutirán directamente en el análisis de cada cuerpo normativo. En el plano jurídico ROXIN señala que la acción puede ser conceptualizada como toda "manifestación de la personalidad" de una persona natural o de un ente colectivo, que implique -para este último caso- la exteriorización de la forma interna de organizarse²¹. Por su parte, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el término "conducta" es definido como *el conjunto de acciones con que un ser vivo responde a una situación*.

En España se optó por el empleo del término "hecho" para hacer referencia a la totalidad del sustrato valorado, abarcando tanto el momento ejecutivo, representado por la acción, como al proceso causal y al resultado producido²². El fundamento del concurso abarca más que la acción en sí misma, que constituye el núcleo del hecho, y por ello un solo hecho puede quedar configurado por varias acciones y omisiones²³. Para efectos del presente artículo, nos adherimos a la posición propuesta y aplicaremos el término "hecho" para referirnos al parámetro de unidad necesario para aplicar el concurso ideal.

Ahora bien, una vez aclarado por qué se eligió el término "hecho", se debe analizar los alcances de la unidad de hecho. Este concepto permitirá comprobar, según cada tipo, si nos encontramos ante un comportamiento que suponga una realización típica, en el sentido de que el total del desvalor del hecho quede satisfecho punitivamente con la aplicación de un solo tipo (en caso de absorción), o ante un comportamiento que obligue a afirmar que se ha producido más de una lesión de los bienes jurídicos protegidos, de tal forma que la apreciación del total del desvalor de la conducta exige concluir que son varias las realizaciones típicas²⁴.

Para ello, existen una serie de criterios que pueden tomarse en cuenta para definir un hecho. Así pues, se ha podido estudiar los siguientes criterios:

- (i) Criterio fisiológico²⁵: una acción será un movimiento humano guiado por la voluntad. El problema con este parámetro es que la delimitación entre las acciones de un ser humano resulta muy compleja, pues podría afirmarse que el sujeto ha realizado tantas acciones como movimientos corporales.
- (ii) Criterio de la unidad natural de acción²⁶: La doctrina y jurisprudencia alemana se basan en el criterio de la concepción natural de la acción, conforme al cual lo decisivo para calificar como unidad a la pluralidad de manifestaciones de voluntad externa será que las distintas manifestaciones de voluntad se encuentren conducidas por una resolución de voluntad unitaria y enlazadas por una conexión temporal y espacial tal que se sienta por un espectador imparcial como una unidad.

21 Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 2a edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal (Madrid: Editorial Civitas, 1997 citado por Gomez Tomillo, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, 299-300. Respecto de la innegable responsabilidad administrativa de la persona jurídica, recomendamos leer el interesante trabajo de Ángeles Palma del Teso. El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, 1996.

22 María de la Palma Álvarez Pozo, "El concurso ideal de delitos" (tesis doctoral) op. cit. p. 210.

23 Sobre el particular, Ujala Joshi Jubert, Unidad de hecho y concurso medial de delitos. En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 45 (1992), 618. Se indica que es más adecuado el término "hecho", pues refleja algo ya acabado, que el de acción, que quizás pone más el acento en lo que se está haciendo.

24 María de la Palma Álvarez Pozo, "El Concurso Ideal de Delitos" (tesis doctoral), op. cit. p.212.

25 Álvarez Pozo, "El Concurso Ideal de Delitos", 214-215.

26 Álvarez Pozo, "El Concurso Ideal de Delitos", 216-224. Específicamente en la cita 67 se hace una referencia a la jurisprudencia y autores que trabajaron este tema

Específicamente la jurisprudencia alemana establece que existe unidad natural de acción, cuando *“el sujeto actuante realiza su voluntad unitaria, dirigida a una meta en el mundo exterior, por medio de una pluralidad de actos de la misma clase y, además, estos actos particulares de realización puedan ser objetivamente reconocidos como pertenecientes a un mismo conjunto, debido a su conexión espacial y temporal, de manera tal que según esta concepción de la vida ellos forman una acción”*²⁷.

Es decir, se sujeta la unidad de la acción a la unidad del propósito y a la conexión espacio-tiempo que se aprecie en las distintas manifestaciones de voluntad. A través de este concepto de unidad de acción, se prescinde de un criterio jurídico para unificar las acciones naturalmente plurales, ya que se entiende que los conceptos unidad y pluralidad preexisten al Derecho.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia española acepta el concepto de unidad natural de acción atendiendo fundamentalmente al criterio objetivo del desarrollo de las acciones en un estrecho marco temporal y espacial para poder apreciar la concurrencia ideal de los tipos presentes sobre una unidad de acción^{28,29}.

Por otro lado, Mezger³⁰ concibe la unidad natural de acción desde una perspectiva más objetiva pues entiende que la determinación de cuándo existe un único acto de voluntad es una cuestión de hecho.

- (iii) Criterio de la unidad típica de acción³¹: el criterio natural de acción se matiza mediante la inclusión de puntos de referencia jurídicos. En ese sentido, no es la sociedad, sino el Derecho el que establece los elementos que marcan las diferencias existentes entre la unidad y pluralidad de acciones. Y a esto es a lo que se le denomina unidad de acción típica.

En ese sentido, Cuerda Riezu³² establece que lo lógico será que la decisión dependa de criterios jurídico-penales, pues sólo el legislador está legitimado para configurar unidades de acción más o menos ampliadas, siendo esto lo relevante para que se le otorgue dicho carácter unitario.

En esa línea de pensamiento, González Rus³³ enseña que la valoración de los actos naturales sólo puede hacerse según los propios tipos, pues en función de cómo aparezcan éstos configurados depende que diversos actos puedan ser considerados como una unidad.

Por su parte, Álvarez Pozo³⁴ considera que lo común en los distintos tipos en concurrencia son los actos de voluntad y estos desde una perspectiva jurídica vienen determinados por los procesos ejecutivos o conducta típica de los mismos. Además como los procesos ejecutivos son los que resultan comunes a los distintos tipos de que concurren, la identidad entre los mismos es la que debe definir la unidad de acción del concurso ideal.

- (iv) Criterio de unidad de acción determinada conforme al número de resultados³⁵: este es el criterio más tentador y consiste en que el número de hechos coincida con el número de resultados materiales

27 Álvarez Pozo, “El concurso Ideal de Delitos”, 217.

28 El Tribunal Supremo alemán ha llegado a sostener sobre la base de una mera voluntad de huida que concurre en unidad de acción la conducción sin permiso, las lesiones imprudentes causadas en dicha conducción, la resistencia a la autoridad cuando es detectada la infracción, y la huida posterior. También se alegó ello en el caso de una sustracción de un automóvil, el hurto, la falsificación documental y el encubrimiento del hecho, y todo ello, porque se llevaban a cabo las distintas manifestaciones de la voluntad en un corto espacio de tiempo.

Por su parte, el Tribunal Supremo español ha señalado que el criterio de la unidad natural de acción aparece reflejado en distintas resoluciones como el criterio por el que se determina la unidad de acción de la concurrencia ideal. En esa línea, se puede la sentencia del 11 de octubre de 1990 que se apoyó en el criterio de la unidad natural de acción para sancionar por un concurso ideal entre un delito de robo y un delito de incendio. La argumentación fue la siguiente:

“Es preciso comprobar si estamos en presencia de un hecho único (unidad de acción) que constituye dos o más delitos (art. 71 C.P.) o de varios hechos (pluralidad de acciones), en cuyo caso serían acumulables las penas (art. 69 C.P.). Con relación a esta cuestión la Sala ha establecido que será de apreciar una única acción, en sentido jurídico, cuando varios comportamientos jurídicos penalmente equivalentes del autor tienen lugar en un mismo ámbito espacial y en un contexto temporal breve (casos de la llamada unidad natural de acción) [...] En el presente caso las acciones de robo e incendio tuvieron lugar dentro de un estrecho marco espacial, pues ocurrieron en el mismo lugar y casi al mismo tiempo. En consecuencia, los diversos comportamientos dan lugar a una única acción en sentido jurídico pues constituyen un único objeto de valoración. Consecuentemente, sería de aplicar el artículo 71 del C.P.”

Esta referencia se encuentra en: Álvarez Pozo, “El Concurso Ideal de Delitos”, 220-221.

29 Cuerda Riezu, *Política criminal y nuevo Derecho penal* (1997), 348; citado por Álvarez Pozo, “El Concurso Ideal de Delitos”, 218-219.

30 Mezger, *Tratado de Derecho Penal* (1995), 360-361; citado por Álvarez Pozo, “El Concurso Ideal de Delitos”, 220.

31 Álvarez Pozo, “El Concurso Ideal de Delitos”, 225-228.

32 Cuerda Riezu, *Política criminal y nuevo Derecho penal* (1997), 352; citado por Álvarez Pozo, “El Concurso Ideal de Delitos”, 22.

33 González Rus, *Comentarios al Código Penal*, tomo I (2000), 941; citado por Álvarez Pozo, “El Concurso Ideal de Delitos”, 226.

34 Álvarez Pozo, “El Concurso Ideal de Delitos”, 227.

35 Álvarez Pozo, “El Concurso Ideal de Delitos”, 228-229.

producidos, siempre que esa pluralidad de resultados no haya tenido al mismo tiempo una pluralidad de actos de voluntad.

Sobre el particular, el Tribunal Supremo español, entre otras, en la sentencia del 15 de marzo de 1988 dispuso que *“la pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos.”*

Sin perjuicio de ello, es pertinente resaltar que el juzgador siempre se encontrará tentado de aplicar de alguna forma este criterio, sobre todo atendiendo a la relevancia de los bienes jurídicos involucrados (como en el caso del derecho penal es la libertad, y en el caso del derecho administrativo sancionador es el aspecto económico) y el nivel o grado de afectación a estos. Así pues, si bien el Tribunal Supremo acoge la tesis de que la unidad de hecho debe circunscribirse a la acción y no así a los resultados, ha aportado algunos matices que merecen ser citados^{36,37}:

“[...] la norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos. Cosa distinta, por tanto, es que los resultados fueran directamente queridos por el sujeto.

Si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido de la voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar con su acción la totalidad de los resultados producidos – es decir, si el mismo actúa con “dolo directo”, y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que tal supuesto, tanto desde el punto de vista de la antijuricidad, como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de “varios hechos” punibles en concurso real”³⁸.

Es cierto que en algunos supuestos (en los hechos donde se advierten más de una afectación grave a bienes jurídicos de relevancia) la consecuencia jurídica que prevé el legislador para el concurso ideal no sea acorde tampoco con la gravedad del injusto. Sin embargo, ello no debe justificar que se sancionen hechos en dos oportunidades o que se castiguen hechos que se encuentran en unidad de acción como supuestos absolutamente independientes.

Tomar posición en este punto es clave para definir el caso en concreto, por lo cual hemos planteado todas las teorías que se han trabajado sobre el particular. Consideramos que la decisión que se adopte debe considerar todas las actuaciones necesarias para la comisión del ilícito, e identificar las acciones ejecutivas comunes que comparten las actuaciones concurrentes.

El criterio adoptado por el legislador peruano, tanto en el campo del derecho penal como en el derecho administrativo sancionador, no está vinculado con la unidad del fin, pues lo que intenta cubrir el concurso ideal es el desvalor de resultado múltiple producido por un solo hecho, para lo cual lo único que se requiere es identificar la unidad de hecho, ante lo cual somos de la opinión de que el más apropiado es el criterio de la unidad natural de acción.

A esto agregaría la identidad de los procesos ejecutivos, es decir las acciones similares que se van desencadenando para la consumación del ilícito. Para dichos efectos no basta la unidad de fin, ni que las conductas obedezcan a un motivo similar ni que uno de los ilícitos cubra al otro, o la mera coincidencia temporal entre las acciones o que uno de los hechos sea presupuesto del otro³⁹. Lo importante es que se comparta total o parcialmente fases del proceso ejecutivo, para lo cual es clave tomar en cuenta el aspecto subjetivo en la actuación del infractor (esto es, que conozca y quiera los actos ejecutivos que realiza).

En ese sentido, hoy en día nadie dudaría que la compra (y por ende tenencia) de un arma de forma ilegal por parte de una persona a fin de asesinar a una persona no son hechos que compartan fases en el proceso ejecutivo.

36 Sentencias del Tribunal Supremo del 22 de marzo de 1993; del 23 de marzo de 1999; del 25 de setiembre de 2000; del 21 de enero de 2002

37 Es mayoritaria la doctrina que entiende que el número de agentes que puedan ser afectados por el hecho acometido no determina la pluralidad de delitos.

38 Este caso se trató sobre la causación de muerte de varias personas, directamente buscado por el homicida. En este caso se consideró que su conducta era constitutiva de tantos delitos de homicidio como víctimas existieron, ello con independencia de que haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba.

39 Ujala Joshi Jubert, “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 45 (1992): 627.

2.1.2 Las consecuencias jurídicas y aplicación de la sanción por exasperación o absorción

Como señala Cuerda Riezu⁴⁰, la exasperación consiste en *imponer una pena que supera la más grave de las individuales que se presentan*. Esto involucra escoger la pena más grave (pena disponible) y superar por arriba su marco legal. Su principal diferencia con el criterio de absorción es que la pena aplicable por este criterio no puede superar el marco legal de la pena disponible, mientras que en la exasperación sí es posible. Debe precisarse además que en la exasperación sólo se aplica una sanción, mientras que herramientas como la *acumulación* implican la imposición de más de una sanción.

En la experiencia comparada, las opciones adoptadas por los legisladores responden a una valoración de política criminal vinculada a la proporcionalidad del reproche, considerando la unicidad del hecho y el conjunto de ilícitos cometidos⁴¹. Es lógico que en algunos supuestos los esquemas de absorción sean considerados benignos, sobre todo cuando estamos frente a afectaciones muy graves de bienes jurídicos como la vida, libertad o patrimonio.

El artículo 48° del Código Penal establece que cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá con la que establezca la más grave. Esta disposición fue modificada por el artículo 3° de la Ley N° 28726, publicada en el diario oficial El Peruano el día 09 de mayo de 2006, a fin de incorporar un parámetro adicional a la determinación de la pena en el caso de concurso ideal de delitos: la posibilidad de *incrementar hasta en un cuarta parte la pena, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años*°. Esto significa que el Código Penal peruano acoge la teoría de la exasperación. Por su parte, el numeral 6 del artículo 246° del TUO de la LPAG establece que en caso de concurso de infracciones se debe aplicar la infracción de mayor gravedad, acogiéndose al régimen de absorción de penas.

Como puede advertirse, la propuesta en el ámbito administrativo consistió en un esquema de absorción puro⁴², lo cual es una opción totalmente válida y sólo considera el desvalor de acción detectado como la opción punitiva más adecuada. Esta posición evidentemente no toma en cuenta el desvalor de resultado múltiple, que en el caso del Código Penal peruano significa la exasperación no mayor a la cuarta parte de la pena.

Para su aplicación, el TUO de la LPAG nos plantea un reto pues exige que se determine la gravedad de cada una de las infracciones, lo cual puede ser virtualmente solucionado con la calificación de *“leve”, “grave”* o *“muy grave”* sin embargo, se presentan problemas cuando estamos frente a infracciones de la misma gravedad. En este caso debemos recurrir en primer lugar a fijar la cuantía de las multas (en el caso de sanciones pecuniarias), pero es posible (y ocurre en la práctica) que el concurso se plantee con infracciones de distinta categoría: sanciones pecuniarias y no pecuniarias (como suspensiones, cancelaciones o inhabilitaciones).

El problema es determinar qué infracción es la más grave, lo cual lógicamente puede estar vinculado con la cuantía sanción. Sin embargo, en el supuesto de sanciones objetivas similares, o de distinta naturaleza, se requiere que el operador jurídico establezca otros criterios como el interés público protegido por cada infracción, o la valoración de la intervención de acuerdo a las políticas del sector, entre otros supuestos.⁴³

Finalmente, respecto del órgano competente, consideramos que le corresponde a la entidad instructora formular un informe final de instrucción en el que se determine de manera motivada, entre otras cosas, la sanción propuesta.⁴⁴ Este es el momento en que la autoridad administrativa debe poner en conocimiento del particular la determinación de la sanción aplicable en función de la aplicación del régimen de concurso elegido. Consideramos que dicho análisis debe hacerse después de un análisis minucioso de los hechos, por lo cual no procedería realizar este análisis al momento de imputación de cargos.

40 Antonio Cuerda Riezu, *Concurso de delitos y determinación de la pena: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial* (Madrid: Tecnos, 1992), 97-98.

41 Sobre el particular se recomienda revisar: Álvarez Pozo, “El Concurso Ideal de Delitos”, 456-476. Como podrá advertirse, existen países que mantienen un tratamiento unitario del concurso real e ideal de delitos (Suiza, Austria, Francia, Portugal), mientras que existen otros países que distinguen las consecuencias punitivas entre el concurso real e ideal de delitos (México, Bélgica, Italia, Alemania, Argentina).

42 El sistema de absorción consiste en la imposición de una sola pena, que se corresponde con la más grave de todas las penas individuales. Lo característica de la absorción es que la pena definitiva quedará restringida al marco fijado por la pena disponible. Cuerda señala que *al consistir la sanción definitiva en una sola pena, las penas accesorias y las medidas de seguridad que se fijen en la Sentencia serán las que acompañen a la pena disponible*. Cuerda Riezu, *Concurso de delitos y determinación de la pena: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, 97-98.

43 Sobre el particular, Cuerda Riezu plantea el supuesto en que las penas sean de igual gravedad (en España el término de comparación es la pena no la infracción), y propone que la intensidad sea medida en función de la existencia de medidas de seguridad o incluso sobre la base de criterios como la existencia del dolo o culpa. Cuerda Riezu, *Concurso de delitos y determinación de la pena: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, 179-180.

44 Numeral 5 del artículo 253° del TUO de la Ley N° 27444.

2.1.3 Relación con el principio de *ne bis in idem*

El análisis de la relación entre el principio de *ne bis in idem* y el concurso ideal de ilícitos definitivamente excede los alcances del presente trabajo, sin embargo es preciso delimitar la conexión entre ambas instituciones, a fin de aplicarlas de forma correcta.

Como se desarrolló, el concurso ideal delimita el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, en el sentido de crear un criterio de juzgamiento en caso un hecho involucre la comisión de más de un ilícito, toda vez que merece un reproche especial debido a sus características (un desvalor de acción y múltiples desvalores de resultado). En otras palabras, se trata de la atribución de una sola pena especial a un hecho que involucra la comisión de dos o más infracciones.

Por su parte, el principio de *ne bis in idem* reconocido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 638, establece que *nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento*. En esa línea, el TUO de la LPAG regula el principio del *non bis in idem* como una prohibición de *imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecia la identidad de sujeto, hecho y fundamento*. Es decir, este principio prohíbe que un mismo hecho cometido por una persona sea juzgado dos veces por el mismo fundamento.

Como puede verse, se trata de dos caras de una misma moneda, pues, por un lado, un hecho que involucra la comisión de dos o más infracciones sólo puede ser sancionado con una pena especial, de acuerdo al marco jurídico vigente; y, por otro lado, ese mismo no puede ser reprochado nuevamente, pues la acumulación de la sanción quebrantaría el principio de *ne bis in idem*. Puede decirse que ambos principios complementan sus alcances.

*Ejemplo: en la carretera Panamericana Sur se advierte que un conductor viene sobrepasando de forma indebida a una serie de vehículos, valiéndose de una velocidad mayor a la permitida, lo cual es detectado por el velocímetro y las cámaras de seguridad instaladas por la Municipalidad Provincial o Policía de Tránsito. En este caso advertimos que en un solo hecho se han cometido dos infracciones tipificadas en el Código de Tránsito: exceso de velocidad, y por sobrepasar indebidamente a otro vehículo⁴⁵. Ante ello correspondería determinar la responsabilidad del conductor por la comisión de los dos desvalores descritos y aplicar el principio de concurso de infracciones (llámese concurso ideal). En este escenario debería aplicarse la sanción por la comisión de la infracción vinculada al exceso de velocidad. En caso la autoridad administrativa decida iniciar un nuevo procedimiento administrativo sancionador por el mismo hecho, imputando la infracción vinculada a sobrepasar de forma indebida otro vehículo, el administrado deberá alegar el principio de *ne bis in idem*, a fin de que se archive el procedimiento sancionador, pues el hecho fue juzgado en el procedimiento sancionador inicial.*

Como señala Cano Campos⁴⁶, las teorías de los concursos son, en alguna medida y dependiendo que cada supuesto, una garantía del *ne bis in idem*.

2.1.4 Concurso aparente o concurso de leyes

Es común advertir supuestos en que la actuación de un sujeto se puede subsumir en una pluralidad de ilícitos y aparentemente se exigiría la intervención del *ius puniendi* estatal para sancionar tantas veces como inconductas advertidas. Como señala Nieto, la teoría penal del concurso de leyes aborda este tema como el supuesto en que dos leyes tipifican y sancionan la misma acción, y el presupuesto de su aplicación es la *duplicidad normativa sancionadora la cual se produce como consecuencia por una incoherencia o descoordinación de la legislación que agrava sin fundamento la posición del autor*⁴⁷.

Como advierte Bramont-Arias⁴⁸ el concurso de leyes es un problema de interpretación, el cual surge cuando el sujeto activo realiza una acción que podría, aparentemente, ser calificada en más de un tipo penal, cuando en realidad sólo se puede aplicar uno, el cual desplaza a los otros. Sobre el particular, Mir Puig⁴⁹ señala "(...) cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in idem*. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes". Esto significa que el operador del derecho debe

45 Nos referimos a las infracciones M20 (límites máximos y mínimos de velocidad) y G3 (sobrepasar indebidamente otro vehículo) de la Tabla de Infracciones y Sanciones del Texto Único Ordenado del Código de Tránsito, aprobado mediante Decreto Supremo N° 016-2009-MTC.

46 Tomás Cano Campos, "Non bis in Idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador", *Revista de la Administración Pública* 156, (septiembre-diciembre 2001): 213.

47 Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 517-518.

48 Luis Miguel Bramont-Arias Torres, "Interpretación de la ley penal", *Derecho & Sociedad* 20, (2003): 182-83.

49 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal – Parte General*, 5ª edición (Barcelona: TECFOTO, 1998), 6778.

verificar que el desvalor sancionado por la norma 1 abarque o comprenda el desvalor sancionador por la norma 2. El fundamento y elemento base de este tipo de concurso es el mismo principio del *ne bis in idem* pues se limita el ejercicio de la potestad sancionadora en los casos en que se pretenda sancionar o procesar nuevamente un hecho que ha sido objeto de sanción o procesado al mismo sujeto, por los mismos hechos y bajo los mismos fundamentos, que para efectos prácticos es el bien jurídico protegido por el desvalor.

A continuación, presentaré algunos ejemplos de concursos aparentes que pueden graficar el alcance de esta institución:

- (i) El conducir lentamente por una vía rápida como es el caso de la Avenida Panamericana Sur, puede generar la concurrencia de la infracción sobre conducir un vehículo automotor lentamente por el carril de la izquierda, causando congestión o riesgo (infracción G38 del Código de Tránsito) y la infracción sobre límites mínimos de velocidad (infracción M20 del Código de Tránsito).
- (ii) El conducir con una licencia vencida, puede subsumirse en los tipos infractores vinculados a “conducir un vehículo sin contar con licencia” (infracción M3 del Código de Tránsito), “conducir un vehículo con una licencia de conducir vencida” (infracción M40 del Código de Tránsito).

De una revisión de los tipos infractores enumerados, se puede advertir que los ilícitos pretenden desincentivar la misma inconducta. En este punto debemos preguntarnos si uno o varios de los hechos pueden subsumirse en un solo tipo penal, a fin de determinar si estamos frente a la vulneración de ilícitos que protegen el mismo bien jurídico. Es decir, se debe analizar si el desvalor de uno de los ilícitos descritos puede comprender el previsto para los demás casos.

Ahora bien, para solucionar el concurso aparente o concurso de leyes, la doctrina ha desarrollado los siguientes principios⁵⁰:

1. Principio de especialidad: cuando del conjunto de tipos penales aplicables, existe uno que prevé de forma más específica el hecho, se prefiere éste pues prevé la sanción más adecuada y prolija para el desvalor detectado, de acuerdo al ordenamiento vigente.
2. Principio de subsidiariedad: de acuerdo a esta regla, se aplica supletoriamente un precepto cuando la acción no se subsume plenamente en la disposición principal.
3. Principio de consunción: conforme a este principio un precepto incluye o engloba a otros hechos; por ejemplo, la infracción administrativa de conducir un vehículo automotor sin portar licencia de conducir, puede subsumirse en la infracción de conducir un vehículo automotor sin contar con licencia de conducir vigente.
4. Principio de alternatividad: este principio se aplica para evitar impunidades, cuando las disposiciones punitivas son parecidas y podrían aplicarse al mismo hecho. En este caso se aplicará el precepto que implique mayor pena, con lo que se excluyen los supuestos benevolentes.

A juicio de Nieto⁵¹, estos criterios también deben valer para el Derecho Administrativo Sancionador cuando se trata de un concurso de normas intraordinamental, es decir cuando son dos leyes del ordenamiento jurídico administrativo; en cambio, cuando la concurrencia es interordinamental (es decir una ley penal, y una ley administrativa), rige el criterio de la *subsidiariedad de la norma administrativa* en cuanto que ésta solo entrará en juego cuando no haya sido aplicada la ley penal.

En el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador peruano, el numeral 4 del artículo 246° del TUO de la LPAG recoge el principio de tipicidad en materia sancionadora y establece a modo de directriz para el legislador sancionador que “en la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras”. Esta disposición pretende aclarar el panorama para evitar el traslape de tipos infractores y de esa forma evitar el concurso aparente de leyes.

Sin embargo, la norma que esclarece la prevalencia del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Sancionador es el artículo III del título preliminar del Código Procesal Penal, el cual regula la interdicción

50 Javier Villa Stein, *Derecho Penal Parte General*, 542-43.

51 Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 517-518.

de la persecución penal múltiple y el principio de *ne bis in ídem*, extendiendo su aplicación a las sanciones penales y administrativas. Atendiendo a ello, se indica expresamente que *el derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo*. Indudablemente esta regla es consistente con la doctrina especializada y la propia naturaleza del derecho penal como instrumento punitivo de *ultima ratio* ante las afectaciones más graves a los bienes jurídicos. Esta norma así soluciona la concurrencia es inter-ordimental.

Es importante señalar que el concurso de leyes intra-ordimental representa un problema en el ámbito del derecho administrativo sancionador que se presenta en los supuestos de infracciones administrativas de distintos regímenes sectoriales que sancionan un mismo hecho. Este es el caso, por ejemplo, del hecho de carecer de licencia de funcionamiento, lo cual constituye una infracción administrativa en el ámbito municipal, pero a su vez también constituye una condición de operación para muchos sectores, cuyo incumplimiento genera la imposición de una sanción. En este tipo de situaciones, lo que corresponde es determinar "*el fundamento*" de las sanciones impuestas, a fin de corroborar si corresponde o no aplicar el principio de *ne bis in ídem*. La dificultad práctica que se ha podido advertir es que no existe una práctica generalizada para resolver los concursos aparentes de leyes en el ámbito inter-ordimental, que a nuestro criterio debería materializarse en un conflicto de competencia que debería iniciar un órgano administrativo que pretenda avocarse a un caso en el que se presente otro órgano o institución. La vía para solucionar este tipo de conflictos se encuentra regulada en el artículo 95° del TUO de la LPAG, el cual establece los órganos competentes para resolver cada uno de los supuesto, tales como el conflicto entre órganos de una misma entidad (el titular de la entidad), o los conflictos entre autoridades de un mismo sector (el titular del sector), o conflictos entre autoridades del Poder Ejecutivo (caso en el cual aparece la Presidencia del Consejo de Ministros).

2.1.5 Concurso ideal y el concurso de leyes

Como señalamos, en la modalidad del concurso ideal (a diferencia del concurso real de delitos en el que a una pluralidad de acciones se hace corresponder una pluralidad de delitos) una sola acción genera una pluralidad de infracciones (del mismo o distinto tipo penal).

Sobre la base de ese marco teórico, la principal diferencia entre ambas instituciones radica en que en el concurso aparente una de las normas excluye la aplicación de las demás, porque comprende en sí la totalidad del desvalor; mientras que en el concurso ideal resulta necesario para la valoración del hecho la consideración de la totalidad de las disposiciones, y por ello se han de aplicar conjuntamente, en cuanto cada una de ellas comprende solamente una parte del hecho.

Para aclarar la diferenciación debemos mencionar que la institución del concurso ideal se conceptualizó en sus orígenes como un mecanismo para establecer sanciones benignas. Como señala Álvarez Pozo⁵², el legislador español impuso este sistema con la intención de otorgar un beneficio punitivo al sujeto que con un solo hecho hubiera dado lugar a la comisión de varios delitos, frente a los casos de concurso real en los que la pluralidad de delitos derivaban de una pluralidad de acciones. En el ordenamiento peruano esto puede ser corroborado con una interpretación sistemática del Código Penal, pues la institución del concurso (tanto ideal como real) se encuentra en el capítulo de determinación de la pena, por lo cual su análisis se realiza una vez determina la responsabilidad del agente.

En cambio, en el concurso de leyes no corresponde el análisis *ex post* sobre cuál es delito cuya pena sea más grave, sino más bien determinar el delito en virtud del cual se debe procesar al inculpado, lo cual debe determinarse al momento de la imputación, es decir se debe realizar *ex ante*.

2.2 Concurso Real

2.2.1 Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del concurso real está más cercana al de un mecanismo de ponderación de sanciones en razón de las circunstancias del caso en concreto. Este tipo de concurso difiere del concurso ideal, el cual está más próximo al de un tipo infractor especial, lo cual tiene como correlato un reproche especial.

En el caso del concurso real, no se discute la independencia de cada uno de los delitos cometidos, sino más bien el tratamiento sancionador que debe dársele por una conexión que ha permitido su acumulación en el mismo proceso punitivo. Por otro lado, en el concurso ideal sí resulta importante determinar los hechos acaecidos, para lo cual se ha desarrollado toda una teoría sobre el particular que se ha trabajado en el presente artículo.

52 Álvarez Pozo, "El Concurso Ideal de Delitos", 181-182.

Atendiendo a ello, nos adherimos a la opinión de Villa Stein⁵³ quien sostiene que este tipo de concursos no involucran una discusión epistemológica que complique su aplicación al caso en concreto.

2.2.2 Análisis normativo

Este tipo de concurso se presenta cuando varias acciones dan lugar a la realización de varios ilícitos penales considerados independientes. El Código Penal peruano, regula lo concerniente a esta institución en el artículo 50°, el cual establece expresamente:

“Artículo 50.- Concurso real de delitos

Cuando concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes se sumarán las penas privativas de la libertad que fije el Juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, sin exceder 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta”.

En el Acuerdo Plenario N°4-2009/CJ-116 LIMA, publicado el 08 de enero de 2010 en el diario oficial el Peruano, las Salas Penales del Poder Judicial señalaron que *“se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí realiza a su vez varios delitos autónomos”.* Agrega además que *“a diferencia del concurso ideal (que representa unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal”.*

Como señala Villa Stein⁵⁴, el concurso real no sugiere mayores dificultades teóricas, pues estamos ante varios hechos o acciones, cada uno de los cuales constituye un delito particular e independiente, aunque puedan merecer un solo procedimiento penal. Al igual que en el concurso ideal, en este supuesto cabe la distinción entre homogéneo y heterogéneo. En el citado Acuerdo Plenario se indica que el concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos, corresponde a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. Por su parte, se indica que el concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron los delitos de hurto, lesiones graves y una falsificación de documentos.

En el plano procesal, el agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en mismo proceso penal (enjuiciamiento conjunto), lo que da lugar a una imputación acumulada de todos los delitos cometidos. El cuestionamiento inmediato que surge ante esta regla procesal es ¿cuál es el criterio para determinar la acumulación de las causas? ¿Acaso el *kit del* concurso real de delitos es solo la regla procesal de enjuiciamiento?

Sobre el particular se ha dicho que debe tomarse en cuenta el tiempo y la conexidad material de los ilícitos cometidos⁵⁵⁻⁵⁶, lo cual resulta razonable pues no pueden acumularse causas que no tienen relación. La idea es que haga sentido conferir a la conjunción de hechos un tratamiento penal más favorable que el vinculado a la acumulación.

2.2.3 Determinación y aplicación de la sanción que corresponda

De acuerdo a Cuello Callón⁵⁷, el concurso real de delitos es una manifestación de la mayor temibilidad del delincuente por la pluralidad de intenciones delictivas que se dan en su actuar y por ello consideraba adecuada una sanción inferior en los casos en los que el sujeto a pesar de haber infringido varias normas y por tanto haber cometido varios delitos, no todos ellos eran directamente queridos.

Por su parte, Álvarez Pozo⁵⁸ sostiene que la razón de que el concurso ideal cuente con una pena inferior a la del concurso real es otorgar una valoración adecuada al contenido de injusto de cada de estas modalidades. Según la autora, ello no puede tomarse exclusivamente de los tipos concurrentes, sino también por la forma en la que los mismos se han llevado a cabo.

En el caso peruano, para la determinación de la sanción se debe aplicar la teoría de la “acumulación mitigada”⁵⁹, pues en principio la norma exige que se sumen las penas para cada uno de los delitos,

53 Villa Stein, *Derecho Penal Parte General*, 537.

54 Ibidem.

55 Acuerdo Plenario.

56 Manuel Rebollo Puig y otros, *Derecho Administrativo Sancionador* (Valladolid: Lex Nova, 2010), 375-376.

57 Cuello Callón, *Derecho Penal, Parte General*, 660; citado por Álvarez Pozo, “El Concurso Ideal de Delitos”, 196.

58 Álvarez Pozo, “El Concurso Ideal de Delitos”, 207.

59 Cuerda Riezu, *Concurso de delitos y determinación de la pena: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial* (Madrid: Tecnos, 1992), 70-78.

aplicándose un primer límite del **doblo de la pena del delito más grave**, y un segundo de 35 años. Debemos denotar que existen países que aplican la sumatoria de las penas (acumulación de las penas), lo cual ha encontrado límites debido a razones de eficacia y justicia material⁶⁰.

Para efectos de la aplicación práctica del concurso real, Cuerda Riezu⁶¹ señala que es preciso determinar las *penas individuales* involucradas en el caso en concreto, *esto es las penas singulares que corresponden a cada infracción*.

Ahora bien, en el Derecho Administrativo Sancionador es común encontrar sanciones objetivas que no otorgan un ámbito de ponderación a los órganos sancionadores, por lo cual –en el supuesto que pueda aplicarse el concurso real– se podría prescindir de la determinación individual de las penas aplicables, lo cual simplifica bastante el ejercicio. Sin embargo, existen algunos sectores en el ámbito administrativo cuyo marco normativo les otorga un nivel de discrecionalidad importante como es el caso del sistema de protección al consumidor o la libre competencia.⁶²

Sin perjuicio de ello, en cualquier caso, el numeral 5 del artículo 253° del TUO de la LPAG exige que la entidad instructora formule un informe final de instrucción en el que se determine de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción así como la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda. Es en este momento en que la autoridad administrativa debe poner en conocimiento del particular la determinación de la sanción aplicable en función de la aplicación del régimen de concurso elegido. Consideramos que dicha evaluación debe hacerse después de un análisis minucioso de los hechos, por lo cual no procedería realizarlo al momento de imputación de cargos.

2.3 Breves apuntes sobre el concurso medial

Como explicamos, el concurso medial se presenta en los casos en que una de las infracciones sirve de medio o instrumento para cometer otra infracción. En el Perú esta institución no se encuentra regulada en las normas vinculadas al Derecho Penal ni en las vinculadas Derecho Administrativo Sancionador. Sin embargo, en España este tipo de concurso se contempló en el numeral 4.4 del artículo 4° del Reglamento regulador del procedimiento sancionador, el cual dispone expresamente:

“En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la correspondiente a la infracción más grave cometida”.

Como puede advertirse la redacción del artículo no nos permite diferenciar con claridad si el propósito de la norma es reconocer el concurso medial de forma autónoma, o si lo entiende como un supuesto de concurso ideal. Entendemos que el legislador español reconoce el concurso medial como un supuesto de concurso ideal, puesto que además de la norma precitada en el ámbito administrativo, en el artículo 77° del Código Penal asimila las consecuencias del concurso ideal en el concurso medial.

Sin embargo, para Gómez Tomillo⁶³ el concurso medial no es sino una forma de concurso real, esto es, un cúmulo de infracciones, pues la lógica punitiva implica considerar todas las sanciones aplicables. Prueba de ello son algunas normas sectoriales como es el numeral 180.3 del artículo 180 de la Ley General Tributaria. De hecho, la doctrina penalista se ha mostrado en contra de esta posición, pues lo considere un privilegio injustificado⁶⁴. En ese sentido, Joshi Jubert⁶⁵ sostiene que el concurso medial es en realidad un caso de concurso real tratado más benévolamente.

Al margen de estas consideraciones, para su configuración el Tribunal Supremo Español⁶⁶ ha señalado *“no resulta necesario que diversas acciones realizadas se encuentren enlazadas por un tipo delictivo final, sino que*

60 Cuerda enseña que un sector de la doctrina planteó límites a la acumulación por razones de eficacia y justicia material. En el primer caso porque sanciones muy prolongadas no podrían ser cumplidas por el condenado por exceder el restante período de vida. Respecto de la justicia material se alega que por la vía de la acumulación se podría castigar con más intensidad varios hurtos que un homicidio. Otro sector de la doctrina planteó límites a la acumulación de las penas al amparo del principio de culpabilidad, en aras de cumplir las necesidades preventivo-generales y preventivo-especiales. Cuerda Riezu, *Concurso de delitos y determinación de la pena: análisis legal, doctrinal y jurisprudencia*, 93-94.

61 *Ibidem*, pp. 70-71

62 En este tipo de casos el legislador se limita a establecer límites cuantitativos como es el caso de multas que pueden ascender hasta las 450 Unidades Impositivas Tributarias.

63 Gómez Tomillo, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, 626.

64 *Ibidem*, pp. 626-627.

65 Joshi Jubert, *Unidad de hecho y concurso medial de delitos*, 632.

66 Sentencia del Tribunal Supremo Español del 7 de febrero de 1991; 22 de octubre de 1991; citado por Joshi Jubert, *Unidad de hecho y concurso medial de delitos*, 633.

es necesario que aparezcan elementos lógicos, temporales y especiales, de tal modo que uno de los delitos sea *instrumento necesario*⁶⁷ para cometer otro". Sobre la base de este criterio, la decisión que adopte el operador jurídico peruano deberá partir de un análisis pormenorizado de los hechos y los ilícitos en que pueda subsumir la actuación del infractor, a fin de determinar si existe un solo hecho o si estamos frente a una pluralidad fáctica, a fin de aplicar el respectivo concurso.

En caso se determine que estamos ante un supuesto de pluralidad fáctica, la consecuencia automática no puede ser la aplicación del régimen del concurso real, pues resta evaluar la pertinencia de aplicar otras instituciones como es el caso del delito continuado⁶⁸ cuyo análisis excede el alcance de este artículo. Estoy seguro que en una siguiente entrega se podrán ahondar en el fundamento y diferencia de estas instituciones.

2.4 Breves apuntes sobre el principio de continuidad de infracciones y su diferencia con el concurso ideal y real

En doctrina el delito continuado es definido como "una manifestación criminosa en virtud de la cual el agente ejecuta de forma reiterada diversos actos particulares, conectados entre sí por una relación de dependencia, de tal manera que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad final de acción"⁶⁹. Es decir, pese a que aparentemente cada uno de los actos parciales representa por sí mismo un delito o infracción, todos ellos en su conjunto se desvaloran como un solo hecho.

El fundamento de dicha institución en el derecho punitivo actual se aleja de fundamentos pietistas⁷⁰, acercándose más bien a la idea de que el delito continuado brinda las herramientas necesarias para apreciar de forma adecuada el real desvalor de una determinada conducta, pues se determina la unidad de los hechos que componen la actuación ilícita⁷¹.

Por su parte, Zafaroni sostiene que el delito continuado es una consecuencia directa de la existencia de un factor final y de una interpretación racional de los tipos que pretende evitar consecuencias irracionales e incluso grotescas⁷².

En ese orden de ideas, esta institución establece la posibilidad de establecer una valoración global o común independiente de la que se realiza respecto de cada uno de los sucesos homogéneos y penalmente relevantes en forma autónoma⁷³.

En el plano del derecho positivo, el artículo 49° del Código Penal regula la institución del delito continuado, de acuerdo al siguiente detalle:

Artículo 49.- Delito continuado

Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Sin con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicas de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos.

Como puede advertirse, el delito continuado exige varios actos y, por ende, varias violaciones a la misma ley penal o a una de semejante naturaleza, que representen actos ejecutivos con un mismo objetivo criminal.

67 Sobre el particular, Joshi Jubert enseña que el medio será necesario cuando sea preciso, lo cual sucederá en dos ocasiones. La primera, en la coincidencia parcial de hechos, pues resulta la zona más común. Y en segundo lugar también será necesario cuando de acuerdo con el plan del autor (valorado por su puesto ex ante y objetivamente) no se puede alcanzar el delito de otra forma que no sea cometiendo otro delito. No se trata de una pre-ordenación, pues no es que el sujeto incluya en su plan la realización de una serie de delitos a cometer uno tras otro. Joshi Jubert, *Unidad de hecho y concurso medial de delitos*, 634-636.

68 Gomez Tomillo, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, 630-631.

69 Fernando Velásquez Velásquez, "El Delito Continuado en el Código Penal Peruano", en *Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003), 409.

70 De acuerdo a Cuerda Riezu, en sus comienzos el delito continuado es una repuesta a la acumulación de sanciones. Es decir, se trata de un mecanismo para mitigar la sobre punición. Cuerda Riezu, *Concurso de delitos y determinación de la pena: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial* (Madrid: Tecnos, 1992), 57.

71 Francisco Maldonado Fuentes, "Delito continuado y concurso de delitos", *Revista de Derecho* (Valdivia), volumen XXVIII, número 2, editada por la Universidad Austral de Chile (2015): 199.

72 Zaffaroni, *Derecho Penal Parte General*, 862.

73 Maldonado Fuentes, *Delito continuado y concurso de delitos*, 220.

Atendiendo a ello, principalmente podemos identificar dos elementos de carácter obligatorio que deben presentarse para la aplicación del delito continuado: (i) ejecución de pluralidad de acciones por el mismo sujeto responsable; y, (ii) la unidad de fin criminal, en ejecución de un plan previamente concebido. Este último criterio, a decir de Velásquez⁷⁴ puede ser entendido como sinónimo de “dolo global” o “dolo conjunto”. Se debe señalar que en la jurisprudencia española se incorpora el elemento de la “unidad del precepto legal vulnerado”, a fin de que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza⁷⁵, lo cual es captado por la doctrina nacional sobre el particular⁷⁶.

En el plano administrativo la infracción continuada se encuentra regulada a modo de principio y se encuentra previsto en el numeral 7 del artículo 246° del TUO de la LPAG, el cual establece expresamente:

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

7. Continuación de infracciones.- Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que haya transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción en dicho plazo. (...)

Como puede advertirse, la redacción del Código Penal es más clara que la redacción del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo. De acuerdo al texto de la norma, el objetivo de la norma administrativa sería evitar una situación de punición excesiva a propósito de un estado de ilegalidad permanente imputable al particular, por ejemplo, por no contar con licencia de funcionamiento o un título habilitante similar para ejercer una actividad económica. En atención a este principio no se podría sancionar al particular por cada día de incumplimiento, sino que más bien se debería cumplir el procedimiento establecido en la norma. Según el texto vigente de la norma, se trataría de un supuesto de imposición de sanciones sucesivas por la comisión de una infracción cuyos efectos se mantienen en el tiempo (ejemplo clásico de no contar con licencia de funcionamiento⁷⁷).

Sin embargo, debemos manifestar que las *infracciones continuadas* no responden al presupuesto descrito, pues este tipo de infracciones están más cerca de la ejecución de un plan preconcebido, que de la interdicción de multas sucesivas por una situación permanente de ilegalidad. En este contexto, nos adherimos a la posición de Víctor BACA⁷⁸ quien sostiene que lo regulado en la norma vigente está más cerca a las denominadas infracciones permanentes. Sobre las infracciones permanentes, Gallardo Castillo⁷⁹ sostiene que *se produce una única acción que tiene la virtualidad de prorrogar sus efectos en el tiempo y, con ello, de poner de manifiesto la voluntad infractora del sujeto sin solución de continuidad, la cual resulta diversificable en dos fases: una, que se pone en marcha en el momento de realizar los elementos del tipo, y otra, la que se pone de manifiesto al no ponerle fin eliminando los efectos contrarios a Derecho*

Baca Oneto⁸⁰ presenta los requisitos para la configuración del principio de continuidad de infracciones, lo cual comprende una unidad jurídica de acción, la existencia de homogeneidad de la norma violada (del bien jurídico lesionado) y del sujeto activo, debiendo actuar éste en ejecución de un plan preconcebido (dolo conjunto) o aprovechando idéntica ocasión (dolo continuado).

Para entender las consecuencias de vulnerar este principio, debemos pensar en el supuesto en que la Administración Pública sancione a un sujeto por cada uno de los actos parciales que comprenden una infracción continuada, para lo cual nos remitimos a lo expuesto por el precitado autor sobre el particular:

74 Velásquez Velásquez, *El Delito Continuado en el Código Penal Peruano*, 401-402.

75 Sobre el particular recomendamos leer la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 30 de noviembre de 2004, que puede encontrarse en el Repertorio Aranzadi 2005/540.

76 Juan Carlos Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Lima: Gaceta Jurídica, 2011), 721-722.

77 De acuerdo a Morón Urbina, las infracciones continuadas requieren de cinco requisitos: (i) identidad subjetiva activa; (ii) identidad subjetiva pasiva; (iii) pluralidad fáctica; (iv) proximidad temporal; y, (v) identidad en los preceptos administrativos lesionados. En el comentario a dicho artículo, el mencionado autor cita al autor español Alejandro Nieto quien enseña que uno de los elementos claves en una infracción continuada es el plan preconcebido. Asimismo, Nieto omite la exigencia de la identidad de los preceptos administrativos lesionados, pues las infracciones continuadas no requieren actuaciones homogéneas. Esta situación le da mayor solidez a la tesis de que lo regulado como el principio de continuación de infracción, más bien se refiere a las denominadas “infracciones continuadas”. Para consultar esta posición: Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 721-723.

78 Víctor Baca Oneto, *La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 273.

79 María Jesús Gallardo Castillo, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*. (Madrid: Lustel, 2008), 238.

80 Víctor Baca Oneto, *La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo*, 269.

“D. Las Consecuencias Procesales de la Infracción Continuada: ¿Cuándo se rompe la Unidad Jurídica de Conducta?”

Ya desde la perspectiva procesal, cuando una infracción es continuada, no cabe iniciar distintos procedimientos sancionadores para cada uno de los hechos infractores. Si así se hiciera, excluyendo alguno de ellos de la infracción continuada, se estaría afectando el principio de *non bis in ídem*, en tanto se habría impuesto dos sanciones por una única infracción continuada⁸¹. Es decir, si bien el principio de *non bis in ídem* no es lo que justifica que una serie de hechos infractores se consideren como una infracción continuada, una vez apreciada la unidad jurídica de aquellos, sancionar alguno de forma independiente afectaría el *non bis in ídem*, si se da la triple identidad que éste proscribe. (...)”

Ahora bien, sobre la base del marco teórico expuesto, cuáles serían las diferencias entre las infracciones continuadas, el concurso ideal y el concurso real de infracciones. A continuación, presentaremos un cuadro que pretende resumir las características especiales de cada institución, sobre la base de lo expuesto hasta este momento.

Cuadro comparativo		
Infracciones continuadas	Concurso ideal	Concurso real
Pluralidad fáctica en ejecución de un plan preconcebido.	Unidad fáctica. No existe necesidad de un plan preconcebido.	Pluralidad fáctica. No se exige la existencia de un plan preconcebido. Basta la conexidad de los hechos.
Multiplicidad de infracciones cometidas cuyo reproche es una sola sanción. La regulación guarda silencio sobre cuál sanción debe aplicarse.	Multiplicidad de infracciones cometidas cuyo reproche es una sola sanción, la más grave.	Multiplicidad de infracciones cometidas con igual número de sanciones con determinados límites.
Unidad en la resolución criminal (un solo dolo o el denominado dolo continuo).	Puede existir más de una intención en la resolución criminal, pues lo importante es que se trate de un solo hecho.	Múltiple resolución criminal. Todos los resultados son queridos.
Se trata de múltiples desvalores de acción con un solo desvalor de resultado.	Se trata de un solo desvalor de acción con múltiples desvalores de resultado.	Se trata de múltiples desvalores de acción con múltiples desvalores de resultado.
Unidad del precepto legal vulnerado (de acuerdo a la normativa peruana).	Homogeneidad o heterogeneidad del precepto legal vulnerado.	Homogeneidad o heterogeneidad de los preceptos legales vulnerados

3. Análisis de casos

3.1 Sobre la supletoriedad del Código Penal para la aplicación de las consecuencias del concurso real de infracciones: caso Backus sobre publicidad de bebidas alcohólicas.

Debo admitir que una de las motivaciones del presente trabajo fue la línea de razonamiento del Indecopi, específicamente por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y la Sala de Defensa de la Competencia, respecto de la aplicación supletoria del Código Penal para transpolar la institución del concurso real de infracciones en la aplicación del régimen sancionador sobre publicidad.

Como hemos descrito en el marco conceptual, el TUO de la LPAG solo contempla la institución del concurso ideal de infracciones por lo cual el ejercicio de incorporar el concurso real de infracciones corresponde a un supuesto de integración, es decir debe proceder cuando no existe una norma jurídica aplicable y se considera que debe existir una norma que cubra el vacío detectado⁸².

Considerando la copiosa cantidad de pronunciamientos sobre el particular, analizaremos uno de los más recientes. Se trata de un conjunto de expedientes tramitados por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal⁸³, los cuales fueron acumulados y se resolvieron mediante Resolución N° 183-2015/CD1-INDECOPI del 25 de noviembre de 2015, la cual fue apelada y posteriormente confirmada por la Resolución N° 0324-2016/SDC-INDECOPI emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del 24 de junio de 2016.

En dicho caso se denuncia que la difusión de distintos anuncios publicitarios en la página de Facebook de las distintas cervezas de titularidad de la empresa Unión de Cervecerías Backus y Johnston S.A.⁸⁴ (en adelante

81 Sentencia del Tribunal Constitucional Español 48/2007 del 12 de marzo.

82 Para ver más sobre el particular, recomendamos leer: Marcial Rubio Correa, *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*. Décima edición (Lima: Fondo Editorial de la PUCP, junio 2012), 260 y ss.

83 Nos referimos a los Expedientes Nos 104-2015/CCD; 103-2015/CCD; 102-2015/CCD; 101-2015/CCD; 100-2015/CCD; 099-2015/CCD; 098-2015/CCD

84 Nos referimos las cervezas marca “Arequipeña”, “Backus Ice”, “Cristal”, “Cusqueña”, “Miller Genuine Draft”, “Pilsen Callao”, “Pilsen Trujillo”.

“Backus”), quien incumplió la obligación de incluir la frase de advertencia “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO” en la forma legalmente establecida, inobservando así lo dispuesto en el numeral 8.1 del artículo 8° de la Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas”, por lo cual se le imputa la comisión de infracción al principio de legalidad publicitario establecido en el artículo 17° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044⁸⁵.

Sin perjuicio de los atendibles argumentos presentados por Backus, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal resolvió declarar fundadas las imputaciones de oficio realizadas por la infracción al principio de legalidad. Precisamente el extremo que a continuación analizaremos será la graduación de la sanción, pues se le impuso la sanción de multa de (01) UIT por cada una de los anuncios publicitarios, ergo la multa total ascendió a la suma de siete (07) UIT.

Ante ello Backus interpuso recurso de apelación argumentando las características de las prácticas comerciales y los beneficios ilícitos generados con la medida. Sin embargo, al momento de analizar la cuantía de la sanción, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia **de oficio** incorpora la variable del concurso real de infracciones a propósito de la mención al principio sancionador de razonabilidad, actualmente regulado en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG. La Sala expresamente dispuso:

46. La comisión de cada una de dichas conductas supone (por separado) una infracción tipificada en la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Este supuesto es denominado en la doctrina penal como concurso real de infracciones, es decir, una pluralidad de acciones que presupone, a su vez, una pluralidad de infracciones a la ley.

47. En efecto, en el presente caso Backus difundió siete (7) anuncios distintos, por lo que se debió analizar la difusión de cada uno de estos por separado, considerando que cada uno de estos ocasionan un impacto independiente y potencialmente distinto en el consumidor y, por ello, se debió imponer una multa por cada anuncio.

48. El derecho administrativo sancionador junto con el derecho penal constituyen manifestaciones de la potestad punitiva estatal, por lo que los principios y reglas de carácter penal resultarán también aplicables bajo ciertos matices, al ámbito del procedimiento administrativo sancionador.

49. En ese sentido, cuando la autoridad de competencia verifique un concurso real de infracciones, como en el presente caso, la determinación de la sanción aplicable se establecerá fijando una multa de manera independiente, y sumado cada una de las multas impuestas hasta un máximo del doble de la multa de la infracción más grave, de manera similar a lo previsto por el artículo 50° del Código Penal⁸⁶, norma aplicable supletoriamente al no estar regulado este supuesto en las leyes especiales⁸⁷.

50. En el presente caso, toda vez que ambas infracciones comparten elementos comunes, se realizará el análisis de la graduación de la sanción de manera general, para luego establecer las sanciones independientes.

85 DECRETO LEGISLATIVO N° 1044, DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL
Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad.-

17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

17.3.- En particular, en publicidad constituyen actos contra el principio de legalidad los siguientes:

- a) Omitir la advertencia a los consumidores sobre los principales riesgos que implica el uso o consumo de productos peligrosos anunciados;
- b) Omitir la presentación del precio total de un bien o servicio sin incluir los tributos aplicables y todo cargo adicional indispensable para su adquisición, cuando el precio es anunciado;
- c) Omitir el equivalente del precio en moneda nacional en caracteres idénticos y de tamaño equivalente a los que presenten el precio de un bien o servicio en moneda extranjera, cuando éste es anunciado;
- d) Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente, presentando tasas de interés, la realización de operaciones financieras pasivas o activas, la consignación de la tasa de interés efectiva anual aplicable y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicable;
- e) Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente productos con precios de venta al crédito, la consignación del importe de la cuota inicial si es aplicable al caso, del monto total de los intereses, de la tasa de interés efectiva anual aplicable al producto anunciado y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicables;
- f) Omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su Duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos; y,
- g) Omitir en el caso de anuncios de servicios telefónicos de valor añadido la indicación clara del destino de la llamada, la tarifa y el horario en que dicha tarifa es aplicable.

En el caso de los literales d) y e), los anunciantes deben consignar en el anuncio de que se trate, según corresponda, la tasa de costo efectivo anual aplicable a: i) la operación financiera activa si ésta ha sido anunciada bajo sistema de cuotas, utilizando un ejemplo explicativo; o, ii) la venta al crédito anunciada. Asimismo, deberán consignar el número de cuotas o pagos a realizar y su periodicidad si ello fuera aplicable al caso. Los anunciantes, sin embargo, podrán poner a disposición de los consumidores a los que se dirige el anuncio la información complementaria indicada en este párrafo mediante un servicio gratuito de fácil acceso que les permita informarse, de manera pronta y suficiente. En los anuncios debe indicarse clara y expresamente la existencia de esta información y las referencias de localización de dicho servicio.

86 Se cita el artículo 50° del Código Penal peruano.

87 Se cita el artículo VII del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

Como puede advertirse, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia interpretó de oficio que en el supuesto bajo análisis existía un vacío normativo que debía ser cubierto vía integración jurídica; y además se determinó que los hechos detectados gozaban de un vínculo que permitía aplicar la institución del concurso real de ilícitos. Es más, en otros pronunciamientos, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia ha sostenido que la fijación de la sanción inobservando la aplicación del concurso real de infracciones, involucra una contravención del numeral 10.1 del artículo 10° de la Ley N° 27444⁸⁸.

Sobre el primer punto, resulta clave para la aplicación de la integración jurídica determinar la existencia de un vacío normativo o laguna jurídica que debe ser cubierto por el derecho. Sobre el particular, el profesor Marcial Rubio Correa enseña que la laguna del derecho puede ser definida como *aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera, que debiera estar regulado por el sistema jurídico*. Estrictamente hablando, explica, el suceso que da origen a la laguna no está previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes en el sistema jurídico.

Como puede advertirse, el problema es determinar cuándo debe considerarse que la situación no regulada debe regularse. Para ello, una herramienta que propone el citado autor es remitirnos a los principios hermenéuticos aplicables y que en el Derecho son básicamente dos:

1. El que nadie esté obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (literal a del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución), para aquellas situaciones en las que el agente se rige por el principio de libertad personal; y,
2. El de que solo puede hacerse lo que está expresamente atribuido, con ejercicio de la discrecionalidad cuando es aplicable, en los casos en que rige el principio de competencia asignada. Tal el caso de los funcionarios públicos e, inclusive de muchos funcionarios privados.

En el caso bajo análisis advertimos que la respuesta ante la interrogante de si existe o no una laguna del derecho es simple: sí existe una norma jurídica que ampare la decisión de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y es el régimen general del procedimiento administrativo sancionador el cual establece que sólo por norma con rango de ley cabe atribuir consecuencias administrativas a título de sanción⁸⁹, y que la responsabilidad sancionadora debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable⁹⁰. Es decir, en el caso en concreto sí existe una norma que pueda ser aplicable, pues claramente la norma tipifica la infracción y la sanción respectiva. Asimismo, también es evidente que la norma no contempla la institución del concurso real de infracción y su ausencia no genera ningún tipo de vacío que deba ser cubierto.

A mayor abundamiento, a fin de determinar la existencia de un vacío es preciso incidir en la naturaleza de la institución a fin de verificar si se constituye como un elemento que debe ser determinado en el proceso de determinación de responsabilidad y sanción. Así pues, de acuerdo al marco teórico desarrollado, la institución del concurso de infracciones nace como consecuencia de la rigurosidad de la acumulación material de las penas, así como de las circunstancias que rodean la actuación desvalorada. En ese orden de ideas, en el caso específico del concurso real podemos aseverar que esta institución busca establecer un castigo especial ante un conjunto de hechos conexos.

Atendiendo a ello, la omisión de este parámetro por parte del legislador en el TUO de la LPAG, en nuestra opinión, no puede ser interpretada como un descuido o vacío que requiere ser cubierto por el operador jurídico, en tanto se trata de una excepción al régimen general, que incluso puede ser entendido como un beneficio para el sujeto sancionado.

Sobre la base de lo expuesto, la opinión del suscrito es que la traspolación del concurso real de ilícitos no es factible en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, pues no estamos frente a una laguna normativa que requiere ser cubierta por el operador jurídico, pues existe un régimen general que puede ser aplicado sin ninguna dificultad. Además, debe denotarse que la naturaleza de la institución está vinculada a un tratamiento más favorable al sujeto sancionado, por lo cual el hecho de no estar recogido en el ordenamiento administrativo es una decisión que el legislador ha tomado de forma expresa.

Aplicar vía analogía el concurso real de ilícitos sería similar a la importación de instituciones del campo de la ejecución penal al derecho administrativo sancionador, como es el caso de las reglas de buena conducta. Mantener este criterio involucra contravenir el principio de legalidad, en la medida de que el funcionario

88 Nos referimos a la Resolución N° 149-2014/CCD-INDECOPI del 02 de julio de 2014, recaída en el Expediente N° 060-2012/CCD, procedimiento sancionador iniciado contra Farbioquimsa S.A.C.

89 Principio de legalidad.

90 Nos referimos al principio de causalidad o principio de personalidad de las infracciones regulado en el numeral 8 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444.

público estaría extendiendo el ámbito de su decisión a situaciones no previstas por el ordenamiento jurídico. Esto significa contravenir uno de los parámetros básicos para la aplicación del mecanismo de la integración, según señala Rubio Correa. En ese sentido, manifestamos nuestro desacuerdo con el criterio de la Sala, sin perjuicio de reconocer que en la experiencia comparada han existido casos en que se adoptó una decisión similar⁹¹.

3.2 El concurso ideal de infracciones en la normativa sobre protección al consumidor: el caso del overbooking o sobreventa de pasajes aéreos

El *overbooking* o sobreventa de pasajes aéreos es una reiterada y conflictiva práctica de las aerolíneas que consiste en que el número de pasajes vendidos, o con reserva confirmada, sobrepasen el número de plazas de las que dispone el avión. Esta práctica intenta asegurar una ganancia a las aerolíneas, evitando asientos vacíos en los vuelos, y sometiendo al usuario a una incertidumbre injustificada.

Si bien es cierto el *overbooking* está relacionado a una sobreventa de pasajes aéreos disponibles en un determinado traslado, algunos autores sostienen que en realidad se debería hablar de “sobre reserva” en vez de “sobreventa” porque el problema se plantea cuando se presentan más pasajeros con reserva que aquellos que permite embarcar la capacidad del avión⁹²⁻⁹³. Consideramos válida esta posición, puesto que el verdadero desvalor se aprecia cuando el pasajero que reservó, canceló y se apersonó al aeropuerto no encuentra un cupo disponible, por lo cual lo importante no es la sobreventa, sino más bien no respetar la reserva realizada con antelación.

Un estudio sobre los orígenes de esta práctica elaborado por TICE⁹⁴ señala que la sobrecontratación surgió hacia la década del cuarenta en los Estados Unidos de América cuando las compañías aéreas advirtieron que las cancelaciones, los cambios de reserva y la ausencia de presentación a la hora convocada por parte de los pasajeros conllevan el vuelo de aeronaves con asientos desocupados. Por tal motivo, los empresarios propusieron aplicar una “técnica operativa” que llamaron *overbooking* teniendo como sustento la *booking curve* que el mismo autor define como la correlación, desde un plano estadístico, entre el número de reservas y el número de titulares de las mismas que se presentan efectivamente al vuelo. De modo que si en un avión con capacidad para cien pasajeros el veinte por ciento de los titulares de reservas no se presentan a realizar el vuelo, la empresa venderá ciento veinte plazas, contando con este *booking curve*⁹⁵.

En palabras de Gómez⁹⁶, esta explicación sostendría la legalidad de la práctica, lo cual no conlleva ausencia de indemnización, sino la idea de compensaciones reguladas que permitan una ágil liquidación o negociación y que haga viable el crecimiento de la industria y todos sus actores directos e indirectos.

Ahora bien, el propio Indecopi a través de su titular⁹⁷ ha sostenido que esta práctica comercial es común en la industria, y por ende gozaría de amparo legal en la Ley de Aeronáutica Civil e instrumentos internacionales como el Convenio de Varsovia. Atendiendo a ello, ante un consumidor razonable ¿cómo se explica la negativa a abordar un vuelo reservado por meses, debido a que el número de asientos reservados excede la capacidad de la aeronave? Definitivamente la reserva de un lugar en la aeronave es un derecho del pasajero

91 Es preciso señalar que el criterio de aplicar por analogía el principio de concurso real de infracciones ha sido trabajado por alguna sentencia del Tribunal Supremo, tal como lo explica Manuel GÓMEZ TOMILLO, con la STS del 09 de junio de 1999, en virtud de la cual la tercera Sala aplica el concurso real de infracciones regulado en el artículo 77° del Código Penal español. Literalmente dispone:

“(…) en ausencia de norma específica en contra dentro del ordenamiento sancionador administrativo en la materia o del común administrativo, es adecuado a Derecho aplicar como norma subsidiaria de segundo grado los principios del derecho penal dada la semejanza de materia regulada en él y en el administrativo sancionador; en tales circunstancias, en la determinación de la sanción aparece aplicable para la determinación de la sanción de la norma del art. 77 del CP/1995, cuando los hechos, que constituyen unidad, en este caso, sociológica, constituyan dos o más delitos, en cuyo supuesto la norma penal establece la sanción correspondiente al delito más grave sin que puede exceder de su mitad superior, con la reserva de que se sancionarán por separado si la pena así determinada excediere de este límite (...).”

Para ver más consultar en: Manuel Gómez Tomillo, *Derecho Administrativo Sancionador*, 623-625.

92 Sobre el particular sugerimos revisar: Enrique Mapelli, “El overbooking o exceso de reservas de plazas en el transporte aéreo”, en “Trabajos de Derecho Aeronáutico y del Espacio”, *Colección de Estudios Jurídicos*. Edit. Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial”. Volumen II (1978): 471-79 y, Hernán Adrián Gómez, “Derechos del pasajero en el transporte aéreo. El overbooking. Derecho comparado europeo y reciente jurisprudencia. Relación con la normativa argentina”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* Año XVI, Número 6 (junio 2012), 297 y ss.

93 En ese mismo sentido, Capaldo sostiene que el overbooking tiene lugar cuando se confirma para un vuelo determinado una cantidad de reservas o de asientos superior al de la capacidad de la aeronave. Griselda Capaldo de Nolfi, “Un enfoque más sobre el overbooking en el transporte aéreo”, *El Derecho* 136 (1989), 891-94.

94 Stanley Lee Tice, “Overbooking of Airline Reservations in View of ‘Nader v. Allegheny Airlines Inc.’ The Opening of Pandora’s Box”, *Journal of Air Law and Commerce* 43 (1977), 3-5; citado por Hernán Adrián Gómez, *Derechos del pasajero en el transporte aéreo. El overbooking*; *op. cit.*

95 Gómez, *Derechos del pasajero en el transporte aéreo. El overbooking*; *op. cit.*

96 *Ibidem*.

97 <http://gestion.pe/empresas/aerolineas-peru-pueden-retirar-pasajero-exceso-venta-pasajes-2187203>

que de no cumplirse generará daños ocasionados por un claro incumplimiento contractual indemnizable por parte del transportista.

Esta breve introducción es importante para analizar un caso de *overbooking* desarrollado en la Resolución N° 3869-2014/SPC-INDECOPI del 12 de noviembre de 2014, recaída en el Expediente N° 612-2013/ILN-CPC iniciado de oficio, en la que la Sala Especializada en Protección al Consumidor resuelve confirmar la resolución de primera instancia en el sentido de sancionar a la empresa LAN PERU S.A. (en adelante "LAN") por la comisión de dos infracciones: (i) denegatoria injustificada de *check-in*; y, (ii) denegatoria injustificada de embarque. Se consideró analizar este pronunciamiento del Indecopi, puesto que se desestima el argumento planteado por LAN sobre aplicar el principio de concurso ideal de infracciones, toda vez que ambas infracciones respondían a un mismo hecho: la sobreventa de pasajes.

Como señalamos en el marco teórico del presente, en materia de concurso ideal de infracciones es clave determinar la "unicidad de la conducta infractora". Es la piedra angular de su aplicación. Para dichos efectos, en este tipo de ámbitos es clave detenernos en analizar las políticas comerciales de la industria en materia de *overbooking* y su amparo legal, a fin de entender el alcance. A continuación, se explica el marco legal de la práctica:

- (i) El artículo 122° de la Ley de Aeronáutica Civil establece que *el transportador es responsable de los daños resultantes del retraso en el transporte aéreo de pasajeros, equipajes o carga.*
- (ii) El artículo 19° de la Convención de Varsovia establece que *el porteador es responsable del daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de viajeros, mercancías o equipajes.*
- (iii) Tanto el artículo 124° de la Ley de Aeronáutica Civil como el artículo 20.1 de la Convención de Varsovia establece que el transportador no será responsable si es que toma todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas en razón, por ejemplo, del hecho determinante de un tercero, o la acción de la propia víctima.
- (iv) El literal d) del artículo 8° de la Decisión 619, Normas para la Armonización de los Derechos y Obligaciones de los Usuarios, Transportistas y Operadores de los Servicios de Transporte Aéreo en la Comunidad Andina, establece que en el caso de sobreventa de cupos el transportista aéreo deberá proporcionar el viaje del usuario a su destino final en el siguiente vuelo que cuente con espacio disponible de la propia aerolínea, en la misma fecha y ruta. En caso de no disponer de vuelo, el transportista aéreo deberá hacer las gestiones necesarias por su cuenta, para el embarque del usuario en otro transportista aéreo en la mayor brevedad posible.
- (v) Respecto a la compensación, el literal e) del mismo artículo 8 de la Decisión 619, el transportista aéreo deberá compensar al pasajero con una suma mínima equivalente al 25% del valor del trayecto incumplido, pagadera en efectivo o en cualquier otra forma aceptada por el pasajero, como billetes en las rutas del transportista aéreo, bonos para adquisición de billetes, reconocimiento de millas. Esto aplica en caso de sobreventa, siempre que no medie acuerdo directo con el usuario por el cual éste acepte no viajar voluntariamente en el vuelo previsto.
- (vi) En el mismo sentido, artículo 125° de la Ley de Aeronáutica Civil establece un esquema de responsabilidad tasada para el caso del *overbooking*, en virtud del cual se indica que en caso el transportador realizó un número de reservas o venta de pasajes para un vuelo que excede las plazas de la aeronave, negándose el embarque al pasajero que tenía reserva previamente confirmada, éste tendrá los siguientes derechos:
 - a. Al reembolso inmediato integral o proporcional del precio del pasaje, según corresponda;
 - b. Al pago de gastos ordinarios de alojamiento, alimentación, comunicaciones y desplazamientos necesarios, cuando opte por realizar en el primer vuelo disponible por cuenta del transportador responsable, incluso por otro transportador.
 - c. Accionar por los daños y perjuicios generados.

De una lectura sistemática de las normas presentadas, podemos interpretar que el *overbooking* es una institución cuyas consecuencias se encuentran reguladas expresamente en la norma bajo el prisma de la responsabilidad por los daños ocasionados por el transportista. No obstante ello, cabe la pregunta: ¿cuáles son las consecuencias de este tipo de incumplimientos contractuales en el régimen constitucional y legislativo de la defensa del usuario y consumidor? ¿El sistema de protección al consumidor acaso no debe reaccionar ante este tipo de prácticas que generan un manifiesto estado de indefensión en este sector de consumidores? La respuesta de la Sala Especializada en Protección al Consumidor fue considerar

el *overbooking* como una práctica que afecta los derechos del consumidor, y por ende cualquier reclamo sobre el particular, debe ser atendido de conformidad con el artículo 65° de la Constitución Política del Perú⁹⁸.

Sobre la base de lo expuesto, a continuación examinaremos el alcance de la Resolución N° 3869-2014/SPC-INDECOPI. Este caso se inicia con una investigación de oficio de la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor -sede Lima Norte- en la cual se analiza un incidente específico relacionado a un consumidor que habría sido **desembarcado** de su vuelo por personal de LAN, a pesar de contar con un boleto de viaje confirmado.

Precisamente la Secretaría Técnica en el Informe N° 495-2013/ILN-CPC del 09 de octubre de 2013 concluye que existen indicios de la comisión de tres infracciones:

- (i) LAN habría ejercido una práctica de denegatoria de *check in* a los pasajeros que se habían presentado a confirmar su boleto de viaje al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, a pesar de que acudieron en el horario indicado por la aerolínea;
- (ii) LAN habría ejercido una práctica de denegatoria de abordaje de pasajeros, que tenían boletos emitidos y espacios confirmados, en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez expectativas de los intereses de los pasajeros que contrataron dichos servicios.
- (iii) LAN no habría cumplido con brindar de forma íntegra las prestaciones a las cuales tenían derechos los pasajeros que, contando con un boleto confirmado, no habrían abordado el vuelo en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez debido a que la aeronave se encontraba al máximo de su capacidad.

Sin perjuicio de los argumentos de fondo presentados por LAN sobre la legalidad del *overbooking*, se indicó que las imputaciones referidas a las supuestas denegatorias de abordaje y de *check-in* eran consecuencias de un mismo hecho, el cual era el agotamiento de espacio dentro de una aeronave. En este contexto, en caso se determinara responsabilidad administrativa de su entidad por ambas supuestas infracciones se vulneraría el principio de concurso de infracciones.

Mediante Resolución N° 1252-2013/ILN-CPC del 18 de diciembre de 2013, la Comisión de Protección al Consumidor sede Lima Norte resolvió sancionar a la empresa LAN por la comisión de las infracciones relacionadas a lo siguiente: (i) la práctica de denegar el *check-in* a los pasajeros que se habían presentado a confirmar su boleto de viaje con 5 UIT; y, (ii) la práctica de denegar el abordaje de pasajeros a pesar de que los mismos tenían boletos emitidos y espacios confirmados con 50 UIT. Como es lógico, y sin perjuicio de los argumentos sobre la legalidad de la medida, LAN continuó argumentando la contravención del principio de concurso de infracciones.

Atendiendo a la apelación formulada por LAN, la Sala Especializada en Protección al Consumidor sostuvo que la denegatoria de *check in* y de abordaje son dos (2) tipos de incidentes distintos que se pueden dar paralelamente en la prestación del servicio de transporte aéreo, siendo que ambos supuestos presentan una intensidad diferente en lo que respecta a cada grupo de consumidores afectados. Agrega que, en tanto los hechos imputados se encuentran claramente diferenciados, dándose en dos (2) escenarios distintos, tienen una intensidad de afectación diferente y se vulneran a dos (2) grupos de consumidores diferentes, ambos debían ser analizados independientemente, al margen que pudieran tener un origen común, esto es, el ejercicio de una práctica del *overselling*.

Para efectos del análisis del pronunciamiento, debemos precisar algunos conceptos y su implicancia. En primer lugar, determinar el significado de "*check-in*" el cual es conceptualizado como un registro a través del cual todo pasajero **confirma** a la aerolínea su presencia en el vuelo elegido con anterioridad, garantizando así la obtención del *boarding pass* o tarjeta de embarque. Es decir, se trata de un registro oficial de la llegada de un pasajero al vuelo. Como se sabe, existen dos formas para realizar el denominado "*check-in*": el primer camino es el tradicional e involucra que el pasajero llegó con anticipación al aeropuerto para realizar el procedimiento de forma presencial en el *counter* de la aerolínea; mientras que el segundo es realizar el procedimiento *on line*.

Ahora bien, en caso el pasajero no realice oportunamente el "*check-in*" éste perderá el pasaje o tendrá el derecho de revalidarlo para otra fecha, según lo establecido en el numeral 2.8 de la Cláusula Segunda de las Condiciones Aplicables al Contrato de Transporte Aéreo de Pasajeros y Equipaje, el cual establece expresamente:

98 Sobre el particular, considerandos 53 y 54 de la Resolución N° 3869-2014/SPC-INDECOPI.

CONDICIONES APLICABLES AL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASAJEROS Y EQUIPAJE

(...)

2.8. *Todo pasajero que no se presente a viajar o que llegue tarde para su embarque y/o chequeo en el vuelo correspondiente (check-in), perderá su Billete, o podrá revalidarlo para otra fecha, si lo permite la tarifa pagada de acuerdo a lo convenido en el Billete.*

Es decir, el hecho de que el pasajero no haya realizado el *check-in* lo imposibilita para abordar el vuelo, por lo cual técnicamente la primera infracción genera la imposibilidad de abordar. En ese orden de ideas, es evidente que el origen de la negativa de la aerolínea de realizar el *check-in* es el *overbooking* provocado por la propia LAN. En este punto, es preciso recordar que el *overbooking* implica que el transportador realice un número de reservas o venta de pasajes para un vuelo que excede las plazas de la aeronave. Es decir, la conducta legalmente consiste en la sobre-reserva o sobre-venta de pasajes (cualquiera de las dos, según la Ley de Aeronáutica Civil).

Una vez precisado los conceptos, debemos recordar que la clave para entender y aplicar la institución del concurso ideal es reconocer que estamos frente a un solo desvalor de acción (un solo hecho), el cual tiene como correlato un desvalor de resultado múltiple. En el caso en concreto corresponde determinar si la sobre-reserva o sobreventa de pasajes se configura como un solo hecho que generó la negativa de la aerolínea para permitir el *check-in* y el abordaje, lo cual parece la solución más lógica.

Para dichos efectos, analizaremos el presente caso a la luz del criterio de la unidad natural de acción, conforme al cual lo decisivo para calificar como unidad a la pluralidad de manifestaciones de voluntad externa será que las distintas manifestaciones de voluntad se encuentren conducidas por una resolución de voluntad unitaria y enlazadas por una conexión temporal y espacial tal que se sienta por un espectador imparcial como una unidad.

Ante ello, debemos determinar cuál es el objetivo perseguido por LAN con esta actuación, considerando que la pluralidad de actividades realizadas para tal fin debe gozar de una conexión espacio-temporal. En el caso en concreto advertimos que la principal motivación de LAN para la resolución criminal es garantizar una ganancia a través de la sobreventa de pasajes aéreos, para lo cual una vez cubiertos los cupos del vehículo se debe realizar todas las acciones necesarias para evitar que los consumidores aborden, tales como no permitir que realicen el *check-in* respectivo o no permitir el abordaje, según las Condiciones Contractuales Aplicables.

Desde el punto de vista de la acción típica, técnicamente el desvalor de acción detectado es que la aerolínea no brinde un servicio idóneo a los consumidores, lo cual se materializa a través de la imposibilidad de abordar el transporte contratado. El hecho de no realizar el *check-in*, desde nuestro punto de vista, obedece al procedimiento establecido por la práctica comercial para mantener un orden en el abordaje, por ende *per se* es discutible que estemos frente a un derecho del consumidor.

En ese orden de ideas, respetamos y estamos de acuerdo con la posición de la Comisión de Protección al Consumidor-Lima Norte- y de la Sala Especializada en Protección al Consumidor en el sentido de considerar que el *overbooking* es una práctica que afecta directamente el sistema de protección al consumidor y por ende debe ser sancionado. Sin embargo, discrepamos con estos órganos en el extremo de considerar ambas conductas de forma independiente, pues consideramos que se trata de un solo hecho el que conduce la actuación de LAN, el cual es incumplir el abordaje por una sobreventa de pasajes.

Sostenemos que la aplicación del principio de concurso [ideal] de infracciones debe realizarse con mayor acuciosidad, sobre la base de un análisis que considere las implicancias del desvalor que se pretende castigar. Advertimos que el criterio adoptado por la Comisión y la Sala carecen de fundamentos técnico-legales que justifiquen considerar lo siguiente: (i) se trata de una o dos infracciones (¿en estricto se puede considerar el *check-in* como un derecho del consumidor?); y, (ii) el criterio determinante para considerar hechos independientes, en función de lo trabajado por la doctrina y jurisprudencia sobre el particular.

4. Conclusiones

El concurso de infracciones es una institución cuyo desarrollo reposa principalmente en los avances vinculados al Derecho Penal, lo cual termina siendo un gran alivio para el Derecho Administrativo Sancionador, pues su importación viene cargada de un vasto contenido que el operador jurídico debe saber adecuar.

En el marco teórico se ha podido observar que el análisis del concurso ideal de infracciones no puede circunscribirse a un mero asunto de graduación de la pena, sino que más bien tiene que ver con la

configuración del ilícito, motivo por el cual su consecuencia debe adecuarse a la dimensión del reproche detectado. En el caso sobre *overbooking*, se ha podido advertir la necesidad de realizar un análisis pormenorizado de los hechos y prácticas comerciales a fin de calificar correctamente el desvalor de acción y resultado vinculados, a la luz del desarrollo conceptual sobre la “unicidad del hecho” y la tipificación de las infracciones.

Por otro lado, no puede negarse que el concurso real se encuentra más próximo a un mecanismo de graduación de sanción en busca de un reproche óptimo ante hechos conexos. Sin embargo, es claro que el concurso de infracciones regulado en el TUO de la LPAG está referido al concurso ideal, por lo cual la aplicación del concurso real no encontraría amparo legal directo. Atendiendo a ello, consideramos criticable la posición de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi por aplicar esta institución vía analogía en el ámbito de la competencia desleal.

En ambos casos (concurso ideal y real), la determinación de la unidad o pluralidad fáctica es una de las notas críticas del análisis, pues de ello depende la punición. Si bien es cierto, en algunos casos se puede generar una sensación de injusticia vista la pluralidad de resultados, es en ese momento donde nuestras instituciones deben ser claras y sólidas para evitar decisiones arbitrarias.

Finalmente, en los casos prácticos advertimos la falta de un análisis serio sobre la aplicación de la institución del concurso de ilícitos, en el sentido de determinar el proceso ejecutivo de cada uno de los ilícitos, lo cual impide adoptar una decisión más sólida sobre el particular. Esperamos que este artículo pueda contribuir al desarrollo de la institución del concurso de infracciones en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, a fin de establecer un límite claro al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

5. Bibliografía

Alfaro Mendoza, Vanessa y Urquiza Videla, Gustavo. “Alcances sobre el concurso ideal de delitos”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Volumen 13, Número 115, (abril 2008).

Álvarez Pozo, María de la Palma. “El concurso ideal de delitos” (tesis doctoral, Editorial de la Universidad de Granada, 2007).

Baca Oneto, Víctor. La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en especial, análisis de los supuestos de infracciones permanentes y continuadas). En: *Revista Derecho y Sociedad* N° 37; Lima: asociación civil Derecho & Sociedad. 2012.

Bramont-Arias Torres, Luis Miguel. “Interpretación de la ley penal”, En: *Revista Derecho & Sociedad* 20, Lima: asociación civil Derecho & Sociedad. 2003.

Cano Campos, Tomás. “*Non bis in Idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador”, *Revista de la Administración Pública* 156, (septiembre-diciembre 2001).

Capaldo de Nolfi, Griselda. “Un enfoque más sobre el overbooking en el transporte aéreo”, *El Derecho* 136 (1989).

Cuerda Riezu, Antonio. *Concurso de delitos y determinación de la pena: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial* (Madrid: Tecnos, 1992).

_____. 1997. *Política criminal y nuevo Derecho penal*.

Gallardo Castillo, María Jesús. *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*. (Madrid: lustel, 2008).

Gómez, Hernán Adrián. “Derechos del pasajero en el transporte aéreo. El overbooking. Derecho comparado europeo y reciente jurisprudencia. Relación con la normativa argentina”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* Año XVI, Número 6 (junio 2012).

Gomez Tomillo, Manuel. *Derecho administrativo sancionador (parte general). Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2008.

González Rus, Juan José. *Comentarios al Código Penal*, tomo I (2000), 941; citado por Álvarez Pozo, “El Concurso Ideal de Delitos”.

Maldonado Fuentes, Francisco. "Delito continuado y concurso de delitos", *Revista de Derecho* (Valdivia), volumen XXVIII, número 2, editada por la Universidad Austral de Chile (2015).

Mapelli, Enrique. "El overbooking o exceso de reservas de plazas en el transporte aéreo", en "Trabajos de Derecho Aeronáutico y del Espacio", *Colección de Estudios Jurídicos*. Edit. Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial". Volumen II (1978).

Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal – Parte General*, 5ª edición (Barcelona: TECFOTO, 1998).

Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Lima: Gaceta Jurídica, 2011).

Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cuarta edición. Navarra: Tecnos, 2000.

Rebollo Puig, Manuel y otros. *Derecho Administrativo Sancionador* (Valladolid: Lex Nova, 2010).

Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Luzón Peña, Diego Manuel y Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal (Madrid: Editorial Civitas, 1997).

Rubio Correa, Marcial. *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*. Décima edición (Lima: Fondo Editorial de la PUCP, junio 2012).

Ujala Joshi, Jubert. Unidad de hecho y concurso medial de delitos. En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 45 (1992).

Velásquez Velásquez, Fernando. "El Delito Continuado en el Código Penal Peruano", en *Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003).

Villa Stein, Javier. *Derecho Penal Parte General* (Lima: Editorial Grijley, 2014).

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora).