

## CONCURSO DE DELITOS EL CASO DE MEDICAMENTOS FALSIFICADOS

\* Artículo recibido el 20 de marzo del 2016, aprobado para publicación el día 20 de abril del 2016

David Tapia Santisteban<sup>134</sup>

### RESUMEN

La delimitación del concurso aparente de leyes o del concurso de delitos en un caso concreto resulta de suma importancia para el adecuado ejercicio de la potestad persecutoria estatal frente a la comisión de delitos. En el concurso de leyes, existe unidad de acción y pluralidad aparente de leyes penales, que luego del proceso riguroso de interpretación de los tipos penales, se determina que solo una ley penal califica la conducta del agente, porque los tipos penales se excluyen, evitando de esta manera la vulneración de la garantía constitucional del *ne bis in idem*. En tanto, en el concurso de delitos, estamos ante la efectiva concurrencia de tipos penales, calificándose como concurso ideal cuando existe una sola acción y concurso real cuando existe pluralidad de acciones, lo que tiene relevancia para la determinación de pena, estando en uno u otro supuesto concursal. En el caso de la falsificación de medicamentos se presenta el concurso ideal de delitos, por cuanto existe una sola acción aunque realizada a través de diversos actos parciales que realiza los tipos penales contra la propiedad industrial y contra la salud pública, que no se excluyen por cuanto existe diferencia de bienes jurídicos vulnerados, determinándose la pena a partir del delito más grave que es el delito contra la salud pública.

<sup>134</sup> Fiscal Provincial Titular de la Primera Fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos Aduaneros y Propiedad Intelectual de Lima

### SUMMARY

*The delimitation of apparent competition laws or of offenses in a PARTICULAR case is extremely important for the proper exercise of PROSECUTORIAL power state against the commission of crimes. In competition law, there is UNITY of action and apparent PLURALITY of criminal laws, that after the rigorous process of interpretation of the criminal, it is determined that only a criminal law makes the CONDUCT of the agent, BECAUSE the offenses are EXCLUDED, avoiding THUS the violation of the CONSTITUTIONAL GUARANTEE of ne bis in idem. Meanwhile, in the contest of crimes, we are before the effective CONCURRENCE of offenses, QUALIFYING as an ideal contest when there is a single action and real contest when there is PLURALITY of actions, which is relevant for the determination of sentence, being in one or CONCURSAL another COURSE. In the case of COUNTERFEIT medicines ideal combination of offenses is presented, as there is a single action BUT made THROUGH VARIOUS partial acts carried OUT by the criminal against INDUSTRIAL property and against PUBLIC health, which are not EXCLUDED by as there is a difference of violated legal rights, determining the penalty from more SERIOUS CRIME it is the crime against PUBLIC health.*

### PLANTEAMIENTO DEL CASO

La Fiscalía y la Policía Nacional intervienen un taller clandestino de elaboración de medicamentos de reconocidas marcas en el mercado nacional. En el inmueble se verifica la existencia de una gran cantidad de cajas de medicamentos de distintas marcas listos para su comercialización, cajas planas y etiquetas con marcas de medicamentos, baldes y bolsas conteniendo insumos químicos para la elaboración de cápsulas y pastillas. También se verifican e incautan maquinas artesanales de sellado de cajas, pinzas, balanzas, jeringas, colorantes y jarabes.

De los hechos expuestos se advierte claramente la elaboración ilícita de medicamentos y en condiciones totalmente antihigiénicas, por cuanto estos productos solamente pueden ser fabricados por laboratorios autorizados y conforme a rigurosos procedimientos de salubridad, además de atentar contra los titulares de los derechos de propiedad industrial, lo que se configura como presunta comisión de ilícitos penales contra la salud pública y contra la propiedad industrial.

En el caso del ilícito penal contra la propiedad industrial, el hecho se califica como falsificación marcaría. Sin embargo, en este punto precisamente, a partir de la verificación de la elaboración o producción de medicamentos falsificados, que aparecen como elementos objetivos del tipo penal contra la salud pública, surge la controversia para la determinación del concurso aparente de leyes o del

concurso de delitos, cuya dilucidación pretendemos desarrollar en el presente trabajo, lo que reviste importancia no solamente por un imperativo de rigurosidad dogmática, sino atendiendo a las distintas consecuencias del marco penal aplicable, estando en uno u otro supuesto concursal.

## – TIPOS PENALES CONCURRENTES

### 2.1. Contra la Propiedad industrial

En el caso del delito contra la Propiedad Industrial, el hecho puede calificarse como delito de Fabricación de producto con marca no registrada idéntica o similar a una marca registrada en el país, previsto en el artículo 222, inciso f del Código Penal que establece:

“Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años, con sesenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al Artículo 36 inciso 4) tomando en consideración la gravedad del delito y el valor de los perjuicios ocasionados, quien en violación de las normas y derechos de propiedad industrial, almacene, fabrique, utilice con fines comerciales, oferte, distribuya, venda, importe o exporte, en todo o en parte:

...

**f. Un producto o servicio que utilice una marca no registrada idéntica o similar a una marca registrada en el país”<sup>135</sup>.**

### 2.2. Contra la Salud Pública

Con relación a salud pública, el hecho se califica como

“Artículo 294-A.- Falsificación, contaminación o adulteración de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios.

<sup>135</sup> Artículo sustituido por el artículo 2 de la Ley N° 27729, publicada el 24-05-2002.

Es necesario precisar que la sumilla del artículo 222 del Código Penal que se consigna como “Fabricación o uso no autorizado de patente”, es incorrecta, pues no corresponde al contenido descriptivo del tipo penal. Aparece que se sigue arrastrando la sumilla que correspondía a la inicial descripción típica que establecía “El que fabrica producto o usa un medio o proceso patentado de fabricación, sin estar autorizado por quien tiene derecho a hacerlo...”, donde si aparecía el uso no autorizado de patente. En tanto, la actual descripción típica del artículo 222 del Código Penal, describe un catálogo más prolijo de elementos de propiedad industrial, como las marcas y los modelos de utilidad, además de las patentes.

**El que falsifica, contamina o adultera productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios, o altera su fecha de vencimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.**

**El que, a sabiendas, importa, comercializa, almacena, transporta o distribuye en las condiciones antes mencionadas productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios, será reprimido con la misma pena.”<sup>136</sup>**

## – ¿CONCURSO DE LEYES O CONCURSO DE DELITOS?

En el caso del delito contra la salud pública, la falsificación aparece como el elemento nuclear de la conducta comisiva del tipo penal, por cuanto dicho tipo penal, esencialmente sanciona la falsificación de medicamentos, además de la configuración de las otras modalidades de conducta que aparecen en el tipo penal como la contaminación y adulteración. Y por otro lado, en el caso del delito contra la propiedad industrial que analizamos, las distintas modalidades de conducta comisiva como almacenar, fabricar, ofertar, vender, distribuir, importar o exportar un producto (o servicio) que utilice una marca no registrada idéntica o similar a una marca registrada en el país, son conductas comisivas de realización de falsificación marcaria, por cuanto a través de todas esas modalidades comisivas se vulneran normas y derechos de propiedad industrial que asisten a los titulares de los derechos marcarios a través de la falsificación de productos con marca registrada<sup>137</sup>.

Entonces, prima facie, estaríamos ante un concurso aparente de leyes cuando el agente falsifica medicamentos con marca registrada, consumiéndose el tipo penal contra la propiedad industrial en el delito contra la salud pública, precisamente teniendo en cuenta el principio de consunción, que constituye uno de los principios que permite resolver el concurso de leyes, por cuanto, aparentemente, el delito contra la salud pública, que tiene un marco penal conminado más grave y describe la falsificación como una de las modalidades de conducta comisiva, englobaría al tipo penal contra la propiedad industrial. Además, los ac-

<sup>136</sup> Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 29675, publicada el 12 abril 2011.

<sup>137</sup> La Dirección de Signos Distintivos del INDECOPI es la entidad del Estado encargada de registrar, anular y cancelar marcas de productos o servicios.

tos parciales realizados por el agente que se subsumirían en el tipo penal contra la propiedad industrial, parecen dirigirse en unidad de sentido a la realización del tipo penal contra la salud pública, que en esa perspectiva fáctica y jurídica abarcaría la afectación del titular marcario, realizando únicamente dicho tipo penal contra la salud pública. Siendo así entonces, y para precisar si estamos ante un concurso aparente de leyes o un concurso ideal de delitos, resulta necesario delimitar los contornos conceptuales de cada uno de los tipos de concurso que conciernen al tema que abordamos, echando mano del desarrollo doctrinal.

Sobre este punto, Felipe Villavicencio señala que existe concurso aparente, o unidad de ley, cuando una conducta cometida aparece comprendida en varios tipos penales, pero su contenido de injusto está definido completamente por uno solo de dichos tipos penales<sup>138</sup>. Siguiendo al mismo autor, en el concurso aparente se produce el fenómeno de que una ley excluye a otra (unidad de ley), lo que no ocurre en el concurso ideal en el que se aplica la pena del delito más grave, pero no se excluye ninguna ley<sup>139</sup>. Por su parte, Bustos Ramírez señala que el concurso de leyes llamado también aparente de leyes penales, como su nombre lo indica, es fundamentalmente un problema de interpretación de tipos legales que se resolverá por el principio de especialidad o el de consunción. En cambio, el concurso de delitos es un problema de determinación de la pena<sup>140</sup>.

A su vez Fontan Balestra señala que existe concurso ideal cuando un hecho concreta dos o más figuras penales que no se excluyen entre sí (Fontan Balestra, citando a Mezger, Binding y Maurach. Derecho Penal. Introducción y parte general. Décimo quinta edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1995. P. 498). Asimismo, resulta ilustrativa la postura de este autor cuando señala que en el concurso aparente o concurso de leyes penales, los tipos penales se excluyen, en tanto, en el concurso ideal, los tipos penales se realizan<sup>141</sup>. Agrega el mismo autor que en el concurso de delitos es necesario hacer un primer deslinde: que no se trate de figuras típicas excluyentes, porque lo contrario significa la existencia

138 Felipe Villavicencio Terreros. Derecho Penal. Parte General. (Lima: Editorial Grijley. Segunda reimpresión. 2007). P.711.

139 Felipe Villavicencio Terreros. Ibidem. P.711

140 Juan Bustos Ramírez. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. (Lima, Peru: Ara Editores. 2005). P. 590.

141 Carlos Fontan Balestra. Derecho Penal. Introducción y Parte General. (Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot. Décimo quinta edición. 1995). P. 498

de un problema de adecuación excluyente que reposa en el denominado concurso de leyes, que corresponde a un problema de interpretación de la ley penal y no a un problema de concurso de delitos<sup>142</sup>.

Siguiendo el desarrollo doctrinal, encontramos que los requisitos del concurso de leyes son la unidad de acción y pluralidad aparente de realizaciones penales, siendo precisamente aparente esta pluralidad de realizaciones típicas que reclaman intervención en el caso concreto, que luego del proceso interpretativo de las leyes penales, se establece que sólo un tipo penal gobierna la conducta del agente. Por lo que el concurso aparente de leyes penales es un tópico que corresponde al ámbito de la interpretación de las leyes penales<sup>143</sup>. Señala Fernando Velásquez que debe presentarse una pluralidad de tipos que de manera aparente concurren para gobernar la acción; ello es apenas lógico, si se tiene en cuenta que este evento se caracteriza justamente por el esfuerzo interpretativo que debe llevar a cabo el analista para descartar la concurrencia de las demás figuras típicas y concluir que la conducta indagada (constitutiva de acción en sentido ontológico – normativo) sólo encaja en un supuesto de hecho<sup>144</sup>

142 Carlos Fontan Balestra. Ibidem. P.494

143 En la doctrina se han desarrollado los principios de interpretación para resolver el concurso aparente de leyes penales:

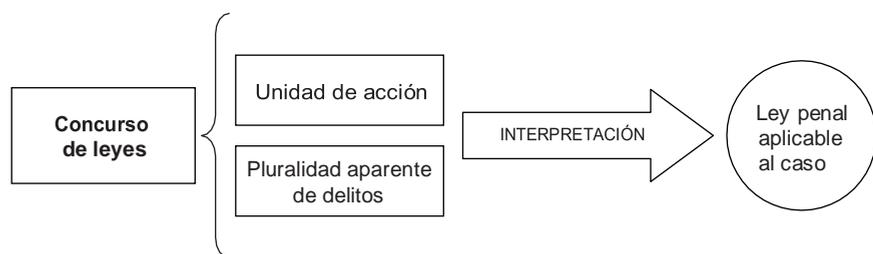
Principio de especialidad: genera una relación lógica de subordinación entre una norma general y una norma especial, donde esta última agrega características específicas de estructura o tipicidad frente a la norma general, por lo que desplaza a aquella en la tipificación del hecho.

Principio de subsidiaridad: genera una relación lógica de interferencia entre normas penales, que adquiere sentido en la verificación de los grados de desarrollo de las conductas penales. Por ejemplo, si no se puede calificar la conducta como realización típica consumada, puede calificarse como tipo tentado.

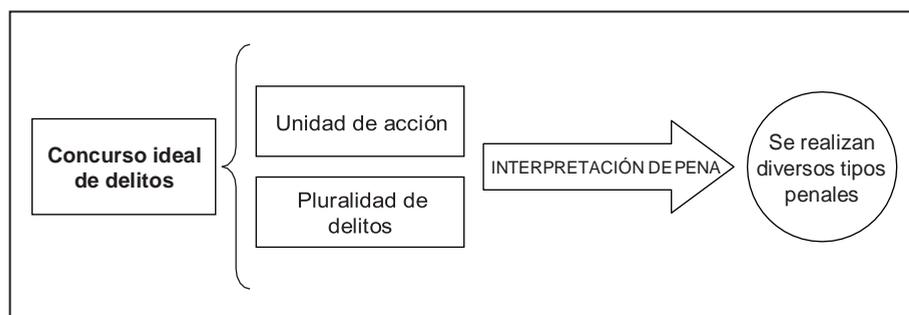
Principio de consunción: genera una relación de gravedad entre las normas penales concurrentes. El tipo penal más grave o complejo absorbe o consume a los otros tipos penales concurrentes, porque aquellos ya incluyen el desvalor de éstos últimos.

Principio de alternatividad: existe un sector doctrinal que no considera este principio como un principio de interpretación de leyes penales. Así, Villavicencio Terreros sostiene que si bien la doctrina ha abandonado este principio, se considera que ésta tendría su campo de aplicación exclusivamente para el supuesto de dos tipos penales que operen paralelamente como consecuencia de un error legislativo. En el caso de tipos penales alternativos, se aplica el tipo penal con pena mayor.

144 Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho Penal Parte General*. (Colombia: editorial temis. Tercera edición. 1997). P. 657.



Por otro lado, como se ha señalado antes, en el concurso ideal de delitos los tipos penales concurrentes no se excluyen, sino que la conducta del agente en unidad de hecho realiza diversos tipos penales.



Si bien es cierto que en el caso concreto todas las realizaciones fácticas se configuran como una unidad de hecho donde la falsificación marcaria parece consumirse en el delito contra la salud pública; sin embargo, el elemento diferenciador constituye el bien jurídico protegido. Como señala Muñoz Conde cuando desarrolla el principio de consunción para resolver el concurso aparente de leyes que, se considera que entre la falsificación de documentos públicos y la estafa no hay concurso de leyes, sino de delitos, por tratarse de bienes jurídicos distintos<sup>145</sup>. En este mismo sentido anota García Caveró señalando que la realización de un delito contra la propiedad industrial puede entrar en concurso con un delito contra los consumidores, si los productos ofrecidos terminan por afectar la

salud de los consumidores. En este caso, la relación concursal se daría con el delito de tráfico de productos defectuosos previsto en el artículo 288 del Código Penal. Este sería el caso, por ejemplo, si se envasan en envoltorios originales productos de distinta procedencia capaces de afectar la salud de los consumidores. La relación concursal será la de un concurso ideal de delitos que conforme a las reglas del artículo 48 del Código Penal, tendrá que castigarse en el marco del delito más grave, pudiendo incrementarse la pena hasta en una cuarta parte sobre dicho marco penal máximo<sup>146</sup>.

A su vez, resulta ilustrativa la formulación doctrinaria de Muñoz Conde para establecer los factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción. El factor final que es la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados; y el factor normativo, que es la estructura del tipo delictivo en cada caso particular<sup>147</sup>.

En el caso planteado el agente realiza el tipo contra la propiedad industrial vulnerando el bien jurídico protegido que constituye la marca como uno de los elementos de propiedad industrial que recoge el tipo penal. El elemento nuclear de este tipo penal contra la propiedad industrial está constituido por la distintividad marcaria que surge a partir del concepto de marca como todo signo que distingue un producto o servicio de otro mercado<sup>148</sup>. En este tipo penal el agente aprovecha el prestigio marcario que tiene el producto en el mercado, es decir, el factor final del agente se orienta a la falsificación de un determinado producto por las bondades marcarias de éste en el mercado, frente a otros que no tienen el mismo prestigio o aceptación de los consumidores.

Sin embargo, por otro lado, la conducta del agente vulnera la salud pública como bien jurídico protegido, por cuanto se tratan de medicamentos destinados al uso o consumo humano. La falsificación de medicamentos resulta lesiva para la salud pública por la dañosidad o potencialidad lesiva que reviste dicha conduc-

145 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran. *Derecho Penal Parte General*. (Valencia España: Tirant Lo Blanch. Tercera edición. 1998). p. 523.

146 Percy García Caveró. *Derecho Penal Económico. Parte Especial. Volumen I*. (Lima, Perú: Editorial Instituto del Pacífico. Segunda edición. 2015). P. 151-152

147 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran. *Ibidem* p. 512-513

148 Decisión Andina 486, artículo 134:

“A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado...”

ta contra la salud de los consumidores, al tratarse de productos elaborados en forma clandestina y en condiciones insalubres. De esta manera, en el caso concreto, el agente que realiza la conducta aprovecha sus conocimientos y medios a su alcance para falsificar o elaborar medicamentos, al mismo tiempo que aprovecha el prestigio o reputación marcaria que tienen dichos medicamentos. Cabe anotar que esta circunstancia también se hace evidente en el caso de falsificación de bebidas alcohólicas, que presenta el mismo supuesto concursal.

Siendo así entonces, en el caso concreto, a partir de la diferencia de bienes jurídicos protegidos, los tipos penales concurrentes se realizan sin excluirse entre sí, lo que descarta el concurso aparente de leyes penales. Finalmente, en este punto es importante remarcar que no se puede calificar como concurso de leyes cuando hay concurso de delitos, lo que significaría generar impunidad frente a la comisión de conductas ilícitas efectivamente realizadas por los agentes. Y por otro lado, calificar un caso como concurso de delitos, cuando luego de un proceso riguroso de interpretación, se debe calificar como concurso de leyes, significaría la vulneración de la garantía constitucional del *ne bis in ídem*, por cuanto dos veces estaría siendo investigada o sancionada la misma conducta recogida solamente en una ley penal.

#### – ¿POSIBLE CONCURSO REAL DE DELITOS?

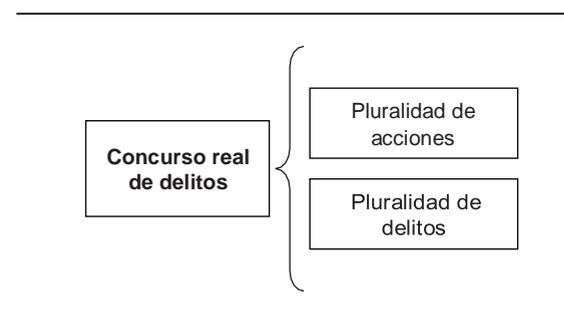
Enrique Bacigalupo sostiene que “la existencia de un concurso real presupone, en primer término, la existencia de una pluralidad de acciones. La comprobación de esta pluralidad tiene lugar en forma negativa: habrá pluralidad de acciones si se descarta la unidad de acción.

En segundo lugar, se requiere una pluralidad de lesiones de la ley penal, lo que – como ocurre en el concurso ideal- presupone que los delitos realizados son también independientes”<sup>149</sup>.

“El concurso real se da cuando el sujeto realiza dos o más conductas jurídicamente relevantes, cada una de ellas constitutiva de un delito autónomo. Para ello, el mecanismo procedente es el de la acumulación, pero respetando el principio de proporcionalidad de la sanción penal”<sup>150</sup>

149 Enrique Bacigalupo. *Derecho Penal Parte General*. (Lima, Perú: Ara Editores. 2004). P.557

150 Mario Pablo Rodríguez Hurtado, Ángel Fernando Ugaz Zegarra, Lorena Mariana Gamero Calero y Horst Schonbohm. *Manual de Casos Penales. La Teoría General del Delito y su*



En el caso planteado aparece manifiesta la configuración de un solo hecho, lo que permite sostener de inicio que se modela o estructura un concurso ideal, desestimando el concurso real.

Sin embargo, esta postura no resulta pacífica porque el hecho planteado globalmente está compuesto de diversos actos parciales, que por sí mismos pueden ser más relevantes para la configuración de los elementos objetivos de uno u otro tipo penal, además de verificarse, como hemos visto antes, la vulneración de distintos bienes jurídicos, contra la propiedad industrial y contra la salud pública. Advertimos igualmente, que la discusión del tipo de concurso no solamente resulta concordante con el rigor normativo conceptual en la aplicación de la ley penal, sino que tiene significativa trascendencia en la determinación de la pena por las distintas consecuencias que devienen de uno u otro tipo de concurso. Siendo así, en el concurso ideal atendemos a una fórmula de asperación o de agravación de pena, conforme se desprende del artículo 48 del Código Penal<sup>151</sup>, que en muchas ocasiones, atendiendo al principio de proporcionalidad de la pena, la determinación de la pena concreta se estructura a partir del delito más grave, que en algunos casos, encierra un grado de punición suficiente para reprochar la conducta antijurídica, tanto más si la misma norma penal admite dicho

*Importancia Práctica en el Marco de la Reforma Procesal Penal*. (Lima, Perú: ediciones Nova Print. Segunda edición. Tercera reimpresión. 2012). P.161

151 Código Penal.

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 en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.”

procedimiento de determinación punitiva. En tanto, en el caso del concurso real de delitos, atendemos a una fórmula de sumatoria o de acumulación de penas o de acumulación por expresa disposición del artículo 50 del Código Penal<sup>152</sup>, estableciéndose en principio las penas concretas parciales, para realizar posteriormente la sumatoria de dichas penas concretas parciales, atendiendo a los límites punitivos, conforme se ha establecido en el acuerdo plenario N° 4-2009/CJ-116<sup>153</sup>.

152 Código Penal:

Artículo 50.- Concurso real de delitos

“Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta.”

153 Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116. Fundamento 7:

Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado “principio de acumulación”. El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:

A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito -límites mínimo y máximo o pena básica- en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión -pena concreta parcial-. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.

En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave).

Finalmente, el artículo 50° CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obteni-

Sobre este punto, Gunter Jakobs señala que “las acciones típicas nunca se realizan del todo unitariamente, sino que unitarias solo pueden ser las acciones en una determinación más general. Si para una realización de tipo se requieren, por motivos prácticos o jurídicos, varias acciones parciales, para fundamentar la unidad de acción basta que *al menos una de estas acciones parciales*, considerada en general, sea idéntica a la acción ejecutiva de otra realización de tipo, o a otra acción parcial relativa respecto a esta realización de tipo”<sup>154</sup>.

En el caso planteado, si bien se advierten una serie de acciones parciales que resultan configurativas de los elementos objetivos de uno u otro tipo penal, sin embargo, en su apreciación global o conjunta presentan unidad de sentido fáctico o unidad de acción en sentido normativo. “A efecto de resolver esta situación debemos delimitar cuándo nos encontramos ante una acción o ante varias acciones, en el marco de una concepción normativa”<sup>155</sup>. En el caso planteado, no resulta adecuado separar las acciones parciales para una posible configuración de ilícitos penales independientes, sino que todas esas acciones parciales, normativamente adquieren sentido como una sola acción realizada.

En ese mismo sentido, siguiendo a Fontan Balestra, en el caso planteado hay unidad de hecho pero no inseparabilidad de lesiones jurídicas, porque si bien normativamente existe un sola realización fáctica, aunque fenomenológicamente existan distintos actos, existe por un lado, un claro aprovechamiento indebido de la marca, además de la fabricación o producción informal de los medicamentos, por otro lado, pudiendo afirmarse que el agente quiere realizar las dos conductas lesivas<sup>156</sup> contra la propiedad industrial y contra la salud pública.

Con relación a este punto, la doctrina señala que cuando el agente realiza un solo hecho que vulnera diversos tipos penales, se configura el concurso ideal

do como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas.

154 Gunter Jakobs. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. (Traducción Joaquín Cuello Contreras. José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Editorial Marcial Pons. Segunda edición corregida. Madrid 1997). P. 1102

155 Alonso R. Peña Cabrera Freyre. *Curso Elemental de Derecho Penal Parte General. Tomo I* (Lima, Perú: editorial San Marcos. Tercera edición 2011). P. 499

156 Carlos Fontan Balestra. Ob. Cit. P. 503.

de delitos. En tanto, en el concurso real, el agente realiza diversos tipos penales, en ocasiones y circunstancias distintas. El Profesor Felipe Villavicencio Terreros señala 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. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal<sup>157</sup>.

En el caso concreto, la propia naturaleza de la realización fáctica de las conductas ilícitas que concurren, contra la propiedad industrial y contra la salud pública, implican la realización de diversas acciones parciales, orientadas al propósito criminal del agente, espaciadas física y temporalmente. El agente fabrica o imprime cajas con marcas reconocidas de medicamentos, o en su caso, recicla estas cajas; acopia envases o blísteres, que pueden ser originales o falsificados, que también presentan marcas de medicamentos; acopia o adquiere insumos o productos químicos, así como fabrica etiquetas con marcas de medicamentos para adherir en las cajas de medicamentos o cubrir otras marcas para resaltar las marcas que aparecen en las etiquetas.

Sin embargo, estas distintas acciones parciales no pueden fragmentarse para efectos de su valoración típica como hechos distintos que se realizan con distinta resolución criminal o factor final, sino que las acciones parciales aparecen como elementos configurativos de ambos tipos penales, contra la propiedad industrial y contra la salud pública. Entonces, en base a estos asertos resulta plausible sostener que en el caso concreto declina la configuración de un posible concurso real de delitos, asomándose con nitidez la conformación de un concurso ideal de delitos, que tiene como elemento básico la unidad de acción jurídicamente estructurada. Es decir, en el caso concreto, no existe pluralidad de acciones, sino una sola acción que realiza los tipos penales contra la propiedad industrial y contra la salud pública, por lo que se genera el concurso ideal y no real de delitos.

#### – DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA FISCAL

En el caso planteado, la determinación de la naturaleza concursal como concurso ideal de delitos solamente delimita la aplicación de las normas penales

157 Felipe Villavicencio Terreros. Ob. Cit. P.702- 703.

sustantivas para la determinación de pena, sin embargo, surge la problemática en el ámbito procesal con relación a la competencia del Ministerio Público para la investigación de los casos de falsificación de medicamentos.

En una primera aproximación, en línea concordante con el artículo 48 del Código Penal que determina que en el caso del concurso ideal de delitos, la sanción se establece de acuerdo a la pena del delito más grave, pudiendo incrementarse hasta en una cuarta parte, resulta válido considerar que la Fiscalía competente para investigar dichos casos es la Fiscalía competente para investigar los delitos contra la salud pública. Por tanto, apareciendo el delito contra la salud pública en el catálogo de delitos comunes, entonces, serán competentes las Fiscalías Penales Comunes.

Sin embargo, con relación a los delitos contra la propiedad industrial, en el Distrito Fiscal de Lima y en otros Distritos Fiscales del País, existen Fiscalías Especializadas para conocer delitos contra la propiedad intelectual, previsto en el Título VII del Código Penal que comprende los delitos contra los derechos de autor y conexos, y los delitos contra la propiedad industrial, encontrándose en delito de falsificación marcaria en el artículo 222, literal f del referido cuerpo normativo penal; además de tener competencia para conocer la investigación de delitos aduaneros.

Entonces, estando a los alcances del artículo 48 del Código Penal, las Fiscalías Especializadas en Delitos Aduaneros y Propiedad Intelectual carecerían de competencia para la investigación de éstos casos; sin embargo, en determinados supuestos el factor final de aprovechamiento del prestigio marcario aparece con mayor relevancia en el caso concreto que el tipo contra la salud pública, configurándose como un caso de falsificación de productos que vulnera la marca registrada como bien jurídico protegido. Por lo que en esta parte que resulta atendible la intervención de las Fiscalías Especializadas en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad Intelectual para la investigación de estos casos, posición que se verá reforzada, al punto de no discutirse competencia, cuando la presunta falsificación de medicamentos va enlazada a delitos de contrabando que resulta de competencia específica de estas fiscalías. No obstante esta última acotación, consideramos que será pertinente la formulación de normas internas en el Ministerio Público para delimitar las competencias de las fiscalías comunes y especializadas, para una eficiente represión, investigación y sanción de estos tipos penales.

– **CONCLUSIONES**

- 6.1. En el caso de la falsificación de medicamentos el agente realiza diversas acciones parciales que aparecen como elementos configurativos del delito contra la propiedad industrial y contra la salud pública, que normativamente constituyen una unidad de acción que realiza ambos tipos penales.
- 6.2. Se descarta el concurso de leyes penales con relación a los tipos penales concurrentes por los distintos bienes jurídicos vulnerados en el caso en cuestión, por un lado la marca como elemento de propiedad industrial, y por otro lado, la salud pública.
- 6.3. No puede estimarse la configuración del concurso real porque no existe pluralidad de acciones, sino sólo una acción normativamente configurada, siendo que las acciones parciales no realizan por sí mismos solamente uno de los tipos penales concurrentes, sino que se orientan como acción única realizando ambos tipos penales.
- 6.4. Las modalidades de conducta comisiva del delito contra la propiedad industrial como almacenar, fabricar, ofertar, vender, distribuir, importar o exportar un producto (o servicio) que utilice una marca no registrada idéntica o similar a una marca registrada en el país, son conductas comisivas que realizan la falsificación marcaria. A su vez, la falsificación constituye unas de las modalidades de conducta comisiva en el tipo penal contra la salud pública que está referida a la elaboración de un medicamento sin autorización del titular o licenciario de la marca; sin embargo, no se excluyen dichos tipos penales por la diferencia de bienes jurídicos que cada uno protege.
- 6.5. Teniendo en cuenta que en el concurso ideal de delitos la pena se determina sobre la base del delito más grave, la competencia fiscal para la investigación penal de los casos de falsificación de medicamentos también debería determinarse en función de la Fiscalía competente para conocer la investigación del delito más grave. Sin embargo, por razones de unidad o de eficiencia de la investigación, podrá determinarse la competencia a favor de otras Fiscalías que pueden ser las Fiscalías Especializadas en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad Intelectual, tanto más si en el caso concurren también delitos aduaneros, además de las normas internas para delimitar competencia fiscal que pueda expedir el Ministerio Público.

## LA TUTELA DE DERECHOS EN EL PERÚ Y SUS PARADIGMAS EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO

Petter Henry Fernández Astete<sup>158</sup>

**RESUMEN:**

A partir de una interpretación amplia de la tutela de derechos, el autor sostiene que el referido instituto procesal no solo es procedente ante la vulneración de los derechos señalados en el artículo 71.2, sino de cualquier derecho consagrado en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

**ABSTRACT:**

From a broad interpretation of the protection of rights, the author argues that that institute is not only procedural coming before the violations of the rights set out in Article 71.2, but any right enshrined in the Constitution and international human rights treaties human.

**PALABRAS CLAVE:**

Estado, derecho de defensa, proceso inquisitivo, tutela de derechos, Ministerio Público, Policía Nacional, Juez de Investigación Preparatoria, imputación, Código Procesal Penal, plazo razonable, sistema acusatorio, coerción personal, petición de tutela, nulidad procesal, abogado defensor, control de plazos, tutela jurisdiccional efectiva, juez de garantías.

158 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios concluidos de la Maestría de Derecho con mención en Derecho Procesal por la Escuela de Post-Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Desempeñándose en la actualidad como Asistente en Función Fiscal adscrito a la Presidencia de la Junta de Fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Lima Sur.