

POLITICA CRIMINAL CONTRA LA INSEGURIDAD CIUDADANA COMENTARIOS A LA LEY N° 30076

VICTOR JIMMY ARBULU MARTINEZ¹

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Dentro del endurecimiento de la Política Criminal para frenar la inseguridad ciudadana, el Congreso, en ejercicio de su potestad de calificar conductas, y fijar las sanciones y los procedimientos, ha dictado la Ley N° 30076, que modifica aspectos penales sustantivos, procesales y de ejecución. Nos centraremos en examinar los cambios en el ámbito del derecho penal sustantivo

Frente a la actual inseguridad ciudadana, es entendible que se proceda estructurar una legislación para responder a esta problemática, y que funcione desde una óptica retributiva y preventiva, tanto general como especial (el mensaje a los habituales o reincidentes)

Siguiendo a Roxin entendemos por política criminal no sólo la elección de las sanciones más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según la Constitución y el Código Penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad. Los elementos limitadores de la potestad punitiva del Estado, como el principio *nullum crimen* o el de culpabilidad, son parte de la política criminal del Estado de Derecho.² Esto último es de relevancia porque la delimitación de las sanciones debe ser conforme a la Constitución.

La Política Criminal en resumen, está constituida por un conjunto de estrategias o procedimientos por medio de los cuales el Estado y la sociedad organizan sus respuestas al problema de la criminalidad. Analicemos esa respuesta en las modificaciones que trae la ley en el derecho penal.

¹ Juez Superior (p) de la Corte del Callao. Profesor de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la UNMSM.

² ROXIN, Claus. La evolución de la Política criminal, el derecho penal y procesal penal. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000, p, 58

2. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

2.1. DELITO DE VIOLACION SEXUAL

En el Art. 170 del Código Penal, podemos distinguir una conducta base y una agravada. La conducta básica es sancionada con pena privativa de libertad de 6 a 8 años. En la forma agravada que tiene como pena de 12 a 18 años, se ha adicionado el inciso 6 al Art. 170, fijando como otra circunstancia agravante, si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad.

La norma busca resolver las contradicciones en el delito de menores de 18 y mayores de 14 que ha originado una serie de interpretaciones de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Retorna el supuesto de violación de sexual bajo violencia o amenaza como se estableció por ley N° 28251, publicada el 08-06-2004. La diferencia es entre las penas, pues en aquella, la sanción era de 8 a 15 años, mientras que el texto actual fija la pena entre 12 a 18 años.

La deficiencia de esta inclusión es que deja suelta la agravante si la víctima ha sido ultrajada sexualmente por el padre o quien tenga autoridad sobre ella, pues no diferencia entre sujetos del entorno familiar y fuera de él. Estos supuestos se encuentran en el mismo nivel en el inciso 2, sin establecer diferencias si es que se trata de menor de 14 a 18 y el agente tiene vínculo familiar con la víctima. En el Art. 173 en el último párrafo, se estableció como agravante y se sancionaba con la pena de cadena perpetua. Por el impacto en la realidad social, creemos que el legislador pudo haber generado una agravante adicional y elevar la penalidad, si es que a la edad de 14 a 18 se sumaba la circunstancia de vínculo familiar con la víctima. De pronto la sanción puede ir de 18 a 25 años. Lo ponemos con un ejemplo, ¿Cuál es más lesivo? ¿La violación sexual de una menor de 15 años por un desconocido, o por su propio padre?

Se mantiene la pena la inhabilitación en cuanto corresponda, por ejemplo la suspensión de la patria potestad si el agresor es el padre.

2.2. VIOLACION SEXUAL DE MENOR DE EDAD

Frente a la declaración de inconstitucionalidad del supuesto establecido en el Art. 173 inciso 3 por sentencia N° 8-2012, se ha reformulado el delito en agravio de la indemnidad de menor de la siguiente forma:

“Artículo 173. Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.

En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.”

En este caso no se adiciona nada al artículo por lo que vemos innecesario que se haya reestructurado.

3. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

3.1. HURTO AGRAVADO

El Art. 186 del Código Penal complementa al tipo básico con agravantes, que tienen como efecto aumentar la penalidad. La Ley comentada ha agregado al acotado artículo otras circunstancias agravantes de la siguiente manera:

“10. Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transportes de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones.

Se ha precisado mejor el objeto de la acción típica de Hurto, ampliándose la conducta en supuestos en los que la afectación de la población es mayor, como cuando se sustrae cables eléctricos o de telefonía.

11. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.”

Se ha incorporado como víctimas por su situación de vulnerabilidad a menores, mujeres gestantes y ancianos. En la política criminal se ha considerado optimizar la tutela de este sector.

3.2. ROBO AGRAVADO

En este delito en el que patrimonialmente los vehículos automotores son objetos de la acción delictiva, se ha extendido a **sus autopartes o accesorios.** Art. 189 inciso 8.

El origen de esta modificación lo tenemos en el proyecto de Ley N° 1580/2012-CR³ en cuya exposición de motivos, el legislador proponente señala

³ <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf>

que hay una alta incidencia no sólo en robo de vehículos, sino en auto partes y sus accesorios, que luego son comercializados en zonas de receptadores como San Jacinto.

En el proyecto se cita a la Asociación Peruana de Empresa de Seguros que dice que el robo de partes de vehículo ha crecido debido a que el parque automotor ha crecido, es de bajo riesgo y altamente rentable. La adición busca desincentivar estas conductas prohibidas. Consideramos como auto partes un radiador, arrancador, motor; mientras que a los accesorios pueden asimilarse espejos, auto radio, plumillas, etc.

3.3. RECEPCION

Este delito no ha cambiado en nada respecto de su estructura típica, sino en base a la exposición de motivos del proyecto de ley N° 1580/2012-CR que planteó la elevación de la pena, justificando la propuesta por la situación de inseguridad ciudadana y la contribución de los sujetos de este delito en otros como el de robo, el Congreso acogió la propuesta y en el Art. 194 del Código Penal, se ha aumentado la pena privativa de libertad de 3 a 4 años.

3.4. RECEPCION AGRAVADA

La ley N° 30076 ha modificado el Art. 195 que tipifica la conducta de Receptación Agravada, pues si el objeto de la acción era las partes importantes de vehículo; ahora, se ha precisado que son las autopartes y accesorios. Las partes importante podía limitarse a motores, cajas de cambios, transmisión; pero esto no es lo único que adquieren los receptadores, sino los accesorios (autorradios, espejos, faros, etc.) que se venden rápidamente en el mercado ilegal. En el proyecto de ley N° 1580/2012-CR se hace referencia que en el 2011 la policía pudo recuperar en San Jacinto y La 50 autopartes valorizados en 27 millones de soles.

La penalidad original era de 2 a 5 años de pena privativa de libertad, y con la modificatoria se ha elevado 4 años como mínimo a 6 años como máximo.

Por otro lado, si los bienes objeto de receptación provienen de delitos graves como robo agravado, secuestro, extorsión y trata de personas la penalidad se ha modificado en su extremo máximo elevándose de 10 a 12 años, manteniéndose el mínimo 6 años.

El circuito criminal no se podría cerrar sin la existencia de los receptadores que por un fin de lucro no les interesa si los bienes provienen de delitos graves. En línea de lege ferenda podría incorporarse el delito de homicidio como origen de los bienes delictivos.

4. DELITO DE EXTORSION

Este delito es el que el agente emplea violencia o amenaza para obligar a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al extorsionador o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, se analiza en el proyecto 2052/2012-CR⁴ que es el origen de la modificatoria. En el proyecto se dice que desde el 2004 la industria de la construcción ha ido creciendo aceleradamente y se han enlazado a esta actividad diversas modalidades de violencia delictiva.

La construcción en el nivel básico, no requiere personal especializado, por lo que hay oportunidades para incorporar mano de obra que es utilizada por grupos organizados bajo la modalidad de sindicatos. Estas personas jurídicas son empleadas como herramientas para darle legalidad a la organización que se encuentra formada generalmente por ex delincuentes; por lo que la represión debe ir también por este lado, de tal forma que sean disueltas como consecuencia accesoria.

En el proyecto de ley 2052/2012-CR se señala que existen los siguientes actos delictivos de las organizaciones criminales:

Exigencia de negociación con las constructoras para el ingreso de personal a laborar. Ante la negativa de los propietarios, emplean la amenaza con armas de fuego.

Ofrecimiento de Seguridad para la obra que trasciende los sistemas de protección de las empresas, porque la seguridad es una mascarada para encubrir la inseguridad causada por ellos mismos, y también para evitar el ingreso de otros grupos de extorsionadores. Exigen que se les contrate.

Los golpes contra las obras. Cuando hay negativa van a la acción directa atacando las obras de construcción, evitando que los proyectos continúen generando mayores costos a los empresarios.

Cobro de cupos a las personas que han logrado colocar en la obra y a terceros para dejarlos trabajar como capataces ingenieros.

Retraso de las obras provocadas ex profesamente por los extorsionadores para poder seguir cobrando sus cupos.

La alta incidencia de actividades extorsivas en la industria de la construcción fue determinante para la creación en la estructura de la Policía Nacional desde febrero del año 2010, de la División de la Protección de Obras Civiles que viene enfrentando en el país este fenómeno delincencial, y que debe

⁴ <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf>

ser complementado con un nuevos supuesto sancionable severamente por el Estado.

La Ley N° 30076 respondiendo a esta realidad ha modificado el Art. 200 en los siguientes términos:

“La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años e inhabilitación conforme a los numerales 4 y 6 del artículo 36, si la violencia o amenaza es cometida:

(...)

c) Contra el propietario, responsable o contratista de la ejecución de una obra de construcción civil pública o privada, o de cualquier modo, impidiendo, perturbando, atentando o afectando la ejecución de la misma.”

Se ha incorporado como sujeto pasivo de la extorsión al propietario de la obra, al contratista de obras públicas y privadas de construcción civil.

En la exposición de motivos del proyecto 2052/2012-CR se ha hecho referencia al uso de sindicatos o personas jurídicas como instrumento de los crímenes, pero no se ha establecido claramente contra estos las sanciones que pueden aplicarse conforme a los artículos 104 o 105 del Código Penal.

5. USURPACION

El origen de estas modificatoria es el proyecto de ley N° 1897/2012-CR remitido por el Poder Ejecutivo. La finalidad de esta norma es optimizar la tutela del derecho a la propiedad y/o posesión, para protegerla de las usurpaciones. Comprende tanto a la propiedad privada como pública.

En la exposición de motivos se afirma que la defensa posesoria (Art. 920 del Código Civil) y la Usurpación como está descrita en el Art. 202 y 204 del Código Penal son ineficaces para proteger la propiedad, y que las usurpaciones como prácticas delictivas no pueden justificarse. Si bien en una época se desarrollaron procesos de invasiones, estas ya forman parte del pasado en cuanto a su justificación pues actualmente existen mecanismos de acceso a vivienda para sectores económicamente menos favorecidos y clase media (Mi vivienda, Techo Propio, Mi lote)

Se ha adicionado al Art. 202 el inciso 4 que dice lo siguiente:

“El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse.”

Ahora se considera usurpación al ingreso clandestino al inmueble, situación que recoge una realidad social, en la que una persona que tiene varios inmuebles

y no se encuentra posesionado en uno de ellos, puede ser víctima de despojo de su propiedad. En estos casos a veces no hay violencia, ni amenaza. El sujeto activo ingresa sigilosamente al inmueble y toma posesión. En la doctrina siempre se ha señalado que lo que se discute es la posesión y no la propiedad por lo que en este supuesto cuando se daba en los hechos, los agente de este delito se esforzaban en demostrar que el propietario no vivía en el inmueble objeto del despojo, lo cual era cubierto con la prueba que “algunas veces el propietario venía a pernoctar” o tenían un guardián por lo que su posesión era a través de otro. La norma no tutela en estricto la posesión como situación actual, presente y de facto, sino como a su derecho potencial de ejercicio de la posesión. Los actos ocultos lo asimilamos a actos clandestinos o en secreto, y las precauciones a las medidas que adopta el agente, para asegurarse que el poseedor desconozca que se ha invadido el inmueble. Esta situación es descrita en otro proyecto de ley, el N° 1911/2012-CR, en la que para hacer más eficaz la defensa posesoria civil se propone ampliar de 24 horas a 3 días.

Otro problema que ha buscado resolver la Ley 30076 es el establecer en los casos de violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 del Art. 202 se ejerce tanto sobre las personas como los bienes. En la judicatura ha existido una tendencia a señalar que la violencia sólo puede ser dirigida contra las personas y no sobre las cosas, y la otra que sí se puede ejercer contra los bienes. Esta última es la tendencia mayoritaria. La cuestión fue abordada en el Plenario Penal de Jueces Superiores realizado en Arequipa el 16 y 17 de noviembre del 2012 en Arequipa⁵. La interrogante formulada fue:

¿La violencia como medio comisivo en el delito de usurpación, en la modalidad de despojo, tipificado en el Inc. 2) del artículo 202° del Código Penal debe recaer sobre la persona o también puede recaer sobre la cosa u objeto material (inmueble)?

*El Pleno acordó por **MAYORÍA** lo siguiente: La violencia como medio típico para la consumación del despojo del derecho de posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real sobre el inmueble, también puede recaer sobre la cosa (el inmueble – objeto material).*

Ahora en las formas agravadas de usurpación (Art. 204 del Código Penal) se ha establecido otras circunstancias como las siguientes:

- “5. Afectando la libre circulación en vías de comunicación.*
- 6. Colocando hitos, cercos perimétricos, cercos vivos, paneles o anuncios, demarcaciones para lotizado, instalación de esteras, plásticos u otros materiales.*
- 7. Abusando de su condición o cargo de funcionario o servidor público.”*

⁵ Puede consultarse en www.pj.gob.pe Centro de Investigaciones Judiciales

En el inciso 5 se precisa como agravante cuando el proceso de usurpación trasciende la propiedad individual y se afecta además vías de comunicación que son de naturaleza pública. El inciso 6 corresponde a invasiones de terrenos sin construcciones y en las que se demarcan y lotizan se colocan hitos para asegurar la continuidad en el inmueble posesionado ilícitamente. La intervención de funcionarios o servidores públicos en estas invasiones son punibles, pues tienen la obligación de defender la propiedad pública y privada.

“Será reprimido con la misma pena el que organice, financie, facilite, fomente, dirija, provoque o promueva la realización de usurpaciones de inmuebles de propiedad pública o privada.”

Durante los años 50 del siglo pasado los migrantes buscaban enraizarse en las urbes de las principales ciudades del país. En el caso de Lima, invadieron los altos del Agustino, dirigidos por el denominado “Poncho Negro”. Este proceso de invasiones fue alimentado por la guerra subversiva en los 80, y por la falta de respuesta del Estado para viabilizar el acceso a la vivienda, en el que tuvieron un rol preponderante, quienes dirigieron las tomas de terrenos; siendo llamados, en su versión romántica, como “corredores informales inmobiliarios”⁶, y en otra como “traficantes de tierras”. Frente al desarrollo y las facilidades para el acceso de vivienda, estos dirigentes forman parte de una criminalidad que promueve las invasiones con ánimo de lucro, por lo que las sanciones van de 4 a 8 años de pena privativa de la libertad.

6. DAÑO

El delito de daño simple descrito en el Artículo 205 que tenía una penalidad no mayor a tres años con la ley se aumenta a 4 años en la lógica de endurecer las sanciones.

El motivo de esta elevación según el proyecto 2101/2012-CR⁷ presentado por el Poder ejecutivo es permitir que si hay reincidencia, esto es, hasta seis años, haya posibilidad de aplicar en estos casos la medida cautelar de prisión preventiva, es decir en reincidencia garantizar que se pueda cumplir con la prognosis de pena pues en este caso sería la sanción mayor a 4 años.

Otra de las razones que expone el proyecto es que al elevar de 3 a 4 años se evita que los jueces apliquen la reserva de fallo condenatorio, lo que se considera genera impunidad.

⁶ “En el Otro Sendero” por Hernando de Soto.

⁷ <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf>

7. TENENCIA DE ARMAS, EXPLOSIVOS

El proyecto original 303-2011/CR⁸ planteaba que se agregara a la posesión ilegítima de arma de fuego, la de posesión irregular, que comprendía a las personas que poseían armas, pero sus licencias habían vencido. La posesión ilegítima de armas o municiones se considera similar a la posesión sin licencia ni autorización. En el proyecto se hacía alusión a esta problemática y con estadísticas. Se señaló que pese a que se habían dado una serie de leyes de amnistías para impulsar la regularización o la entrega de armas, en el caso de licencias vencidas, al 30 de diciembre del 2010 había 188,609 de armas, entre carabinas, escopetas, pistolas y revólveres, con licencias caducadas según DISCAMEC. En algunos casos los titulares habían fallecidos, por lo que las armas quedaban libres de ser usadas con fines criminales. Esta era la finalidad de la adición normativa para forzar la regularización o la sanción penal a quien no lo hacía.

La propuesta, no fue aceptada en su literalidad; pero si en su sentido ya que en el Art. 279 del Código Penal se ha cambiado el elemento típico de ilegítimo, por **“sin estar debidamente autorizado”**, que debe comprender a quien no tienen licencia, o si quien la tuvo, ya no tiene derecho a utilizar el bien peligroso por caducidad. Por otro lado se ha pasado de la simple fabricación, suministros o tenencia como delito de peligro abstracto, a la conducta de comercializar y ofrecer bienes peligrosos, que no estaban en la descripción típica anterior.

8. TRAFICO DE PRODUCTOS PIROTECNICOS

El proyecto de ley que da origen a esta modificatoria del Art. 279 – C referido al **Tráfico de productos pirotécnicos** es el signado con el número 1275/2011-CR. Se ha cambiado de la estructura típica el elemento normativo, “ilegítimamente” por el “sin estar debidamente autorizado” y las razones de este cambio es el problema de la informalidad en la fabricación y venta de productos pirotécnicos, que ponen en peligro a las personas que lo adquieren en esta situación, y además colocando en peligro, la seguridad pública. La redacción del tipo penal ha quedado de la siguiente manera:

“Artículo 279-C. Tráfico de productos pirotécnicos

El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, importa, exporta, deposita, transporta, comercializa o usa productos pirotécnicos de cualquier tipo, o los que vendan estos productos a menores de edad, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y trescientos sesenta y cinco días-multa.

⁸

<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf>

La pena será no menor de cinco ni mayor de diez años, si a causa de la fabricación, importación, depósito, transporte, comercialización y uso de productos pirotécnicos, se produjesen lesiones graves o muerte de personas.”

Por su naturaleza este es un delito de peligro abstracto en el tipo básico, pero en su forma agravada., segundo párrafo es uno de resultado cuando se producen lesiones graves o muerte de personas.

9. MARCAJE O SEGUIMIENTO

En la doctrina se asemeja esta figura a la conspiración para delinquir, basado en la voluntad criminal del agente que interviene en esta conducta. La función político criminal de este tipo pena, es el ser un instrumento de lucha contra el crimen organizado⁹.

El marcaje forma parte de los actos preparatorios de un futuro delito, y contribuyen en la precisión con que se ejecuta el mismo. La doctrina siempre señaló que los actos preparatorios no eran punibles; pero dado el contexto de inseguridad ciudadana, el marcaje o seguimiento es determinante para la realización del delito fin. De allí la necesidad de atacarlo con fines preventivos.

El delito de marcaje o reglaje tiene características que lo acercan al denominado “Derecho penal del enemigo” (Feindstrafrecht), porque en su estructura hay tres particularidades concretas: **a)** flexibilización de las garantías; **b)** incremento de las penas o gravedad en la medida; y **c)** adelantamiento de la barrera de punibilidad.¹⁰

Cancio Meliá señala que la esencia del concepto de Derecho penal del enemigo es que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas¹¹. En el proyecto **2100/2012-CR** citando a Silva Sánchez se alude a un derecho de excepción o derecho de tercera velocidad, la mutación de los actos preparatorios en delito autónomo.

Sobre esta postura doctrinaria, lo que trae a preocupación es la denominada flexibilización de las garantías. Hay un marco de garantías mínimas

⁹ PAUCAR CHAPA, Marcial Eloy. El delito de marcaje o reglaje: un análisis dogmático sobre sus notas esenciales. Revista Digital. Derecho Penal. Dirigido por el Profesor José Hurtado Pozo. Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130708_03.pdf, p, 5

¹⁰ Ibídem

¹¹ CANCIO MELIA, Manuel. ¿De nuevo? Derecho penal del enemigo. Revista Digital. Derecho Penal. Profesor José Hurtado Pozo http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_26.pdf, p, 21

que tienen que ser respetadas, por lo que entendemos que cuando se combate este tipo de delitos más graves, se deben optimizar los instrumentos para atacar la conducta delictiva, y limitar los derechos fundamentales en función de la complejidad de estas, lo que no significa pues una arrasamiento de los derechos de los imputados, incluso de aquellos que se ponen al margen del sistema, como es el caso del terrorismo de naturaleza política. En el proyecto 2100/2012-CR, se enfatiza la importancia del acopio de información para ejecutar el delito posterior.

Además del dolo en el delito de marcaje, en el nivel subjetivo tenemos además, el elemento de tendencia interna trascendente¹², que es el facilitar la realización de los delitos previstos en el tipo.

La redacción actual de este delito, que ataca las fuentes de peligro, es un tipo de mera actividad y que no requiere un resultado dañoso, ha quedado de la siguiente forma:

“Artículo 317-A. Marcaje o reglaje

*Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 106, 107, 108, **108-A**, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del Código Penal, acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos.*

La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años cuando el agente:

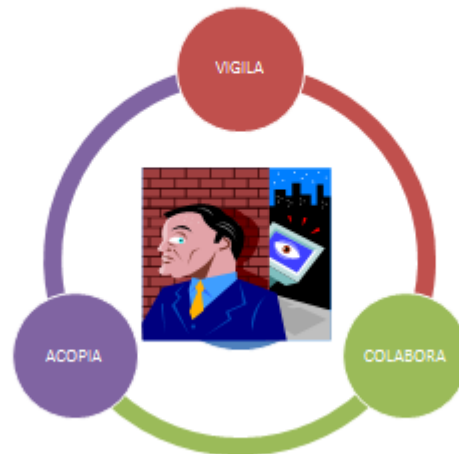
- 1. Es funcionario o servidor público y aprovecha su cargo para la comisión del delito.*
- 2. Mantiene o mantuvo vínculo laboral con la víctima u otro vínculo que la impulse a esta última a depositar su confianza en el agente.*
- 3. Utilice a un menor de edad.*
- 4. Labora, pertenece o está vinculado a una empresa del sistema financiero y, por razón de su cargo u oficio, tiene conocimiento de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima.***
- 5. Actúa en condición de integrante de una organización criminal.”***

Los verbos rectores en este delito son:

¹² Zaffaroni dice al respecto que a los **Delitos de intención (Absichtsdelikte)**, que se han llamado también de "tendencia interna trascendente" (la traducción literal sería "sobrante"). En ellos hay un fin ultra típico, o sea que el autor tiene en vista un resultado pero que no tiene que alcanzar necesariamente, y en algunos casos nunca, porque de ser así se trataría de otro tipo. Ver en Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III. EDIAR. Buenos Aires. 1996. p. 373

- Acopio o entrega información
- Realiza vigilancia o seguimiento
- Colabora en los actos precedentes del delito

MARCAJE O SEGUIMIENTO



En la nueva redacción se ha excluido el tipo penal descrito en el artículo 124 A delito de Daños al Concebido, que es ajeno a este, y por error manifiesto se incluyó como delito fin. Se ha sistematizado mejor las agravantes y se agrega nuevos supuestos en el inciso 4 y 5. La primera es si el agente que participa en el marcaje tiene vínculo de una empresa financiera en la que conozca por su cargo información patrimonial de la víctima. Esto contribuye en el caso de extorsión o secuestro en que se tenga éxito cuando se trate de motivos patrimoniales, pues así con seguridad pueden exigir a la víctima que de dinero a cambio de su libertad. Los bancos en los que se realizan transacciones comerciales es la entidad idónea para recabar información sobre la víctima.

En el inciso 5 se ha considerado como elemento agravante, si el agente forma parte de una organización criminal, que de por sí ya es una fuente de peligro, a la que hay que atacar en los actos preparatorios, que ahora se ha convertido en un delito de peligro con fines preventivos del delito fin.

10. NUEVOS TIPOS PENALES

10.1 ESTAFA AGRAVADA

El legislador en el proyecto de ley 2051/2012-CR analiza el contexto actual en el que las modalidades de engaño han proliferado, como la cascada, el “tumi

de oro”, el familiar detenido y accidentado, la venta del vehículo usado, el viaje al extranjero, siendo las víctimas potenciales menores de edad y personas de la tercera edad. Los sujetos activos orientan su conducta hacia estos sectores y siempre hay alguna persona confiada que cae, y con engaño o fraude desplaza su patrimonio. Se ha considerado en este tipo penal agravado en el inciso uno a este sector vulnerable y también los que tienen discapacidad o mujeres en estado de gestación. La redacción es la siguiente:

“Artículo 196-A¹³. Estafa agravada

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días multa, cuando la estafa:

- 1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.*
- 2. Se realice con la participación de dos o más personas.*
- 3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.*
- 4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.*
- 5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.”*

Una circunstancia agravante es la pluralidad de agentes para hacerse de víctimas en la estafa. Como ejemplo tenemos la formación de agencias de viaje que tramitan unas supuestas visas de trabajo en el extranjero; interviniendo en la estafa, captadores, recepcionistas, el dueño de la agencia, que luego de solicitar dinero aprovechándose de las expectativas laborales y mejoras de vida estafan a sus víctimas. Otra agravante es cuando las estafas tienen como víctimas a una pluralidad de personas, configurándose estafas masivas. Se considera supuesto de esta agravada las que se producen en las ventas de vehículos, en las que es muy común, recibir adelantos de dinero, y luego no se cumple con la entrega de los autos; y a veces se disfrazan con incumplimientos contractuales; pero si se investiga a fondo, hay un patrón consistente de supuestos problemas de entrega pero en realidad son conductas dolosas. Esto también es aplicable al tema de inmuebles, en un período en el que el sector inmobiliario ha crecido en forma geométrica en el país, y se venden proyectos de casas o departamentos y con exhibiciones de maquetas y en las fechas pactadas no se produce la entrega del inmueble.

Por último otra agravante considerada es cuando se sustrae datos de tarjeta de ahorro o crédito emitidos por bancos. La víctima con engaño o fraude se le sustrae los datos para luego poder disponer de su patrimonio.

¹³ Incorporado por la Ley 30076

En la realidad, la sustracción de datos para afectar patrimonialmente al titular, es toda una operación que involucra a personas que trabajan en las entidades financieras, y también las empresas Courier que se encargan de distribuir tarjetas. De pronto una persona le viene su estado de cuenta y aparece compras que nunca ha realizado, habiéndose empleado o datos de su misma tarjeta para clonarlas o se le suplanta empleando sus datos o se le genera tarjetas adicionales con las que se produce el traslado de su patrimonio o dinero al estafador.

10.2. TRAFICO ILEGAL DE DATOS

Se ha incorporado al campo de delitos informáticos el delito de tráfico ilegal de datos personales. En el Proyecto N° 2129/2012-CR, el dato personal como objeto de la acción delictiva, **es toda información de persona natural que lo identifica o lo hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados.** Los datos personales están contenidos en Reniec, las aseguradoras. Los datos patrimoniales en los bancos y empresas como Infocorp. Los datos laborales, provienen de donde trabaja la persona y pueden considerarse sensibles, si de su uso o publicidad afecta directamente la vida de la persona. El tipo penal también considera como agraviados a las personas jurídicas de quienes otras entidades manejan información sensible.

La estructura típica es la siguiente:

“Artículo 207-D. Tráfico ilegal de datos

El que, crea, ingresa o utiliza indebidamente una base de datos sobre una persona natural o jurídica, identificada o identificable, para comercializar, traficar, vender, promover, favorecer o facilitar información relativa a cualquier ámbito de la esfera personal, familiar, patrimonial, laboral, financiera u otro de naturaleza análoga, creando o no perjuicio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Desde la tipicidad objetiva tenemos que se sanciona a quien realiza las siguientes acciones: crea, ingresa o utiliza, indebidamente una **base de datos** que pueden ser tanto de personas naturales como personas jurídicas. Con esta información obtenida ilegalmente el agente realiza estas otras acciones:

Comercializa¹⁴.- Negociar comprando y vendiendo o permutando géneros. Es decir lo ofrece como un producto para potenciales compradores;

Trafica¹⁵.- Conforme al real diccionario de la lengua española proviene la palabra del italiano trafficare, y este a su vez del latín “transficare”, que significa cambiar

¹⁴ <http://lema.rae.es/drae/?val=comerciar>

de sitio. El tráfico implica llevar la información de un lugar a otro, y no necesariamente tiene una finalidad pecuniaria

Vende¹⁶.- Traspasar a alguien por el precio convenido la propiedad de lo que uno posee. Este un fenómeno más individual reducido incluso por ejemplo a un solo comprador, a diferencia del comercio que también hay venta pero puede ser masivo.

Promueve¹⁷ Se alude a la persona que indebidamente inicia o impulsa el uso de los datos de una base de datos.

Favorece.- Los actos de favorecimiento implican que el sujeto coadyuva o crea las condiciones para que se consume el delito de tráfico de datos.

10.3. DELITO DE GRAVE PERTURBACIÓN DE LA TRANQUILIDAD PÚBLICA

El proyecto de ley 227/2011-CR propuso la incorporación de un nuevo tipo penal que sancionara la provocación de alarma mediante la difusión de noticias de un hecho falso, que atentaría contra la vida de las personas o los bienes públicos y privados. Esto debido a la difusión de noticias falsas o alertas de atentados terroristas que genera zozobra y miedo a las personas. Lo más cercano a esta conducta que se busca sancionar es la establecida en el Art. 452 del Código Penal que dice: *“Faltas contra la tranquilidad pública.- Será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa: (...)”*

2. El que perturba levemente la paz pública usando medios que puedan producir alarma.”

Ahora ante la gravedad de la información falsa difundida, se tipifica esta conducta como delito siendo el bien jurídico tutelado la tranquilidad pública.

En el derecho comparado, anota el proyecto de ley 227/2011-CR. se contempla esta figura como el Art. 561 del Código Penal de España, el Art. 211 primer párrafo del código penal argentino, el Art. 343 del Código Penal de Colombia. En la jurisprudencia de Colombia se considera el derecho a la tranquilidad como un derecho personalísimo que se deriva de una vida digna y comprende el derecho al sosiego. La disposición del tipo penal es como sigue:

“Artículo 315-A. Delito de grave perturbación de la tranquilidad pública

¹⁵ Ibídem

¹⁶ Ibídem

¹⁷ Ibídem

El que perturbe gravemente la paz pública usando cualquier medio razonable capaz de producir alarma, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Se considera perturbación grave a todo acto por el cual se difunda o ponga en conocimiento de la autoridad pública, medios de comunicación social o de cualquier otro por el cual pueda difundirse masivamente la noticia, la inminente realización de un hecho o situación falsa o inexistente, relacionado con un daño o potencial daño a la vida e integridad de las personas o de bienes públicos o privados.

Si el agente actúa en calidad de integrante de una organización criminal que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utiliza como medio la amenaza de la comisión del delito de terrorismo, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años.”

El núcleo de esta conducta es la perturbación grave que provoca alarma, y se ponga en conocimiento de la autoridad (puede ser la policía nacional), medios de comunicación que puedan difundir la noticia a la población, y que se encuentre relacionado con potenciales daños que se pueda causar. La gravedad se da cuando el sujeto activo actúa como miembro de una organización y utiliza como medio la amenaza de realización de delito de terrorismo

11. LAS PENAS

11.1. PENA DE INHABILITACION

La pena de inhabilitación consiste en la pérdida, o suspensión de uno o más derechos de modo diferente al que comprometen las penas de prisión y multa¹⁸. En la doctrina nacional se la define como la privación y restricción de ciertos derechos del delincuente sean políticos, económicos y sociales, como consecuencia de la realización de un delito y su carácter es infamante¹⁹.

La inhabilitación como sanción tiene naturaleza de pena y los efectos son la restricción de derechos del condenado. La ley 30076 en el Art. 36 del Código Penal ha establecido otras modalidades de inhabilitación que son:

10. Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.

La finalidad es alejar a los agentes del delito de los lugares donde reside la víctima por ser un peligro potencial para esta.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal. Parte General. Volumen I. Editado EDIAR. Buenos Aires. 2000. p. 935

¹⁹ PEÑA CABRERA. Raúl Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Grijley. Lima. 1999. p. 617

11. Prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el Juez.

Esto en la misma lógica anterior, cuando hay fines de amedrentamiento o puesta en peligro.

12. Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penales.

Tiene su fundamento en que se ha identificado que el accionar delictivo a título de autoría mediata proviene en delitos graves como secuestro, extorsión o robos, desde los centros penitenciarios.

11.2. DURACION DE INHABILITACION

Se ha ampliado el plazo de seis meses a 10 años con excepción de los supuestos del Art. 36 incisos 6 (portar armas) 7 (cancelación de licencia de conducir) y 9 que es definitiva. La inhabilitación perpetua en la norma anterior²⁰ era para el segundo párrafo del inciso 6 y el inciso 9 del artículo 36. Tenemos una postura que la inhabilitación permanente como pena no puede ser indefinida pues incluso la cadena perpetua puede ser revisada para fines de beneficios penitenciarios a los 35 años, la misma que ha sido establecida a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional.

12. DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA

Este tema es de indudable trascendencia, porque establecida la responsabilidad de un imputado en un ilícito penal, se abre paso a la fijación concreta de la sanción penal. Aquí se dan dos fenómenos que tienen impacto en la ciudadanía; cuando irrazonablemente se dictan sentencias con quantum punitivos mínimos y en desproporción frente a la lesión del bien jurídico tutelado; o en el otro extremo, se imponen sanciones excesivas. Ambos, sin un curso argumental sólido, primando muchas veces la intuición judicial pueden devenir en arbitrarios.

No sólo el Acuerdo Plenario 2-2010 ha tratado de corregir esta problemática sino desde la Presidencia del Poder Judicial con la emisión de la Resolución Administrativa 311-2011-P-PJ del 1 de septiembre del 2011 “Circular relativa a la correcta determinación judicial de la pena” se ha abordado este tema.

²⁰ Artículo 38. Duración de la inhabilitación principal por destitución. La inhabilitación principal se extiende de seis meses a cinco años, salvo en los casos a los que se refiere el segundo párrafo del inciso 6 y el inciso 9 del artículo 36, en los cuales es definitiva. (Modificado por la Ley N° 29988 (del 18/01/2013))

En esta circular se define la determinación de la pena como el procedimiento técnico valorativo que debe seguir todo órgano jurisdiccional al momento de imponer una sanción penal.

12.1. APLICACIÓN DE LA PENA. PRESUPUESTOS PARA FUNDAMENTARLA.

La Ley comentada ha agregado dentro del Art. 45 inciso 1 el abuso de cargo posición económica, formación poder, oficio, profesión o función que ocupa el imputado en la sociedad. Lo que no desarrolla explícitamente la ley, es si este supuesto es para agravar o atenuar la penal. Inferimos que la primera parte del inciso 1 del Art. 45 es una circunstancia de atenuación mientras que el abuso de cargo o posición económica y otros de esta naturaleza es de agravación. La cultura y costumbres que ingresan en el ámbito del juicio de culpabilidad, siguen una línea de atenuación.

Los intereses de la víctima y familiares deben ponderarse al fijar la pena pero tienden a considerarse más como agravantes.

13. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

La Ley ha incluido el Art. 45-A en la que se fijan pautas para llegar a la pena concreta en cada caso puesto en conocimiento del juez. La finalidad es que la pena tenga una debida motivación como se señala en el primer y segundo párrafo.

“Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas, del delito o modificatorias de la responsabilidad.”

13.1. DETERMINACION CUANDO EXISTEN CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES GENERICAS

La norma dispone que el juez para determinar la pena aplicable deba desarrollar las siguientes etapas:

“1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.

2. *Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:*

a) *Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.*

b) *Cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.*

c) *Cuando concurran únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.”*

La fijación de penas tasadas nos pone en una situación de hacer casi matemática la fijación de la sanción. Si bien hay antecedentes de esta forma de cuantificar la pena como en Colombia, que en vez de tercios son cuartos Art. 61, un mínimo, dos medios, y uno máximo. Estos criterios tienen que trabajarse cuidadosamente de tal forma que al final en la aplicación de estas reglas no nos encontremos con penas desproporcionadas.

Aplicando estas pautas, en el delito de Robo Agravado, la pena mínima es 12 y la máxima es 20 años. El espacio punitivo es 8 años, el que tiene que dividirse en tercios. Si lo multiplicamos por meses tenemos $8 \times 12 = 96$ meses / 3 es 32 meses por cada tercio.

Ejemplo en Robo 12 a 18

AGRAVANTES (Tercio superior)	}	20 años o 240 meses
		(32 meses)
		17.34 años o 208 meses
AGRAVANTES Y ATENUANTES (Tercio medio)	}	17.34 años o 208 meses
		(32 meses)
		14.68 años o 176 meses
ATENUANTES (Tercio inferior)	}	14.68 años o 176 meses
		(32 meses)
		12 años o 144 meses

13.2. DETERMINACION CUANDO EXISTEN CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES CUALIFICADAS

El Art. 45-A del Código Penal considera las denominadas **circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas**, que pueden “romper” los mínimos y máximos conminados. Las penas tasadas pueden encontrarse en problemas cuando se encuentran en tipos penales indeterminados en sus máximos conminados. ¿Cómo operaría la reincidencia en el delito de parricidio cuya pena mínima es 15 años y la máxima es 35 años que es el máximo de las penas temporales? Las reglas tendrían que sujetarse a los 35 años. Veamos otro ejemplo, si el delito de coacción tiene como pena mínima 2 días y máxima 2 años, ¿Cómo operaría la responsabilidad restringida si es atenuante cualificada? Los dos días los convertimos en 48 horas dividido entre 3 sería 16 horas. El tercio en el que se movería la pena sería en 16 horas debajo de las 48 horas. Si el juzgador le quiere reconocer al condenado el tercio, la pena sería de 32 horas, es decir **1 día y medio**. En esta situación absurda, las pautas matemáticas empiezan a trastabillar.

La determinación de la pena concreta según el Art. 45-A se hace de la siguiente forma:

a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; (debajo del tercio inferior se entiende debajo del mínimo legal)

b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior

c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

Aplicación en delito de Falsedad Ideológica Art. 428 CP pena 4 a 6 años.

CIRCUNSTANCIAS CUALIFICADAS

<p>TERCIO SUPERIOR 6 a 8 años</p>	<p>AGRAVANTES Reincidencia</p>
<p>PENA BASICA 3 a 6 años</p>	<p>AGRAVANTES y ATENUANTES</p>
<p>TERCIO INFERIOR 3 a 2 años</p>	<p>ATENUANTES Responsabilidad Restringida Error de Prohibición</p>

14. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES GENERICAS

La modificación del Art. 46 precisa cuáles son las circunstancias de atenuación y luego la agravación lo que nos parece un avance frente al texto anterior en el que bajo el título de individualización de la pena había que inferir la naturaleza de aquellas, es decir si eran agravantes o atenuantes.

Las **atenuantes** son las circunstancias que no están previstas específicamente para sancionar el delito y no son elementos constitutivos del hecho punible siendo las siguientes:

a) Carencia de antecedentes penales

La inexistencia de antecedentes no es algo nuevo, pues en la práctica judicial se valora para determinar la pena. La carencia implica que el condenado es un primario y de quien se espera no vuelva a delinquir.

b) Obrar por móviles nobles y altruistas

Esto puede confundirse con una causal de justificación que hagan que la conducta sea permitida por el orden jurídico, por lo que es de advertir que si bien hay móviles nobles de por medio, estos de por sí no justifican totalmente la comisión del ilícito.

c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables

La actuación en situación emocional vulnerable o por miedo altera la conciencia de la ilicitud del acto.

d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible

Por ejemplo situaciones de pobreza o de enfermedad que empujan a una persona a cometer delitos. Sin embargo debe establecerse en qué situación puede operar la atenuante, pues sino se estaría justificando un comportamiento criminal con una alusión simplista a la pobreza, que es una mal que tienen muchas personas.

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

Consiste en que el agente minimiza voluntariamente los efectos de su acción delictiva, evitando que se expandan y aumente el daño al bien jurídico tutelado.

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

Este es un signo de arrepentimiento del imputado. La acción de reparar o de indemnizar por los daños que hubiese ocasionado, se debe tomar como algo favorable al sentenciado. Como ejemplo tenemos que en un accidente de tránsito el agente lleva al herido a emergencias y paga los gastos de internamiento hospitalización.

g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible para admitir su responsabilidad

Esto procesalmente puede equipararse a la confesión sincera, que en este ámbito puede operar como circunstancia atenuante cualificada de tal forma que pueda reducirse prudencialmente la pena debajo del mínimo conminado.

h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

El único parámetro equiparable son las edades cercanas a la imputabilidad restringida.

Son **circunstancias agravantes**, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible:

a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o la satisfacción de necesidades básicas de la colectividad.

La implicancia de esta agravante es que indirectamente se ataca a la colectividad que es la destinataria de los servicios de utilidad común en los que se encuentran involucrados el pago de sus impuestos. Por ejemplo sustracción de cables de electricidad, o ataque terrorista contra una torre de alta tensión.

b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos.

Estos tendrían que estar fuera del hecho punible o el tipo penal, para considerarse como agravante, Por ejemplo no podría contemplarse el delito de peculado cuyo elemento típico son los bienes del Estado. Serían conductas que guarden relación con bienes del Estado. Tal vez el delito de omisión funcional, cuando en el cobro de impuestos el funcionario ha dejado dolosamente prescribir la acción administrativa.

c) Ejecutar la conducta por motivo abyecto, insignificante o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria;

Abyecto es sinónimo de vil, despreciable, vil mientras que motivo fútil se le entiende como insignificante, baladí. El precio es el valor monetario con se estima algo, y la recompensa, es el pago de un precio condicionado al éxito de la acción delictiva, más una promesa remuneratoria. Entendemos esto último como el pago de un servicio de una persona que se encuentra en situación de subordinación con el actor mediato o intelectual, y que trabaja para él por un salario,

d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole;

Matar a una persona porque es de la comunidad negra refleja intrínsecamente un acto de intolerancia. Allí no solo hay la conducta de matar a alguien sino hay motivaciones que tiene su base en la discriminación, esto es que el agente en su fuero interno considera que es superior a la víctima y esto motiva más para que proceda a matarle.

e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común;

Robar un local cerrado colocando previamente una bomba y hacerla estallar, genera una situación potencial de daño a las personas que están en dicho lugar del acto delictuoso y en consecuencia el delito no sólo se ha circunscrito al robo como tal, sino por el medio empleado se ha generado una fuente de peligro de la integridad persona de las personas.

f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias

de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe;

El agente realiza la conducta en forma secreta, o aprovecha su situación de superioridad, o uso de circunstancias que tengan en vulnerabilidad a la víctima.

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

En este caso el agente se extra limita en los medios empleados para consumar el delito. Es decir actúa dentro de la situación criminal de manera desproporcionada. En un robo el agente luego de someter a la víctima la golpea innecesariamente, y después sustrae los bienes.

h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función;

El agente para realizar el hecho delictivo abusa de su cargo, por ejemplo ser funcionario público o tiene poder económico que lo utiliza para consumar el delito. Tenemos el delito de coacción u hostigamiento contra una empleada del hogar

i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito;

La suma de voluntades en proporción a los bienes jurídicos tutelados y las víctimas como sus depositarios es considerada también como circunstancia agravante. Debemos considerar que en la mayoría de tipos agravados, se considera la pluralidad; sin embargo en los que no se contemple aplica esta circunstancia.

j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable;

El instrumentar a un inimputable, esto es, a una persona que es incapaz de entender la ilicitud de su acto por razones mentales, no libera de responsabilidades al agente sino agrava su situación en la sanción.

k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional;

Las cárceles no solamente se les conoce como universidades del delito sino, y se ha comprobado, de ellas se dirige el accionar criminal por sujetos que se encuentran ya condenados y continúan planeando desde dentro, secuestros, robos, u homicidios.

l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales;

Los derechos de tercera generación o difusos como el de vivir en un medio ambiente sano y equilibrado para la vida, pueden verse afectados por delitos específicos que tienen impacto en los eco sistemas. La minera ilegal tiene esos efectos nocivos, pues los procesos de extracción de minerales sin reglas y autorizaciones permiten la depredación de la fauna, la afectación de la atmósfera la contaminación de las aguas contaminando y logrando que el eco sistemas se deteriore progresivamente.

m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.

Los objetos o instrumentos señalados en la agravante son de peligro, de tal manera que coadyuvan en la pluri ofensividad de algunos delitos como contra la seguridad pública.

15. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES CUALIFICADAS

15.1. LA REINCIDENCIA

La reincidencia y la habitualidad tienen críticos en la doctrina pues consideran que se retorna a un derecho penal de autor y que además viola el principio ne bis in ídem. Zaffaroni por ejemplo dice: *“Este derecho penal imagina que el delito es síntoma de un estado del autor, siempre inferior al del resto de las personas consideradas normales. Este estado de inferioridad tiene para unos naturaleza moral y, por ende, se trata de una versión secularizada de un estado de pecado jurídico, en tanto que para otros es de naturaleza mecánica y, por lo tanto, se trata de un estado peligroso.”*²¹

En la Sentencia TC N° 0014-2006-PI/TC de 19 de enero de 2007 en el Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el Congreso de la República para que se expulse del sistema jurídico los institutos de la reincidencia y habitualidad incorporadas por la Ley N.° 28726, falló declarándolas constitucionales y en el sentido que de por medio se encuentra el principio de culpabilidad en el que se valora la capacidad del agente de internalizar que su conducta es ilícita. Esto que se centra en el ámbito del conocimiento de la antijuridicidad se profundiza en alguien que ya ha pasado por el sistema penal y ha sido sancionado, pues por regla de experiencia esta persona sabe más que quien no ha pasado por un proceso penal.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal. Parte general. Volumen I. Editado por Ediar. Buenos Aires. 2000,p, 63

El artículo 46 B había sido modificado recientemente a través de la Ley N° 30068, publicada el 18 julio 2013. El texto que trae la ley N° **30076 es el siguiente:**

“El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.”

En el primer párrafo se le ha modificado el plazo para la falta dolosa. En el texto anterior era de cinco años y ahora es de tres. Los cinco años se ha mantenido para delitos dolosos. Además quien ha sido condenado por faltas y luego comete falta o delito doloso se le considera como reincidente.

“La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.”

En el segundo párrafo el carácter de la reincidencia es de circunstancia agravante cualificada y no una de agravante más que se encuentra en algunos tipos penales. Este es el agregado que ha realizado la Ley N° 30076 al texto anterior.

*“El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los artículos 107, 108, **108-A**, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, **195**, 200, 297, **317-A**, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.”*

Se ha ampliado en el tercer párrafo el plazo de cómputo de la reincidencia de más rigor comprendiéndose el Artículo 108-A.- Homicidio calificado por la condición oficial del agente. Artículo 195. Receptación agravada y Artículo 317-A. Marcaje o Reglaje.

El cuarto párrafo mantiene la estructura del artículo 46 b anterior estableciendo el aumento de pena hasta una mitad del máximo legal para los beneficiados por indulto o conmutación:

“Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.”

En el quinto párrafo se establece que no se computa los antecedentes cancelados o rehabilitados para los delitos descritos en el los artículos 107, 108, **108-A**, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, **195**, 200, 297, **317-A**, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal.

“En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo.”

Hemos de concluir que la institución de la reincidencia desde una óptica preventivo especial se dirige a quienes ya han cometido delitos y que si bien es un segmento minoritario, si impactan a la comunidad con sus acciones.

15.2. HABITUALIDAD

El artículo 46-C también había sido modificado por la Ley N° 30068, publicada el 18 julio 2013. Con la Ley N° 30076 que comentamos se tiene la redacción siguiente:

“Artículo 46-C. Habitualidad

*Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los artículos 107, 108, **108-A**, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, **195**, 200, 297, **317-A**, 319, 320, 321, **322**, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo.”*

Se ha ampliado la habitualidad que se computa sin límite de tiempo para otros delitos descritos en el artículo 108-A.- Homicidio calificado por la condición oficial del agente, artículo 195. Receptación agravada, artículo 317-A. Marcaje o Reglaje y artículo 322 Cooperación de profesional sanitario en el delito de tortura.

También la habitualidad es aplicable a las faltas, algo no considerado en el texto modificado y la nueva redacción es así:

“Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años.”

Tal como la reincidencia, se considera a la habitualidad como una **circunstancia agravante cualificada** que tiene efectos sobre la pena abstracta. El aumento para todos los delitos, es un tercio sobre la pena máxima, y para los delitos agravados (107, 108, **108-A**, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173,

173-A, 186, 189, **195**, 200, 297, **317-A**, 319, 320, 321, **322**, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal) es hasta una mitad.

*“La habitualidad en el delito constituye **circunstancia cualificada agravante**. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.”*

Los habituales no tienen derecho a gozar de los beneficios de semilibertad y liberación condicional.

“En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados, salvo en los delitos antes señalados.”

La reincidencia y la habitualidad tienen estas diferencias. Mientras que en la primera se trata de delitos que tienen la calidad de cosa juzgada, para la habitualidad debe haberse cometido tres hechos punibles sin necesidad de condena²² en el lapso de 5 años o ahora en forma ilimitada en los delitos graves. En el tiempo ilimitado la habitualidad se asemeja a una reincidencia pues hay una alta probabilidad que el presunto habitual tenga condena consentida. Es en el tiempo corto de 5 años donde podrían darse el caso de habitualidad. (Es de tener presente que es poco frecuente establecer la habitualidad porque los certificados de antecedentes penales sólo registran condenas) Para detectar esta situación tendría que solicitarse a todas las administraciones de las Cortes Superiores si el imputado tiene otros procesos en trámite, lo que sería un trámite asaz engorroso pues no hay interconexión. Debemos confesar que nunca hemos visto un caso de habitualidad pero sí muchos de reincidencia.

16. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES CUALIFICADAS

16.1. RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA

La criminalidad se ha concentrado fuertemente no sólo en las capas jóvenes de la población sino en menores de edad que son utilizados en robo, asesinatos por encargo, o extorsiones, por lo que ya antes de llegar a su mayoría de edad tienen un recorrido por la delincuencia y han estado internados en los centros juveniles. De allí que puede entenderse que esta regla que establecía un beneficio en la reducción de pena a menores de 18 a 21 y mayores 65 años se haya ampliado a otros supuestos, pues en su construcción original sólo estaban excluidos los delitos de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas,

²² Así lo establece el considerando 13 d) del Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 de dieciocho de julio de dos mil ocho

terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua. Ahora se ha aumentado las exclusiones de este beneficio a delitos como homicidio calificado, homicidio calificado por condición de agente, extorsión, secuestro, robo agravado y apología del delito

Se mantiene Homicidio culposo 111 del Código Penal y 124 lesiones culposas siempre que hayan incurrido en forma reiterada.

Originalmente se planteó en el Congreso que se eliminara la imputabilidad restringida a todos los delitos; pero esta iniciativa no prosperó.

Este aumento de supuesto tendrá que lidiar con el Acuerdo Plenario N° 4-2008 que estimó dejar libre a los jueces para que decidan si lo consideran necesario, inaplicar las exclusiones si colisionan con derechos constitucionales. La Sala Constitucional Permanente en los casos: **2845-2001 29 de septiembre del 2011, 1260-2011 7 de junio del 2011 1197-2011 del 7 de junio del 2011, 1195-2011 del 7 de junio del 2011 como doctrina jurisprudencial ha señalado que corresponde inaplicar judicialmente en ejercicio de la facultad de control difuso de constitucionalidad la norma del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal que excluye la aplicación de la responsabilidad penal restringida para delitos de violación sexual, por vulnerar el derecho fundamental a la igualdad ante la ley.**²³

Como conclusión tenemos que el mensaje de la Corte Suprema no es uniforme pues mientras el Acuerdo Plenario Acuerdo Plenario N° 4-2008 deja que los jueces según su saber y entender lo apliquen o inapliquen, la Sala Constitucional va por otro camino. Estimamos que en un Acuerdo Plenario se debe establecer una orientación sin ambigüedades; y que debe incluirse en el debate a los Jueces Supremos de la Sala Constitucional.

Dentro de la Política Criminal y ubicándonos en un escenario real que exige medidas claras sólo nos queda señalar que sí corresponde la exclusión de estos beneficios a quienes se encuentran en estos graves delitos como robo agravado o secuestro que tienen una alta incidencia en la actualidad.

17. SUSPENSION DE EJECUCION DE LA PENA

La suspensión de la pena tiene como requisito que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de 4 años. No es la pena conminada sino la pena concreta como resultado de la determinación judicial según el Art. 57 inciso 1 del Código Penal. Pero no basta este requisito. Es en el inciso 2 del mencionado

²³ www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_jurisprudencia_uniforme/as_Constitucional/as_inaplicacion_norma/

artículo 57 en el que se ha incorporado supuestos que debe atender el juez en la determinación de la suspensión de la pena.

*“2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, **comportamiento procesal** y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de **debida motivación;**”*

Al texto anterior que sólo preveía naturaleza, modalidad y personalidad del agente, se le ha agregado el comportamiento procesal. Sobre este último aspecto que no se desarrolla, debemos entender que su racionalidad está en el buen o mal comportamiento adoptado por el imputado en el curso del proceso, por ejemplo las dilaciones maliciosas que haya empleado su defensa, distante a una actuación con probidad o buena fe como exige la Ley Orgánica del Poder Judicial, o haber rehuido o perturbado la persecución penal (contumacia o afectación de las fuentes de prueba) Tiene cierto sentido dentro de una interpretación sistemática con instituciones procesales como el hecho que se le favorece en la pena cuando ha contribuido en la celeridad procesal (terminación anticipada), y a contrario podría serle desfavorable la pena si más bien ha atentado contra este principio.

Existe una deber constitucional que el juez exprese las razones por las que decide suspender la ejecución de la pena, de tal forma que esta decisión no sea arbitraria e injustificada. Una de estas justificaciones es el pronóstico favorable, obviamente valorando la información objetiva que tenga del caso. Si se cumple adecuadamente, no le es imputable al juez si la persona vuelve a delinquir porque no se puede ser garante de cada persona que bajo su libre determinación decide delinquir otra vez.

La norma ha mantenido la prohibición de dictar una pena suspendida al reincidente o habitual.

17.1. REGLAS DE CONDUCTA

La suspensión de la pena importa que el beneficiado cumpla con reglas durante el plazo de uno a tres años, que es su contraparte para gozar de la suspensión. Si las incumple la pena se hace efectiva. La redacción del Art. 58 del Código Penal según la Ley N° 30076 es la siguiente:

*“ **Artículo 58. Reglas de conducta***

Al suspender la ejecución de la pena, el juez impone las siguientes reglas de conducta que sean aplicables al caso:

- 1. Prohibición de frecuentar determinados lugares;*
- 2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez;*
- 3. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades;*

4. **Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo;**
5. **Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito;**
6. **Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol;**
7. **Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; o,**
8. **Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.”**

Se ha agregado en el inciso 4 que puede fijarse como regla de conducta la reparación de los daños o cumplir con pago fraccionado. Esto tiene en la práctica repercusión en temas reparativos sensibles como son los provenientes del delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

El uso de drogas o de alcohol de manera descontrolada puede ser un factor determinante en la comisión de ilícitos por lo que desde una perspectiva resocializadora y minimizando riesgos para la sociedad es posible fijarle como regla al condenado, que siga un tratamiento especializado. Art. 58.6

Se cree en el imaginario popular, que el ocio mal llevado es origen de todos los vicios. Es razonable que pueda establecerse, como parte del tratamiento en libertad, que el sentenciado se someta a programas laborales o educativos que sean organizados por los órganos de ejecución o instituciones privadas. Esto permitirá reinsertarlo de forma útil a la comunidad.

18. RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO

La reserva de fallo en la doctrina alemana se le conoce como la advertencia con reserva de pena que significa que la culpabilidad del autor se recoge en el pronunciamiento correspondiente y que la pena merecida se determina en la sentencia, pero se suspende su imposición y el autor recibe una advertencia.²⁴

En la doctrina penal peruana Hurtado Pozo hace una referencia respecto a esta figura:

“En el Código Penal de 1991, se ha previsto, junto a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio como excepciones al principio que el delito debe tener necesariamente como consecuencia el castigo efectivo del responsable. Así mismo,

²⁴ JESCHEK, Hans – Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción al español por S. Mir. Puig y F. Muñoz Conde. Editorial Bosch. Volumen I. Barcelona. 1978. P.77

estos medios de reacción penal han sido considerados, junto a la pena de multa, para evitar los efectos negativos del encarcelamiento. Con este fin se busca excluir tanto las penas privativas de libertad de corta duración, como las de mediana duración”²⁵

La Ley N° 30076 ha modificado el Art. 62 siendo la versión actual la siguiente:

“Circunstancias y requisitos

*El juez puede disponer la reserva del fallo condenatorio siempre que de las **circunstancias individuales, verificables al momento de la expedición de la sentencia, pueda colegir que el agente no cometerá nuevo delito.***

El pronóstico favorable sobre la conducta futura del sentenciado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

La reserva es dispuesta en los siguientes casos:

- 1. Cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa;*
 - 2. Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres*
 - 3. Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación.*
- El plazo de reserva del fallo condenatorio es de uno a tres años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada.”*

El primer párrafo del Art. 62 en su versión anterior decía;

*“El juez puede disponer la reserva del fallo condenatorio cuando la **naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente** hagan prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito.”*

En la modificación se concentra la evaluación del juez en circunstancias individuales en las que un elemento a considerar puede ser la personalidad del agente, pero que tengan justificación o asiento en evidencias y no en una apreciación puramente subjetiva del juez. De allí la exigencia al juez, según el segundo párrafo, que motive las razones por las que considera que no volverá a cometer otro delito.

18.1. REGLAS DE CONDUCTA EN LA RESERVA DE FALLO

²⁵ HURTADO POZO, José. La suspensión de la ejecución de la pena, p 1 en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/97_98/pdf/Condenaprovi.pdf

El beneficio de reserva de fallo está condicionado al cumplimiento de reglas de conducta. La Ley N° 30076 ha modificado el Art. 64 del Código Penal en los siguientes términos:

“Al disponer la reserva del fallo, el juez impone de manera debidamente motivada las siguientes reglas de conducta que resulten aplicables al caso:

- 1. Prohibición de frecuentar determinados lugares;*
- 2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez;*
- 3. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades;*
- 4. Reparar los daños ocasionados por el delito **o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo;***
- 5. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito;*
- 6. **Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol;***
- 7. **Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; o,***
- 8. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.”*

Se ha adicionado a la regla de reparación del daño la posibilidad que realice pago fraccionado, salvo que demuestre que el condenado se encuentra situación económica precaria. (Art. 64.6 del CP). Además, de manera similar a las reglas para la suspensión condicional de la pena, se ha ampliado a otras, como la exigencia del sometimiento a tratamiento de desintoxicación si es que el imputado es adicto. El inciso 7 del Art. 58 dispone que el procesado se obligue a seguir tratamiento en programas laborales o educativos.

19. REHABILITACION

La rehabilitación es un derecho del condenado y una obligación del órgano jurisdiccional declararla. La organización judicial debe prepararse para que este procedimiento sea efectivo. En la práctica judicial salvo las penas cortas que pueden ser manejables para poder contabilizar el momento de vencimiento de la pena para proceder a la inhabilitación, se tiene un problema con casos que datan de más de diez años. Se tendría que ubicar el expediente para poder hacer esto y se complica si se encuentra guardado en archivos inubicables y bajo la competencia de distinto órgano jurisdiccional del que sentenció. El dato del vencimiento de pena debe manejarse en principio, desde un sistema de gestión automático que debe dar la alerta al órgano jurisdiccional para que se realice la

rehabilitación, y si se tuviese el expediente digitalizado, se emitirá la resolución de inmediato evitando las demoras innecesarias, y la rehabilitación automática sería una realidad y no discurso. El Artículo 69 del Código Penal dice:

“Rehabilitación automática

El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite.

La rehabilitación produce los efectos siguientes:

- 1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y,*
- 2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.*

*Tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales, **judiciales y policiales** será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia o habitualidad, la cancelación será definitiva.*

En el texto anterior sólo estaba prevista la cancelación de antecedentes penales que los genera el Poder Judicial y en ellos se consigna si es que la persona imputada ha sido condenada en proceso previo. Ahora la modificación incluye dentro de los antecedentes a los judiciales y policiales.

20. PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN DE ANTECEDENTES

Producida la rehabilitación, los registros o anotaciones de cualquier clase relativas a la condena impuesta sólo podrán ser comunicados a solicitud del Ministerio Público o del juez. Artículo 70 del Código Penal.

Si hay rehabilitación automática, se supone que el condenado ya ha cumplido con la sanción que se le impuso por un delito. La cancelación de los antecedentes penales vía la rehabilitación es un derecho por lo que no es posible que se divulgue respecto de un delito ya cumplido.

La excepción es cuando ese informe lo solicita el Ministerio Público y los órganos jurisdiccionales. Por ejemplo para verificar si hay reincidencia.

21. DECOMISO DE BIENES PROVENIENTES DEL DELITO

Los bienes que son materia de medidas cautelares son aquellos que se encuentren en aparente propiedad o posesión de persona natural o jurídica y que por fundadas evidencias se presume son producto directo o indirecto de actividad delictiva. Estos bienes pueden descomponerse en objetos, instrumentos, efectos y ganancias que podemos definirlos así:

- Por “objeto” se entiende como aquel donde recayó la conducta típica del sujeto activo²⁶, y que se encuentra en poder de este. En un sentido amplio se puede considerar también como objeto, al sujeto pasivo del delito como la víctima en homicidio; pero para nuestro trabajo nos referimos a lo que tiene valor patrimonial.
- “Instrumentos” son todos aquellos objetos que son empleados como medios directos para la consumación del delito. Para la doctrina son objetos o elementos *esenciales* y no meramente accidentales con los que se consigue el resultado típico.²⁷ Un arma de fuego, laboratorio para fabricar drogas, que están presentes ex ante de la comisión de los ilícitos.
- “Efectos” son los bienes o activos que se obtienen como producto **directo** de la actividad delictiva, incluyendo las mercancías materia del delito de contrabando y defraudación tributaria.²⁸
- “Ganancias” son los efectos **mediatos** del delito; esto es, los bienes, derechos, títulos, objetos o cualquier provecho patrimonial o económico, obtenido como producto indirecto de la actividad delictiva, incluidos los que provienen de actos lícitos realizados sobre los efectos del delito.²⁹

La incautación cautelar y el decomiso tienen una relación medio – fin: la incautación tendrá como objeto o finalidad última y futura al decomiso – de los objetos, efectos, e instrumentos del delito previstos por el Art. 102 y 103 del CP³⁰

El decomiso también llamado comiso o confiscación como consecuencia accesoria del delito es la privación definitiva de los objetos, efectos e instrumentos del delito, dispuesto en una resolución definitiva o una sentencia con autoridad de cosa juzgada, esto es con una decisión jurisdiccional.³¹

El proyecto 1627/2013-PJ presentado por el PJ plantea como idea central decomisar los instrumentos y medios empleados para la comisión de ilícitos, sin

²⁶ BENAVENTE CHORRES, Hesbert. La incautación de bienes en el proceso penal. Rev. Gaceta Procesal Penal, tomo 18 diciembre del 2010, Lima, p, 37.

²⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Editorial Grijley. Vol II. Lima. 2001, p, 865.

²⁸ Definición que extraemos del Art. 3 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 093-2012-PCM.

²⁹ Art. 3 del Reglamento citado.

³⁰ YAIPEN ZAPATA, Víctor. La incautación como medida cautelar en el nuevo proceso penal. Revista gaceta Penal y Procesal Penal. N° 20 Marzo. 2011, p, 229.

³¹ Ibídem, p, 229.

importar que se encuentren en poder de terceros, y hacer extensivo el decomiso a las ganancias o efectos de delito que hubiesen sido transformados. La nueva redacción ha quedado así:

“Artículo 102.

*El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de pérdida de dominio previsto en el Decreto Legislativo 1104, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, **aun cuando pertenezcan a terceros**, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado.*

El juez también dispone el decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos.

Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes.

Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón atribuible al autor o partícipe, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias.”

Este procedimiento contra bienes de origen ilícito sería residual a lo que se hace vía el proceso de extinción de dominio.

CONCLUSIONES

1. La política criminal diseñada desde el Estado y particularmente desde el Legislativo en esta normativa recoge en general un clamor ciudadano de mano dura contra la delincuencia.
2. La descripción típica de nuevas conductas anti sociales, se recogen de casos concretos que se dan en la sociedad, y que han sido descritas en los diversos proyectos de ley que dieron origen a la Ley N° 30076.

3. La interpretación y aplicación de las normas penales corresponderá a los jueces que deben abordar rápidamente estos cambios.
4. Como toda norma es perfectible, y su eficacia se comprobará en su aplicación en la realidad jurídica.

BIBLIOGRAFIA

- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. La incautación de bienes en el proceso penal. Rev. Gaceta Procesal Penal, tomo 18 diciembre del 2010, Lima. 2010
- CANCIO MELIA, Manuel. ¿De nuevo? Derecho penal del enemigo. Revista Digital. Derecho Penal. Profesor José Hurtado Pozo
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_26.pdf.
- HURTADO POZO, José. La suspensión de la ejecución de la pena, p 1 en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/97_98/pdf/Condenaprovi.pdf
- JESCHEK, Hans – Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción al español por S. Mir. Puig y F. Muñoz Conde. Editorial Bosch. Volumen I. Barcelona. 1978.
- PAUCAR CHAPA, Marcial Eloy. El delito de marcaje o reglaje: un análisis dogmático sobre sus notas esenciales. Revista Digital. Derecho Penal. Dirigido por el Profesor José Hurtado Pozo. Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo.
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130708_03.pdf.
- PEÑA CABRERA. Raúl Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Grijley. Lima. 1999
- ROXIN, Claus. La evolución de la Política criminal, el derecho penal y procesal penal. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Editorial Grijley. Vol II. Lima. 2001.
- YAIPEN ZAPATA, Víctor. La incautación como medida cautelar en el nuevo proceso penal. Revista gaceta Penal y Procesal Penal. N° 20 Marzo. 2011. Lima, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal. Parte General. Volumen I. Editado EDIAR. Buenos Aires. 2000.