



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO







Centro de Estudios en Derecho Penal

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DEL 2015: APROXIMACIONES DESDE LA DOGMÁTICA PENAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL

Director de Investigación:

 Dr. Felipe Villavicencio Terreros

Integrantes:

-  Altaráz Marín, David
-  Grande Osorio, Rodrigo Max Kevin
-  López Arenas, Magaly Elizabeth
-  Paredes Ríos, Martín Alexander
-  Romero Ángeles, Saúl Eduardo
-  Tasayco Arias, Nelson Saúl





USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

CENTRO DE ESTUDIOS EN DERECHO PENAL

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DEL 2015: APROXIMACIONES DESDE LA DOGMÁTICA PENAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL

Director de Investigación

Dr. FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS

Integrantes:

ALTARÁZ MARÍN, DAVID

GRANDE OSORIO RODRIGO MAX KEVIN

LÓPEZ ARENAS, MAGALY ELIZABETH

PAREDES RÍOS, MARTÍN ALEXANDER

ROMERO ANGELES, SAÚL EDUARDO

TASAYCO ARIAS, NELSON SAÚL

LIMA – PERÚ

Noviembre 2015



Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada
CC BY-NC-ND

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

ÍNDICE

1) PRESENTACIÓN.....	4
2) INTRODUCCIÓN.....	7
3) CAPÍTULO I: BREVE ANÁLISIS DEL INCISO 2 DEL ARTÍCULO VIII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL DEL 2015.....	8
4) CAPÍTULO II: DIVERSIDAD CULTURAL Y JUSTICIA INDÍGENA.....	25
5) CAPÍTULO III: FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	44
6) CAPÍTULO IV: BREVE ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2015.....	60
7) CAPÍTULO V: DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (EJECUCIÓN ARBITRARIA, TORTURA Y DESAPARICIÓN FORZADA) EN EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2015.....	77
8) CAPÍTULO VI: DELITOS CONTRA LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS DE PAGO.....	100
9) CAPÍTULO VII: EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE EN EL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2015.....	125
10) CAPÍTULO VIII: CONCLUSIONES.....	145
11) CAPÍTULO IX: RECOMENDACIONES.....	154
12) CAPÍTULO X: BIBLIOGRAFÍA.....	160

PRESENTACIÓN

El Centro de Estudios en Derecho Penal presenta la investigación titulada “*Análisis del Proyecto de Código penal de 2015: aproximaciones desde la dogmática penal y la política criminal*” que he tenido el honor de dirigir y que ha sido elaborada por los miembros del CEDP: David Altaráz Marín, Max Kevin Grande Osorio, Magaly Elizabeth López Arenas, Martin Alexander Paredes Ríos, Saúl Eduardo Romero Ángeles y Nelson Saúl Tasayco Arias.

En esta oportunidad y con ocasión del Proyecto de Código Penal del 2015 que es materia de actual debate, el tema de investigación incluyó algunas de sus más importantes figuras. Dada la envergadura del trabajo, sólo elegimos algunos temas vinculados a los principios fundamentales, la parte general y especial del derecho penal. Se ha buscado desarrollar una crítica valorativa del proyecto con el objetivo de contribuir con el análisis y ejercicio racional de la reforma del Código Penal.

Las diferentes contribuciones de esta obra se ven enriquecidas con elaboraciones conceptuales aportadas por la bibliografía y jurisprudencia nacional (sentencias, acuerdos plenarios, doctrina penal) y extranjera, de manera que se desarrollan temas como el principio de proporcionalidad, diversidad cultural y justicia indígena, concepto de funcionario público, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos, delitos contra los medios electrónicos de pago y el delito de marcaje o reglaje.

En lo que se refiere al primer tema ubicado en el Título Preliminar del proyecto de código penal, denominado “*Breve análisis del inciso 2 del artículo VIII del Título Preliminar del Proyecto de ley del Nuevo Código Penal de 2015*”, el autor David Altaráz Marín desarrolla la idea que tanto la fundamentación y la argumentación jurídica permiten legitimar la decisión del juez penal cuando en favor del principio de proporcionalidad el juez deja de aplicar el marco abstracto del tipo penal al extremo de fijar una pena concreta por debajo del mínimo legal; por lo tanto, si esta resolución se encuentra debidamente fundamentada no se estaría vulnerando el principio de legalidad.

Respecto a la problemática de “*La diversidad cultural y la justicia indígena*”, Nelson Tasayco Arias, refiere que la finalidad del legislador consiste en buscar una protección consolidada y el respeto a las diferencias culturales y por lo tanto, se establece la obligación de los jueces de interpretar la ley penal de modo intercultural. Así, informa que resultan necesarias las incorporaciones realizadas por el proyecto sobre esta materia.

Otro tema que Tasayco Arias desarrolla es el relativo al concepto de “*Funcionarios Públicos en el nuevo proyecto de Código penal*” y resalta la mayor amplitud que le da el proyecto respecto a los distintos conceptos que existen, así como la posibilidad de imputación penal para funcionarios o servidores públicos de otros Estados, lo que no se encontraba regulado en el Código Penal de 1991.

Magaly López Arenas desarrolla el tema de “*La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas a propósito del proyecto de ley del nuevo código penal del 2015*”, indicando que en el Proyecto no necesariamente se estaría admitiendo la responsabilidad penal de las empresas, debido a que en su contenido no se encuentra expresamente reconocido el término responsabilidad penal ya que solamente se refiere a una responsabilidad autónoma y tampoco se hace mención al término pena ya que el proyecto sólo contempla reiteradamente el término “medidas aplicables” a las personas jurídicas.

El tema de los “*Delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos (Ejecución arbitraria, Tortura y Desaparición forzada)*”, que ha sido desarrollado por Saúl Romero Ángeles, concluye que el actual Código Penal de 1991 no cubre los requisitos adecuados establecidos por la normativa internacional, teniendo en cuenta que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un conjunto de normas de carácter sólido cuyo contenido es en principio, protector de los derechos que cada persona ostenta por el hecho de ser tal.

Otro tema propio de la parte especial es el de los “*Delitos contra los medios electrónicos de pago*” desarrollado por Martín Alexander Paredes Ríos quien refiere que el Proyecto pretende criminalizar conductas, que mediante el uso de tecnologías, buscan perjudicar bienes jurídicos y resalta que lo importante es analizar qué bienes jurídicos deben ser tutelados por el Derecho penal, es decir, qué bienes jurídicos merecen o no la protección penal, ya que se estaría vulnerando el Principio de última ratio o de mínima intervención del derecho penal.

En lo que respecta al último tema denominado “*El delito de marcaje o reglaje en el Proyecto de ley del nuevo Código Penal de 2015*” desarrollado por Rodrigo Max Grande Osorio se señala que este delito atentaría contra el principio de lesividad por no poner en peligro real al bien jurídico; sin embargo, por motivos de política criminal puede darse algunas excepciones, que no entran dentro del marco del delito de marcaje o reglaje.

Finalmente, felicito a los alumnos integrantes del Centro de Estudios de Derecho Penal a quienes agradezco por su iniciativa y dedicación en la elaboración de sus respectivos trabajos de investigación. En particular, merece un reconocimiento Magaly López Arenas por su importante trabajo de coordinación. El presente trabajo muestra el nivel que progresivamente van presentando las investigaciones de

naturaleza penal en la Facultad de Derecho. Es de resaltar el buen manejo de las categorías del derecho penal, la política criminal y de la metodología de la investigación. Estas iniciativas deben continuar de manera que se logre abordar partes no tratadas del proyecto de código penal y de esta manera se contribuya a la búsqueda de un derecho penal racional adecuado a las actuales exigencias.

La Molina, noviembre 2015.

Prof. Dr. Dr. h.c. Felipe Villavicencio Terreros

Presidente del Centro de Estudios en Derecho Penal.

Introducción

A través del Proyecto de Ley del nuevo código penal, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos plantea la instauración en el país de un nuevo Código Penal, que, de aprobarse, sustituiría al vigente Código Penal de 1991. Sus promotores consideran necesaria esta reforma sobre la base de diversas razones.

En la exposición de motivos del Proyecto de Ley materia de análisis en el presente trabajo de investigación se afirma que la realidad del fenómeno criminal de hace más de 20 años no es la misma que la de ahora, a ello se suma la desproporción de las penas, por lo que es preciso reformar integralmente el Código Penal a fin de dotarlo de herramientas adecuadas con las que el Estado pueda hacer frente a las nuevas formas de criminalidad, a la delincuencia organizada y a la gran inseguridad ciudadana.

Otra de las razones que se desprenden de la Exposición de Motivos es que las innumerables modificaciones efectuadas a los artículos que componen el actual Código Penal, han generado que su sistemática se haya trastocado y hasta carezca de concordancia ocasionando, entre otros efectos, incongruencias normativas.

Los efectos de esta reforma no deben ser minimizadas, ya que de aprobarse afectaría a los delitos que se cometan tras su puesta en vigor y a los procesos en trámite.

*CAPÍTULO I: BREVE ANÁLISIS DEL INCISO 2
DEL ARTÍCULO VIII DEL TÍTULO PRELIMINAR
DEL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO
PENAL DEL 2015*

Por: David Altaráz Marín

BREVE ANÁLISIS DEL INCISO 2 DEL ARTÍCULO VIII DEL TÍTULO PRELIMINAR
DEL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2015

BRIEF ANALYSIS OF PARAGRAPH 2 OF ARTICLE VIII OF THE PRELIMINARY
TITLE OF THE PERUVIAN DRAFT OF THE NEW PENAL CODE OF 2015

Por: David Altaráz Marín*
david_altaraz@usmp.pe

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Actualmente cursa estudios de Maestría en Derecho Penal en la misma casa de estudios.

Resumen

El presente trabajo tiene como finalidad analizar el numeral 2 del art. VIII del Título Preliminar del proyecto de ley del Nuevo Código Penal, el cual pretende facultar al juzgador la posibilidad de apartarse del marco de pena en abstracto previsto en la ley al considerarla manifiestamente desproporcionado en un caso en concreto, para en consecuencia aplicar una pena por debajo del mínimo legal.

Abstract

This paper aims to analyze the paragraph 2 of article VIII of the Preliminary Title of the draft new penal code, which aims to empower the judge the possibility of departing from the scope of punishment in the abstract under the act to consider manifestly disproportionate one case in particular, to thereby apply a penalty below the legal minimum.

Palabras clave: Principio de proporcionalidad, principio de legalidad, sanción penal, dignidad, seguridad jurídica, Estado de derecho, ley penal.

Keywords: Principle of proportionality, rule of law, criminal punishment, dignity, legal security, criminal law.

Sumilla: 1. Introducción. 2. El principio de proporcionalidad de la pena vs. el principio de legalidad penal. 3. La formulación del principio de proporcionalidad de la pena adoptada por la Corte de IDH. 4. El principio de proporcionalidad en la determinación concreta de la pena. 4.1. Aplicación del test de proporcionalidad. 4.2. Principio del favor rei. 4.3. Fundamentación y argumentación jurídica.

1. Introducción

El Proyecto de Ley N° 3491/2013-CR del Nuevo Código Penal, trae consigo algunas innovaciones importantes, como también muchos desaciertos jurídicos. Entre sus valiosas aportaciones, este cuerpo punitivo intenta reconocer explícitamente derechos fundamentales del ciudadano, como por ejemplo, el pretender reivindicar y afirmar el “*principio de racionalidad* y

humanidad de las penas” en el artículo VIII del Título Preliminar del citado Código punitivo, paso importante en el reconocimiento de la dignidad personal del hombre como límite infranqueable al Estado, con lo cual se estaría reafirmando que la persona humana no es un objeto, ni medio, sino un fin en sí mismo y como tal debe ser respetado; sin embargo, a pesar de la importancia de este principio rector, éste no se encuentra albergado explícitamente en el Título Preliminar del Código Penal vigente de 1991.

En ese contexto, el presente punto de análisis, tiene como objeto concreto examinar el numeral 2 del referido artículo VIII del Título Preliminar de la propuesta del nuevo Código penal, que pretende facultar al juzgador lo siguiente: *“Cuando una pena en el caso concreto resulte cruel, inhumano o degradante, afecte de manera grave a terceros inocentes o sea manifiestamente desproporcionado, el juez la evita o morigera sus efectos aun cuando esté prevista en la ley”*. Vale decir, este último supuesto, intenta otorgarle potestad al juzgador para apartarse del marco de pena en abstracto previsto en la ley penal, so pretexto, de considerarla en un caso concreto manifiestamente desproporcionado, y por consiguiente, justificar la imposición de una pena concreta por debajo del mínimo legal, en otras palabras, esta intención normativa, pretende establecer como novedad jurídica, el elevar por encima del principio de legalidad penal, al principio de proporcionalidad de la pena, al parecer con la intención de neutralizar el aumento desmedido de las penas abstractas, a consecuencia de la actual tendencia político –criminal implantada por el Estado en la lucha contra la criminalidad.

En ese sentido, esta propuesta innovadora del inciso 2 del citado artículo, genera las siguientes interrogantes: ¿Cuáles son los criterios normativos que hacen posible flexibilizar el principio de legalidad penal en el caso de penas desproporcionadas? ¿Elevar al principio de proporcionalidad de la pena, por encima del principio de legalidad penal, genera inseguridad jurídica? ¿Está facultado constitucionalmente el juez penal para apartarse de la pena abstracta del delito, e imponer una distinta por debajo del mínimo legal, por considerarla desproporcionada para el caso concreto? Las respuestas a estas preguntas nos permitirán concluir al final de este trabajo, si el último supuesto del inciso 2 del artículo VIII del Título Preliminar de la propuesta del nuevo Código penal, obedece o no a criterios constitucionales y convencionales.

2. El Principio de proporcionalidad de la pena vs. el principio de legalidad penal

En nuestro sistema jurídico, reiteradamente se generan una serie de contradicciones o conflictos jurídicos, entre el principio de proporcionalidad, con el principio de legalidad, en particular cuando se evalúa judicialmente la imposición de la pena concreta, llegando incluso a considerarse muchas veces que por las características particulares del caso, ésta merece una sanción al autor o partícipe, incluso muy por debajo del extremo mínimo de la pena abstracta para el delito imputado, por considerarla excesiva y desproporcional para el caso concreto.

En ese contexto, tenemos por un lado, al principio de proporcionalidad de la pena que está estrechamente vinculada con el principio de culpabilidad y con los conceptos de derecho y justicia. Los valores de libertad y justicia a los que se refieren el artículo 2 y 3 de la Constitución Política del Estado y que constituyen pilares básicos de la construcción del principio de proporcionalidad (Huarcaya, 2015).

En consecuencia, el concepto de proporcionalidad de las penas es producto de una evolución histórica, introducido para limitar el *ius puniendi*. Tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la “proporcionalidad” de las leyes ligándolo con el principio de “Estado constitucional de derecho” y, por ende, con el valor supremo de la dignidad de la persona humana y la justicia. El principio de proporcionalidad caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de derecho (Huarcaya, 2015).

Sin embargo, Ramiro Ávila (2010), refiere que el principio de proporcionalidad, se contrapone y paradójicamente se complementa con el principio de legalidad. Se contrapone a la legalidad cuando en el sistema jurídico se presenta antinomias entre la Ley y la Constitución, y permite al juez sospechar de la ley y hasta inaplicarla, incluso en materia penal (El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces, p. 38).

Huarcaya (2015), señala que “el respeto por la proporcionalidad de la pena se relaciona directamente con el respeto por los derechos fundamentales de las personas. En última instancia, al imponer una sanción penal se están afectando derechos fundamentales del infractor (por ejemplo, la libertad)” (p. 73).

Esta autora reconoce que este principio está en correlación directa con el principio de legalidad, el de justicia y respeto de la dignidad de la persona humana. Añade además en los siguientes términos:

La idea de proporcionalidad no solo es necesaria para limitar las medidas, sino también para graduar las penas. La determinación de la pena es todo un proceso valorativo bastante complejo en atención a la importancia del bien protegido y el grado de su afectación, considerando las circunstancias del hecho cometido y las necesidades de pena (p. 74).

Por su parte, el principio de legalidad es uno de los principios y conquistas más imponentes del estado legal del derecho. Gracias a este principio se pudo garantizar lo que, en su momento, se concibió como seguridad jurídica. Además, el principio de legalidad evitó la dispersión jurídica al establecer una sola fuente del derecho y al generar normas de reconocimiento del derecho válido (Ávila, 2010).

Por otro lado, según el profesor Villavicencio (2007), “el principio de legalidad es el principal límite de la violencia punitiva que el sistema penal del Estado ejerce, se trata de un límite típico de un Estado de Derecho” (p. 89).

José Hurtado Pozo (2005) por su parte refiere que el principio de legalidad representa la columna esencial del Derecho penal moderno. Klaus Roxin (2006) acota señalando que:

La fuerza operativa de este principio posibilita al Estado de Derecho la concreción de una legalidad en el procedimiento de legitimación del Derecho penal, de manera que la intervención penal sobre los derechos fundamentales, como la libertad personal, se corresponda siempre con el ejercicio de una potestad coercitiva controlada y sujeta a la legalidad (5/1).

Finalmente, Caro John y Huamán Castellano (2014) afirma que el respeto estricto del principio de legalidad penal, “significa a la par de límites –una operación de materialización de la potestad punitiva estatal con sujeción a una legalidad legitimante –constitucional –del Derecho penal. Más adelante, este autor sostiene que el principio de legalidad aporta los fundamentos de una legitimación auténtica del Derecho penal” (p. 59).

En definitiva, el principio de proporcionalidad o llamado también principio de prohibición de exceso o de pena de correlación justa, y el principio de legalidad son dos de las garantías esenciales de los individuos que limitan el poder punitivo del Estado. El principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, así reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200° de la Constitución del Estado, en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad. Por su parte el principio de legalidad es reconocido como bastión jurídico en un Estado de Derecho, como un derecho fundamental, que cobra protagonismo esencialmente en el Derecho penal.

Al parecer, este inciso 2° del artículo VIII del Título Preliminar del referido Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal, resuelve este conflicto de ambos principios constitucionales, en favor del *principio de proporcionalidad de la pena*, al pretender otorgarle al juzgador la facultad para desvincularse e inaplicar el *quantum de pena abstracta* prevista en la *ley penal*, por considerarla *manifiestamente desproporcionada* para el caso concreto.

3. La formulación del principio de proporcionalidad de la pena adoptada por la Corte IDH.

Es de recordar que la primera vez que la Corte Interamericana planteó un caso referido al principio de proporcionalidad fue en el *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú (2005)*. En el presente asunto, la juez Cecilia Medina Quiroga evaluó el régimen penitenciario aplicado a dos personas condenadas como coautores del delito de colaboración con el terrorismo, recibiendo penas mayores que las destinadas para los cómplices de terrorismo. La jueza consideró que el contenido del principio de proporcionalidad de las penas, deben estar enmarcados en el análisis

de la proporcionalidad de las restricciones de los derechos consagrados en la Convención Americana, en lo siguiente:

“Merece reproche el hecho de que, siendo la pena de presidio una restricción del derecho a la libertad personal, la ley no tenga en plena consideración el hecho de que las restricciones deben ser proporcionales y por lo tanto, también deben serlo las penas. Debe existir proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita, es decir, a menor entidad del injusto corresponde menor pena y a menor gravedad de la participación del inculpaado en el delito también corresponde menor pena. El artículo 4, que describe y castiga la colaboración – delito que, en realidad, se ha independizado sólo por decisión del legislador de la figura de la complicidad, que normalmente recibe una pena menor– está penado con la misma pena mínima de la autoría. Correspondería al Estado justificar esa restricción que, a primera vista, parece infringir el principio de proporcionalidad de las restricciones a los derechos humanos, y, por tanto, la proporcionalidad de las penas”.

El principio de proporcionalidad volvería a aparecer en el *Caso Goiburù y otros vs Paraguay (2006)*, en la cual el voto particular de uno de los jueces de la Corte Interamericana, el juez Sergio García Ramírez, expuso qué se entiende por principio de proporcionalidad señalando que, por un lado, proscribía la criminalización innecesaria y, por otro, exige la iniciativa y la severidad penal en el caso de hechos gravísimos. En concreto, el referido juez señaló:

“Por otra parte, el orden jurídico responde racional y proporcionalmente a la gravedad de los hechos a través de la selección de consecuencias previstas en los ordenamientos y aplicadas por los tribunales. No es admisible sancionar hechos gravísimos con medidas levísimas, como sucede a través de procesos a “modo” o fraudulentos, rechazados por los órganos penales internacionales, y también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito de su propia competencia material. Tampoco sería admisible adoptar medidas de la mayor severidad cuando los hechos no revisten tal elevada gravedad. En ambas hipótesis

se contrariarían los principios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad que gobiernan la previsión y aplicación de consecuencias jurídicas de las conductas ilícitas”.

En estas dos sentencias de la Corte IDH, ambos jueces, el Dr. Sergio García Ramírez y la Dra. Cecilia Medina Quiroga, se pronuncian sobre la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena, de manera personal como votos independientes, sin embargo, recién en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay (2006)*, el pleno de la Corte se pronunció sobre la aplicación de este principio al examinar la sanción al responsable de la muerte del niño Gerardo Vargas Areco, quien fuera reclutado contra su voluntad por las Fuerzas Armadas. En dicho caso, los tribunales penales condenaron por “homicidio culposo” al cabo que disparo contra el niño cuando huía de su alistamiento forzoso. Si bien la Corte no se pronunció sobre la responsabilidad individual, consideró que por las características de los hechos, el Estado debió procesar al sujeto por el delito de homicidio doloso, dado que resultaba proporcional a la gravedad de los hechos. La Corte caracterizo la falta de proporcionalidad de los hechos en los siguientes términos:

“La propia Corte observa con preocupación la falta de proporcionalidad que se advierte: a) entre el método utilizado frente a la fuga de un recluta de las fuerzas armadas y la falta disciplinaria en la que dicho recluta habría incurrido; y b) entre la respuesta del Estado a la conducta ilícita del agente y el bien jurídico supuestamente afectado –el derecho a la vida de un niño”.

Es de resaltar que la Corte IDH, en el *Caso de la Masacre de Mapiripan vs. Colombia (2007)*, estableció que el principio de proporcionalidad de la pena exige la respuesta penal de acuerdo con la naturaleza y la gravedad de los hechos, considerando además, que el principio de favorabilidad (consistente en que los jueces deben aplicar las normas benignas en relación con las penas severas) no debe entenderse como una excepción al principio de proporcionalidad, señalando lo siguiente:

“En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del

autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. La pena debe ser resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención”.

Cabe precisar, que este pronunciamiento fue desarrollado en el *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia (2010)*, en el cual la Corte tuvo que evaluar si Colombia respetaba el principio de proporcionalidad al haber reducido a más de la mitad la condena impuesta por la ejecución extrajudicial del senador Manuel Cepeda Vargas. La Corte estimó que este principio se extiende no solo a la condena sino a la ejecución de esta, especialmente en el caso de las graves violaciones de derechos humanos, como la ocurrida en el caso.

En consecuencia, el principio de proporcionalidad consiste fundamentalmente según el artículo VIII de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en que: “la ley no debe de establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”.

4. El principio de proporcionalidad en la determinación concreta de la pena

En su estudio, Diana Arias Holguin (2012) precisa que dado que “en la imposición de la pena en el caso concreto se afectan de manera directa derechos fundamentales y, también, se produce un importante menoscabo al honor, los jueces no pueden eludir la exigencia de proyectar estos derechos como parámetros normativos en sus decisiones” (Proporcionalidad, pena y principio de legalidad, p. 145). Conforme a tal perspectiva, estos derechos pueden entrar en colisión con otras

normas del sistema jurídico; por lo que es necesario realizar una ponderación que permita solucionar este conflicto normativo.

Además Arias Holguin (2012) precisa:

El principio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que sirve para resolver los casos difíciles, por tanto, esta puede emplearse en la decisión judicial de imponer pena o penas (prisión, privativas de derechos y multa) a un ciudadano, porque se ha demostrado que en tal acto judicial se debe resolver una tensión entre razones a favor y en contra de la imposición de aquella (Proporcionalidad, pena y principio de legalidad, p. 146).

Esto significa, por un lado, que el resultado de la imposición de la pena concreta acarrea la afectación de derechos fundamentales del ciudadano, y simultáneamente, la imposición y ejecución de la pena busca alcanzar la protección de bienes jurídicos afectados, asignándole a la pena finalidades preventivas como fin inmediato. En ese sentido, el juzgador al momento de proceder a determinar la pena concreta, tendrá que evaluar ciertos criterios propios de hecho delictivo, como por ejemplo, las circunstancias propias del hecho, el grado de afectación del bien jurídico tutelado, el grado de desarrollo del delito, el título de imputación personal, los medios utilizados, etc, estos referentes son aquellos que permiten indicar la proporcionalidad de la pena a fijar en atención a los fines constitucionales de la pena.

Razón tiene la autora Betty Huarcaya (2015), cuando afirma que “con el Nuevo Código Penal esta valoración se hace desde valores, principios y preceptos constitucionales y, en particular con los fines constitucionales de la pena” (p. 70).

Por ello, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 0012-2010-PI/TC, en su fundamento 3, respecto al principio de proporcionalidad ha determinado lo siguiente:

“la potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial (...) con arreglo a la Constitución, existe una presunción de que el quantum de las penas privativas de la libertad impuestas por el juez penal guarda relación de

proporcionalidad con el grado de afectación del bien constitucional a que dio lugar la realización de la conducta típica”.

Por su parte, el R.N.N° 1155-2013-Tacna, acota señalando:

“El principio de proporcionalidad, es aquel principio que exige al juzgador verificar que la pena guarde una relación de correspondencia con el injusto cometido por el agente”.

Es de importancia citar el Acuerdo Plenario N° 1/2000, que con carácter vinculante desarrolla el principio de proporcionalidad y su relación con el principio de culpabilidad en lo siguiente:

“El principio de proporcionalidad rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido. En ese sentido, constituye un límite al *ius puniendi* en tanto exige un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación legal”.

En ese sentido, el otorgarle contenido constitucional y convencional al principio de proporcionalidad de la pena, impide al juzgador a fijar penas excesivas, incluso el citado numeral 2 del artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Penal, por su redacción permite al juzgador la posibilidad de evitar la aplicación de la pena prevista en la ley penal, al extremo de reducirla en concreto por debajo del mínimo legal e incluso sustituirla por una pena más leve, o llegar en algunos casos a prescindir de la pena como tal, so pretexto de considerarla manifiestamente desproporcional la pena abstracta del delito imputado para el caso concreto.

Entonces ¿Cuáles serían los criterios que permiten elevar al principio de proporcionalidad de la pena, por encima del principio de legalidad penal, sin que se genere inseguridad jurídica, al momento de determinar judicialmente la pena? Estos criterios son:

4.1. Aplicación del test de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, como técnica argumentativa permite resolver conflictos de derechos. En ese sentido, para la imposición de una pena privativa de la libertad, necesariamente el juez penal tendrá que aplicar el test de proporcionalidad que apela a tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin entre el medio adoptado y el fin medio a fin. Es decir, se trata del análisis de una relación medio-fin (STC N° 0045-2004-AI).

Por su parte el sub principio de necesidad, busca examinar si existen otros medios alternativos al optado que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-fin, esto es, de una comparación entre medios; el optado y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptarse para alcanzar el mismo fin. (STC N° 0045-2004-AI).

Finalmente, el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Como se aprecia, en la ley están presentes los dos elementos: la afectación –o no realización– de un principio y la satisfacción -o realización- del otro. Se establece así una relación directamente proporcional según la cual: cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación del derecho, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en el derecho habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en el derecho sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en el derecho no estará justificada y será inconstitucional (STC N° 0045-2004-AI).

Los tres preceptos acabados de describir por el Tribunal Constitucional constituyen, sin duda alguna, la consagración expresa del deber de los jueces de realizar un juicio de proporcionalidad cuando en un caso concreto van adoptar la decisión de imponer pena (qué pena, cuál pena y cuánta pena). Ello con la finalidad de evitar que lo que el legislador no pudiera prever en el proceso de criminalización primaria, y que pueda derivar en tratos desproporcionados, sea aplicado (Holguin, 2012).

Una consecuencia que se deriva de este planteamiento radica en la posibilidad de que el juez en los casos de clara desproporcionalidad, a través del razonamiento analógico, prescinda de la pena, elija una diversa a la consagrada por el legislador o imponga una en cuantía inferior (Holguin, 2012).

En ese sentido, si estamos frente a un juez que ha considerado todos estos criterios propios del test de proporcionalidad al momento de imponer una pena privativa de la libertad, inobservando la cobertura mínima y máxima del delito, por considerarla desproporcional para el caso particular, y por consiguiente, fija una pena privativa de la libertad distinta al que le corresponde al tipo penal acusado, no actúa arbitrariamente.

Tan solo está realizando una interpretación armónica de las disposiciones que regulan la imposición de la pena; está otorgando fuerza normativa y vigencia fáctica a las normas rectoras, especialmente a aquella que lo obliga a emplear al principio de proporcionalidad, pero sobre todo está cumpliendo con su deber constitucional de proteger los derechos fundamentales afectados por el castigo (Holguin, 2012).

En ese sentido, queda claro entonces que el principio de proporcionalidad no tendría ningún sentido práctico en la determinación de la pena, si el juez penal no pudiera superar el marco abstracto de la pena prevista en la ley penal aplicable para un caso particular. Estos sub principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto que conforman los criterios del test de proporcionalidad, en este caso, aplicable para fijar la pena concreta por debajo del mínimo legal que prevé el tipo penal, debe obedecer obligatoriamente a una exhaustiva y debida

motivación de este acto judicial, a fin de justificar la decisión adoptada, y no reducirse en un simple acto de subsunción.

4.2. Principio del *favor rei*

No parece aceptable que en un Estado constitucional de derecho haya una obligación para el Juez de imponer una pena desproporcionada solo por el hecho de que ha sido consagrada en una disposición penal. Sin embargo, la estricta legalidad al reclamar la prohibición de analogía *in malam partem* y por, el contrario, permitirla en los eventos favorables, le ofrece al juez una pauta interpretativa para enfrentar leyes que devienen desproporcionadas en el caso concreto (Holguin, 2012).

Por lo demás, la posibilidad de que se pueda realizar el razonamiento judicial analógico solo en los casos favorables evidencia no solamente el deber de realizar interpretaciones restrictivas, como individualizar la pena fuera del marco legal cuando hayan razones muy poderosas para hacerlo, sino también que nuestro sistema está orientado hacia el *favor rei*, y esto es un argumento adicional para defender la idea de que el operador jurídico no está obligado a imponer castigos desproporcionados solo por el hecho de que así lo establece la ley.

Por otra parte, Holguin (2015) precisa que:

Cuando se alude a que el juez que imponga una pena fuera de los márgenes legales establecidos es arbitrario y está supliendo la tarea del legislador, se reivindica una idea concreta de ley y juez (autómata) que riñe con la consagración en nuestro ordenamiento de la analogía *in bonam partem* y con la consagración de un Estado constitucional de derecho. En efecto, si el juez no pudiese apartarse, bajo ninguna circunstancia, de los mandatos del legislador, no habría cabida para la analogía *in bonam partem*, estaría prohibida (p. 156).

Lo que es proporcional en abstracto puede resultar desproporcionado en el caso concreto, y esto puede ser soslayado por el juez que está obligado a tutelar derechos fundamentales. (p. 157).

4.3. Fundamentación y argumentación jurídica

Esta operación requiere de argumentación jurídica, cuyo método a través del cual se pretende mediante la objetividad hermenéutica, un resultado razonable y aceptable por auditorio universal (Calvo, 1994). El juzgador tiene que justificar, de manera lógica, la elección de la norma que aplica, la decisión y la solución a la que llega.

ROBERT ALEXY (1989) sostiene que la argumentación jurídica es una necesidad por muchas razones: el método deductivo tradicional promueve un salto lógico que favorece la arbitrariedad, el lenguaje del derecho positivo siempre es vago, existen conflictos entre normas, las normas no se adecuan con espontaneidad en los hechos y, en el extremo constitucional, hay normas que pueden llevar a un resultado injusto.

La argumentación implica un discurso racional, que es una construcción basada en consensos racionales. Así también, propone que:

Para evitar la arbitrariedad y garantizar la corrección en la solución, hay que considerar reglas minuciosas sobre la forma y la estructura de los argumentos. A fin de cuenta lo que se pretende es que el razonamiento pueda ser, si es justificado, compartido y verificado por quienes tienen capacidad de analizar críticamente las resoluciones (p. 311).

En consecuencia, lo dicho pretende ser una advertencia cuando el juez penal inaplique un tipo penal. Debe saber que si no pondera ni argumenta, se torna arbitraria y, por tanto, viola el principio de legalidad. En cambio, si pondera y argumenta adecuadamente, no viola el principio de legalidad sino que está aplicándolo bajo supuesto de que la Constitución es norma jurídica (principio también de legalidad y que podríamos, para diferenciarlo, denominarlo principio de constitucionalidad).

La fundamentación y la argumentación jurídica permiten legitimar la decisión del juez penal cuando en favor del principio de proporcionalidad de la pena, inaplica el marco abstracto de la ley penal, al extremo de fijar una pena concreta por debajo del mínimo legal, siempre y cuando en la resolución se argumente razonablemente cual fue el proceso intelectual que atravesó el juzgador para arribar a dicha decisión, asegurándose con esto el principio de legalidad, y por consiguiente, garantizándose la seguridad jurídica.

CAPÍTULO II: *DIVERSIDAD CULTURAL Y JUSTICIA INDÍGENA*

Por: Nelson Saúl Tasayco Arias

DIVERSIDAD CULTURAL Y JUSTICIA INDÍGENA
CULTURAL DIVERSITY AND INDIGENOUS JUSTICE

Por: Nelson Saúl Tasayco Arias*
nelson_tasayco@usmp.pe

* Alumno del XI ciclo de la especialidad de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

Resumen

El proyecto del Nuevo Código Penal de 2015 incorpora un contenido más amplio respecto a tratamiento de la diversidad cultural y justicia indígena; es así que, en adelante veremos temas como la jurisdicción especial que se les reconoce a las diversas comunidades campesinas y nativas, los cuales tienen facultades sancionadoras.

La interpretación intercultural lo cual tiene como finalidad ponderar los derechos establecidos en la Constitución, instrumentos internacionales y el derecho consuetudinario a fin de respetar el principio de igualdad.

Desarrollaremos temas como el error de comprensión culturalmente condicionado el cual fue desarrollado también en el Código Penal de 1991, el cual se presenta como un error de prohibición.

La aplicación del *ne bis in ídem* en el sentido que las conductas juzgadas por la jurisdicción especial ya no pueden ser juzgadas por la jurisdicción ordinaria. Para ello, desarrollaremos lo que establece el Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116, respecto a este tema.

Abstract

The draft of the new Criminal Code of 2015 incorporates a broader content regarding treatment of cultural diversity and indigenous justice; so that in future we will see issues such as the special jurisdiction granted to them the various peasant and indigenous communities, which have sanctioning powers.

The intercultural interpretation which aims to balance the rights established in the Constitution, international instruments and customary law to respect the principle of equality.

We develop issues such as culturally conditioned misunderstanding which was also developed in the Criminal Code of 1991, which is presented as a mistake of law.

The application of the *ne bis in ídem* in that behaviors judged by special jurisdiction and not be judged by the ordinary courts. To do this, we will develop the provisions of the Whole Agreement No. 01-2009 / CJ-116, on this issue.

Palabras clave: Comunidades indígenas, diversidad cultural, interculturalidad, nativas, campesinas, rondas campesinas, autoridades tradicionales, países andinos, cultura, costumbre, normas consuetudinarias.

Keywords: Indigenous communities, cultural diversity, multiculturalism, native, peasant, peasant patrols, traditional authorities, Andean countries, culture, custom, customary norms.

Sumilla: 1. Introducción. 2. Jurisdicción especial en las comunidades indígenas. 3. Facultades sancionadoras de las autoridades de las comunidades indígenas. 4. Error de comprensión culturalmente condicionado. 5. La interpretación intercultural. 6. Aplicación del *ne bis in ídem*. 7. Diversidad cultural y justicia indígena en el proyecto de nuevo código penal de 2015.

1. Introducción

En este nuevo proyecto de Código Penal del 2015 se incorpora un contenido más amplio y especial respecto del tratamiento de la diversidad cultural y la jurisdicción especial de las comunidades indígenas, éstas se desarrollarán en los artículos 14°, 15° y 16°, a diferencia del Código Penal de 1991, en el cual solamente se hacía mención a este tema en su artículo 15° el cual se acogió una forma especial de error conocida como “error de comprensión culturalmente condicionado”, la cual establecía lo siguiente:

“El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”.

Es así que veremos más a fondo lo que concierne al tema de la jurisdicción especial en las comunidades indígenas, ya que es un tema muy controversial y mucho más en un país como el nuestro que posee una amplia diversidad étnico-cultural, lo cual genera un debate jurídico sobre la aplicación de la ley penal. Señala ROXIN (2012), “en nuestra actual sociedad multicultural es imposible hallar, faltando una afectación de un bien jurídico, un consenso fundamental acerca de la necesidad de la pena de un determinado comportamiento” (El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen, parr. 4).

2. Jurisdicción especial en las comunidades indígenas (campesinas o nativas)

De acuerdo a la jurisdicción especial de las comunidades indígenas se puede hacer mención a tres tipos distintos de sistemas de resolución de conflictos comunales. Los dos primeros, se encuentran en comunidades indígenas andinas (Comunidades Campesinas); algunas de estas comunidades ejercen la justicia comunitaria a través de la propia organización interna de la comunidad, mientras que otros lo hacen desde las rondas campesinas, estructura organizativa interna que en muchos casos ha logrado superponer su accionar por sobre la propia comunidad a la cual pertenece. De acuerdo al estudio realizado por la Comisión Andina de Juristas (2013):

El tercer sistema de resolución de conflicto se encuentra en las comunidades indígenas de la selva, también conocidas como comunidades nativas se diferencia de las dos anteriores, dado que la función de coordinación con el sistema estatal la ejercen instancias de segundo grado organizativo. En conjunto, los tres tipos de sistemas de resolución de conflictos en las tres comunidades identificadas, representan las instancias comunitarias de administración de justicia indígena que existen en el país, excepto en la zona norte donde existen las rondas campesinas autónomas, es decir, que no pertenecen a una comunidad indígena (p. 41).

La Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, nos da la siguiente definición sobre Comunidades Campesinas:

Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país (art. 2).

Por otro lado, las rondas campesinas son organizaciones sociales autónomas integradas por pobladores rurales, así como las integradas por miembros de las comunidades campesinas, dentro del ámbito rural (Reglamento de la Ley D.S. 025-2003-JUS, art. 2). Las rondas tienen por característica principal el ser organizaciones autónomas, diseñadas para la protección de

derechos en tiempos de paz bajo principios democráticos en su funcionamiento (Prescott Costa, 2014).

Al respecto el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, menciona que los integrantes de las Rondas Campesinas cumplen, en principio, el requisito de pertenecer a un grupo cultural y étnico particularizado. En efecto, desde la perspectiva subjetiva, tienen conciencia étnica o identidad cultural: afirman rasgos comunes y se diferencian de otros grupos humanos –sienten que su comportamiento se acomoda al sistema de valores y a los normas de su grupo social, su conducta observable reflejan necesidad de identidad y de pertenencia-; así, incluso, se autodefinen como herederos de los Ayllus (pueblo inca) y como parte de los pueblos indígenas.

Las comunidades nativas por su parte tienen origen en los grupos tribales de la selva y ceja de selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto; características culturales y sociales; y tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio con asentamiento nucleado o disperso (¿Qué son las Comunidades Nativas? – Manual de Legislación Ambiental, parr. 7).

La justicia Comunal está recogida constitucionalmente en el Perú en el art. 149° de nuestra Constitución, el cual reconoce la atribución de ejercer funciones jurisdiccionales a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas. Esto significa que mediante esta norma se está estableciendo una nueva jurisdicción “especial”. En consecuencia, como instancia jurisdiccional, sus decisiones constituyen cosa juzgada y no son revisables por alguna de las otras (Yrigoyen Fajardo, 1995).

“Artículo 149°. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

Sin embargo, cabe señalar que el art. 149°, denota una colisión entre la justicia comunal y el principio de unidad y exclusividad de la jurisdicción, debido a que el art. 138° de nuestra carta magna establece lo siguiente: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce

por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. ” Asimismo el art. 139° señala los principios y derechos de la función jurisdiccional, en la cual, en su inc. 1 se establece la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

Por lo tanto, se puede desprender de ello que la justicia comunal constituye una excepción al principio de unidad y exclusividad de la jurisdicción por parte del Poder Judicial cuando señalan que el artículo 149° de la Constitución permite el ejercicio de la función jurisdiccional por un órgano u organización judicial distintos al poder judicial, limitándose el principio de unidad y exclusividad del Poder Judicial para dicha función consagrado en el art. 139, inciso 1 (Bernaes, 1996).

Sin embargo, al encontrarse regulado esta jurisdicción especial de las comunidades campesinas e indígenas en la Constitución Política del Perú, no cabe duda que las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas tienen facultad de impartir justicia. Cabe preguntarse si también las rondas campesinas cuentan con facultades jurisdiccionales. Para ello cabe analizar el Convenio 169 de la OIT la cual en su artículo 1° establece lo siguiente:

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que,

cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

De acuerdo a lo afirmado por Yrigoyen Fajardo (1995), el problema surge en identificar si este Convenio es aplicable también a las rondas campesinas o no. Sin embargo, dicha discusión ha quedado zanjada con la promulgación de la Ley 27908 (Ley de Rondas Campesinas), la cual en su artículo 1º establece que “Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca”. Luego de la expedición de la ley antes mencionada, resulta irrelevante legalmente como señala Raquel Yrigoyen, si las rondas son o no organizaciones indígenas.

El fuero indígena es el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa, lo cual se debe en buena medida a la gran diversidad de sistemas de resolución de conflictos por el amplio número de comunidades indígenas y a que los parámetros de convivencia en dichas comunidades se basen en concepciones distintas, que generalmente hacen referencia al “ser” más que al “deber ser”, apoyados en una concepción integradora entre el hombre y la naturaleza y con un fuerte vínculo con el sistema de creencias mágico-religiosas.

Es importante mencionar que en los pueblos indígenas no conciben al individuo sino a la comunidad en general. Para los indígenas se torna conflictivo, culturalmente hablando, la separación de los derechos de los individuos y de la comunidad de la cual forman parte. Por ello,

cuando se afectan los derechos de las personas indígenas es imposible no afectar a la integridad de la comunidad. A modo de ejemplo, un robo, un acto de abigeato, constituyen un hecho que no sólo atenta contra el propietario de un bien o un ganado, sino contra toda la comunidad, por haber quebrado o interrumpido la paz social que caracteriza sus vidas. De ello se desprende que para las comunidades indígenas, la fuente de su derecho, de su sistema normativo, son dos: el territorio y la comunidad. Una agresión o un no reconocimiento a estos dos elementos, dan origen al conflicto, ya sea si esta agresión que provienen de personas dentro de la comunidad o no (Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos, 2012).

3. Facultades sancionadoras de las autoridades de las comunidades indígenas

El hecho de que existan facultades sancionadoras de las autoridades de las comunidades indígenas, implica un Derecho Penal Indígena que contará con un sistema punitivo especial.

En efecto, según Borja Jiménez (2014), “existen una gran variedad de pueblos indígenas no solo en el Perú sino también alrededor de todo Latinoamérica, en muchos de ellos se puede encontrar un conjunto normativo que reprueba y considera como muy graves determinados comportamientos humanos que en el derecho occidental se denominan delitos” (p. 103).

Para hablar de un sistema sancionador, debemos tener presente la existencia de un proceso formal para determinar la culpabilidad o inocencia de algún implicado o implicados. Sin embargo, en este caso las personas en quienes recaen facultades sancionadoras no son jueces estatales de carrera. Por lo tanto, estas personas solo podrán ejercer una jurisdicción propia dentro del ámbito territorial de la comunidad y tendrán reconocida la potestad de dirimir conflictos y sus decisiones suelen ser acatados por todos los miembros de la comunidad. Este conjunto normativo no siempre se encuentra escrito, ya que las reglas de derecho proceden de la costumbre, de la tradición. Es aquí donde surgen conflictos con el derecho occidental, sobretodo en el marco de materia penal debido a que la fuente de creación de delitos y penas es la ley como instrumento normativo a diferencia de las comunidades indígenas en donde las reglas jurídicas proceden del derecho consuetudinario.

Las autoridades con facultades sancionadoras son conocidas también como autoridades tradicionales quienes son un elemento central de la Gobernanza indígena. Muchas sociedades indígenas amazónicas, a pesar de no haber tenido instancias centralizadas de poder político, han

basado su organización social en las relaciones de parentesco, tanto de consanguinidad como de afinidad, incluso en la actualidad, las comunidades indígenas continúan basando su organización en lazos de parentesco.

De acuerdo a la Jurisprudencia Penal de la Corte Superior (2006-2008) las comunidades campesinas tienen funciones jurisdiccionales y son ejercidas por las rondas campesinas en función al Reglamento y al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Las rondas campesinas son la organización campesina, son la autoridad, rondas puras, siempre y cuando estas no violen los derechos fundamentales. (a) Los miembros de las comunidades campesinas tienen la facultad de aprehender a un delincuente en flagrancia de delito. (b) Los miembros de las comunidades campesinas que aprehenden a un delincuente que no se encuentra en flagrancia delictiva, pero actúan por mandato de la comunidad campesina, no cometen delito; y, (c) Los miembros de las comunidades campesinas que aprehenden a un delincuente que no se encuentra en flagrancia delictiva y que no actúan por mandato de la comunidad campesina, si cometen delito (Dialogo con la Jurisprudencia, p. 641).

En el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, en el numeral 2 se mencionan los alcances de la jurisdicción especial comunal-rondera la cual establece que hay un primer nivel de análisis que debe realizarse cuando se discute en sede penal una imputación contra integrantes de Rondas Campesinas por la presunta comisión de un hecho punible con ocasión de su actuación como rondero consiste en establecer si resulta de aplicación el artículo 149° de la Constitución, es decir, si es de aplicación el denominado, fuero especial comunal”, en tanto en cuanto el reconocimiento de una jurisdicción especial constituye un límite objetivo a la jurisdicción penal ordinaria. Establece que se debe identificar los siguientes elementos que comporta la jurisdicción especial comunal-ronderil:

- a. Elemento humano. Existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural. Como ha quedado expuesto en los párrafos anteriores, las Rondas Campesinas tienen este atributo socio cultural.
- b. Elemento orgánico. Existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades. Las Rondas Campesinas, precisamente, es esa organización comunal que, entre otras múltiples funciones, asume funciones

jurisdiccionales para la solución de los conflictos. Ellas cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social.

- c. Elemento normativo. Existencia de un sistema jurídico propio, de un derecho consuetudinario que comprenda normas tradicionales tanto materiales cuanto procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las Rondas Campesinas. Esas normas, en todo caso y como perspectiva central de su aceptabilidad jurídica, han de tener como fundamento y límite la protección de la cultura comunitaria, asegurar su mantenimiento y prevenir las amenazas a su supervivencia.
- d. Elemento geográfico. Las funciones jurisdiccionales, que determinan la aplicación de la norma tradicional, se ejercen dentro del ámbito territorial de la respectiva Ronda Campesina. El lugar de comisión del hecho, determinante de la aplicación de la norma tradicional, es esencial para el reconocimiento constitucional de la respectiva función jurisdiccional de la Ronda Campesina: las conductas juzgadas han de ocurrir en el territorio de ésta

A estos elementos se une el denominado factor de congruencia. El derecho consuetudinario que debe aplicar las Rondas Campesinas no puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Se trata de una condición de legitimidad y límite material para el ejercicio de la función jurisdiccional especial comunal-ronderil.

El segundo, el factor de congruencia, exige que la actuación de las Rondas Campesinas, basadas en su derecho consuetudinario, no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales –se trata de aquellos derechos fundamentales en los que existe suficiente consenso intercultural-, entendiendo por tales, como pauta general, los derechos fundamentales que no pueden derogarse ni siquiera en situaciones de máximo conflicto o estados de excepción (Acuerdo Plenario n.º 1-2009/CJ-116, sobre rondas campesinas y derecho Penal).

Entre los derechos fundamentales de primer orden, inderogables, es de citar, enunciativamente, la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas –bajo la noción básica de „previsibilidad“ para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural. Estos derechos, en todo caso, han de ser

interpretados, desde luego, de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las Rondas Campesinas en donde operan y tienen vigencia.

4. Error de comprensión culturalmente condicionado

Castillo Dávila (2002), siguiendo a Muñoz Conde, dice:

La norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que éste puede conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones, porque si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuirse a título de culpabilidad” (p. 414).

Tal como señala Felipe Villavicencio (2009), en el artículo 15° del Código Penal se pueden distinguir dos tipos de modalidades de condicionamientos: El *primero* se da cuando el sujeto por su cultura comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión o cuando su capacidad de comprensión se encuentra disminuida y *segundo*, cuando el sujeto por su costumbre comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión o cuando su capacidad de comprensión se encuentra disminuida. Por lo tanto, en el primer supuesto nos encontraríamos ante el “*error de comprensión culturalmente condicionado*”, mientras que en el segundo correspondería a la llamada “*conciencia disidente*”. Para este segundo supuesto sólo se podrá disminuir la sanción más no eximir de responsabilidad y la diferencia surge en el uso de los términos *cultura* y *costumbre*, pues este último señalaría que la capacidad de comprensión se haya solamente disminuida, mientras que el primero indicaría que “quien por su cultura no puede comprender que su actuar constituye delito y por esta razón en el primer supuesto si se excluiría de responsabilidad penal.

Zaffaroni (1988) afirma que el error de comprensión es la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente. Esto se da debido a que el sujeto se ha desarrollado en una cultura distinta y por lo tanto ha adoptado ciertos patrones de conducta y los valores de su comunidad.

Nuestro sistema penal exige que el agente conozca que su conducta contradice los requerimientos del ordenamiento jurídico, que su accionar se halle prohibido jurídicamente, y tal conocimiento no precisa de conciencia estricta del precepto prohibitivo, sino debe atenderse al conocimiento que tiene “el hombre medio” (Peña Cabrera, 2010). El conocimiento de lo injusto es el elemento principal y el que le da la razón de ser a la teoría de la culpabilidad: la atribución que supone la culpabilidad sólo tiene sentido frente a quien conoce que su actuación es prohibida. Siendo así, sin la conciencia de lo injusto, el comportamiento del sujeto carece de culpabilidad (Castillo Dávila, 2009).

Por lo tanto, siguiendo el marco establecido de los elementos del delito, los cuales son la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, de no cumplirse uno de ellos no podría configurarse un delito, es así que siguiendo lo dicho por Muñoz Conde y Castillo Dávila, el desconocimiento de las prohibiciones en el hacer del sujeto nos llevaría a la ineficacia de uno de los elementos del delito, la culpabilidad ya que elimina el conocimiento de la antijuricidad. Sin embargo, cabe resaltar que este desconocimiento debe ser en gran magnitud, ya que el hecho de incurrir en un delito constituye un mal y el ser humano por su propia naturaleza diferencia entre lo que es bueno y malo; en donde entraría a tallar las costumbres de las comunidades indígenas donde algún acto considerado ilícito para el derecho occidental no lo sea para estas comunidades. Es por ello, que muchos miembros de estas comunidades actuando dentro de los parámetros permitidos dentro de la comunidad podrían incurrir en ilícitos sin tener conocimiento de ello.

Para que se pueda calificar el error de comprensión culturalmente condicionado, deben presentarse determinados presupuestos. En primer lugar, se debe tener en cuenta el hecho de que sea miembro de una comunidad nativa o campesina y que por su cultura o costumbre no pueda comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, pero básicamente se debe analizar cada caso concreto para establecer si efectivamente se trata de un error de comprensión culturalmente condicionado, que dé lugar a su inculpabilidad. También se podrá tener en cuenta a aquellas personas que se hayan integrado a la comunidad y actúan de buena fe. Se debe precisar las diferentes normas consuetudinarias que rigen las relaciones en esa comunidad e igualmente las normas morales que han sido internalizadas por los integrantes del grupo cultural.

4.1. Pertener a una comunidad nativa o campesina

La población indígena, bajo los parámetros que establece el Convenio 169 de la OIT, no se limita a los integrantes de una Comunidad Nativa o Campesina. Por ejemplo el caso de Rondas Campesinas de Cajamarca o de Huaraz, o un Pueblo Indígena en situación de Aislamiento o de Contacto Inicial, a los cuales se les podría aplicar el Error de comprensión culturalmente condicionado. En tal sentido resulta necesario adoptar este punto con algunas observaciones.

4.2. Que la cultura o costumbre afecte la comprensión del carácter delictuoso del acto o la posibilidad de determinarse de acuerdo a esa comprensión

Debe tenerse claro que el error de comprensión culturalmente condicionado no es una forma de error de tipo (que afecta la tipicidad) ni de prohibición (que afecta la antijuricidad), sino una de carácter distinto que el error que afecta la culpabilidad.

La situación se presenta debido al condicionamiento cultural del ciudadano en la cual se le dificulta comprender que con determinado accionar estaría incurriendo en un delito. El ciudadano puede conocer que se trata de un acto reñido con cierta idea de ordenamiento, pero no llega a comprender cabalmente la ilicitud del mismo.

4.3. Se podría incluir a personas externas a la comunidad que se hayan integrado a ella y actúen de buena fe

Este presupuesto constituye uno de los aspectos más cuestionables, en tanto puede llevar a un conjunto de abusos por personas externas a la comunidad que mal utilicen las prácticas y costumbres de aquellas comunidades. Por ejemplo, en muchas comunidades se dan los casos de profesores que, abusando de la costumbre de ciertas comunidades respecto al inicio de la actividad sexual, hayan mantenido relaciones indebidas con adolescentes. Es evidente que ello no significa actuar de buena fe, pero dicho aspecto podría ser menos claro en otras ocasiones.

4.4. Se requiere precisar las normas consuetudinarias y las costumbres de la comunidad

Este presupuesto implica no solo pertenecer a una comunidad o ser un ciudadano indígena. Se requiere además que la conducta o condicionamiento cultural sea aceptado por el conjunto de la comunidad, es decir, que exista una validez jurídica, desde el derecho consuetudinario, para esta conducta, ya que de no ser así no podría ser protegida por el error de comprensión culturalmente condicionado.

En términos generales, el error de comprensión culturalmente condicionado es un error invencible de prohibición, por lo tanto, no habrá imputación personal y en consecuencia, se eximirá de responsabilidad penal y de la aplicación de una consecuencia jurídica al sujeto (pena o medida de seguridad) (Villavicencio, 2009)

5. La interpretación intercultural

En lo que respecta a la interpretación intercultural, tiene por finalidad ponderar los derechos establecidos en la Constitución, instrumentos internacionales y el derecho consuetudinario por lo que se contará con la intervención de miembros de los grupos o ámbitos culturalmente diversos donde el juez interpretará la ley penal de modo intercultural evitando de esa manera una interpretación etnocéntrica y monocultural. Básicamente consiste en que los jueces u otros operadores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionadas con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos la servidora y el servidor de justicia buscarán el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante.

En efecto, teniendo en cuenta los principios de interculturalidad y de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, no se pueden seguir las mismas pautas de una interpretación sobre los elementos configurativos propios del modelo occidental de justicia (sentencias Corte Constitucional Plurinacional Boliviana 1422/2012, 0037/2013, 0358/2013). Para ello se requiere introducir criterios de adecuación o contextualización a la hora de interpretar la ley penal.

La interpretación intercultural se basa también en el principio de igualdad ya que se deben interpretar las normas penales no solo bajo los parámetros de derecho occidental sino teniendo en cuenta la jurisdicción especial de las comunidades indígenas, donde si bien se reconocen las diferencias de los hechos, se debe reconocer la igualdad de derechos.

Es por ello que la justicia indígena no puede ser concebida bajo los fundamentos o desde el enfoque de la justicia estatal y mucho menos esperar que esta se subordine o se homologue a esta última. En este caso la justicia Estatal debe, a través de sus órganos competentes crear reglas jurisprudenciales destinadas a este propósito.

6. Aplicación del *ne bis in idem*

De acuerdo a Jimenez Mostazo (2014) “el *ne bis in idem* debe ser entendido tanto como un Principio General del Derecho y como un Principio Procesal. En el primer caso, su aplicación impide que una persona sea sancionada o castigada dos veces por la misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la denominada vertiente material” (p. 321-322); en el segundo caso, se refiere a que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere no dos procesos con el mismo objeto; asimismo, esta vertiente impide no sólo la dualidad de procedimientos -administrativo y penal-, sino el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos ordenes jurídicos como consecuencia de los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada.

Por lo tanto, se desprende de ello que el *ne bis in idem* viene a ser el derecho que tiene toda persona a no ser procesada ni sancionada dos o más veces por los mismos hechos.

A pesar de que el principio del *ne bis in idem* no se encuentra consagrada expresamente en la Constitución, se puede encontrar un contenido que guarda relación con este principio en el art. 139° inc. 13 de la Constitución el cual señala: “*La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada...*”. En la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone, en su artículo 8° inciso 4 que “*el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido nuevamente a juicio por los mismos hechos*” y además en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos establece, en su artículo 14° inciso 7 que “*nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto en virtud de una sentencia firme y respetuosa de la ley de procedimiento penal de cada país*”.

En nuestro ordenamiento jurídico Penal, el Principio del *Ne bis in idem* se encuentra recogido tanto en nuestro Código Penal como en el Nuevo Código Procesal Penal de julio del 2004. El artículo 90° del Código Penal señala que “*Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente*”. Asimismo, en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que “*Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo...*”.

En lo que respecta al tema en concreto, nos importa ver si aquellos casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán o tienen que ser consideradas para este efecto, es decir, si adquieren calidad de cosa juzgada y no puede ser objeto de procesos distintos, de igual forma cuando casos resueltos bajo la jurisdicción ordinaria pretenden juzgarse bajo la jurisdicción especial de alguna comunidad indígena. Al ser la jurisdicción indígena una jurisdicción especial reconocida por la Constitución considero que una vez resuelta una controversia bajo esa jurisdicción, está adquiere calidad de cosa Juzgada.

Art. 149° de la Constitución Política del Perú: Las autoridades de las comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Teniendo en cuenta que nuestra carta política reconoce esta jurisdicción especial como tal, no debe dejarse de lado que establece un límite ya que estas no deben violar los derechos fundamentales de la persona.

Debe tenerse en cuenta el lugar de comisión del acto ilícito ya que la jurisdicción especial es aplicable dentro del territorio de la comunidad indígena donde se aplica, es así que en una sentencia colombiana establece lo siguiente: *No obstante*, conforme la Sentencia T-728 de la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia (2002):

En aplicación de una interpretación garantista, basada en criterios de justicia material que tengan una base distinta a la mera formalidad, la jurisprudencia constitucional señala que, no basta con que el delito se cometa fuera de la comunidad para que se niegue el derecho a ser juzgado por la jurisdicción especial indígena. Es decir, cuando no se encuentra cumplido el requisito geográfico, corresponde al juez analizar “la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos.

En los casos en el que el delito se comete fuera del territorio de la comunidad, la jurisprudencia constitucional exige, para que se reconozca el derecho a ser juzgado por la jurisdicción especial indígena, que se tenga en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos. No es dable reconocerle a la actora el derecho al fuero indígena, con base exclusiva en el factor personal, pues al ser capaz de entender los valores de la conducta recriminada, no resulta inconveniente juzgarla de acuerdo con el sistema jurídico nacional.

7. Diversidad cultural y justicia indígena en el proyecto de nuevo código penal de 2015

En el Proyecto de Nuevo Código Penal de 2015 se establece un Capítulo independiente respecto al tema de Diversidad Cultural y Jurisdicción Espacial, la cual se divide en 3 artículos (arts. 14, 15, 16, 17 y 18). El Código Penal de 1991 regulaba solamente el error de comprensión culturalmente condicionado en el art. 15, el cual se encuentra regulado en el art. 18 del Proyecto de Código penal de 2015.

En el Proyecto de Código Penal se hace mención a la Jurisdicción especial (art. 14), en la cual se establece que la ley penal no podrá ser aplicable cuando las autoridades de las comunidades indígenas, sean Campesinas o Nativas, ejerzan jurisdicción especial de conformidad con el art. 149 de la Constitución Política. Sin embargo, el ejercicio de esta jurisdicción no podrá

contravenir los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política y en los Tratados de los cuales el Perú es parte.

El Proyecto también establece facultad sancionadora (art. 15), la cual concede la facultad a las autoridades de las comunidades indígenas poder sancionar comportamientos de sus integrantes en Aplicación del Derecho Consuetudinario, siempre y cuando no sean discriminatorios o atenten contra la dignidad humana y que no se constituyan tortura o tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Otra implementación es la aplicación del ne bis in ídem (art.16) el cual establece que los miembros de las comunidades indígenas no pueden ser juzgados ni sancionados por la justicia penal ni administrativa, cuando previamente hayan sido sancionados por las autoridades de la jurisdicción especial.

En relación al art. 17 (Interpretación intercultural), resulta necesario interpretar una norma penal de manera intercultural cuando la situación lo amerite, con la finalidad de no vulnerar el principio de igualdad. Por ello, para su adecuada implementación, los jueces y demás operadores del derecho deberán incorporar competencias interculturales en su trabajo de interpretación jurídica que les permitan alcanzar el objetivo detrás de la propuesta. Por lo tanto, la justicia Estatal debe, a través de sus órganos competentes crear reglas jurisprudenciales destinadas a este propósito.

Capítulo III: *FUNCIONARIOS PÚBLICOS*

Por: Nelson Saúl Tasayco Arias

FUNCIONARIOS PÚBLICOS

PUBLIC WORKERS

Por: Nelson Saúl Tasayco Arias*

Nelson_tasayco@usmp.pe

* Alumno del X ciclo de la especialidad de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

Resumen

El Nuevo Proyecto de Código Penal de 2015 busca ampliar el marco de clasificación que establecía el Código Penal de 1991 respecto a quienes deben ser considerados funcionarios públicos; es así que, en el presente trabajo desarrollaremos las distintas definiciones que se le da al funcionario público, sus características y la labor que desempeñan, es decir, la función pública.

Asimismo, desarrollaremos el tema respectivo a la duplicidad del plazo de prescripción para los delitos cometidos por funcionarios públicos que afecten el patrimonio del Estado, teniendo en cuenta que, existen proyectos que buscan la imprescriptibilidad de estos delitos.

Abstract

The new draft Penal Code of 2015 seeks to expand the classification framework establishing the Penal Code of 1991 regarding who should be considered civil servants ; Thus , in this paper we develop the different definitions given to public officials , their characteristics and the work they perform , that is, the civil service.

Also, we will develop the respective item duplication of the limitation period for offenses committed by public officials affect the patrimony of the state, considering that there are projects that seek the applicability of these crimes.

Palabras clave: Función pública, entidades, funcionarios públicos, funcionarios del Estado, administración pública, servidor público, código penal de 2015, proyecto de ley, Estado.

Keywords: Civil service, institutions, public officials, civil servants, public administration, public servant, 2015 penal code, State.

Sumilla: 1. La Función Pública. 1.2. Naturaleza Jurídica de la Función Pública. 1.3. Características de la Función Pública. 1.4. Funcionario Público. 1.5. Clases de Funcionarios. 1.6.

Servidor Público. 1.7. El funcionario público en el Proyecto de Código Penal de 2015. 1.8. Duplicación del plazo de prescripción en los delitos cometidos por funcionarios o servidores contra el patrimonio del estado.

1. La función pública

El Estado realiza diversas actividades a través de sus órganos con la finalidad de lograr sus fines, las cuales beneficiaran a la sociedad y sus intereses en conjunto. Es esta actividad a la que se le denomina función pública.

Señala Rojas Vargas (1998): “La función pública, como institución de derecho público, es un conjunto de actividades de contenido jurídico con destinatarios definidos, es decir, legalmente previstas, reguladas normativamente, asignadas en su planeación y cumplimiento a determinadas personas y órganos e identificadas con los fines de las administraciones públicas y por lo mismo del Estado en sentido amplio (p. 21).

El comité jurídico Interamericano de la OEA establece que “función pública” es toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado, o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (Villar Narro, 2014).

La idea de función, hace referencia a la realización de actividades y si estas actividades guardan relación con la actividad desempeñada por el Estado y sus diferentes órganos, estaríamos hablando de una función pública. Por lo tanto, si se entiende a la función pública como el ejercicio de las atribuciones esenciales del Estado y estas funciones son realizadas a través de personas jurídicas o empleados públicos cuya función desempeñada guarda relación con la acción y finalidades que busca el Estado, esto justificaría la creación de normas especiales que regulen su responsabilidad.

La Convención Interamericana contra la corrupción (CICC) ratificada por el Estado peruano el 6 de abril de 1997, la cual señala en su artículo 1° lo siguiente:

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

‘Función Pública’, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria realizada por la persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

La expresión “función pública”, es sinónimo del conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación, o lo que es lo mismo función pública, es toda aquella actividad material o jurídica que directa o indirectamente le es imputable. La esencial es la titularidad de la actividad o función, siendo por el contrario un dato accidental la forma concreta de gestión a través de la cual éste se desempeña.

Para lograr su finalidad, el Estado se vale o se apoya en trabajadores públicos (servidores o funcionarios públicos), los cuales desempeñaran sus cargos basados en los principios de eficacia social, compromiso y participación.

Ortecho Villena (1992), nos dice que: “la función pública se trata de la actividad que realizan los funcionarios del Estado dentro del marco de las normas legales y reglamentarias correspondientes y con el propósito de manejar el aparato estatal para el cumplimiento de sus fines, ofreciendo básicamente el servicio público que requiere la población” (p. 11).

1.2. Naturaleza jurídica de la función pública

La naturaleza jurídica de la función pública se basa en la relación jurídica que existe entre el Estado y el servidor público o funcionario público. Entre ambos existirá una relación de orden jurídico debido a que estará establecida por el Derecho.

La esfera jurídica en donde debe ubicarse esta relación es el Derecho Privado y el Derecho Público. Por lo tanto, a decir de Rojas Vargas (1998), la función Pública y el concepto de funcionario público son vistos hoy desde las siguientes perspectivas:

- a) Concepción material de destino o teleológico: Existirá función Pública siempre y cuando las actividades realizadas o por realizar estén destinadas a un interés colectivo o un bien común.

b) Concepción legal-formal: La función pública o privada se dará de acuerdo al régimen jurídico que regula la actividad de la entidad que genera la función. Así, si las instituciones son de carácter público pero se hallan sujetas al régimen jurídico de las sociedades privadas, tales entidades desarrollarán función privada.

c) Concepción mixta o ecléctica: Existirá función pública cuando las actividades con destino social o de interés colectivo son realizadas por agentes de naturaleza jurídica estatal o pública (p. 24).

Para el derecho penal, a pesar de que el Estado tenga una orientación empresarial, donde las empresas de carácter público se encuentran adscritas a regímenes de sociedades privadas, continúan teniendo interés para el derecho penal debido a que estas entidades administran patrimonio público y se haya bajo un régimen estatal.

Sin embargo, la función pública atañe al derecho público ya que es el Estado quien ejerce la potestad de vincular personas naturales o jurídicas para que ejerzan funciones públicas atribuibles al Estado y de esta manera poder alcanzar sus fines.

Por lo tanto, existirá un vínculo laboral en la relación jurídica que existe entre el Estado y sus servidores o funcionarios Públicos con la finalidad de que estos últimos presten servicios al Estado y para ello tendrán que adherirse a una norma o régimen estatutario.

1.3. Características de la función pública

Entre las características de la función Pública podemos mencionar las siguientes:

a) Las actividades realizadas están destinadas al servicio de la Nación, es decir, contiene intereses colectivos.

b) La función Pública recae sobre personas físicas (funcionarios públicos), bajo delimitadas y estrictas formalidades que le dan legitimidad. Este ejercicio puede derivarse también de elección popular.

- c) La actividad realizada está relacionado con fines constitucionales o legalmente previstos, por lo que no existirá función pública al margen de la ley.
- d) La función pública no se restringe al exclusivo ámbito administrativo-ejecutivo, sino que compromete a la totalidad de los asuntos estatales, por lo tanto no podrá mantenerse ajena a estos asuntos.
- e) La función pública es continúa, permanente e institucional. Sin embargo no puede excluirse la existencia de funciones temporales, ya que existen funcionarios públicos que son designados para realizar determinada actividad (funcionarios de empleo), es decir, esta actividad se realizará por determinado tiempo y una vez que culmine ese periodo terminara su función pública.
- f) La función Pública plantea una serie de derechos y deberes que serán atribuibles a los funcionarios públicos.
- g) El ejercicio de la función pública denota noción penal de función pública.

1.4. Funcionario público

El funcionario público es aquella persona física que presta sus servicios al Estado y por ello se encuentra ligada a ella. Como señala Bielsa (1985):

Bajo el influjo de una concepción amplia, “funcionario público” es todo aquel que, en virtud de designación especial y legal, y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando éste se dirige a la realización de un fin público (p. 40).

En el caso de los funcionarios públicos para efectos del derecho penal, estos deben tener la calidad de funcionarios o servidores públicos; pero no en la medida del derecho administrativo sino de acuerdo con el art. 425° del código penal (código penal de 1991). si bien guardan cierta semejanza, las definiciones no son idénticas, ya que como la tarea del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, su concepto tendrá que estar vinculado con el bien jurídico

“funcionamiento de la administración pública” en ese sentido será considerado “funcionario público” todo aquél que tenga una posición especial en relación con tal funcionamiento.

El funcionario actúa naturalmente por el estado; sea representándolo; sea por una delegación de facultades que el propio estado realiza, a los fines de que lleve a cabo la misión que se le encomienda en una determinada área.

El artículo 2° de la convención de las naciones unidas contra la corrupción, ratificada por el estado peruano el 16 de noviembre de 2004, señala lo siguiente: para los efectos de la presente convención: por “funcionario público” se entenderá:

i) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;

ii) Toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese estado parte;

iii) Toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un estado parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo ii de la presente convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese estado parte.

Así también podemos encontrar una definición sobre funcionario público de otros estados o de organismos internacionales y para ello la convención de las naciones unidas contra la corrupción ha dado la siguiente definición:

Por funcionario público extranjero se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso

para un organismo público o una empresa pública (art. 2, inc. B de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción).

“Por funcionario de una organización internacional pública se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre” (art. 2, inc. C de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción).

Para determinar la responsabilidad de un funcionario sea este nacional o de un organismo internacional, es necesario identificar primero al sujeto y determinar si es responsable de un conjunto de funciones y/o atribuciones propios del cargo de funcionario o servidor público.

1.5. Clases de funcionarios

El artículo 425° del Código Penal de 1991 no hace mayores distinciones con respecto a quienes son considerados funcionarios o servidores públicos.

Al respecto Rojas Vargas (1998), habla de funcionarios de autoridad, de procuración y de gestión, para referirse con la primera clasificación a los de mayor nivel en la jerarquía del funcionariado público y que debido a ello poseen facultades de <<imperium>> o mando sobre los demás, por otro lado los funcionarios de procuración a los que representan al Estado y a sus diversos órganos en defensa de sus intereses. Los funcionarios de administración son aquellos que desempeñan una labor de gerencia o dirigen técnicamente y se hallan repartidos en todas las instancias del Estado.

Existe otro tipo de clasificación, entre funcionarios de carrera y de empleo (o contratación), en donde los primeros guardan un vínculo estatutario con la Administración Pública y gozan de los derechos y privilegios legales, es decir, poseen una titulación que los reconoce como tales; mientras que los funcionarios de empleo son contratados por determinado tiempo, es decir, son generalmente eventuales e interinos o suplentes y por lo general no gozan de vacaciones, previsión social, etc.

Otra clasificación, vendría a ser la de funcionarios políticos (los electos por votaciones populares: Mandatarios, Vice presidentes, Congresistas, Alcaldes, Presidentes de Región, etc.); funcionarios de confianza política o técnica los cuales cubren puestos de gran importancia (Vice Ministros, Directores, Generales, Secretarios de Estado, Secretarios generales, Administradores, etc.); los interinos (quienes cubren plazas temporalmente o hasta que desaparezca la causa que le dio origen), es decir, debe existir una causa, que amerite la implementación de una plaza y se asigne a un encargado (funcionario) que ocupe dicha plaza; los accesitarios, quienes por disposición legal cubrirán puestos a la muerte o vacancia de los titulares.

Existen los funcionarios que pertenecen a un régimen jurídico administrativo respecto a la carrera que pertenecen y tenemos a los militares, policías, Magistrados Judiciales y fiscales.

A estas clasificaciones se pueden sumar otra que diferencia entre funcionarios de iure y funcionarios de facto, se puede entender por funcionario de iure a aquel que se encuentra investido legítimamente de tal calidad y por otro lado al funcionario de facto que adolece de deficiencias o irregularidades en el título que sustenta la calidad de funcionario público. Estas irregularidades pueden ser de nacimiento o sobrevenida. En el primer caso debido a la no observancia de los requisitos legales exigidos para el cargo suscitada en circunstancias de buena fe; en el segundo caso, se puede dar a consecuencia de cese, destitución, terminación o abandono del cargo (Rojas Vargas, 1998).

Lo que fundamenta la irregularidad sobrevenida en el caso de terminación del cargo, es que habiendo culminado el plazo en que el funcionario se desempeñaba como tal, este continúa ejerciendo dichas funciones, lo cual lo convierte en funcionario de facto, o yéndonos al extremo en un usurpador del cargo.

Usualmente en el Perú, estos funcionarios de facto son tolerados o propiciados por los gobiernos, ya sea en situaciones difíciles, en estado de necesidad o por fines netamente políticos irregulares. Sin embargo, para el derecho penal el hecho de ser funcionario de facto o de derecho no trae como consecuencia ninguna distinción en el trato punitivo, ya que en el derecho penal se maneja un criterio amplio y abierto de funcionario.

En el caso del usurpador se presentan tres presupuestos: a) Cuando cesan las funciones que se le habían delegado al funcionario público y sin que existe justificación legal, administrativa o de

estado de necesidad, continúa ejerciendo el cargo; b) Cuando por vía de hecho un particular allegado o no a las autoridades o funcionarios ejerce o controla el ejercicio de las funciones públicas, sin poseer vinculación alguna con la administración pública; y c) Cuando un particular accede al cargo violentando las formalidades, en situaciones de conmoción política o social o ante la ausencia de autoridad o funcionario.

1.6. Servidor público

De acuerdo a Bacacorzo (1997): “Servidor público” tiene en nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase “empleado público” (p. 399). Atendiendo a la finalidad abstracta de la función (entendida esta como la concreción objetiva de los planes o lineamiento del estado) se tiene que, tanto el funcionario y el servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, según la opinión mayoritaria, existen diferencias y están en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él pero no expresa su voluntad. Las diferencias entre funcionario público y servidor público las estableceremos más adelante.

En el artículo 4º, inciso 3 de La ley marco del empleo Público (Ley N° 28175), se establece la siguiente clasificación de servidor público:

a) Directivo superior.- El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno.

A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional. Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley.

b) Ejecutivo.- El que desarrolla funciones administrativas, entiéndase por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutorias, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional.

c) Especialista.- El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional.

d) De apoyo.- El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conforman un grupo ocupacional.

1.7.El funcionario público en el proyecto de código penal de 2015

En el Proyecto de Código Penal de 2015, a diferencia del Código Penal de 1991, se hace una precisión respecto a los conceptos de funcionarios y servidores públicos, es así que en el art. 19 se señala que para efectos de la ley penal son funcionarios o servidores públicos:

1. Los comprendidos en la carrera administrativa;
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular;
3. Los que independientemente del régimen laboral en que se encuentren, mantienen vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con Entidades u Organismos del Estado y que en virtud de ello ejercen funciones en dichas entidades u organismos;
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares;
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional;

6. Los señalados en los numerales anteriores, con independencia de su ubicación jerárquica, remuneración, antigüedad y estabilidad en el cargo, incluidos los que han sido designados, electos, proclamados o nombrados para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o de sus entidades;
7. Los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado;
8. Los que expresamente están señalados en los tipos penales;
9. Los funcionarios o servidores públicos de otros Estados o de organismos internacionales. En estos casos, la ley peruana se aplica cuando no proceda la inmunidad.
10. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Como es de verse, el Proyecto de Nuevo Código Penal de 2015 incorpora un Capítulo donde hace referencia a quienes son considerados funcionarios o servidores públicos a diferencia del Código Penal de 1991 que regulaba la calidad de funcionarios o servidores públicos en el art. 425° el cual no daba una clasificación tan precisa como lo da el Proyecto de Nuevo Código Penal que extiende la calidad de funcionario público. Al respecto este proyecto incorpora al funcionario o servidor público en función al tipo penal (inc. 8) y funcionario o servidor público de otros Estados o de organismos internacionales (inc. 9) y como novedad se incorpora la posibilidad de imputación penal para los funcionarios o servidores públicos de otros Estados o de organismos Internacionales.

Si bien en el Proyecto no se da una definición expresa de funcionario público, sino más bien una clasificación de funcionarios o servidores públicos para efectos del derecho penal, podemos tomar la definición establecida por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (México, noviembre 2003), la cual establece una definición concreta de funcionario público y

además hace referencia al funcionario público extranjero o de organización internacional pública, las cuales se han mencionado líneas arriba.

1.8. Duplicación del plazo de prescripción en los delitos cometidos por funcionarios o servidores contra el patrimonio del estado

La duplicidad del plazo de prescripción en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado, procede cuando estas guardan relación o existan una vinculación funcional de administración, percepción o custodia.

La duplicidad del plazo de prescripción en este tipo de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos en agravio del Estado se aplica recién con la vigencia de la Ley N° 26314 del 28 de mayo de 1994, el cual modifica el artículo 80° del Código Penal y se agrega el párrafo que duplica el plazo de prescripción de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos, contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste. Modificación que concuerda con el último párrafo del artículo 41, de la constitución política del Estado. Es así que nuestra Constitución señala expresamente lo siguiente:

Artículo 41°: “Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que existe una limitación al momento de aplicarse la duplicidad de la prescripción de este tipo de delitos, ya que esta duplicidad se aplica con la finalidad de proteger el patrimonio del Estado, ya que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo 41° que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplique en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos.

Es por ello que es necesario resaltar que no todos los delitos contenidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de la prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisonal, y otros, desvinculados totalmente de la afectación el patrimonio del Estado como tal y excluidos (Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, inc. 14 del literal B).

En el del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 referente al tema de prescripción se señala que el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres fundamentos concretos:

- A. Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito – funcionario o servidor público – y el patrimonio del Estado.
- B. El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.
- C. Puede servir también como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una

disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.

Asimismo en dicho Acuerdo Plenario se afirmó lo siguiente: *“la duplica de la prescripción obedece a una mayor valoración por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacía el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa [...] el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por estos sujetos. Esto implica un mayor desvalor de la acción [...] y resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas”*.

Es necesario también destacar que los bienes los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada. En el primer caso estaríamos hablando de bienes íntegramente del Estado. En el segundo caso se refiere a bienes de Sociedades de economía mixta donde el Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto de sector público como del sector privado y se comparte la propiedad de los bienes. La tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentran en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido.

Capítulo IV: *BREVE ANÁLISIS SOBRE LA
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS
PERSONAS JURÍDICAS:
A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY DEL
NUEVO CÓDIGO PENAL DEL 2015*

Por: Magaly Elizabeth López Arenas

BREVE ANÁLISIS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS: A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL
DEL 2015

BRIEF ANALYSIS OF CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS: A PURPOSE OF
THE PERUVIAN DRAFT OF THE NEW PENAL CODE OF 2015

Por: Magaly Elizabeth López Arenas*
magaly_lopez@usmp.pe

* Alumna del IX ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

Resumen

Referirse a la responsabilidad penal de las personas jurídicas implica remitirnos al análisis de los elementos objetos de estudio en la teoría general del delito; sobre el particular existen diversas posturas, una de las cuales considera que no es posible responsabilidad penalmente a las empresas, en tanto que no poseen voluntad propia en su actuar; postura opuesta es la que apoya la idea de responsabilizar directa y penalmente a las empresas por conductas ilícitas en el desarrollo de sus actividades. ¿Será acaso que atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas a través del proyecto de Ley de nuevo Código Penal solucionará la creciente criminalidad corporativa en el Perú?

Abstract

Refer to the criminal liability of legal persons involved refer back to the analysis of the elements objects of study in the general theory of crime; in this regard there are several positions, one of which can not be considered criminally responsible companies, while not possess their own will to act; opposite stance is supporting the idea of direct and criminally responsible companies for illegal conduct in the development of their activities. Could it be to attribute criminal responsibility to legal persons throughout the draft new Penal Code Act solve the growing corporate crime in Peru?

Palabras clave: Personas jurídicas, consecuencias accesorias, responsabilidad autónoma, corrupción, derecho penal moderno, política criminal, compliance, programas de prevención, empresas, voluntad, acción, corporaciones, lavado de activos, cohecho.

Keywords: Legal persons, accessory penalties , autonomous responsibility , corruption, modern criminal law , criminal policy , compliance , prevention programs , companies will, action , corporations , money laundering , bribery.

Sumilla: 1. Introducción. 2. Consideraciones de orden dogmático. 3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el interminable conflicto entre la dogmática penal y la política criminal.

4. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el surgimiento de la necesidad de su implementación en América Latina. 5. El tratamiento de la persona jurídica en nuestro ordenamiento jurídico penal en la actualidad. 6. El contenido del Anteproyecto de Ley aprobado por la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción. 7. Análisis del Proyecto de Ley N° 3491/2013-CR. 8. El Compliance: Un novedoso programa empresarial de prevención de delitos.

1. Introducción

El Derecho penal tiene en el mundo, y específicamente en el Perú, un importante desafío: enfrentar a la creciente criminalidad económica organizada, por lo que resulta importante discutir acerca de la denominada responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Deben sancionarse penalmente a las personas jurídicas (empresas) ante un acto constitutivo de delito? Al respecto, la doctrina penal tradicional sostiene que las sanciones punibles deben afectar únicamente a las personas físicas, prevaleciendo con ello la locución latina *societas delinquere non potest*; como es sabido, este principio clásico del Derecho penal establece que la responsabilidad penal recae en el representante de la persona jurídica y, por tanto, quienes ejercen esa función deben asumir la responsabilidad por los hechos delictuosos en los que se haya incurrido en el desarrollo de la actividad de la empresa.

No obstante, entre los nuevos aspectos dogmáticos que conforman el Derecho penal moderno, existe un sector -cada vez más amplio- que considera necesario desprenderse del criterio antropocéntrico y asumir como válido el principio *societas delinquere potest*, debido al continuo avance de las actividades económicas en la sociedad.

Bajo este orden de ideas, y considerando la relativamente reciente aparición de importantes propuestas legislativas en el Perú como el Proyecto de Ley N° 3491/2013-CR, N° 3851/2014-CR y el N° 4054/2014-PE, en los cuales se contempla la incorporación y regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el presente trabajo obedece al fiel interés por conocer el acierto o desacierto por parte del legislador al proponer incorporar al ordenamiento nacional la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el programa de prevención empresarial, siendo que en esta oportunidad se analizará únicamente el contenido del Proyecto de Ley N° 3491/2013-CR, propuesto por la comisión de Justicia y Derechos Humanos

del Congreso de la República, conocido también como el proyecto de ley del nuevo Código Penal 2015.

2. Consideraciones de orden dogmático

Resulta importante conocer primero el significado que se tiene del agente objeto de la pretendida regulación por parte del legislador. Según Mario Seoane (2005), “la persona jurídica esboza a una entidad unitaria, integrada por una o varias personas que se organizan voluntariamente, en cumplimiento con las formalidades previstas en la ley para realizar determinadas actividades dirigidas a diversos objetivos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (p. 33). Debe precisarse que la persona jurídica ha asumido diferentes denominaciones con el transcurso del tiempo, tales como persona colectiva, mística, civil, moral o incorporal; siendo de mayor aceptación en países de habla hispana el término “persona jurídica”.

De acuerdo con García Caveró (2003), la creciente participación de las personas jurídicas en el tráfico jurídico patrimonial desde finales del siglo XVIII, llevó a la discusión sobre la esencia de la persona jurídica, la cual dio lugar fundamentalmente a las dos posturas más resaltantes encontradas en la dogmática jurídica:

- a. La teoría de la Ficción, planteamiento hecho por Savigny en su obra “*Traité de droit Romain*”, quien a partir de un concepto antropocéntrico vinculado a la idea de sujeto individual, negó la responsabilidad de las empresas (calificadas como una ficción) dado que éstas no están dotadas de voluntad, y que, a lo sumo, podían ser objeto de medidas de carácter civil mas no penal.
- b. Entre los siglos XIX y XX, surgió en sentido opuesto la Teoría de la Realidad sostenida por Gierke, quien en atención a las teorías organicistas del ámbito de la biología, fundamentaba teóricamente la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, teniendo en consideración que las mismas son organismos que pueden perfectamente participar en la vida social, y por tanto, tener una personalidad real, expresando su voluntad social a través de sus órganos (p. 655).

No obstante, de las referidas teorías contrarias, cada una debidamente sustentada y apoyada, se tiene que la doctrina que finalmente dominó fue la que negaba la responsabilidad de las personas jurídicas, comprimiendo su conclusión con el aforismo *societas delinquere non potest*.

3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: El interminable conflicto entre la dogmática penal y la política criminal

Existen muchos conflictos existentes entre la política criminal y la dogmática penal, uno de ellos, y el que atendiendo al tema objeto de análisis merece mencionar, es el relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Mientras desde el punto de vista de la política criminal parece no haber mayor discusión en cuanto a la necesidad de ampliar el campo de acción del derecho penal hasta las personas jurídicas, en materia de la dogmática penal esa solución choca, aparentemente de manera irremediable, contra conceptos tradicionales de la teoría del delito como los de acción y culpabilidad (Nieto Martín, 2010).

Tomando en cuenta que en algunos países esa tensión ha sido medianamente resuelta por la vía legislativa a través de la consagración legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el plano puramente teórico la polémica gira principalmente alrededor de si se debe intentar adaptar las tradicionales categorías dogmáticas de acción y culpabilidad a la figura de la persona jurídica, si aquellas deben ser reformuladas para que puedan ser aplicadas no solamente a las personas naturales sino también a las jurídicas (Reyes Alvarado, 2008).

Compartiendo lo expuesto por Nieto Martín (2010), “la ciencia jurídica se ha concentrado en analizar temas como la capacidad de acción, culpabilidad o pena de las personas jurídicas, olvidando responder interrogantes como: ¿para qué sirve esta responsabilidad?” (p. 145). Una de las críticas más razonables contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que implica con su adopción un deterioro del Derecho penal individual. Esta objeción, según el citado autor, pone sobre la pista el sentido de este tipo de responsabilidad: La responsabilidad de las personas jurídicas tiene como finalidad mejorar la eficacia del Derecho Penal y la responsabilidad individual. No quiere decir que la responsabilidad de personas jurídicas sustituya a la responsabilidad de las personas físicas, sino que distintamente a ello, con su aplicación la hace más efectiva.

Otra afirmación hecha por Nieto Martín es que: “la responsabilidad jurídica o colectiva sirve para reforzar la responsabilidad individual debido a que su finalidad es la adopción por parte de las personas jurídicas de medidas de organización que impidan la comisión de hechos delictivos y, en su caso, permitan su esclarecimiento y denuncia a las autoridades” (p. 148). Tal postura descansa sobre una constatación empírica que nadie refuta: la persona jurídica se encuentra a todas luces en mejores condiciones que el Estado para controlar la conducta de sus agentes.

Por ello, en materia de política criminal existen buenas razones para entender que un Derecho penal de doble vía (colectiva e individual) permite alcanzar mejores resultados:

La primera de ellas es que solo responsabilizando a la empresa obliga realmente a “abrir los ojos” a los socios y a la cúpula empresarial, pues como es sabido en el Derecho Penal de la empresa, con gran frecuencia la responsabilidad se desliza hacia escalones medios o bajos, de modo que los socios y administradores tienen normalmente poco que perder y mucho que ganar con la realización de hechos delictivos que resulten beneficiosos para la entidad. En consecuencia, solo una sanción que afecta directamente a la esfera económica de los socios o al poder o credibilidad de los administradores, permite distribuir correctamente los riesgos derivados de la comisión de un delito. En resumida cuenta, se trata de cumplir con uno de los fundamentos más contundentes de la teoría de la organización: el medio más efectivo para vigilar externamente una organización es haciéndola responsable de lo que en ella ocurra al decisor más poderoso.

La segunda razón es que la responsabilidad colectiva no solo hace más eficaz la individual, sino que permite un Derecho penal material más sencillo y con menos costo lesivo para los ciudadanos, evitando el proceso de sobreexplotación del Derecho penal Individual en el que estamos inmersos (Nieto Martín, 2010).

Desde una visión dogmática -a partir del criterio ontológico-, una empresa no puede impulsar por sí misma cadenas causales, tampoco puede producir resultados extendidos como modificaciones del mundo exterior atribuibles a su propio comportamiento y, por último tampoco puede sostenerse que puedan orientar finalmente su conducta, precisamente porque carecen de la capacidad natural de actuar; sus órganos son los que en un plano puramente natural toman decisiones dirigidas a finalidades específicas y son ellos mismos los únicos que ontológicamente pueden impulsar cadenas causales susceptibles de producir modificaciones en el mundo exterior

que puedan ser interpretadas como lesiones o atentados contra bienes jurídicos legalmente protegidos (Reyes Alvarado, 2008). No obstante, tal conclusión solo es válida cuando se asumen que la teoría del delito debe constituirse a partir de conceptos tomados de las ciencias naturales que, como la relación causal y la intencionalidad de la conducta, solo pueden ser predicados de los seres humanos.

4. La responsabilidad autónoma de las personas jurídicas: El surgimiento de la necesidad de su implementación en América Latina

Antes de abordar el tema que motiva el presente trabajo, resulta necesario hacer mención del emblemático caso de Siemens IT y el Estado Argentino, el cual generó la importancia de la implementación de la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en los ordenamientos nacionales: El 19 de febrero de 1998, el entonces presidente Carlos Saúl Menem firmó el decreto que le adjudicó a Siemens IT Services SA (Sitsa), una subsidiaria de la multinacional, la confección de documentos de identidad y pasaportes por seis años. Era un contrato de 600 millones de dólares que luego se extendió y ascendió a 1200 millones. De acuerdo con el proyecto que presentó la empresa, cada DNI costaría 30 pesos.

El contrato fue objeto de varias investigaciones relacionadas con las múltiples acusaciones de corrupción que se formularon respecto de los orígenes del mismo. La presión de la prensa y el escándalo generado en torno al caso obligó al gobierno argentino –en el año 2000– a rescindir en forma unilateral el contrato con la empresa.

La propia empresa Siemens reconoció en el año 2008 que las acusaciones eran ciertas. Representantes de la empresa confesaron por escrito, en los Estados Unidos, que pagaron más de 106 millones de dólares en sobornos a funcionarios para la adjudicación del contrato de confección de documentos de identidad. La empresa Siemens constituyó una red con un conjunto de sociedades con las que confirmó la suscripción de contratos ficticios por servicios que jamás recibió para poder canalizar los pagos a los funcionarios involucrados en la adjudicación del contrato.

La justicia de Estados Unidos, en el año 2008, le aplicó una multa multimillonaria a la empresa Siemens, que meses después se replicó en la Unión Europea. En Argentina, en cambio, no se estableció ninguna sanción para la empresa, debido a que no se determinó la responsabilidad

penal de las personas naturales involucradas en los actos de corrupción que realizó la empresa para obtener indebidamente la adjudicación del contrato referido anteriormente.

La falta de una respuesta oportuna del sistema de justicia argentino, pese a la confesión de la empresa de haber incurrido en actos de corrupción, se debe, principalmente, a que –al igual que en nuestro país– el ordenamiento jurídico argentino no prevé la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas por los delitos que cometen las personas naturales en beneficio de éstas (El caso de los dni: procesan a 17 directivos de siemens por el pago de sobornos, parr. 1-5).

Frente a esta debilidad que presenta nuestro ordenamiento jurídico, la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción propuso la adopción de la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas **para los delitos de corrupción**. En efecto, en la última sesión de la referida comisión, realizada el 13 de diciembre de 2013, se aprobó por unanimidad el Anteproyecto de Ley de responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Corrupción.

5. El tratamiento de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico penal en la actualidad

En concordancia con el principio *societas delinquere non potest*, nuestra legislación penal no recoge la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas y opta por la imputación de responsabilidad penal en el representante (persona natural) de la misma. Para el caso de las personas jurídicas, éstas solo pueden resultar ser pasivas de consecuencias accesorias.

El artículo 105 CP, modificado a propósito de diversos cambios efectuados en el Gobierno anterior por el art. 1 del Decreto legislativo N° 982, establece una serie de medidas aplicables a las personas jurídicas (denominadas consecuencias accesorias) en caso que una persona natural cometa un delito en el ejercicio de su actividad utilizando la organización para favorecerlo o encubrirlo. Resulta evidente que con esta norma el legislador tuvo el propósito de alentar o promover la aplicación de las consecuencias accesorias en la jurisprudencia nacional, pues como se sabe, en los años anteriores fueron muy pocos los casos en los que se impuso alguna de ellas. Son pocos los referentes jurisprudenciales que se podría citar para conocer los criterios acerca de cómo se han ido aplicando las consecuencias accesorias en nuestro medio.

5.1.El Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116

La entrada en vigencia del Código Procesal Penal (en adelante CPP) motivó que la Corte Suprema promoviera la aplicación de las consecuencias accesorias reguladas en el art. 90 y ss. del CPP. Es por esta razón que se emitió el Acuerdo Plenario N° 7-2009 de fecha 13 de noviembre de 2013, cuyos principales postulados fueron los siguientes:

- a) La calidad accesoria de las medidas establecidas en el art. 105 CP deriva de un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para su aplicación judicial, que es la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación un ente colectivo (fundamento 12).
- b) Para la imposición de una consecuencia accesoria debe verificarse, en el caso concreto, cuando menos, lo siguiente (fundamento 14):
 - i. Que se haya cometido un delito.
 - ii. Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito; y,
 - iii. Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico del delito.
- c) Su aplicación judicial debe ceñirse al principio de proporcionalidad concreta o de prohibición del exceso. Se deberá evaluar en cada caso la necesidad especial de aplicar una consecuencia accesoria en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa. Es decir, el juez puede, excepcionalmente, decidir omitir la aplicación de tales sanciones cuando lo intrascendente del nivel de intervención e involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, hagan notoriamente desproporcionada su imposición (fundamento 17).

De otro lado, diversas leyes especiales, en concordancia con lo establecido por el art. 105 CP, han previsto consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas involucradas en la comisión de determinados delitos (adicionales a las establecidas en el referido artículo, tales

como: la cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales; la suspensión temporal para contratar con el estado; y, la multa como sanción pecuniaria).

Entre ellas destacan el Decreto Legislativo N° 813, modificado por el Decreto Legislativo N° 1114, la Ley N° 28008, modificada por los Decretos Legislativos N° 1111 y N° 1122, el Decreto Legislativo N° 1106 y la Ley N° 30077, Ley contra el Crimen Organizado, que contienen la regulación de la legislación sobre delitos aduaneros, lavado de activos y crimen organizado.

6. El contenido del anteproyecto de ley aprobado por la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción

En la actualidad, convenios internacionales de lucha contra la corrupción y la legislación penal de diversos países han incorporado disposiciones para perseguir penalmente a las personas jurídicas por los delitos que cometan las personas naturales en beneficio de ellas. Por ello, en el debate de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción sobre la incorporación o no de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los delitos de corrupción, resultó indispensable evaluar diversos aspectos entre los que destacan:

- i. La naturaleza de la responsabilidad de las personas jurídicas (penal, civil o administrativas);
- ii. Los delitos por los que se les deben imputar responsabilidad (corrupción, lavado de activos, financiamiento al terrorismo, entre otros);
- iii. Los criterios de imputación de responsabilidad;
- iv. Las consecuencias penales (penas o medidas de seguridad);
- v. Los criterios para la determinación de las consecuencias penales;
- vi. Las implicancias de los modelos de prevención que implementen las personas jurídicas;
- vii. Las garantías y reglas que regulan el juicio de imputación de la responsabilidad penal;
- viii. La aplicación o no de medidas cautelares contra las personas jurídicas procesadas; y

- ix. La naturaleza de las personas jurídicas a las que puede imputarse responsabilidad penal.

El anteproyecto circunscribe la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas en los delitos de colusión, peculado, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico y trágico de influencias, previsto en los arts. 384, 387, 397, 397-A, 398 y 400 CP. Cabe precisar que en la legislación comparada, los delitos que se imputan a las personas jurídicas son principalmente: delitos de corrupción, lavado de activos, financiamiento al terrorismo, crimen organizado y delitos tributarios.

El anteproyecto de ley limita la responsabilidad penal para las personas jurídicas de derecho privado y los entes que tuviera la calidad de sujeto de derecho y sean titulares de un patrimonio autónomo, lo que incluye a las organizaciones empresariales que no tenga formalidad legal y a las empresas del Estado. La propuesta normativa excluye a las personas jurídicas de Derecho Público y entidades del estado tales como Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, organismos públicos, a los órganos constitucionales autónomos y a los gobiernos regionales y locales.

7. Análisis del Proyecto de Ley N° 3491/2013-CR

Debe reconocerse que la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento interno constituye una de las expresiones más importantes del Estado para incorporarse como miembro de la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos). En efecto, las autoridades nacionales han considerado que la principal condición, en materia penal, que debe cumplir el Perú para ser admitido en la citada organización internacional consiste en la implementación de un sistema que permita hacer penalmente responsables a las personas jurídicas, para así cumplir las exigencias de la Convención Antisoborno de la OCDE (o Convención en materia de cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales) de 1997.

7.1.¿Se actuó convenientemente al haber considerado al cohecho activo transnacional como único delito atribuible a las personas jurídicas?

Teniendo entonces en cuenta lo anterior, llama poderosamente la atención el limitado ámbito de delitos para los cuales el Proyecto de nuevo Código Penal prevé una responsabilidad directa de la persona jurídica teniendo en cuenta que el Anteproyecto de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción circunscribe la imputación de responsabilidad penal en los delitos de colusión, peculado, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico y tráfico de influencias, previsto en los arts. 384, 387, 397, 397-A, 398 y 400 CP. En efecto, el art. 130 del Proyecto, plantea solo una figura delictiva por la que se puede hacer responsable a la persona jurídica, a saber el delito de Cohecho Activo Internacional (art. 584 del mismo Proyecto). De esta manera, se dejan de lado otros delitos de carácter económico con mayor trascendencia en el ámbito empresarial, como son el lavado de activos, figura delictiva que conforme manifiesta Prado Saldarriaga en diversas publicaciones, usualmente requiere de la utilización de personas jurídicas para poder concretarse.

En Chile, por ejemplo, la responsabilidad de las personas jurídicas se sustenta en la comisión de tres delitos: lavado de activos, financiamiento del terrorismo y soborno o cohecho activo, tanto de empleados públicos nacionales, como de funcionarios extranjeros.

Sobre este particular, se considera que, al igual que lo manifestado por destacados docentes especialistas en la materia de la Universidad de San Martín de Porres (2014): “tal propuesta, sin mucho sentido, reduce el campo de aplicación de la responsabilidad de la persona jurídica a su mínima expresión, omitiendo reconocer otras figuras delictivas como por ejemplo las realizadas contra el medio ambiente o los delitos económicos, entre otros” (p. 10).

7.2.¿Es posible atribuir responsabilidad penal a las empresas en el Perú?

Es importante afirmar que la mencionada Convención Antisoborno de la OCDE no establece de manera expresa la necesidad de que un Estado incorpore una responsabilidad penal de las personas jurídicas sino solo determina que las sanciones que a ellas se les impongan sean *eficaces, proporcionadas y disuasivas* (art. 3 de la Convención). De este modo, tomando en cuenta la realidad peruana, en la que las consecuencias accesorias contempladas en el art. 105 del Código Penal, hasta el momento no han sido aplicadas de manera satisfactoria, en la

mayoría de casos por el desconocimiento de su correcta aplicación, sea porque el legislador sigue orientaciones político criminales extranjeras sin que necesariamente haya un proceso interno de reflexión previa y profunda en la que se tenga en cuenta las necesidades nacionales, podría afirmarse que la adopción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas mostrará una serie de complicaciones en su futura vigencia en el Perú.

Sobre este particular, que el legislador califique a una determinada reacción del Estado como pena, no quiere decir que la naturaleza de ésta quede condicionada a su pura denominación. Siendo así, el término responsabilidad acogida en el proyecto de ley, únicamente debería mantenerse si es que se logra entender que con tal término se estaría aludiendo a una responsabilidad en sentido amplio, mas no en un sentido estricto de imposición de penas, la cual, se insiste solamente pueden imponerse sobre las personas físicas, pues estas sí actúan con voluntad propia.

Es menester indicar además que en ninguna parte del Proyecto se menciona cómo se debe proceder con la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el hecho cometido por la persona física se quede en fase de tentativa o fundamente únicamente el título de imputación de cooperador primario, secundario o inductor. Esta inquietud cobra relevancia si se toma en cuenta que la responsabilidad penal de la persona jurídica, según lo señalado por los preceptos correspondientes, precisa que la persona física haya realizado un delito consumado y que posea la calidad de autor del mismo.

8. El *Compliance*: Un novedoso programa empresarial de prevención de delitos

Teniendo por sentado lo expuesto sobre la naturaleza de la responsabilidad atribuida a las empresas o personas jurídicas, cabe discutir entonces sobre los modelos de prevención en el ámbito de la persona jurídica (programas de cumplimiento), por constituir un asunto realmente novedoso y de gran expansión para el funcionamiento y desarrollo de los procesos económicos desplegados en el ámbito empresarial.

El Art. 141, contempla la posibilidad de la adopción de un modelo de prevención, a efectos de que la persona jurídica pueda quedar exenta de una presunta responsabilidad penal. En efecto, el mencionado artículo prescribe que la persona jurídica no será responsable si hubiere adoptado e implementado de manera voluntaria en su organización (antes de la comisión del delito) un

modelo de prevención en atención a su naturaleza, riesgos, necesidades y características. Eso no es todo: el art. 137 del Proyecto, contempla la posibilidad de atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica en el caso de que una vez cometido el delito, aquella adopte e implemente un modelo de prevención.

Así también, el art. 141.4 recoge la posibilidad de que, en caso se acrediten parcialmente los elementos previstos pertinentemente (art. 141.2), se podrá aplicar una circunstancia atenuante privilegiada, a efectos de reconducir la medida aplicable hasta un tercio por debajo del mínimo legal establecido. Consecuentemente, se puede entender que la adopción de un modelo de prevención no solo podrá ser considerada como un factor de exención de responsabilidad penal, sino también como factor de atenuación (inclusive privilegiada) de la misma.

Por tales consideraciones, será posible abordar algunas de las características del modelo de prevención descrito en el Proyecto:

1. El artículo 141 del proyecto no exige que el modelo de prevención adoptado en el marco de la persona jurídica resulte eficaz, por lo que, si es que se sigue la literalidad de los mencionados preceptos, en el supuesto de que un determinado caso llegue a instancias de un proceso penal, la persona jurídica tendría que demostrar únicamente que tiene un programa implementado, siendo innecesaria la verificación de que el mismo haya sido efectivamente seguido y observado. Esta circunstancia es, particularmente, la primera deficiencia que es posible encontrar en la configuración de los preceptos antes aludidos: la mera adopción e implementación formal de un modelo de prevención nada dice sobre su idoneidad, así como tampoco sobre la existencia de una genuina voluntad de implementar una cultura de respeto a la legalidad (no solo porque la adopción de un modelo de prevención es voluntario y no obligatorio, sino también porque el mencionado modelo puede ser una simple fachada para evitar la imposición de consecuencias de carácter patrimonial, como multas, por ejemplo) (Caro Coria, 2004).

El que la defensa de una persona jurídica sostenga, en el marco de un proceso penal, que al existir formalmente un programa de cumplimiento aquella debería quedar exenta de cualquier tipo de responsabilidad, no es un argumento en absoluto suficiente: lo relevante debería consistir en analizar si el programa de cumplimiento se encontraba dotada de

lineamientos coherentes de cara a hacer posible de manera seria una obstaculización de la comisión de delitos. En buena cuenta se debería verificar si, desde una perspectiva previa, el modelo de prevención adoptado incluía a las medidas lógicas y razonablemente exigibles para que no se pudieran cometer los delitos de la misma naturaleza que el realmente cometido.

2. Dentro de los elementos que exige el art. 141.2 del Proyecto, se encuentra el referido a la presencia de una persona u órgano designado por el máximo órgano de administración de la entidad, que ejerza la función (autónoma respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios) de auditoría interna de prevención y que cuente con el persona, medios y facultades necesarias para cumplirla adecuadamente. Este segundo elemento permite entender que el modelo de prevención debe ser supervisado por un órgano específico con poderes autónomos de control creado por la propia empresa o, en los casos de la micro, pequeña y mediana empresa, por el propio órgano de administración.

Pues bien, el elemento en cometerio constituye una necesidad en el marco de una nueva cultura corporativa que, como es evidente, si quiere ser aplicable a todos, debe ser designado y fomentado por los miembros de la más alta dirección de la persona jurídica, dado que no resultaría creíble un programa de cumplimiento penal que no sea vinculante para todos, incluyendo a quienes dirijan la persona jurídica (Gonzales Cussac, 2014). Por otro lado, el que se considera deseable que los miembros de la más alta dirección de la persona jurídica conozcan realmente si las exigencias impuestas por el modelo de prevención son cumplidas puede resultar un asunto de gran complejidad pues, eventualmente, los empleados podrían no informar por temor a represalias o porque no tienen claro cuando una operación es de carácter fraudulento o no, por ejemplo. En ese sentido, si se quiere que el modelo de prevención sea realmente eficaz, habrá que tomar medidas correctoras como, por ejemplo, la creación de un método confidencial y sencillo para informar sobre operaciones sospechosas o hacer denuncias internas en la empresa. Esto, ha sido correctamente recogido en el art. 141.2 del Proyecto.

Por último, resultará imprescindible la puesta en marcha de procesos de formación del mayor número de empleados posible en la normativa legal aplicable a las actividades de

la empresa (Gonzales Cussac, 2014), lo cual, al parecer, ha sido adecuadamente señalado en el artículo 141.2.c. del Proyecto.

3. El art. 141 del Proyecto, establece la forma en que el modelo de prevención deba ser infringido. Sobre el particular, es importante que los preceptos que regulen el modelo de prevención a adoptar por la persona jurídica recojan expresamente la naturaleza delictiva de la conducta de la persona física (una persona con decisión o control en la empresa como un directivo, o una persona sometida a la autoridad o al control de los directivos y sobre la que no se ejerce un adecuado control como un empleado) que desconoce los lineamientos del modelo de prevención, para así, reconocer la desconexión funcional existente entre la mencionada conducta y el modelo de prevención implementado. Habría que destacar además que la conducta de la persona física debería expresar una actuación (engañosa, por ejemplo) que no resulte beneficiosa para la sociedad, sino exclusivamente del actuante o de un tercero que de alguna manera está vinculado con aquel.

Fuera de las consideraciones expuestas del Proyecto, en líneas generales, el programa de cumplimiento es indiscutiblemente la expresión más moderna de un sistema de defensa integral y planificada, por lo que puede ser entendido como un factor clave para una estrategia de defensa penal corporativa. Es importante recordar que el *compliance*, en términos amplios, no se limita a la consolidación de una organización interna de la empresa a través de mecanismos de gestión y control internos que permita el cumplimiento de toda la normativa pertinente (sea de carácter administrativo, laboral, societario y hasta penal), sino que debería recoger también una serie de procedimientos de selección y evaluación exhaustivos de terceros con los que la persona jurídica se vincula, sean estos contratistas, representantes, consultores, abogados, contadores, entre otros.

CAPÍTULO V: DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (EJECUCIÓN ARBITRARIA, TORTURA Y DESAPARICIÓN FORZADA) EN EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2015

Por: Saúl Eduardo Romero Angeles

DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (EJECUCIÓN ARBITRARIA, TORTURA Y DESAPARICIÓN FORZADA) EN EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PENAL PERUANO DE 2015

CRIMES AGAINST INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS (ARBITRARY EXECUTION, TORTURE AND FORCED DISAPPEARANCE) IN THE PERUVIAN DRAT OF THE NEW PENAL CODE

Por: Saúl Eduardo Romero Angeles*

saul_romero@usmp.pe

*Alumno del XI ciclo de la especialidad de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

Resumen

La principal fundamentación del presente incluye conceptos desarrollados tras el punto de partida originado por la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. Fue este el momento clave para el posterior avance en cuanto a la complicada situación anterior, entendido como aquellos episodios nefastos que nos revela la historia. Gracias al restablecimiento de la paz se pudo comprender que los graves crímenes cometidos por funcionarios tenían que ser aclarados, evitando impunidad.

El objetivo principal que se tratará de presentar es si el Proyecto de Ley de Nuevo Código Penal, aprobado ya por el Congreso de la República es idóneo respecto al tratamiento que el Perú debe seguir teniendo en cuenta la normativa internacional y la jurisprudencia correspondiente.

En este trabajo no se abordará conceptos aislados ni se ahondará en demasía. El segundo objetivo es tratar de ser lo más breve y conciso, pues entendemos que es preferible un lenguaje claro y analítico.

Como resultado final hemos obtenido una calificación positiva al proyecto en cuanto a los delitos tratados, los cuales se desarrollarán de manera organizada.

Abstract

The principal fundament of this document starts with the actual development of the theory of Human Rights, which take part with the approval of the Universal Declaration of Human Rights in 1948. This was the key for the development of the justice. With the reestablishment of peace, we could understand that the law had to be applied, avoiding impunity.

The main objective is try to demonstrate if this draft of new penal code, which it has been approved by Peruvian Congress, is the most appropriate legal form for the treatment of this crimes according to international law and the jurisprudence.

This paper is not about isolated concepts, we are not trying to go deeply. The second objective is to try to be as brief and concise as possible. We understand that the clear and analytic language it is more preferable.

As a conclusion, this draft has been approved over the crimes of arbitrary execution, torture and forced disappearance.

Palabras claves: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ejecución arbitraria, Tortura, Desaparición forzada, Código Penal peruano, Nuevo Código Penal peruano.

Keywords: International Human Rights, Arbitrary execution, Torture, Forced disappearance, Peruvian Penal Code, Peruvian New Penal Code.

Sumilla: 1. Introducción. 2. ¿Qué es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)? 3. Ejecución arbitraria, Tortura y Desaparición forzada en el Código Penal peruano de 1991. 4. Ejecución arbitraria, Tortura y Desaparición forzada en el Proyecto de Nuevo Código Penal. 5. Conclusiones. 6. Referencias Bibliográficas. 7. Referencias Electrónicas.

1. Introducción

Nuestro país -como muchos otros en el mundo- no ha estado exento de la serie de graves sucesos ocurridos entre 1980 y 2000, reconocido a toda luz como la época de mayor violencia de toda la historia de la república peruana, en cuanto a pérdidas humanas y conflicto político se refiere, cuyos rezagos y dudas aún persisten en la sociedad peruana.

Primero, es menester de la justicia actual encontrar a los responsables aún no declarados, seguir el debido proceso penal y clarificar los hechos en base a los mecanismos legales pertinentes. Segundo, una permanente memoria de la sociedad en general, a manera de ser partícipes en obtener una verdad histórica, por el recuerdo de las víctimas. Tercero, que las deliberaciones surgidas por las partes procesales no lleguen a convertirse mediáticamente en casos aislados o aún peor, en impunidad o injusticia. Finalmente, que los detalles puedan ser la base en aras de construir un mejor país y un mejor sistema de justicia, con la firme defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como bandera.

Los delitos de ejecución arbitraria, tortura y desaparición forzada fueron tan solo una parte de la “colección” de tipos penales que fueron cometidos tanto por los miembros

subversivos del PCP-Sendero Luminoso, del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru y de las fuerzas del Estado. Es posible calificar esta situación como tripartita, en cuyos miembros encontramos al Estado peruano, los movimientos subversivos y las víctimas, que principalmente fueron campesinos de las localidades más pobres del país.

En 2003, la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) –creada en el momento político denominado transición democrática, gobierno de Valentín Paniagua-, presentó el resultado completo en un documento titulado “Informe Final”, quizás lo más importante de esta compilación sería los hechos objetivos que en sí contiene y la serie de recomendaciones sobre políticas de Estado, en cuanto y sobre qué modificaciones deberíamos aceptar. Actualmente, la implementación es prácticamente nula, debido principalmente a diferencias y falta de interés político. De esta forma, después de varias décadas no es difícil señalar que el Estado peruano no ha logrado una justicia después del terror. Lamentablemente, nuestras diferencias no suman, por tanto, no es tan equivocado señalar que el objetivo deseado a manera de justicia transicional llevará un tiempo más en espera.

La presente situación en la que vive la codificación penal y procesal penal en el Perú, el Código Procesal Penal peruano de 2004 –llamado Nuevo Código Procesal Penal para fines didácticos-, vigente en casi todo el territorio peruano es un tanto cojeante, pues las innumerables y recurrentes modificaciones que se obtienen legislativamente debilitan la estabilidad normativa, llegando en algunos casos a la incoherencia y contradicción tanto de determinados conceptos o principios básicos como de la adecuada forma de aplicación, complicando así la actividad tanto jurisdiccional como de defensa técnica.

Por tanto, el objeto principal de este trabajo es determinar en qué medida la vigencia de un nuevo código en materia punitiva sustantiva tendría mayor incidencia y eficacia, no solo en la tipificación, sino también en el completo desarrollo, tratamiento y adecuación de la doctrina de los Derechos Humanos, que es la idea detrás de estos delitos.

En el primer capítulo se define el concepto de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siguiendo las oportunas concepciones brindadas por la doctrina y se presenta

los diferentes tratados que los vinculan y tratan, de los cuales Perú ha ratificado y que por tanto, nos permite aplicarlas o adecuarlas.

En el segundo capítulo, se concretiza el objeto de este documento, se señala las deficiencias en cuanto a los tipos penales adoptados, se presenta casuística peruana, se cita con frecuencia los mecanismos internacionales.

En el tercer capítulo, se aborda la tipificación adoptada por el proyecto de ley, se menciona los puntos importantes y las mejoras obtenidas según nuestra posición.

Finalmente, después de lo anterior, se recapitula los puntos más importantes en el último capítulo, el resumen.

2. ¿QUÉ ES EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DIDH)?

2.1. Definición

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), al referirse a la definición señala al respecto: “El DIDH es un conjunto de normas internacionales, convencionales o consuetudinarias, en que se estipula el comportamiento y los beneficios que las personas o grupos de personas pueden esperar o exigir de los Gobiernos”.

Entendemos dos puntos que son importantes. A manera de definición primaria o inicial, se tiene presente el clásico concepto de derecho, como “conjunto de normas”, en este caso la normativa es de rango internacional; es decir, son considerados parte de este conjunto los tratados, la costumbre internacional, las decisiones judiciales, entre otros. Y la segunda, quizás la más resaltante es que estas normas están referidas necesariamente a conductas del Estado, de obligatorio cumplimiento si son ratificados y que son aplicadas permanentemente, sin distinción de tiempos de paz o de guerra.

Por esto, de manera primigenia nos atrevemos a manifestar la gran responsabilidad que tiene el Estado peruano para con sus ciudadanos. No concebimos de ninguna manera la regulación de nuevos tipos penales a manera de populismo mediático punitivo sin antes haber enmarcado correctamente los medios legales considerados como defensa y

respuesta de las graves violaciones a los Derechos Humanos provenientes de la violencia política originada.

Una carencia que en lo que consideramos señalar es que si bien se trata del reconocimiento de derechos personalísimos no transferibles o negociables, se requiere necesariamente la ratificación para después adaptar los términos recogidos por la normativa internacional al derecho nacional. Esta condición limitaría la exigibilidad que tiene cualquier ciudadano para hacer valer sus derechos dentro de la esfera nacional, aunque es una discusión que no cabe en este documento.

Siempre que se viola un deber establecido en cualquier regla de derecho internacional, ya sea por acción o por omisión, automáticamente surge una relación jurídica nueva. Esta relación se establece entre el sujeto al cual es imputable el acto, que debe “responder” mediante una reparación adecuada, y el sujeto tiene el derecho de reclamar la reparación por el incumplimiento de la obligación (Jimenez de Archeaga, 1994).

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala las principales fuentes que están dentro de la normativa que está siendo tratada en el presente.

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.

De esta manera, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es entendido como aquella normativa o conjunto de normas supranacionales surgido de los tratados, cuyo cumplimiento es exigido al Estado para que éste dirija sus acciones y haga respetar los Derechos Humanos en el territorio nacional.

2. Tratados

Consideramos solo para efectos de este trabajo lo referido a los tratados. La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas considera diez instrumentos de derecho internacional sobre Derechos Humanos (Castañeda, 2012).

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
- La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas

2. Ejecución arbitraria, tortura y desaparición forzada en el código penal peruano de 1991

El Código Penal peruano de 1991 en principio regula los delitos de tortura y desaparición forzada, en cuanto a ejecución arbitraria, se sigue una práctica distinta empezando por su no tipificación ni en el Código Penal ni en Ley complementaria alguna, por lo que se debe seguir ciertos parámetros para el tratamiento y regulación dentro del marco jurídico penal.

Como se ha señalado, no hay mayor problema con los delitos de tortura y desaparición forzada en cuanto a la descripción de la norma contenida en el tipo penal pero sí cabe mencionar que su ubicación en el actual código sigue una sistematización un tanto alejada de la posición desarrollada en Derechos Humanos, en cuanto a su ubicación contextual e incluso se llega a agrupar -innecesariamente a nuestro entender- la figura del delito de discriminación en este mismo grupo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha precisado que “los Estados deben adoptar las medidas necesarias, no sólo a nivel legislativo, administrativo y judicial, mediante la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para prevenir, suprimir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir y proteger a los individuos de actos criminales de otros individuos e investigar efectivamente estas situaciones” (desaparición Forzada y Ejecución Extrajudicial).

En ese sentido señaló que los Estados deben adoptar las medidas necesarias no sólo para prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propias fuerzas de seguridad (Caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra nota 8, párr. 232; y Caso Huilce Tecse, supra nota 22, párr. 66).

a) Ejecución arbitraria

Todo individuo tiene derecho a la vida, es una norma principal recogida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y punto de partida necesario para señalar el desarrollo de este delito, la historia ayudó a entender que se tiene que proteger la vida humana sin condiciones. El inciso 1 del artículo 2 de la Constitución peruana de 1993 ampara el bien jurídico vida. Es convincente señalar que tanto cualquier persona como las fuerzas del Estado de cualquier rango, en calidad de agentes de vigilancia, servicio y protección de los ciudadanos y de la estabilidad de la paz u orden público en el territorio, también deben y tienen que respetar y cautelar este valor, aún en tiempos difíciles.

La CIDH en varias ocasiones ha decretado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos (caso de los “Niños de la Calle”, Sentencia sobre el fondo, del 19 de noviembre de 1999, párr. 144) y Caso Artavia Murillo y Otros, “Fecundación *In Vitro*” Vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012).

Como idea inicial, no es posible definir este delito sin mencionar ejecución arbitraria, extrajudicial o sumaria. Si bien, el objeto de este trabajo se limita a optar por el de ejecución arbitraria, pues es el término usado por el proyecto de ley, no se puede negar la presencia de las otras instituciones en cuanto a doctrina. Si bien, puede existir confusión inicial en cuanto a esto, se puede expresar de la siguiente forma:

a) Las ejecuciones extrajudiciales son ejecuciones ilegales llevadas a cabo sin que exista una sentencia de muerte impuesta por un tribunal en un juicio.

b) Las ejecuciones sumarias son aquellas ejecuciones llevadas a cabo tras haberse seguido procedimientos legales que no cumplen las normas internacionales para la celebración de un juicio justo.

c) Las ejecuciones arbitrarias son aquellas ejecuciones llevadas a cabo a voluntad sin tener en cuenta la ley ni los procedimientos legales.

Hasta este punto, se entiende por ejecución arbitraria la privación de la vida independiente sin ninguna justificación expresada por el derecho, siendo la palabra correcta a emplear en el caso peruano “arbitraria” como sinónimo de injustificado fácticamente, ya que si tomamos en cuenta los hechos cometidos tanto por los grupos subversivos y por las fuerzas estatales, se obtiene que lo vulnerado fue la vida de civiles sin mayor distinción que los otros dos conceptos incluyen. Extrajudicial implica la no existencia de un mandato legal y sumario, la vulneración de garantías procesales en un marco jurídico-nacional que no incluya disposiciones internacionales en su legislación.

Según Henderson (2006) se entiende también como todos aquellos casos donde se produce la muerte por la arbitrariedad o exceso de los agentes, sin que haya existido una clara intención de matar, como podría darse en determinados casos de muertes en manifestaciones públicas, por uso excesivo de la fuerza, falta de atención médica estando bajo detención o reclusión, etc.

De esta forma, ya que no existe un delito expreso, el tratamiento seguido por la codificación punitiva en cuanto a ejecución arbitraria comienza con el artículo 46-a, circunstancia agravante por la condición del sujeto activo, en este caso, miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público.

Artículo 46-A.- Circunstancia agravante por condición del sujeto activo

Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.

En estos casos el Juez aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible.

Constituye circunstancia agravante, cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro. En tal caso, el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

No será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible."

b) Tortura

Si hay un dispositivo al que se debe mencionar primero es la Constitución. El inciso 1 y literal h del inciso 24 del artículo 2 protegen el contenido del delito de tortura.

Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.

Como se ha presentado inicialmente, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se cuenta con un tratado que contiene disposiciones aplicables a este delito. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes fue ratificada por el Perú el 7 de julio de 1988, años antes de la vigencia del actual código, por lo que podemos entender que la tipificación penal de este delito debería estar acorde con este tratado ya que luego de la

ratificación es menester del Estado adecuar su legislación al dispositivo. El primer artículo de esta convención señala expresamente:

Artículo 1.- A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Se puede señalar puntos importantes sobre la definición. Un primer elemento es la necesidad de un acto que infrinja dolosamente un dolor o sufrimiento a otra persona. Segundo, este dolor puede ser físico o mental. Tercero, se encuentra lo que en doctrina penal se reconoce como elemento subjetivo del tipo, en este caso hay una concurrencia múltiple de finalidades como el obtener información o una confesión, castigar por acto o sospecha, intimidar o coaccionar y cuarta, en los casos de tratarse de funcionario público u otra persona en ejercicio de funciones públicas a instigación, consentimiento o aquiescencia de éste, se considerará cualquier otra razón para la configuración concreta del tipo.

También, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura señala al respecto:

Artículo 2.- Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como

pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

El código penal vigente tipifica el delito en el artículo 321:

Artículo 321.- El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años.

Es oportuno detenerse un poco y analizar ambas figuras. El primer punto negativo encontrado en la codificación peruana es que no se contemplan todos los supuestos que sí se ampara en las normas internacionales señaladas.

Pese a que el Estado ratificó en 2006 el Protocolo Facultativo de la Convención Contra la Tortura, aún éste no se ha implementado ni tampoco se ha constituido el Mecanismo Nacional de Prevención. Es necesario perseverar en las acciones para la designación del MNP (Informe del Centro de atención psicosocial sobre las secuelas de la tortura en las víctimas y las características de este delito en nuestro país, 2010).

Sin embargo, con fecha 20 de febrero de 2015, mediante oficio N° 021-2015-PR, el Poder Ejecutivo envió una carta a la presidenta del Congreso de la República, Ana María Solórzano Flores, observando la ley que ampliaba las funciones de la Defensoría del Pueblo sobre el MNP argumentando que este mecanismo generaría gasto público; y que estos gastos no se habían tomado en cuenta en el nuevo presupuesto para el año fiscal 2015, argumentando que se estaba afectando el “principio de equilibrio presupuestario; y por último llamo la atención al Congreso señalando que no tienen iniciativa para crear ni aumentar gasto público

Hasta este punto se ha dado solo definiciones, a continuación se presenta un relato breve sobre un caso real denunciado e investigado del tema, Legajo N° 9, Expediente N° 276, Fojas 30 a 33, Distrito Judicial de Ayacucho. Declaración de reaparecido, Ayacucho, Huamanga, San Juan Bautista, 07-12-87.

“... luego me colocaron en el piso boca abajo me pusieron un cable de electricidad, primero con poco voltaje, luego lo empezaron a subir hasta que perdí el conocimiento, hasta que reaccioné cuando sentí que me frotaban la cabeza y con puñetes me golpearon las costillas, allí me dejaron descansar y empezaron a golpear a mi hijo y también a pasarle electricidad, mi hijo empezó a gritar fuertemente de dolor y uno de los militares me dijo... reconoces los gritos, te gusta oír que tu hijo sufra, ahora lo vamos a matar, pero si quieren irse libres tienen que hablar..., yo le dije que puedo decir si no sé nada; entonces le dijeron a mi hijo ... ya hemos matado a tu padre ahora te toca a ti si no hablas te mataremos (...), allí permanecimos detenidos, custodiados por un soldado, cubierto la cara con trapos y el cuerpo con frazadas y con las manos amarradas durante diez días, los tres primeros días estuvimos sin comer y sin

beber, nos sentíamos mal porque estábamos a la intemperie y el sol calentaba el vehículo, luego al tercer día nos trajeron un balde de sobras de comida, diciéndonos un cabito que comiéramos rápido, que iba a contar hasta diez, terminado de contar nos quitó el balde diciendo que la comida era para trece presos; que el diez a las tres de la tarde miembros del cuerpo de Inteligencia del Ejército se llevan a mi hijo, devolviéndolo como a las cinco, estaba llorando me contó que lo había colgado y que con una máquina que daba vuelta lo elevaron colgándose de sus pies unos soldados, golpeándole el vientre con puñetes y patadas, luego lo sumergieron en cilindro con agua para ahogarlo y finalmente lo empujaron a un hueco tirándole tierra y piedras, diciéndole... te vamos a enterrar vivo..., luego dice que escuchó a una de las personas que decía... a este chico lo conozco, trabaja en un cafetín, es tontito, es inocente, no lo maltraten..., luego lo condujeron al vehículo donde me encontraba (...)”.

c) Desaparición forzada

La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención cuyo inciso primero reza: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, párrafo 157).

La definición de la desaparición forzada asumida por la CVR plantea, en primer lugar, que se trata de un tipo de violación a los derechos humanos que afecta la libertad física, pero que no se limita a ella sino que es seguida o continuada por la negativa de los hechos o la ausencia de información. Es decir, el agente, estatal o no estatal, no reconoce la detención o aprehensión. Más aún, niega el hecho, guarda silencio sobre él y no brinda

información al respecto (Comisión de la Verdad y Reconciliación, Informe Final, 2003, Tomo VI, capítulo 1, pág. 63).

Para efectos del presente, se considera dos mecanismos de regulación internacional, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Se entiende por desaparición forzada toda práctica realizada dirigida a terminar con la vida de una persona.

Artículo 2 (Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas)

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

Artículo 2 (Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada De Personas)

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero

de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Artículo 320.- El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición debidamente comprobada, serpa reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al Artículo 36 incisos 1 y 2 (del actual Código Penal peruano).

Julio Mazuelos (1995), dando por concluido la sección sobre la definición de desaparición forzada refiere que:

Entendemos por desaparición forzada la aprehensión de una persona, fruto de una detención legal o ilegal, por parte de la autoridad o de particulares, de un rapto o de una sustracción de menor; de los cuales se lleva a cabo la ocultación de la víctima y la posterior negación por parte de las autoridades a informar y practicar la búsqueda de la misma, la cual pasa a ser identificada por la comunidad en el marco de sus relaciones sociales de participación como desaparecida (Pág. 47)

En una desaparición pueden violarse también los siguientes derechos civiles o políticos:

- El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica;
- El derecho a la libertad y seguridad de la persona;
- El derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- El derecho a la vida, en caso de muerte de la persona desaparecida;
- El derecho a una identidad;
- El derecho a un juicio imparcial y a las debidas garantías judiciales;
- El derecho a un recurso efectivo, con reparación e indemnización;
- El derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición.

3. Ejecución arbitraria, tortura y desaparición forzada en el proyecto de nuevo código penal

El Proyecto de Ley de Nuevo Código Penal agrupa estos delitos en el Título II Delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, artículos 136, 137 y 138 respectivamente.

Como primera idea se puede señalar que es positivo que estos delitos se hayan agrupado en un solo título, superando en este punto la deficiencia del Código Penal de 1991, que como se ha podido analizar, presentaba desorganización en cuanto a su ubicación. Logrando de esta forma, una ubicación sistemática más adecuada en relación al contenido y relación de estos tipos penales.

Segundo, es de igual importancia mencionar que es un avance positivo que el proyecto haya tipificado el delito de ejecución arbitraria como el primero del grupo no solo del título que agrupa estos delitos sino como inicio de la parte especial, haber diferenciado entre delitos de lesa humanidad y delitos contra el derecho internacional humanitario, haber incluido el delito de discriminación y el insólito delito de manipulación genética dentro de un título especial diferente, concretamente en el título vi, delitos contra la igualdad y la identidad humana, artículo 266 y 269 respectivamente.

Hasta este punto, se resalta la sistematización obtenida por el proyecto, como se menciona, en cuanto a la ubicación y diferenciación de estos tipos, es conveniente indicar que en el proyecto en general sigue lineamientos mucho más elaborados.

La técnica legislativa adoptada en ese título de incluir como consecuencia jurídica las palabras “es reprimido” es otro punto positivo en el proyecto. Se estaría dejando el típico “será” por esta nueva palabra.

En el primer capítulo se señaló las características propias de este delito, a partir de este punto nos limitaremos al proyecto objeto del trabajo.

a) Ejecución arbitraria

La regulación seguida por el actual código penal de considerar en conjunto dos artículos para definir y aplicar la sanción de este delito no es la adecuada. Se entiende que cobra mayor relevancia su positivización pues esto genera otorgar la importancia debida a los actos indeseables. Ya que el contenido esencial se trata de un derecho fundamental amparado por instancias internacionales, no se puede calificar de tipo innecesario, como sí se suele señalar para otros delitos., La regulación acogida por el proyecto es más específica en cuanto a este delito:

Empezar el tipo penal por el sujeto activo significa dar relevancia al mismo.

Artículo 136. Ejecución arbitraria

El funcionario o servidor público que infringiendo su deber de protección o garante de la vida o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, mata a otro por motivos políticos, socio económicos, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de sexo, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años.

ACTUAL CÓDIGO PENAL	PROYECTO DEL NUEVO CP 2015
EJECUCIÓN ARBITRARIA	EJECUCIÓN ARBITRARIA
No previsto.	Artículo 136. Ejecución arbitraria <i>El funcionario o servidor público que infringiendo su deber de protección o garante de la vida o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, mata a otro por motivos políticos, socio económicos, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de sexo, es reprimido con pena privativa de</i>

libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años.

b) Tortura

Artículo 137. Tortura

*El funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel que infrinja dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, a otra persona con el fin de investigar un delito, como medio intimidatorio, como castigo corporal, como medida preventiva o con cualquier otro fin, es **reprimido** con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.*

ACTUAL CÓDIGO PENAL

PROYECTO DEL NUEVO CP 2015

TORTURA

TORTURA

Artículo 321.- El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya

*Artículo 137. Tortura
El funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel que infrinja dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, a otra persona con el fin de investigar un delito, como medio intimidatorio, como castigo corporal, como medida preventiva o con cualquier otro fin, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.*

cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años.

c) Desaparición forzada

Artículo 138.- El funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que de cualquier forma prive a otro de su libertad y niegue haberla realizado, no brinde información sobre la misma o no informe u oculte información sobre el delito o el paradero de la persona, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años.

ACTUAL CÓDIGO PENAL

PROYECTO DEL NUEVO CP 2015

DESAPARICIÓN FORZADA

DESAPARICIÓN FORZADA

Artículo 320.- El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al Artículo 36 incisos 1) y 2).

Artículo 138.- El funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que de cualquier forma prive a otro de su libertad y niegue haberla realizado, no brinde información sobre la misma o no informe u oculte información sobre el delito o el paradero de la persona, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años.

Capítulo VI: *DELITOS CONTRA LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS DE PAGO*

Por: Martín Alexander Paredes Ríos

DELITOS CONTRA LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS DE PAGO

CRIMES AGAINST ELECTRONIC MEANS OF PAYMENT

Por: Martín Alexander Paredes Ríos*

martin_paredes3@usmp.pe

* Alumno del XI ciclo de la especialidad de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

Resumen

Una de las características principales de las sociedades modernas son sus sistemas de pagos, los cuales con el transcurso del tiempo y el avance tecnológico han ido evolucionando desde el dinero efectivo hasta el dinero electrónico, esto evidentemente con la finalidad de agilizar los intercambios comerciales, los mismos que han ido creciendo en su importancia año tras año, generando expectativas en los operadores de comercio, y por supuesto también generando interés en el ámbito criminal. En el presente tema de investigación se analiza la problemática procesal de los delitos contra los medios de pago electrónicos, así como otros asuntos referidos a la incorporación de delitos contra los medios electrónicos de pago en el Proyecto de Ley del nuevo código Penal de 2015.

Abstract

One of the main features of modern societies is their payment systems, which with the passage of time and technological progress have evolved from cash to electronic money, this obviously in order to streamline trade, the same that have been growing in importance year after year, generating expectations of trade operators, and of course also generating interest in the criminal field. In this research topic the procedural issue of crimes against electronic payments and other matters related to the inclusion of crimes against electronic means of payment in the bill of the new Penal Code of 2015 is analyzed.

Palabras clave: internet, delitos contra el patrimonio, aparatos electrónicos, medios electrónicos, skinner, spyware, virus informático, vulneración, tarjetas, pharming, phishing, vishing, proyecto de nuevo código penal, problemática procesal, scripts.

Keywords:

Sumilla: 1. Introducción. 2. Los medios y aparatos electrónicos de uso fraudulento para la vulneración de los medios electrónicos de pago. 3. Las modalidades fraudulentas utilizadas en la vulneración de los medios electrónicos de pago. 4. Los delitos contra los medios electrónicos de pago en la legislación peruana vigente. 5. Los delitos contra los medios electrónicos de pago

en el proyecto de ley del nuevo Código Penal. 6. La problemática procesal de los delitos contra los medios de pago electrónicos.

1. Introducción

La dinámica con el cual se ha venido desarrollando el comercio ha generado que la tecnología avance dándole una gran importancia al desarrollo de formas y medios que contribuyan con el crecimiento del mismo, uno de esas aristas es el desarrollo tecnológico de los medios de pagos.

Debido a la gran cantidad de intercambios comerciales que se dan mediante la utilización de los medios electrónicos de pago, se han desarrollado tecnologías con la finalidad de crear métodos fraudulentos para maniatar la seguridad de estos sistemas pago.

Estas tecnologías han evolucionado conforme han evolucionado los medios electrónicos de pago, tanto es así que cuando no existía mucho comercio vía internet, la delincuencia se centró en desarrollar sistemas que permitan maniatar la seguridad de estos medios de pago mediante la interacción directa con éste, como se da en el uso de los *skimmers*.

Con el reciente desarrollo del comercio vía internet se desarrollaron facilitadores de comercio web, y también métodos fraudulentos para quebrar su seguridad, uno de los medios más utilizados son las computadoras, las mismas que se encuentran constantemente expuestas a los llamados códigos maliciosos, que en realidad son unos programas instalados en la computadoras sin que el usuario de ésta lo sepa.

El principal uso que se le da a los códigos maliciosos es la de poder espiar las actividades del usuario de la computadora infectada con la finalidad de poder acceder a la información privada del usuario sin que este lo sepa, este el caso de los *spyware*. El dato preocupante es que el Perú es el segundo país de la región de donde provienen el mayor número de códigos maliciosos de América Latina con un 20.97%, solo superado por México, esto según el informe del año 2014 realizado por la consultora Easy Solutions.

Del mismo modo, dicha consultora indicó que en el año 2014 en el Perú se realizaron 9,2 millones de transacciones electrónicas (30% más que el año 2013) y se espera que esa cifra vaya en aumento año a año.

El desarrollo de las tecnologías genera una obligación al derecho para una correcta regulación y protección de los bienes jurídicos. Vale agregar que en el año 2014 el Sistema Financiero en el Perú tuvo una pérdida de S/. 60, 000' 000 debido a los fraudes informáticos, esto conforme a cálculos de la Superintendencia de Banca y Seguros.

2. Los medios y aparatos electrónicos de uso fraudulento para la vulneración de los medios electrónicos de pago

2.1. Internet

El avance de los medios electrónicos de pago se ha venido dando en relación con los medios de telecomunicación, entre ellos principalmente el internet.

Mediante el internet se han venido desarrollando los llamados códigos maliciosos, que en realidad son aplicativos informáticos que son instalados en una computadora para vulneración de la seguridad de ésta. Estos códigos permiten que de forma remota se tenga acceso al sistema de la computadora atacada, con la finalidad de extraer información relevante del usuario de ésta.

Dentro de los principales códigos maliciosos se encuentran los *scripts*, gusanos, virus, los *spyware* y los troyanos. Estos códigos se entrometen en las computadoras mediante páginas web, descargar de archivos y correos electrónicos.

- Virus informático.- Son programas informáticos creados para producir algún daño en un equipo. El ingreso de estos programas a las computadoras se da mediante el engaño al usuario, al ocultarse en programas de aparente confiabilidad. Lo más riesgoso de ellos es la capacidad de reproducirse a sí mismos.
- Scripts.- Es un tipo de virus informáticos que se ejecuta cuando se visita una página web. Se debe aclarar que no todos los scripts son maliciosos, dado que existen algunos que son necesarios para la ejecución de un programa determinado.
- Gusanos.- Es un tipo de virus que se transmiten mediante correos electrónicos.

- Spyware.- Quizá es el más peligro de su tipo. Son un tipo de virus que busca el acceso y extracción de información en una computadora. Son los más utilizados para la comisión de fraudes en el sistema de medios electrónicos de pagos.

2.2.Skinner

Es un aparato que posee una forma similar a las boquillas de los cajeros automáticos. Con la finalidad de extraer la información de la banda magnética de las tarjetas, a estos aparatos se les incorpora un sensor que captura dicha información, en algunos casos, estos aparatos también van acompañados de micro cámaras para el registro de las claves secretas.

Debido a su utilización para la obtención de información de las tarjetas bancarias, estos aparatos son utilizados para la clonación de las mismas, dado que con dicha información obtenida ilegalmente se puede transmitir a una tarjeta distinta y así poder realizar operaciones fraudulentas.

Lamentablemente, estos aparatos son comercializados en el mercado negro, situación que promueve el avance en este tipo de fraudes.

3. Las modalidades fraudulentas utilizadas en la vulneración de los medios electrónicos de pago

Podemos decir que el medio electrónico de pago de mayor uso y susceptibilidad frente a las conductas delictivas es la tarjeta de crédito/débito. En general dichas conductas tienen como finalidad el duplicado de la tarjeta bancaria o de obtención de datos de la tarjeta mediante el internet, para el uso indebido del dinero o del crédito que ofrece la tarjeta. Dentro dichas conductas tenemos la clonación o duplicado, la falsificación de la tarjeta, el *phising* y el *pharming*.

3.1. Duplicado o clonación de tarjetas

Duplicar o clonar una tarjeta bancaria es la extracción de la información electrónica contenida en la banda magnética para su copiado en una tarjeta distinta. Esta modalidad debe de ser uno de las principales formas delictivas contra los medios electrónicos de pago.

Para realizar esta actividad es necesaria la utilización de un aparato electrónico llamado *skimmer*, la misma que debe de ser instalada en las ranuras que se encuentran en algunas puertas de acceso a las instalaciones de un banco, en los mismos cajeros automáticos y en los Terminales de Punto de Venta (POS).

Una vez instalados, el *skimmer* se encarga en extraer la información de la banda magnética de la tarjeta y en los casos donde el usuario tenga que añadir su clave secreta, estos aparatos cuentan con una micro cámara.

Cuando los datos han sido copiados, son transmitidos a través de un sistema informático y un software que extrae la información y permite incorporarla a otra tarjeta, creando así la duplicación de la tarjeta original.



Fuente: blog.neuronaltraining.net

3.2. Falsificación de tarjetas

Al referirnos a falsificación de tarjetas nos referimos al *hackeo* que vulnera el sistema web de las entidades financieras con la finalidad de obtener la información de las distintas tarjetas para reproducirlas en otras distintas.

3.3. Pharming

Mediante esta modalidad el usuario, que previamente ingresa al sistema web de una entidad bancaria, es redirigido a páginas web falsas, creadas en un formato similar a las de las entidades bancarias con la finalidad de captar sus datos. Para que esta modalidad se concrete la actividad delictuosa puede estar dirigida a vulnerar la seguridad de la computadora del usuario o a transgredir el *Domain Name System* (DNS), el cual es un sistema de nomenclatura jerárquica para computadoras, servicios o cualquier recurso conectado a internet o a una red privada. Este sistema asocia información variada con nombres de dominios asignado a cada uno de los participantes.



3.4. Phishing

En esta modalidad, el usuario recibe correos electrónicos donde se simula la identidad de un entidad financiera con la finalidad de generar confusión para que el receptor brinde los datos de sus respectivas tarjetas, alegando diversos motivos (promoción de productos o servicios, participación en concursos, problemas de seguridad, técnicos, etcétera). Los correos electrónicos incluyen enlaces a sitios Web que imitan los de las entidades bancarias donde el usuario suministra los datos del instrumento de pago.

Banco de Crédito **BCP** ViaBCP

BCP se renueva constantemente incluyendo nuevas funcionalidades y servicios, modernizando la operación en su conjunto. A tal efecto y para continuar teniendo acceso a toda la gama de servicios que te ofrecemos, es necesario que aceptes el nuevo Clausulado del Contrato de Prestación de Servicios.

Recuerda que **BCP** te permite administrar tus finanzas personales de forma fácil, rápida y segura en cualquier momento y sin importar donde te encuentres. Actualmente, disfrutas este conjunto de beneficios pagando comisiones por algunas transacciones. A partir de **octubre 2007**, buscando mejores opciones de pago para tus necesidades, Bcp pone a tu disposición dos esquemas alternativos de pago por el servicio, de los cuales debes elegir uno. Por lo tanto le pedimos que ingrese a su cuenta seleccionando www.viabcp.com o para mayor comodidad en la imagen de abajo ...

▶ Ingresa a tus cuentas

Nunca incluiremos ningún tipo de link ni a nuestras propias páginas

BCP pone a tu disposición, sin costo adicional nuevos servidores que cuentan con la última tecnología en protección y encriptación de datos.
Una vez más BCP líder en el ramo.

Le recordamos que ultimamente se envían e-mails de falsa procedencia con fines fraudulentos y lucrativos. Por favor **nunca** ponga los datos de su tarjeta bancaria en un mail y siempre compruebe que la procedencia del mail es de @viabcp.com

Si tienes cualquier duda o consulta, comunícate con Banca por Teléfono ViaBCP 311 9898

3.5. Vishing

El término vishing viene de la conjugación de la “v” de “voz” y del término “phising” referido al robo o extracción ilegal de datos.

Es un tipo de modalidad que tiene como medio de fraude el uso del teléfono. En este caso el usuario de una entidad financiera recibe la llamada telefónica de un timador que busca persuadirlo para que éste brinde sus datos bancarios.

4. Los delitos contra los medios electrónicos de pago en la legislación peruana vigente

En el Perú el desarrollo de la legislación en los delitos contra los medios electrónicos de pago comenzó con la ley N° 27039 publicada el 10 de julio del 2000, donde se incluye al Código Penal vigente un capítulo exclusivo para los delitos informáticos. Si bien es cierto los tipos jurídicos incluidos no son precisos, fue la primera inclusión en nuestra legislación de este tipo de delitos. Anterior a esta ley, los agentes del derecho tenían que adecuar las acciones delictivas referentes a los delitos contra los medios electrónicos de pago a figuras comunes como el hurto o la estafa. Recientemente, mediante la ley N° 30096 de octubre del año del 2013 se mejoró las figuras delictivas con la inclusión y la precisión de algunas consideraciones. Por ejemplo, se incluyó a la falsificación de identidad mediante uso de las tecnologías, figura que la ley inicial no consideraba.

5. Los delitos contra los medios electrónicos de pago en el proyecto de ley del nuevo Código Penal

5.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es el patrimonio. En este punto nos parece importante desarrollar las concepciones de patrimonio que son aceptadas por nuestro sistema jurídico. En la ciencia penal existen tres concepciones generalmente aceptadas que son la jurídica, económica y la mixta. La concepción jurídica sostiene al patrimonio como los derechos y obligaciones reconocidos subjetivamente por el derecho privado o público. Aquí debemos entender a los derechos como los activos y a las obligaciones como pasivos. Por otra parte la corriente económica la define como al conjunto de bienes con valor económico sin importar que estén o no reconocidos

jurídicamente. Finalmente, la concepción mixta considera al patrimonio como el conjunto de bienes susceptibles de ser valorados económicamente y reconocidos por el sistema jurídico como perteneciente a determinada persona⁷.

En la concepción mixta desarrollada se supera las limitaciones de las primeras dos concepciones. Es evidente que no podríamos considerar como patrimonio de una persona la moral de ésta, dado que no es susceptible de valorización económica. Por otra parte, tampoco no podría considerarse como parte del patrimonio de una persona un bien ajeno.

Finalmente, es importante resaltar que el patrimonio es un bien jurídico protegido debido a la influencia vital en el desarrollo de la persona, por lo que es de vital importancia su protección

Análisis descriptivo de los tipos jurídicos de los delitos contra los medios electrónicos de pago en el proyecto de ley del nuevo Código Penal:

En este punto se hará un análisis de los cinco tipos penales contenidos en el Capítulo XII del Proyecto del nuevo Código Penal:

1) Primer tipo penal:

Art. 308°. Obtención indebida de bienes o servicios.-

El que utilice sin autorización un medio electrónico de pago ajeno o el que utilice tecnologías de información o de comunicación para obtener indebidamente cualquier efecto, bien o servicio para proveer su pago sin erogar o asumir el compromiso de pago de la contraprestación debida, es reprimido con pena de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

i. Tipo objetivo

⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro. (2002). *Delitos contra el patrimonio*. Perú: IDEMSA.

Sujetos del delito.- Este delito puede ser cometido por cualquier sujeto sin importar su condición u oficio, y el sujeto pasivo es la persona natural o jurídica que se ve perjudicada patrimonialmente.

Objeto del delito.- Habiendo dos modalidades, habría dos objetos del delito. En la primera modalidad donde se indica que “*el que utilice sin autorización un medio electrónico de pago ajeno (...)*” queda claro que el objeto del delito vendría a ser el medio electrónico de pago utilizado indebidamente, que podría ser una tarjeta de crédito o de débito. Por otra parte en la segunda modalidad se indica que “*el que utilice tecnologías de información o de comunicación para obtener (...)*” el objeto del delito sería la tecnología utilizada por el sujeto activo, que podría ser un teléfono, una computadora o una tablet.

Acción típica.- El tipo penal contiene dos modalidades delictivas:

- La utilización de un medio electrónico ajeno sin autorización. En esta modalidad al ser necesario la interacción directa del sujeto activo y el medio electrónico a vulnerar, esto se puede dar de distintas formas, una de ellas es con la utilización del medio electrónico de pago cuando el sujeto pasivo entrega en custodia o cuidado al sujeto activo, sin que este último tenga la autorización de sacar un provecho económico del mismo, en este caso el sujeto activo estaría abusando de la confianza otorgada del sujeto pasivo. También se puede dar en caso el sujeto activo haya encontrado una tarjeta crédito extraviada, y en vez de entregarlo a las autoridades, dispone la utilización del mismo. De igual manera, este delito se puede concretizar con el apoderamiento de una tarjeta de crédito mediante la concurrencia de otro delito, como lo puede ser el hurto o el robo. En estos casos estaríamos ante la concurrencia real de delitos.
- La utilización de tecnologías de información o de comunicación. Como se desarrolló en la parte introductoria, existe distintas formas que se usan para la comisión de esta figura como lo son phishing, pharming o el vishing donde el sujeto activo busca la extracción de información y datos con la finalidad de sacar provecho patrimonialmente.

ii. Tipo subjetivo

Dolo.- El legislador indica que para el perfeccionamiento del delito el sujeto activo debe realizar cualquiera de las modalidades descritas con la *finalidad de (...) proveer su pago sin erogar o asumir el compromiso de pago de la contraprestación debida (...)*; es decir, el sujeto actúa con el propósito de no asumir o de evitar el compromiso de pago, por lo que, estaríamos ante un delito doloso dado que el sujeto debe actuar con el conocimiento y voluntad de realizar la conducta típica con un objetivo ulterior que es la de beneficiarse patrimonialmente

Delito de peligro.- En ambas modalidades el legislador incorpora el concepto de *utilizar*, concepto que la misma que la RAE define como aprovecharse de algo. Entonces ¿el legislador al incorporar el concepto de *utilizar* implica la necesaria obtención de un provecho para el perfeccionamiento de la conducta típica? Consideramos que no.

Si bien es cierto que las definiciones brindadas por la Real Academia Española son un elemento para la interpretación de los elementos gramaticales de los tipos penales, no debemos de dejar de lado la interpretación sistemática que tiene nuestro sistema jurídico de un determinado concepto, con lo cual se generaría una segunda pregunta ¿qué interpretación conceptual le da nuestro sistema legal al término *utilizar*? Con esta pregunta llegaríamos a la conclusión de que el legislador asemeja el término *utilizar* con el de uso, que es el *emplear algo conforme a su naturaleza*.

Dado a lo expuesto, para el perfeccionamiento del tipo es necesaria la utilización del medio electrónico de pago o de la utilización de los medios de tecnología o de comunicación, es decir, emplear dichos medios conforme a su naturaleza con la finalidad de obtener indebidamente cualquier efecto, bien o servicio para proveer su pago sin erogar o asumir el compromiso de pago de la contraprestación debida, sin que sea necesario que dicha finalidad se concretice, con lo cual concluiríamos que no es necesario un menoscabo del patrimonio del perjudicado, sino su puesta en peligro.

Antijuricidad.- En la primera modalidad se configura con la utilización ilícita del medio electrónico sin que esta haya sido autorizada por el sujeto pasivo, sin perjuicio de la forma en que el agente obtuvo el medio de pago electrónico, la misma que se puede dar de forma legítima (en custodia) o en forma ilegítima (mediante el hurto o robo). En la segunda modalidad la ilicitud se traduce en la utilización de tecnologías de información o de comunicación con la finalidad de vulnerar los sistemas de seguridad tecnológicas a las que se encuentra sujeta los medios electrónicos de pago.

Culpabilidad.- En este punto se debe determinar que si el agente es culpable o no de la acción, como se da en caso en las situaciones descritas en el Art.27° del Proyecto del Nuevo Código Penal como se da en caso haya actuado bajo una amenaza que ponga en peligro la vida, integridad corporal o la libertad propia o de un tercero.

Consumación.- El delito se consuma con la utilización ilegítima de un medio electrónico de pago o en la utilización indebida de tecnologías de información o de comunicación con la finalidad de conseguir un beneficio económico, sin ser necesario que se concrete dicho beneficio.

Agotamiento.- El delito se agota cuando el agente haya logrado realizar la finalidad ulterior, es decir, la de beneficiarse patrimonialmente.

Sanción.- En el caso haya responsabilidad penal del agente, el juzgador lo sancionará con pena la pena principal de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Participación delictiva.- En este punto debemos considerar lo dispuesto en el Capítulo IV del Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal respecto a este punto. Brevemente podemos decir que este tipo penal permite la autoría directa, la autoría por medio de otra persona (autoría mediata) y la autoría realizada entre varios sujetos conjuntamente (coautoría). Asimismo, se puede dar la intervención de un sujeto como instigador para que otro cometa el hecho ilícito (Art. 31°) y la intervención de un sujeto que ayuda a otro en los actos anteriores o simultáneos a la realización del hecho punible sin haber sido coautor del mismo (complicidad).

Concurso.- Como se mencionó líneas arriba, en la comisión de este tipo penal se puede dar tanto el concurso ideal (Art. 65°) y real de delitos (Art.67°). En el primer tipo de concurso, el sujeto activo realiza un solo hecho y ha cometido dos delitos independientes, en este caso se reprime

con la que establezca la pena más grave incrementada hasta un tercio por encima del máximo legal.

En el concurso ideal el operador de derecho debe tener mucho cuidado en no confundir el concurso ideal con el concurso aparente de leyes, donde debemos tener en consideración el *non in bis in ídem*. Esta problemática se da especialmente en los delitos derivados como se podría dar en el delito de Acceso Ilícito a datos y sistemas informáticos (Art. 304) y el delito estudiado.

En el concurso real de delitos concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, es decir, cada tipo penal debe ser analizado como una pluralidad de acciones y deben ser enjuiciados en conjunto (Bermont Arias Torres, 2008).

2) Segundo tipo penal:

Art. 309°. Manejo fraudulento de medios electrónicos de pago.

Es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, el que sin autorización realice cualquiera de las siguientes conductas:

- 1. Cree, capture, grabe, copie, altere, duplique o elimine por cualquier medio la data o información contenidas en un medio electrónico de pago.*
- 2. Cree, duplique o altere mediante el uso de tecnologías de información o de comunicación, la data o información de un sistema información con el objeto de incorporar usuarios, cuentas, registros o consumos inexistentes o modifique la cuantía de éstos.*
- 3. Adquiera, comercialice, posea, distribuya, venda o realice cualquier tipo de intermediación de medios electrónicos de pago, o de la data o información contenidos en ellos o en un sistema de información o de comunicación.*

i. Tipo objetivo

Sujetos del delito.- Este delito puede ser cometido por cualquier sujeto sin importar su condición u oficio, y el sujeto pasivo es la persona natural o jurídica que se ve perjudicada patrimonialmente.

Objeto del delito.- La primera modalidad indica que él que “*Cree, capture, grabe, copie, altere, duplique o elimine por cualquier medio la data o información contenidas en un medio electrónico de pago*” por lo que el objeto del delito vendría a ser el medio electrónico de pago maniatado, que podría ser una tarjeta de crédito/débito. Por otra parte en la segunda modalidad se indica que él que “*Cree, duplique o altere mediante el uso de tecnologías de información o de comunicación, la data o información de un sistema información con el objeto de incorporar usuarios, cuentas, registros o consumos inexistentes o modifique la cuantía de éstos*” con lo cual el objeto del delito vendría a ser el sistema de información violado. Finalmente la tercera modalidad tiene como objeto a las dos descritas en la primera modalidad, es decir, a un medio electrónico de pago o a un sistema de información o de comunicación que contenga datos e información de medios electrónicos de pago.

Acción típica.- El tipo penal contiene tres modalidades delictivas:

- La creación, captura, grabación, alteración, duplicado o eliminación por cualquier medio la data o información contenidas en un medio electrónico de pago.- Esta modalidad al indicar que los verbos rectores se pueden concretizar “por cualquier medio” da la posibilidad de que se el agente realice la conducta descrita sin haber tenido una interacción directa con el medio electrónico de pago. (coatoría)
- La creación, duplicado o alteración mediante el uso de tecnologías de información o de comunicación, la data o información de un sistema información con el objeto de incorporar usuarios, cuentas, registros o consumos inexistentes o modifique la cuantía de éstos.- En esta modalidad el agente con el uso de tecnologías de información o de comunicación crea, duplica o altera la data o información de un sistema de información, verbos que deben ser materializados para que el tipo se configure. Asimismo, lo descrito anteriormente se debe de realizar con la finalidad

de incorporar usuarios, cuentas, registros o consumos inexistentes o modifique la cuantía de éstos.

- El que adquiera, comercialice, posea, distribuya, venda o realice cualquier tipo de intermediación de medios electrónicos de pago, o de la data o información contenidos en ellos o en un sistema de información o de comunicación.- El legislador en esta modalidad busca sancionar el acto posterior a la adquisición de la data o información (sancionada en la primera modalidad) que vendría a ser un acto de transferencia de dicha data a otro sujeto. Está claro que no es necesario para el perfeccionamiento de esta modalidad que se haya realizado la primera modalidad, dado que son independientes.

ii. Tipo subjetivo

Dolo.- Para la realización de las conductas descritas en este tipo penal es necesario que el agente tenga ciertos conocimientos mínimos, situación que le permitiría tener pleno entendimiento sobre la acción realizada, además de la voluntad de realizarla. Asimismo, esta figura no acepta la comisión culposa.

Elemento subjetivo del injusto.- En su primera y tercera modalidad delictiva es explícita al indicar que es necesaria una vulneración del medios electrónico de pago o del sistema de información o de comunicación, por lo que estaríamos ante un delito de resultado, pero en caso de la segunda modalidad existe una mayor complejidad.

Si bien es cierto que la segunda modalidad también se exige una vulneración material de la data o información de un sistema información mediante la creación, duplicado o alteración mediante el uso de tecnologías de información o de comunicación, éste necesariamente también requiere que dicha vulneración sea con el fin ulterior de “*incorporar usuarios, cuentas, registros o consumos inexistentes o modifique la cuantía de éstos*”. Con lo dicho ¿podríamos decir entonces que el legislado al no exigir que se materialice la incorporación de usuarios o de cuentas o la de registrar consumos inexistentes o de la modificación de cuantía de éstos, estaríamos ante un delito de peligro? Consideramos que no.

En esta segunda modalidad nos estaríamos encontrando ante el *elemento* subjetivo del injusto, que vendría a ser el ánimo o la finalidad por el cual el sujeto decidió cometer el hecho ilícito. Este elemento es adicional al dolo con el agente actúa.

Antijuricidad.- En este tipo penal la ilicitud se da cuando el agente realiza alguno de los verbos rectores que vulnere un medio electrónico de pago o de la data o información contenidos en ellos o vulnere un sistema de información o de comunicación.

Culpabilidad.- La acción no será punible si el agente actuó en las circunstancias descritas en el Art.27° del Proyecto del Nuevo Código Penal.

Consumación.- Al realizar cualquier de los verbos rectores descritos en el tipo penal se estaría consumando el delito, sin que sea necesario que el sujeto alcance su finalidad ulterior.

Agotamiento.- El delito se agota cuando el agente haya logrado alcanzar la finalidad ulterior que lo motivó para la realización del hecho punible.

Sanción.- En el caso haya responsabilidad penal del agente, el juzgador lo sancionará con pena de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Participación delictiva.- Como normalmente este tipo de delitos son cometidos por la criminalidad organizada, situación que el legislador lo tenía previsto, este tipo penal se puede realizar mediante la autoría directa, la autoría por medio de otra persona (autoría mediata) y la autoría realizada entre varios sujetos conjuntamente (coautoría). Asimismo, se puede dar la intervención de un sujeto como instigador para que otro cometa el hecho ilícito (Art. 31°) y la intervención de un sujeto que ayuda a otro en los actos anteriores o simultáneos a la realización del hecho punible sin haber sido coautor del mismo (complicidad).

Concurso.- Como se explicó en líneas arriba, en la comisión de este tipo penal puede concurrir la comisión de otro delito mediante el concurso ideal y real de delitos.

3) Tercer tipo penal:

Art. 310°. Manejo fraudulento de medios electrónicos de pago.

- 1. El que se apropie de un medio electrónico de pago que se haya perdido, extraviado o le haya sido entregado por equivocación con el fin de usarlo, venderlo o transferirlo a persona distinta del usuario autorizado o entidad emisora, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.*
- 2. La misma pena se impone a quien adquiera o reciba el medio electrónico de pago a que se refiere el párrafo anterior.*

i. Tipo objetivo

Sujetos del delito.- Este delito puede ser cometido por cualquier sujeto sin importar su condición u oficio, y el sujeto pasivo es la persona natural o jurídica que se ve perjudicada patrimonialmente.

Objeto del delito.- En este tipo penal el objeto del delito es el medio electrónico de pago que haya sido objeto de uso, venta o transferencia sin autorización del propietario y de la empresa emisora.

Acción típica.- La acción típica es la de usar, vender o transferir el medio de pago electrónico sin autorización del propietario y de la empresa emisora.

ii. Tipo subjetivo

Dolo.- Es importante aclarar que el agente que realiza el uso, la venta o transferencia debe de conocer la falta de licitud de dichas acciones, situación que raramente se puede dar debido a la naturaleza personalísima de dichos medios de pago.

Antijuricidad.- En este tipo penal la ilicitud se da cuando el agente usa, venda o transfiera el medio electrónico de pago, en estas últimas dos situaciones el tipo penal también responsabiliza penalmente al que adquiera o reciba dicho medio pago.

Culpabilidad.- La acción no será punible si el agente actuó en las circunstancias descritas en el Art.27° del Proyecto del Nuevo Código Penal.

Consumación.- En el caso de la primera modalidad el agente debe usar, vender o transferir el medio electrónico de pago, sin necesidad haber vulnerado o haberse aprovechado del contenido patrimonial contenida en el medio de pago. En la segunda modalidad solo es necesaria que el agente adquiera o reciba dicho medio de pago, sin que ésta necesariamente sea usada.

Agotamiento.- El delito se agota cuando el agente haya logrado alcanzar la finalidad ulterior que lo motivó para la realización del hecho punible.

Sanción.- En el caso haya responsabilidad penal del agente, el juzgador lo sancionará con pena de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Participación delictiva.- Así como se dan en los tipos anteriores, el presente tipo penal normalmente es realizada por organizaciones criminales mediante la autoría directa, la autoría por medio de otra persona (autoría mediata) y la autoría realizada entre varios sujetos conjuntamente (coautoría). Asimismo, se puede dar la intervención de un sujeto como instigador para que otro cometa el hecho ilícito (Art. 31°) y la intervención de un sujeto que ayuda a otro en los actos anteriores o simultáneos a la realización del hecho punible sin haber sido coautor del mismo (complicidad).

Concurso.- En la comisión de este tipo penal puede concurrir la comisión de otro delito mediante el concurso ideal y real de delitos.

4) Cuarto tipo penal:

Art. 311°. Provisión indebida de bienes o servicios

El que provea a otro dinero, efectos, bienes, servicios o cualquier otra cosa de valor económico con la presentación de un medio electrónico de pago que ha sido falsificado o alterado o que se encuentre revocado o que ha sido indebidamente obtenido o retenido, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

i. Tipo objetivo

Sujetos del delito.- Este delito puede ser cometido por cualquier sujeto sin importar su condición u oficio, y el sujeto pasivo es la persona natural o jurídica que se ve perjudicada patrimonialmente.

Objeto del delito.- El delito recae en el medio electrónico de pago que es ilegítimo por su adquisición o fabricación que a su vez es utilizado para proveer a otro dinero, efectos, bienes, servicios o cualquier otra cosa de valor económico.

Acción típica.- La acción que se requiere para el perfeccionamiento del tipo delictivo es la de proveer a otro dinero, efectos, bienes, servicios o cualquier otra cosa de valor económico con un medio electrónico de pago que haya sido objeto de falsificación o alteración o que hay sido revocado por su propietario o que haya sido obtenido o retenido indebidamente.

Consideramos que la redacción de este tipo no es la correcta dado que plantea una confusión al indicar “*con la presentación de un medio electrónico de pago*”, dado que si analizamos esa oración podríamos suponer que la presentación se refiere cuando el agente presenta dicho medio al momento de pagar, sin que necesariamente se concrete la provisión de dinero, efectos, bienes, servicios o cualquier otra cosa de valor económico, situación que se contradice con la primera línea del tipo penal, que supone que para el perfeccionamiento del tipo se debe materializar dicha provisión.

ii. Tipo subjetivo

Dolo.- Para la realización de las conductas descritas en este tipo penal es necesario que el agente actúe con conocimiento y voluntad del hecho realizado.

Antijuricidad.- En este tipo penal la ilicitud se concreta con el agente provea a otro dinero, efectos, bienes, servicios o cualquier otra cosa de valor económico mediante la utilización de un medio de pago electrónico que tenga procedencia irregular.

Culpabilidad.- La acción no será punible si el agente actuó en alguna de las circunstancias descritas en el Art.27° del Proyecto del Nuevo Código Penal.

Consumación.- Para el perfeccionamiento del tipo penal es necesario que se concrete la provisión que realiza el agente a otro sujeto mediante la utilización del medio de pago electrónico de procedencia irregular.

Sanción.- En el caso haya responsabilidad penal del agente, el juzgador lo sancionará con pena de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Participación delictiva.- Este tipo penal se puede realizar mediante la autoría directa, la autoría por medio de otra persona (autoría mediata) y la autoría realizada entre varios sujetos conjuntamente (coautoría). Asimismo, se puede dar la intervención de un sujeto como instigador para que otro cometa el hecho ilícito (Art. 31°) y la intervención de un sujeto que ayuda a otro en los actos anteriores o simultáneos a la realización del hecho punible sin haber sido coautor del mismo (complicidad).

Concurso.- Como se explicó en líneas arriba, en la comisión de este tipo penal puede concurrir la comisión de otro delito mediante el concurso ideal y real de delitos.

5) Quinto tipo penal:

Art. 312°. Posesión de equipo informático para falsificación de medios electrónicos de pago

El que sin estar debidamente autorizado para fabricar, emitir o distribuir medios electrónicos de pago reciba, adquiera, posea, custodie, distribuya, transfiera, comercialice o venda cualquier equipo de fabricación de estos medios de pago o cualquier equipo o componente que capture, grabe o copie o transmita la data o información de dichos medios de pago, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

i. Tipo objetivo

Sujetos del delito.- Este delito puede ser cometido por cualquier sujeto sin importar su condición u oficio, y el sujeto pasivo es la persona natural o jurídica que se ve perjudicada por este tipo delictivo.

Objeto del delito.- Vienen a ser los equipos o componentes que son utilizados en la fabricación, captura, grabación, copia o transmisión de data o información de los medios electrónicos de pago.

Acción típica.- Es la de recibir, adquirir, poseer, custodiar, distribuir, transferir, comercializar o vender los equipos o componentes que son utilizados en la fabricación, captura, grabación, copia o transmisión de data o información de los medios electrónicos de pago.

ii. Tipo subjetivo

Dolo.- Para la realización de las conductas descritas en este tipo penal es necesario que el agente actúe con conocimiento y voluntad.

Antijuricidad.- En este tipo penal la ilicitud se concretiza en realizar conductas como las de los equipos o componentes que son utilizados en la fabricación, captura, grabación, copia o transmisión de data o información de los medios electrónicos de pago sin tener la autorización respectiva para ello.

Culpabilidad.- La acción no será sancionable si el agente actuó bajo algunas de las circunstancias descritas en el Art.27° del Proyecto del Nuevo Código Penal.

Consumación.- En este tipo el legislador sanciona una conducta considera como acto preparatorio. El delito se consuma cuando el agente recibe, adquiera, posea, custodie, distribuya, transfiera, comercialice o venda los equipos o componentes sin que éstos hayan sido utilizados en la fabricación, captura, grabación, copia o transmisión de data o información de los medios electrónicos de pago

Agotamiento.- El delito se agota cuando el agente haya logrado alcanzar la finalidad ulterior que lo motivó para la realización del hecho punible.

Sanción.- En el caso haya responsabilidad penal del agente, el juzgador lo sancionará con pena de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Participación delictiva.- Como en los tipos anteriores, estos delitos son cometidos normalmente en el seno de una organización criminal, por lo que se puede dar que haya varios intervinientes en la comisión del delito, por lo que el tipo penal admite la autoría por medio de otra persona (autoría mediata) y la autoría realizada entre varios sujetos conjuntamente (coautoría). Asimismo, se puede dar la intervención de un sujeto como instigador para que otro cometa el hecho ilícito (Art. 31º) y la intervención de un sujeto que ayuda a otro en los actos anteriores o simultáneos a la realización del hecho punible sin haber sido coautor del mismo (complicidad).

Concurso.- En la comisión de este tipo penal puede concurrir la comisión de otro delito mediante el concurso ideal y real de delitos.

6. La problemática procesal de los delitos contra los medios de pago electrónicos

Según la teoría del delito existen dos tipos de sujetos pasivos, el sujeto pasivo de la acción y el sujeto pasivo del delito. El primero está referido a la persona o sujeto que recibe en forma directa la acción u omisión típica realizada por el sujeto activo, mientras que el segundo concepto se refiere al titular o portador del interés cuya esencia constituye la del bien jurídico protegido (Bramont Arias Torres, 2008).

Como lo indica el profesor Bramont Arias Torres estos sujetos normalmente coinciden pero existen situaciones jurídicas donde necesariamente no hay coincidencia entre esos sujetos pasivos, como se da en los delitos contra los medios electrónicos de pago.

Es evidente que al hablar de sujetos procesales (desde el punto de vista del sujeto pasivo) nos referimos al sujeto agraviado, que no necesariamente siempre es el sujeto pasivo.

Esta situación se complica aún más en la situación procesal que se da en los presentes delitos, en este punto debemos dejar en claro cuáles sujetos pasivos pueden intervenir en estos delitos, teniendo como ejemplo los casos de la clonaciones o vulneraciones de seguridad de las tarjetas bancarias.

En primer lugar tenemos a la persona natural que es usuaria de la tarjeta bancaria, esto se individualiza generalmente en las tarjetas de crédito dado que el nombre del usuario se encuentra impresa en la misma tarjeta. Luego tenemos a las entidades financieras que son propietarias de dichas tarjetas, como lo pueden ser los bancos y cajas municipales. Luego tenemos a las emisoras de dichas tarjetas, que pueden ser las empresas Visa, MasterCard, etc. Finalmente nos podemos encontrar a las empresas aseguradoras de dichas tarjetas, que en nuestra realidad puede ser la misma entidad bancaria propietaria.

Al encontrarnos a una variedad de sujetos que pueden ser perjudicados en este tipo de delitos, dependiente de cada situación en concreto, es de vital importancia la individualización de dichos sujetos. Podemos dar el ejemplo en que el usuario “X” haya sido afectado por la clonación de su tarjeta pero que la aseguradora “Y” le repuso el patrimonio perdido, dejando sin responsabilidad a la entidad financiera propietaria y a la empresa emisora, en este caso podríamos encontrarnos en una situación dónde el único agraviado podría terminar siendo la empresa aseguradora que tendría la figura de sujeto pasivo del delito, dejando usuario “X” como sujeto pasivo de la acción. Esto también puede variar dependiendo de la forma en qué se vulneró la seguridad de la tarjeta, debido que este también se pudo haber dado con la violación del sistema de seguridad de la empresa emisora o de la entidad bancaria.

En este punto nos podríamos encontrar ante infinidad de situaciones que deben ser analizadas teniendo en consideración las obligaciones que existen entre los cuatro posibles sujetos pasivos como una variante más, dado que pueden existir acuerdos contractuales que transfiera el perjuicio de uno a otro, contexto que podría generar consecuencias procesales.

Capítulo VII: *EL DELITO DE MARCAJE O
REGLAJE EN EL PROYECTO DE LEY DEL
NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2015*

Por: Rodrigo Grande Osorio

EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE EN EL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO
CÓDIGO PENAL DE 2015

THE CRIME OF MAKING OR SETTING IN THE PERUVIAN DRAT OF THE NEW
PENAL CODE OF 2015

Por: Rodrigo Grande Osorio*
rodrigo_grande@usmp.pe

* Egresado de la especialidad de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

Resumen

El análisis hecho en el presente tema de investigación se basará sobre si debe mantener el marcaje o reglaje en el futuro Código penal. Teniendo en cuenta para ello, que los principios básicos del Derecho Penal deben respetarse; siendo justificable su flexibilización para situaciones excepcionales. Ya que tipos penales que vayan en contra de las bases del derecho penal e incluso contra las garantías de las personas, sin ninguna justificación, deben ser excluidos.

Abstract

The analysis in this research topic will be based on whether the marking or setting maintain in the future Criminal Code. Given to this, that the basic principles of criminal law must be respected; being justified its flexibility in exceptional situations. Since criminal offenses that go against the foundations of the criminal law and even against the guarantees of the people, without any justification, they should be excluded.

Palabras clave: marcaje, reglaje, derecho penal del enemigo, proyecto de ley, nuevo código penal 2015, paz pública, información personal, delito de mera actividad.

Keywords: marking , adjustment , criminal law of the enemy, bill, new 2015 penal code, public order , personal information, crime of mere activity.

Sumilla: 1. Introducción; 2. El delito de marcaje o reglaje; 3. Grados de desarrollo del delito de marcaje o reglaje; 4. El marcaje o reglaje como manifestación del derecho penal del enemigo.

1. Introducción

La moderna delincuencia en el Perú crece a gran escala. El Estado, por su parte, en su misión de contrarrestar ese flagelo, buscan en el derecho penal, su principal arma contra la delincuencia, encontrar la anhelada solución. Aunque parece ser, por la gran cantidad de nuevos delitos que se vienen creando, que el derecho penal es la única solución con la que cuenta el Estado.

Sin embargo, los nuevos tipos penales vienen generando una preocupación por parte de los defensores de un Derecho penal garantista (mínima intervención); esto se debe a que el común denominador de aquellos tipos penales son: el adelantamiento de la punición penal, el uso de los peligros abstractos, la protección de bienes jurídicos colectivos, entre otros, lo cual genera una flexibilización de los principios básicos del Derecho penal. Esta técnica legislativa busca justificarse en la actual sociedad de riesgo vivimos; es así que hoy se habla de un Derecho penal moderno (máxima intervención), siendo considerada también como un Derecho penal del enemigo.

Es en ese contexto en que se crea el denominado delito de marcaje o reglaje, cuya regulación, en el desarrollo del delito (*iter críminis*), pretende sancionar los actos preparatorios como delito consumado (delito autónomo); esto es, se penaliza conductas que generalmente no son sancionadas por ser consideradas neutrales, inocuas o socialmente permitidas; además de no manifiestan cierta criminalidad que hagan suponer que se podrá en ejecución en plan delictivo.

Este tipo de política criminal genera conflictos entre los juristas, puesto que, de un lado están los defensores de un derecho penal mínimo (protección de las bases del derecho penal) y del otro los que pretenden un derecho penal máximo (flexibilidad de las garantías penales). Siendo manifestación de la segunda postura el delito de marcaje o reglaje, debido a que no requiere de la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido para ser sancionado, bastando simplemente un peligro abstracto.

Es por ello que nuestro análisis se basará sobre si debe mantener el marcaje o reglaje en el futuro Código penal. Teniendo en cuenta para ello, que los principios básicos del Derecho Penal deben respetarse; siendo justificable su flexibilización para situaciones excepcionales. Ya que tipos penales que vayan en contra de las bases del derecho penal e incluso contra las garantías de las personas, sin ninguna justificación, deben ser excluidos.

2. El delito de marcaje o reglaje

El día 03 de mayo de 2012, mediante la Ley 29859, entra a nuestro Código penal el delito de marcaje o reglaje, regulado en el artículo 317°-A. Luego, el 19 de agosto de 2013, mediante la Ley 30076, se realizan algunas modificaciones al artículo 317°-A.

El día 14 de mayo de 2014, el Congreso de la República – área de trámite documentario - recibe el Proyecto de Ley N° 3491/2013-CR “Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal”, presentado por el congresista Juan Carlos Eguren Neuenschwander, del Grupo Parlamentario PPC-APP. Posteriormente, el 20 de mayo de 2014, el proyecto de ley pasó a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos para su estudio y dictamen.

Con fecha 31 de julio de 2015, el Congreso recibe el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, que recae en diferentes proyectos de ley, el cual contiene el texto sustitutorio mediante los cuales se propone la Ley del Nuevo Código Penal. Del Dictamen se puede apreciar que aún se mantiene el delito marcaje o reglaje, pero que realizan algunas modificaciones. Por lo tanto, nuestro análisis sobre el delito de marcaje o reglaje se basa en el Dictamen mencionado.

2.1.Descripción típica

El delito de marcaje o reglaje se encuentra regulado, según el texto sustitutorio que propone la Ley de Nuevo Código Penal - Dictamen aprobado en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos-, en la Sección XIX, “Delitos contra la Tranquilidad Pública”; Título I, “Delitos contra la Paz Pública”; artículo 513°, el cual reprime la siguiente conducta:

“El que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 197, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 217, 246, 247, 248, 250, 251, 279, 283, 301, 302, 305, 306, 327, 328 y 329, 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 es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

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

a. Es funcionario o servidor público y aprovecha su cargo para la comisión del delito.

b. Mantiene o mantuvo cualquier vínculo con la víctima que la impulse a depositar su confianza en el agente.

c. Utilice a un menor de edad.

d. Labora, pertenece o está vinculado a una empresa del sistema financiero y, por razón de su cargo u oficio, tiene conocimientos de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima.

e. Actúa en condición de integrante de una organización criminal.”

Se puede apreciar que el artículo en análisis incrementa nueve delitos fines (elementos subjetivos diferentes del dolo), para la comisión del delito de marcaje o reglaje, en comparación con el artículo 317-A del Código penal vigente que solo hacía mención a 21 delitos fines. Los nueve delitos incorporados son: feminicidio, sicariato u homicidio por precio, sicariato agravado por la condición del agente, proposición para matar, formas agravadas de la trata de personas, esclavitud, secuestro agravado, extorsión mediante toma de carreretas y extorsión agravada.

En cuanto a la tipicidad objetiva no se ha producido ningún cambio, pues se mantienen los mismos comportamientos delictuales; las circunstancias agravantes no han sido modificadas; y, finalmente, la pena para el tipo básico y las agravantes siguen siendo las mismas.

2.2. Tipicidad objetiva

El delito de marcaje o reglaje regula un conjunto de supuestos delictivos que serán sancionados de manera autónoma, los cuales son:

2.2.1. Realizar actos de acopio de información

Este supuesto se refiere a la búsqueda de información que luego será utilizada para cometer o facilitar cualquiera de los delitos señalados en el tipo penal; siendo necesario que la obtención de la información se haga con fines ilícitos, de lo contrario la conducta sería un acto atípico, esto es, inocuo.

2.2.2. Realizar actos de entrega de información

El comportamiento consiste en brindar información que se tiene para que se cometa o facilite la comisión de los delitos antes señalados. El que brinda la información conoce que dicha información se utilizará para cometer algún delito.

2.2.3. Realizar actos de vigilancia o de seguimiento de personas

Por acto de vigilancia se entiende el prestar atención a las actividades que realiza la futura víctima con la finalidad de cometer o facilitar los delitos del tipo penal. El acto de seguimiento implica seguir los pasos de la potencial víctima para que se cometa o facilite los delitos señalados.

2.2.4 Colaboración en los actos del marcaje o reglaje mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos

Este supuesto amplía la sanción para quienes colaboran en la realización, mediante armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos, de acopio de información, entrega de información, vigilancia o seguimiento. La persona que colabora con la entrega de instrumentos debe saber que lo hace para que se cometa el delito de marcaje o reglaje.

2.2.5 Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido del delito de marcaje o reglaje es la tranquilidad pública. Núñez, F. (2015), al referirse sobre el bien jurídico del delito de marcaje o reglaje sostiene que: “el bien jurídico inmediato a proteger sería la tranquilidad pública; en tanto que el mediato, cada bien jurídico de carácter individual (de manera anticipada)” (Pág. 63).

2.2.6 Sujeto activo

El delito de marcaje o reglaje puede ser cometido por cualquier persona que 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. Dichas conductas tienen que tener como finalidad la comisión de cualquiera de los delitos señalados en el tipo penal.

2.2.7 Sujeto pasivo

Al ser un delito que afecta al bien jurídico tranquilidad pública, el sujeto pasivo es el Estado. En esa misma línea Núñez, F. (2015), señala que: “(...) en el delito de marcaje o reglaje, debe efectuarse la distinción entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción: El sujeto pasivo del delito es el Estado, mientras que el sujeto pasivo de la acción es el potencial o eventual agraviado (persona natural)” (Pág. 171).

2.3. Tipicidad subjetiva

2.3.1. Dolo

El tipo penal de marcaje o reglaje es un delito doloso, pues, se necesita del conocimiento y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo, esto es, que se comete actos de vigilancia, seguimiento, acopio o entrega de información.

2.3.2. Elemento subjetivo diferente del dolo

Para la configuración del delito de marcaje o reglaje no basta con el dolo porque, además, se requiere de una final (elemento de tendencia interna trascendente). Dicha finalidad consiste en cometer cualquiera de los delitos mencionados en el tipo penal (delitos fines). Lo que se pretende con las finalidades de la parte subjetiva es delimitar las conductas de la para objetiva. Es por ello que si alguien realiza cualquiera de los supuestos delictivos (tipicidad objetiva), pero sin tener la finalidad de cometer algún delito señalado por el tipo penal, dicho comportamiento resultará atípico.

2.4. Grados de desarrollo del delito

2.4.1. Tentativa

El marcaje o reglaje no admite la tentativa al ser un delito de mera actividad, es decir, se consuma con la simple realización de la conducta prohibida sin esperar a que se produzca un resultado. Cabe señalar que este delito sanciona los actos preparatorios de otros delitos fines; es así que las conductas que aún no han empezado con ejecución de los delitos fines ya son penadas. Finalmente, para hablar de tentativa es requisito indispensable que se inicie con la ejecución del delito.

2.4.2. Consumación

El delito se consuma cuando el sujeto activo, con la finalidad de cometer cualquier delito señalado en el tipo, realiza cualquiera de las conductas prohibida, sin ser necesario que el delito fin llegue a concretarse.

Núñez, F. (2015), al referirse sobre la consumación del delito marcaje o reglaje sostiene que:

Es oportuno resaltar que para la consumación del marcaje o reglaje no se requiera de la verificación de ningún resultado lesivo. Sólo se necesita que el agente realice la conducta típica.

Por esa razón, es un delito de mera actividad, considerándose también como un delito instantáneo pues no resulta relevante cuánto tiempo el agente se haya encontrado realizando los comportamientos delictivos, como tampoco se requiere confirmar la materialización de alguno de los delitos-fin (Pág. 122).

3. Grados de desarrollo del delito en el marcaje o reglaje

3.1. Fases de los delitos

Las fases del desarrollo de un delito están compuestas por: una interna y otra externa. Dentro de la primera fase tenemos a la ideación, deliberación y decisión; la cual es impune por estar dentro de la mente de la persona, esto se debe a que nuestro Código penal se basa en un derecho penal de acto y no de autor, por lo que será necesario que la fase interna sea exteriorizada para que tenga relevancia penal (Villavicencio, 2006). La segunda fase comprende a los actos preparatorios, tentativa, consumación y agotamiento. Villavicencio, F. (2006) señala lo siguiente: “De ellas, las que más le interesan al Derecho Penal son la tentativa y la consumación” (Pág. 416). Ello se debe a que a partir de la ejecución del delito se exterioriza, seriamente, una manifestación de criminalidad, pudiendo producirse una lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se pretende proteger.

La distinción de fases resulta importante debido a que nos permite saber el momento exacto en que el derecho penal empieza a manifestar su protección hacia los bienes jurídicos (generalmente desde la ejecución); por lo que habrá mayor pena cuando la conducta esté próximo a dañar al bien jurídico (Bramont Arias Torres, 2008). Siendo así, los principios de lesividad y proporcionalidad tienen mucha importancia al momento de regular y sancionar las conductas como delictivas; ya que si dichas conductas no vulneran o ponen en peligro concreto al bien jurídico no debería tener cabida en el Código penal.

Sin embargo, por política criminal, se acepta que el legislador haga uso, de manera limitada, de los delitos de peligro abstracto; esto debido a que se pretende protegerse de manera anticipada a

los bienes jurídicos colectivos de conductas consideradas peligrosas. Pero dicha técnica legislativa debe darse de manera excepcional; asimismo, es menester de tenerse en cuenta que las penas conminadas deben estar por debajo de las penas aplicables a los delitos consumados.

3.2. El marcaje o reglaje como actos preparatorios sancionados

Los actos preparatorios son la primera manifestación de exteriorización del plan delictual (Villavicencio, 2006). Dichos actos consisten en la búsqueda de instrumentos que faciliten la realización del delito, como por ejemplo: armas, máscaras, vehículos, planos, teléfonos, entre otros. Pero los actos preparatorios no se agotan solo en la búsqueda instrumentos, sino que también consiste en la búsqueda de todo medio que sirva para facilitar el delito, como es el caso de las conductas que regula el marcaje o reglaje.

La regla general es que los actos preparatorios son atípicos debido a que son conductas permitidas socialmente, neutrales o inocuas. Al respecto Bramont-Arias Torres, L. (2008) dice: “En principio, estos actos no están castigados, salvo cuando en forma independiente constituyan delito, es decir, cuando el propio Código Penal los señale como tales” (Pág. 344). Si bien son conductas que tienen una finalidad delictiva, no son penadas por encontrarse muy lejanas a la efectiva lesión o puesta el peligro concreto de los bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, nuestro legislador ha decidido que ciertos actos preparatorios deben ser penados (Bramont Arias Torres, 2008), como es el caso del marcaje o reglaje, así como de la tenencia ilegal de armas, la asociación ilícita, entre otros.

Villavicencio, F. (2006), al referirse a las formas de actos preparatorios penados señala:

La manera como el legislador decide adelantar la ejecución puede ser de dos formas. *Primero*, extiende un determinado tipo hasta comprender acciones preparatorias. *Segundo*, el legislador decide la *tipificación independiente* de algunas acciones preparatorias. Es decir, crea un delito autónomo (Pág. 420).

El marcaje o reglaje, como se aprecia de su descripción típica, regula comportamientos que buscan facilitar la comisión de futuros delitos (delitos fines), sancionándolos sin que se haya producido el fin perseguido. Siendo así, se puede apreciar claramente que el marcaje o reglaje, como parte de una política criminal, tipifica como delito autónomo conductas consideradas preparatorias en el desarrollo del delito. Es por ello que en estos casos se habla de un adelantamiento de la ejecución del delito. Pero, ¿esta forma de adelantamiento de la ejecución del delito que se viene dando no solo con el marcaje o reglaje, sino con muchos más delitos, es legítima?, lo veremos más adelante.

3.3. El marcaje o reglaje y el delito fin consumado

Regulando el marcaje o reglaje (delito autónomo) a un conjunto de conductas consideradas en el desarrollo del delito (iter críminis) como actos preparatorios, las dudas que se generan son: ¿Qué sucede si los actos preparatorios sancionados como delitos autónomos llegan a concretizarse?, ¿habrá un concurso real o ideal? o ¿se tratará simplemente de un concurso aparente de leyes?

Según Villavicencio, F. (2006), se produce una absorción del acto preparatorio en el delito fin, cuando señala: “(...) el acto preparatorio como delito autónomo no puede ser punible independientemente si se ha producido la agresión final que el orden jurídico pretende evitar, que es también punible. No puede sancionarse dos veces por el mismo acto” (Pág. 344). En diferente sentido, Núñez Pérez se vincula con la posición del concurso real de delitos, al comparar el marcaje o reglaje con la asociación ilícita; basando su posición en el Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-166, el cual señala que la asociación ilícita es autónoma e independiente de los delitos que se pretendan cometer, por lo que de cometerse el delito fin se produciría un concurso real de delitos (Núñez Pérez, 2015).

Compartimos la posición que afirma la existencia de un concurso real de delitos entre el marcaje o reglaje (actos preparatorios sancionados) y los delitos fines concretados; esto se dará, claro está, siempre que exista una cierta distancia entre las conductas del marcaje o reglaje y el delito fin que se logró cometer, es decir, que se desarrollen en diferentes momentos. Por ejemplo, “A”

quiere matar a “B”. Para realizar su cometido de manera exitosa empieza a realizar actos de seguimiento contra “B”. “A”, luego de haber estudiado los movimientos de “B”, decide matarlo cuando éste llegue a su casa; lo cual logra concretar con éxito. En el ejemplo se aprecia dos conductas realizadas en momentos distantes: 1) el acto de seguimiento y 2) la muerte de “B”; y al ser considerados cada conducta como delitos autónomos, cabe imputación el concurso real.

Sin embargo, la imputación del concurso real puede variar a un concurso aparente de leyes si es que las conductas sancionadas independientemente se producen en momentos cercanos, esto es, si las conductas del marcaje o reglaje forman parte de la ejecución del delito que se pretende cometer. Por ejemplo, “A” quiere matar a “B” por un pleito que acaban de tener en una fiesta. Para lograr su cometido empieza seguir a “B” cuando se retiraba de la fiesta. “A”, que tenía una pistola, luego de seguir a “B” por varias cuadras, empieza a dispararle, logrando su muerte. Siendo así, el acto de seguimiento que realizó “A”, al estar cercano a la ejecución del delito fin, genera la absorción de su conducta al delito fin consumado, por ende, cabría hablar de un solo delito de asesinato.

Núñez, F. (2015) sostiene lo mismo cuando dice:

Si estos actos de marcaje o reglaje son materializados en el mismo o cercano momento en que se realiza la ejecución delictiva, tal proceder se encontraría subsumido en el delito materializado en base a las reglas del concurso de leyes penales, bajo el contexto de la intervención delictiva de la autoría y participación, no pudiéndose configurar en ese contexto el injusto penal del marcaje o reglaje (Pág. 168-169).

Teniendo en cuenta lo señalado, para determinar si trata de un concurso real o aparente de leyes se tendrá que analizar cada caso en concreto. Es por ello que para hablar de un delito de marcaje o reglaje se tendrá que verificar que dichos actos se produzcan mucho antes al inicio de la ejecución del delito fin, caso contrario formarían parte ejecución del delito fin, no cabiendo hablar de un delito de marcaje o reglaje.

4. El marcaje o reglaje como manifestación del derecho penal del enemigo

El delito de marcaje o reglaje se da por el incremento de la moderna delincuencia organizada que se viene dando en nuestro país (Bermudez Tapia, 2015). Es así que hoy se dice que vivimos en una sociedad de riesgo, lo cual genera que se cree un Derecho penal del riesgo (Derecho penal moderno), donde se busca flexibilizar los principios limitadores del Derecho penal clásico para hacer frente a la moderna criminalidad organizada, pretendiendo así una máxima intervención del derecho penal (Villalobos Jo, 2015). Es por ello que, conforme señala Nuñez Perez (2015) “se recurre al uso de los delitos de peligro abstracto, protección de bienes jurídicos colectivos” (p. 73), sanción de los actos preparatorios, entre otros.

En la doctrina se puede apreciar autores que hablan de un “Derecho Penal del enemigo”, para lo cual hacen una división del Derecho Penal: Derecho Penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Consistiendo el llamado Derecho Penal del enemigo en el eliminar o el combatir los peligros futuros (Villavicencio, 2006), es decir, conductas que apreciadas ex ante están conducidas a causar, probablemente, una lesión al bien jurídico; es por ello las normas penales son usadas como armas frente al peligro que representa la conducta del enemigo.

Dicha lucha contra el enemigo se puede apreciar cuando: 1) se flexibilizan o minimizan los principios limitadores del Derecho penal clásico; 2) se adelanta la barrera de la punibilidad; 3) se emplea los delitos de peligro abstracto; 4) se aumenta desproporcionadamente la pena privativa de libertad; entre otros. Todas estas manifestaciones solo encontrarían justificación, a nuestro entender, y de manera excepcional, dentro de una lucha eficaz contra la moderna delincuencia organizada. Por tal motivo no puede pretenderse su expansión para proteger de todos los bienes jurídicos.

Es innegable reconocer que la manifestación del Derecho Penal del enemigo se viene dando en nuestra legislación, lo cual no quiere decir, necesariamente, que sea legítimo en todos los casos. Es de señalar como ejemplo: la reincidencia y habitualidad; los delitos de asociación ilícita, marcaje o reglaje, tenencia ilegal de armas (delitos de peligro abstracto); desproporcionalidad en la penas entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de lesión; entre otros.

No cabe duda de la necesidad de recurrir a las modernas técnicas legislativas para luchar contra la moderna delincuencia organizada. Esto ocasiona que se produzca ciertas flexibilizaciones a

los principios limitadores del poder penal. No generándose violación alguna de los principios ya que estos no son absolutos. Pero dicha regulación, si quiere ser respetuoso de los principios básicos del Derecho penal, no puede llevarse a cabo de manera general en un Estado social y democrático de derecho; es así que su uso solo se justificará para casos excepcionales. Siendo así, la flexibilización generalizada que se viene dando, como en el marcaje o reglaje, de los principios del derecho penal, conlleva a la máxima intervención del derecho penal (Derecho penal moderno), lo cual debe ser rechazada.

Teniendo en cuenta lo señalado, procederemos a analizar algunos principios limitadores del derecho penal, que fueron flexibilizados, los cuales nos permitirán identificar la manifestación del derecho penal del enemigo en el delito de marcaje o reglaje.

4.1. Principios limitadores del poder penal del Estado

El Derecho Penal es uno de los medio de control social a disposición del Estado para garantizar el orden en la sociedad. Su intervención resulta imprescindible frente al fracaso de los demás medios de control social; siendo considerado de última ratio a causa de las violentas consecuencias que genera su intervención (Vill Stein, 2014).

De acuerdo a lo referido por Villa Stein (2014) pesar de ser el Derecho Penal la última opción del Estado, esto no quiere decir que su empleo esté exento de límites, ya que la creación de cualquier tipo penal tiene que pasar por una serie de filtros que garanticen que no se cometan excesos en su regulación. Estas garantías las encontramos, por lo general, en los principios limitadores del poder sancionar del Estado (p. 132). Con ello se pretende que su intervención se produzca solo ante las conductas más graves que lesionen o pongan en peligro a los bienes jurídicos considerados por la sociedad como los más importantes, reduciéndose de esta manera la cantidad de conductas que pueden dañar a los bienes jurídicos.

El Estado tiene la potestad de sancionar las conductas que considere contrarias para la convivencia en sociedad. Pero dicho potestad no la puede ejercer de manera ilimitada (penar lo que le dé la gana), debido a que existen ciertos límites que no se pueden pasar por alto. Estos límites se manifiestan de dos maneras como refiere el profesor Villavicencio, F. (2006) al señalar:

“Los límites del poder penal actúan tanto en la creación de las normas penales (*criminalización primaria*) como en su aplicación (*criminalización secundaria*) (...)” (Pág. 89). Es por ello que un Estado democrático de derecho y social, como lo es el Perú (art. 43 de la Constitución Política), cuenta con límites en su potestad de penar para que no se vulnere la dignidad de las personas (art. 1 de la Constitución Política). Cabe mencionar que los límites al poder penal se manifiestan a través de principios, los cuales se encuentran en la Constitución, la Ley y los tratados internacionales.

Teniendo en cuenta lo anterior, nos ocuparemos de los límites materiales (derecho penal subjetivo) que inciden en la construcción de los ilícitos penales. Dentro de ellos tenemos:

4.1.1. Principio de necesidad o mínima intervención

El Estado no debe pretender el empleo del Derecho Penal para la solución de todos los problemas sociales. Su intervención se debe limitar a la exclusiva protección de los bienes jurídicos de mayor importancia. La potestad de sancionar, en un Estado social, solo legitima cuando su utilización sirva para la protección de la sociedad, de no lograrse dicho objetivo se perderá toda justificación, esto es, resultará inútil su intervención (Mir Puig, 2010). Es así que el profesor Mir, S. (2011) señala: “El principio de necesidad conduce, pues, a la exigencia de utilidad” (Pág. 117). Por tal motivo, resulta necesario hacer un análisis que justifique la necesidad y utilidad de acudir al Derecho Penal para contrarrestar las conductas consideradas graves para la sociedad; en vista de que el principio de necesidad es un límite al autoritarismo (Villavicencio, 2006).

El principio de necesidad abarca a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad. El primero quiere decir que el Derecho Penal intervendrá cuando los demás medios no hayan sido suficientes para lograr la protección del bien jurídico, siendo la última opción que le queda al Estado (*ultima ratio*). El segundo se refiere a que el Estado no puede pretender la protección de todos los bienes jurídicos mediante el Derecho Penal, ya que su intervención es solo para los ataques más graves de los bienes jurídicos.

Es menester señalar que el incremento de los delitos de homicidio, robo, extorsión, secuestro, entre otros delitos (noticias de cada día), se debe principalmente a la moderna delincuencia organizada. Es así que estas organizaciones criminales se valen de sus integrantes, quienes los abastecen de gran cantidad de información, para facilitar la comisión sus fines delictivos; siendo este grupo el encargado de realizar actos de marcaje o reglaje. Es por ello que resulta innegable la necesidad del Estado de contrarrestar los actos realizados por la delincuencia organizada. Es así que las respuestas las encontramos en la regulación de la asociación ilícita, la Ley N° 30077 contra la criminalidad organizada, el marcaje o reglaje, entre otros. Donde se puede apreciar que el denominador común es la flexibilización de los principios penales y el adelantamiento de la ejecución del delito.

Es loable el fuerza del Estado para luchar contra la moderna delincuencia organizada. Sin embargo, consideramos que la regulación del marcaje o reglaje resulta innecesaria e inútil debido a dos motivos: Primero, porque las conductas reguladas por el marcaje o reglaje son acciones neutrales, inocuas o socialmente permitidos, que no manifiestan una seria criminalización en su actuar. Segundo, porque dicha regulación nos parece una sobre-criminalización (derecho penal máximo), debido a la existencia de otras normas que se encargan de luchar contra la delincuencia organizada, esto es, evitan que estos lleven a cabo sus fines delictivos (lo mismo que pretende el marcaje o reglaje). Señalamos esto último ya que las conductas reguladas en el marcaje o reglaje difícilmente van a hacer cometidas por una sola persona; es por ello que dicha regulación va dirigida contra la delincuencia organizada que se vale de sus integrantes para captar gran cantidad de información posible, que luego será utilizada en sus fines delictivos. Siendo así, podemos observar que ya existe el delito de asociación ilícita y la ley contra la criminalidad organizada que buscan luchar contra estas asociaciones que se forman para cometer futuros delitos; siendo sancionadas severamente sin que hayan logrado cometer su finalidad.

Hay que tener cuenta que de mantenerse el marcaje o reglaje, como delito autónomo, se estaría castigando dos actos preparatorios dentro de la lucha contra la delincuencia organizada: el formar una asociación para delinquir y el buscar los medios que faciliten la comisión del delito; conductas sancionadas severamente y, en ocasiones, hasta por encima de los delitos fines consumados, lo cual genera una desproporción de penas. Es por ello que consideramos que el marcaje o reglaje, en vez de ser una respuesta eficaz contra la delincuencia organizada, obedece

a intereses políticos, que lo único que buscan es dar la impresión de una lucha eficaz contra la delincuencia, con normas populistas (Nuñez PErez, 2015).

Creemos que la lucha contra la delincuencia organizada justifica, por su peligrosidad para la sociedad, la flexibilización de los principios limitadores del poder penal y el adelantamiento de la barra de punición (derecho penal moderno); pero ello debe darse de manera limitada. No puede pretender darse para todos los casos. Es así que existiendo ya una regulación que sancione a las organizaciones delictivas, resulta innecesario e inútil mantener el marcaje o reglaje como delito autónomo; ya que lo único que se obtiene con su mantenimiento es que se le acumulen más penas a las organizaciones delictivas, no solucionándose el problema de fondo.

4.1.2. Principio de protección de bienes jurídicos

Este principio se encuentra regulado en el artículo IV del Título Preliminar del Código penal. De acuerdo con ello el derecho penal solo debe intervenir para proteger a los bienes jurídicos más importantes, considerados como valores fundamentales del orden social (Bramont Arias Torres, 2008). Siendo necesario verificar, para imponer una sanción, que la conducta haya lesionado o puesto en peligro a un bien jurídico, además de su realización formal (Villavicencio Terreros, 2006).

Referente al bien jurídico protegido en el marcaje o reglaje, como ya se señaló, se pretende la protección del bien jurídico “tranquilidad pública” (bien jurídico colectivo). Asimismo, se busca proteger, indirectamente, a otros bienes jurídicos individuales como: la vida, la libertad, la libertad sexual, el patrimonio, entre otros bienes jurídicos que ya cuentan con una protección autónoma en los diferentes tipos penales. Teniendo en cuenta el bien jurídico en el marcaje o reglaje, corresponde analizar si las conductas reguladas lesionan o ponen en peligro al bien jurídico que protege.

El Código penal regula delitos de lesión y de peligro. Los delitos de peligro pueden dividirse en: peligro concreto y peligro abstracto. En el peligro concreto la conducta descrita debe causar un peligro real al bien jurídico (se debe comprobar la existencia de peligro), siendo el tipo el que describe la situación de peligro (Mir Puig, 2011). En el peligro abstracto, por el contrario, no

exige ningún peligro específico para el bien jurídico (Villa Stein, 2014), es decir, basta para su consumación con la sola realización de la conducta típica.

Es de tener en cuenta que el uso del delito de peligro abstracto debe quedar limitada por ser considerado atentatorio del principio de lesividad; esto debido a que el principio exige que exista un peligro real o una lesión efectiva para el bien jurídico (Bramont Arias Torres, 2008); exigencia que no se consigue con los delitos de peligro abstracto porque adelantan la sanción a hechos que no ponen en peligro real al bien jurídico, pero que últimamente son aceptados cuando se trata de proteger bienes jurídicos colectivos (Derecho penal moderno). Estos delitos son considerados como delitos de mera actividad por no esperar a que produzca un resultado, consumándose con la sola conducta. El Doctor Villa, J. (2014) refiere que se dice incluso de los delitos de peligro abstracto: “que puede tratarse de tipos inconstitucionales” (Pág. 286).

Consideramos que los delitos de peligro abstracto son contrarios a un Derecho penal garantista, pero que en casos excepcionales, como podría ser la lucha eficaz contra la criminalidad organizada, donde se busca protegerse de manera anticipada a bienes jurídicos colectivos, justificaría que el legislador haga uso de ellos pero de manera limitada. De no tenerse en cuenta ello, y si sigue haciendo un mal uso de los delitos de peligro abstracto, nos adentraremos al llamado Estado de policía (Villavicencio Terreros, 2006). Entonces, siendo el marcaje o reglaje un delito de peligro abstracto, lo que se tiene que determinar es si su regulación encuentra alguna justificación para que se siga manteniendo en nuestro ordenamiento jurídico.

El marcaje o reglaje es un delito de peligro abstracto porque el tipo penal no describe cuál es el peligro que debe generar la conducta; asimismo, es un delito de mera actividad ya que para su consumación no se requiere que se produzca resultado alguno, bastando simplemente con la realización de la conducta prohibida. Es así que esta técnica legislativa flexibiliza el principio de lesividad para contrarrestar el incremento de los delitos. Sin embargo, consideramos que los comportamientos regulados por el marcaje o reglaje violan el principio de lesividad al no tener una justificación que lo haga formar parte de la excepción de delitos que deben ser regulados como delitos de peligro abstracto, esto, por tres motivos: 1) las conductas prohibidas por el tipo penal no revisten una especial gravedad para el bien jurídico protegido pues se tratan de

comportamientos neutrales, inocuos o socialmente permitidos que están muy lejos de poner en peligro a los bienes jurídicos individuales que indirectamente se pretenden proteger con el bien jurídico colectivo tranquilidad pública; 2) el bien jurídico tranquilidad pública, que protege el marcaje o reglaje, ya se encuentra protegido por el delito asociación ilícita; y, 3) nuestro legislación cuenta con varios tipos penales que buscan reducir la delincuencia, tal es el caso de la asociación ilícita, la ley contra la criminalidad organizada, la tenencia ilegal de armas, entre otras, que buscan proteger indirectamente, y de manera adelantada, bienes jurídicos individuales, similar a lo protegido por el marcaje o reglaje.

Es por ello que de acuerdo con derecho penal de mínima intervención, consideramos que las conductas reguladas por el marcaje o reglaje, que son una manifestación del Derecho penal del enemigo, no encuentran suficiente justificación para seguir siendo considerado como delito autónomo. Ello no quiere decir que el Estado deje de tener en cuenta los comportamientos de los que se valen las organizaciones delictivas para facilitar su fines delictivos; por el contrario, creemos que dichas conductas deben ser tenidas en cuenta por otras ramas del ordenamiento jurídico. Finalmente señalamos que la lucha contra la moderna delincuencia organizada no debe quedar limitada a la creación de más derecho penal, como si eso fuere la única solución; existen otros instrumentos de los cuales el Estado tiene que hacer uso, como es el caso de los trabajos de prevención.

CAPÍTULO VIII: *CONCLUSIONES*

CAPÍTULO II: BREVE ANÁLISIS DEL INCISO 2 DEL ARTÍCULO VIII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL 2015

CONCLUSIONES:

1. A modo de conclusión, el numeral 2 del artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Penal, que pretende elevar al principio de proporcionalidad de la pena, por encima del principio de legalidad penal, no genera inseguridad jurídica, siempre y cuando el juez penal al momento de inaplicar el marco de pena previsto en la ley penal, lo hace porque considera manifiestamente desproporcionado para el caso concreto, ya sea por su calidad o cantidad de la pena, y por consiguiente, impone una pena por debajo del mínimo previsto legalmente.
2. Esta decisión, no vulnera el principio de legalidad y no genera inseguridad jurídica, siempre y cuando el juez aplique correctamente el test de proporcionalidad para imponer únicamente penas idóneas, necesarias y proporcionadas a la conducta prohibida, en función a la posibilidad de emplear la analogía in bonam partem, y con una debida y correcta fundamentación y argumentación jurídica de los criterios que justificaron la decisión de imponer una pena por debajo del mínimo legal.

CAPÍTULO III: DIVERSIDAD CULTURAL Y JUSTICIA INDÍGENA

CONCLUSIONES:

1. Respecto a la expresión utilizada, “comunidades indígenas”, que fue acuñada por la Constitución Política de 1920. Es recomendable utilizar en su lugar la expresión “pueblos indígenas”, conforme lo establece el Convenio N° 169 de la OIT que forma parte de nuestro derecho interna, ya que esta última expresión debe abarcar a las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas, así como comprender no solo a

sus autoridades sino también a sus integrantes, a efectos de guardar coherencia con el propio articulado de la propuesta cuando hace mención a sus “miembros”.

2. En relación a la diversidad cultural e interpretación intercultural, es notable la finalidad del legislador de buscar una protección consolidada del respeto a las diferencias culturales y por lo tanto, se establece la obligación de los jueces de interpretar la ley penal de modo intercultural.

3. Respecto al error de comprensión culturalmente condicionado es importante resaltar que en el Proyecto del Código Penal se da una redacción más detallada en la medida que se separa el error de comprensión culturalmente condicionado invencible del vencible. Además, se establece este último caso como una circunstancia atenuante privilegiada que permitirá reducir la pena hasta en un tercio por debajo del mínimo legal, como parte del procedimiento de determinación e individualización de la pena concreta, una vez establecida la pena básica o conminada.

4. En mi opinión considero importante la implementación que se ha dado en esta propuesta ya que es necesario una mejor adaptación del Código Penal a las múltiples instituciones jurídicas y entre ellas a la jurisdicción especial de las comunidades indígenas.

CAPÍTULO IV: FUNCIONARIOS PÚBLICOS

CONCLUSIONES:

1. En primer lugar, considero relevante la incorporación que hace el Proyecto de Nuevo Código Penal respecto a las distintas definiciones sobre funcionario o servidor público para efectos del derecho penal en un Capítulo Independiente referido al funcionario público, debido a que en el Código Penal de 1991 se manifiestan notables dificultades para ofrecer un concepto válido y universal sobre lo que debe entenderse por funcionario o servidor público, ya que daba un alcance vago respecto a funcionarios y servidores públicos.
2. Otro aspecto positivo que incorpora el Proyecto de Nuevo Código Penal es como ya se mencionó la posibilidad de imputación penal para funcionarios o servidores públicos de otros Estados, lo cual no se encontraba regulada en el Código Penal de 1991; y, por otro lado en la Constitución no toma una posición respecto a cómo debe entenderse el concepto de funcionario público para efectos de responsabilidad penal, y era necesario que se integre en el Proyecto con el fin de evitar ambigüedades.

CAPÍTULO V: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2015

CONCLUSIONES:

1. El acoger solo al delito de Cohecho Activo Transnacional en el Proyecto, se reduce el campo de aplicación de la responsabilidad de la persona jurídica a su mínima expresión, omite reconocerla para otras figuras como los delitos contra el medio ambiente, delitos económicos, y otros que aquejan a nuestra sociedad en la actualidad.

2. En el escenario probable de que el Proyecto adquiriera vigencia en el ordenamiento jurídico nacional, se podría afirmar que no necesariamente se estaría admitiendo una presunta responsabilidad penal de la persona jurídica. Esto es así pues, como se dijo al inicio, en su contenido no se recoge expresamente el termino responsabilidad penal (se alude continuamente a una responsabilidad o a una responsabilidad autónoma), ni tampoco el termino pena (los proyectos solo contemplan reiteradamente el termino *medidas aplicables a las personas jurídicas*).

3. La incorporación legislativa de medidas aplicables a las personas jurídicas requiere no solo de una decisión política, sino también de una fundamentación dogmática por lo que se hace necesario trabajar en aras de legitimar jurídicamente las posibles medidas a implementar, evitando toda clase de arbitrariedad.

4. El programa de cumplimiento es la manifestación más moderna de un sistema de defensa integral y planificada, por lo que puede ser entendido como un factor clave para una estrategia de defensa penal corporativa.

CAPÍTULO VI: DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (EJECUCIÓN ARBITRARIA, TORTURA Y DESAPARICIÓN FORZADA) EN EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2015

CONCLUSIONES:

1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un conjunto de normativa de carácter sólido cuyo contenido es en principio protector de los derechos que cada persona ostenta por el hecho de ser tal. Es en consecuencia, también sancionador en cuanto se vulneren estos derechos siguiendo los supuestos previstos en las convenciones.

2. En este trabajo se consideró a diversas disposiciones en materia de ejecución arbitraria, tortura y desaparición forzada, así como también se citó jurisprudencia de los Organismos Internacionales competentes para esta materia. Precisamos que para el primero de estos delitos la razón a favor del proyecto está en que actualmente es un tipo inexistente; para el segundo, el texto es más preciso y cercano a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes que el código vigente y para el último, **la** Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada De Personas.
3. Luego de haber efectuado el respectivo análisis, queda claro que el actual Código Penal del Perú, del año 1991 no cubre los requisitos adecuados proporcionados por la normativa internacional, estando el Estado peruano hasta este momento en falta. Asimismo, ponemos siempre un énfasis en el término “es”, adoptada al inicio de cada consecuencia jurídica presente en cada norma del proyecto evaluado.
4. Si bien, compete señalar que casi siempre la ley no es la única fuente propicia que nos va solucionar completamente la casuística en cuanto a estos delitos, es preciso afirmar que la consideración, positivización y desarrollo de tipos penales con nombre propio es el avance más favorable que encontramos en este proyecto.
5. Por tanto, estaríamos más cerca de una justicia transicional a la par que exista una armonía entre la normativa y la aplicación jurisdiccional, logrando una utopía realizable.

CAPÍTULO VII: DELITOS CONTRA LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS DE PAGO

CONCLUSIONES:

1. La evolución de la sociedad genera una mayor diversificación de conductas, que en algunos casos pueden terminar siendo perjudiciales para la paz social, es por ello que el derecho tiene una labor fundamental para el Estado en su lucha de mantener la paz social mediante la criminalización y sanción de conductas indeseables. Dentro de esta evolución social se tiene

a la tecnología como uno de las aristas más desarrolladas, por lo que la labor estatal debe dirigirse en evitar que el abuso de estas tecnologías genere un desmedro en la sociedad.

2. En la realidad peruana, ciertas tecnologías han dado pie a el desarrollo de conductas perjudiciales para la sociedad, por lo que, el Estado peruano está comenzando a legislar sobre la materia.
3. El Proyecto de Reforma del Código Penal pretende criminalizar conductas, que mediante el uso de tecnologías, buscan perjudicar bienes jurídicos. La pregunta que se genera es saber si todos los bienes jurídicos merecen la protección del Derecho Penal o cómo podemos determinar qué bienes jurídicos merecen o no la protección penal.
4. El Derecho Penal no es la única forma de protección de bienes jurídicos sino la más grave, con lo cual, su utilización se debe de dar en casos especiales. Lamentablemente nuestros legisladores no realizan su labor respetando los principios que sustentan al Derecho Penal, por lo que actualmente nos encontramos ante una inflación de conductas penadas, situación que complica la labor de los operadores judiciales.
5. Los artículos estudiados no están sustentados con un estudio previo ni análisis de los principios del Derecho Penal, dado que las conductas estudiadas podrían ser incluidas perfectamente en los delitos Contra el Patrimonio, y además el legislador continúa con la corriente de sancionar los actos preparatorios.
6. Es un error suponer que la única instancia que tiene el Estado para sancionar es el Derecho Penal, dejando al lado el Derecho Administrativo u otra rama similar, con lo cual concluimos que el Estado en vez de buscar la reforma del Código Penal debería buscar reformar todo el

sistema sancionador, dejando las conductas más reprochables al Derecho Penal y las conductas de menor reproche al Derecho Administrativo, buscando generar un trabajo sistemático y coherente en el sistema sancionador.

CAPÍTULO VIII: EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE EN EL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2015

CONCLUSIONES:

1. El delito de marcaje o reglaje se fundamenta en el hecho de estar viviendo en una sociedad de riesgo; esto ha generado la creación de un Derecho penal moderno (derecho penal máximo), donde la flexibilización de los principios básicos del Derecho penal genera el adelantamiento en la sanción de las conductas (manifestación del derecho penal enemigo). Es así que, por política criminal, la creación de este tipo penal se basa en el llamado delito de peligro abstracto.
2. Teniendo en cuenta las reglas del iter críminis, el marcaje o reglaje sanciona, como delito autónomo, conductas que forman parte de los actos preparatorios; es así que se penan conductas que no han lesionado ni puesto en peligro concreto al bien jurídico protegido, bastando simplemente la realización de las conductas prohibidas sin esperar un resultado; es por ello que son considerados como delitos de mera actividad (delitos de peligro abstracto). Dicha regulación es admitida de manera limitada, como es el caso de la lucha eficaz contra la delincuencia organizada, para proteger a la sociedad de manera anticipada de los futuros ataques a los bienes jurídicos.
3. El delito de marcaje o reglaje busca sancionar a los miembros de la delincuencia organizada, los cuales se encargan de abastecer de información, facilitando la comisión de los futuros delitos.

4. Si bien el marcaje o reglaje atenta contra el principio de lesividad por no poner en peligro real al bien jurídico, se debe tener en cuenta que ningún principio es absoluto, ya que por motivos de política criminal puede darse algunas excepciones. Pero estas excepciones deben estar justificadas y limitadas. De no tenerse en cuenta ello, como en el marcaje o reglaje, la excesiva intervención del Derecho penal podría dañar la libertad de las personas. Siendo así, el marcaje o reglaje, al no encontrar justificación suficiente para la flexibilización del principio lesividad, debe ser apartado del Código penal.

5. Consideramos que la regulación del marcaje o reglaje trata de dar la apariencia de lucha eficaz contra la delincuencia, cuando en realidad corresponde a una medida populista que solo busca, con ayuda del Derecho penal (principal instrumento de control social), dar tranquilidad a la ciudadanía, sin solucionar el problema de fondo. Ello provoca serios problemas de sobre-criminalización, además de una desproporcionalidad de las penas con referencia a los delitos fines consumados.

CAPÍTULO IX: *RECOMENDACIONES*

CAPÍTULO II: DIVERSIDAD CULTURAL Y JUSTICIA INDÍGENA

RECOMENDACIONES:

1. La clasificación que da el Proyecto de Nuevo Código Penal de 2015 respecto a quienes pueden ser considerados Funcionarios Públicos crea un marco más amplio al que establecía el Código Penal de 1991; por tanto, en lo que respecta a este tema, es necesario crear o implementar códigos de conducta para los funcionarios que desempeñan una labor

pública con la finalidad de crear lineamientos claros y específicos que no generen confusión sobre qué actuaciones son permitidas y cuales no y de esa manera evitar la comisión de delitos y de esa forma recuperar la credibilidad en las instituciones y autoridades.

2. Siendo que los funcionarios y servidores públicos desempeñan una labor muy importante y es el representar al Estado en sus diversas instituciones, considero que el plazo de duplicidad de prescripción no solo debe darse en casos en que estos delitos son cometidos contra el patrimonio del Estado, sino también en aquellos delitos en los cuales se atenta contra el normal funcionamiento de la función pública, ya que la labor que estas personas realizan es en Representación del Estado y por ello este tipo de delitos no puede quedar impune.

CAPÍTULO III: FUNCIONARIOS PUBLICOS

RECOMENDACIONES:

1. Si bien se han logrado logros bastantes alentadores, los cuales han constituido cimientos en la consolidación de la principal finalidad, la cual era buscar una protección consolidada del respeto a las diferencias culturales. Sin embargo, aún en la actualidad se siguen viendo casos en los cuales miembros de las comunidades campesinas se han visto envuelto en delitos penales ya sea por usurpación del cargo, secuestro, entre otros; esto debido a que no se tiene claro que en estas comunidades también existen operadores de justicia, algunas denominadas rondas campesinas.

Para ello, resulta de vital importancia las precisiones que se hacen en el Acuerdo Plenario ya que adquiere una posición que ha de ser considerada por los magistrados cuando tengan que hacer frente a los diversos casos ocurridos en las comunidades campesinas.

2. Es importante tener claro quiénes son considerados campesinos e indígenas; para ello, el Ministerio de Cultura creó en mayo del 2012 la “Base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios” mediante Resolución Ministerial No. 202-2012-MC, decidiendo que los “elementos objetivos” para el reconocimiento de un pueblo indígena son “la lengua indígena” y “tierras comunales” que evidencian la “continuidad histórica desde

tiempos anteriores al establecimiento del Estado”. Sin embargo, es necesario determinar la existencia de otros tipos de elementos que ayuden al reconocimiento de las comunidades indígenas y nativas.

3. Asimismo, debe tenerse en cuenta que rondas campesinas son reconocidas por la ley ya que si bien existen rondas campesinas dentro de la estructura organizacional de las comunidades campesinas y comunidades nativas, existen también rondas campesinas autónomas que se forman en los caseríos los cuales se autodenominan rondas campesinas; resultando de vital importancia determinar si este tipo de rondas campesinas gozan de los mismos derechos y facultades que las rondas campesinas que forman parte de la organización de las Comunidades campesinas y nativas. La denominación ronda campesina, presenta tres instituciones andinas: por un lado la ronda campesina independiente, con presencia en Cajamarca, Amazonas y San Martín, principalmente; las rondas campesina integrante de comunidades campesinas, mayoritaria en Ancash, La Libertad, Lambayeque, provincias altas de Cusco y Puno; y finalmente, tenemos los comités de autodefensa, cuyos miembros se autodenominan ronderos en Ayacucho, Junín, Apurímac y Huánuco.

CAPÍTULO IV: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2015

RECOMENDACIONES:

1. La comunicación y formación resultan herramientas fundamentales para la efectividad del programa de prevención. Deberían dirigirse a todo el personal (no solo directivos o al personal de ciertas áreas), tener cierta periodicidad, adaptarse a sus destinatarios de acuerdo con los riesgos penales que les afecten, e insistir en la importancia que tiene el cumplimiento con la legalidad para la empresa.
2. Se debe reforzar a los operadores de justicia el estudio de las consecuencias accesorias y su relación con las personas jurídicas, de tal forma que se tenga dominio de la materia con el objeto de poder asumir con mayor madurez la aplicación de la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en el ordenamiento interno.

CAPÍTULO V: DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (EJECUCIÓN ARBITRARIA, TORTURA Y DESAPARICIÓN FORZADA) EN EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2015

RECOMENDACIONES:

1. Partimos de la idea que el significado de justicia transicional en un país como Perú requiere ciertas maniobras legislativas que puedan justificar la aplicación del derecho en los casos que aún no han sido esclarecidos.

En ese sentido, si queremos estar cerca del modelo previsto por los diversos Órganos Internacionales o Tratados, cuya justificación no versa en querer imponer ideas al ámbito nacional sino más bien en llevar una armonía universal, se debe adecuar la normativa nacional a las mismas.

2. El proyecto de Nuevo Código Penal referido a los delitos en contra del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contiene aspectos positivos y aseguramos una mayor eficacia en cuanto a la consecuencia jurídica al reemplazar el término “será reprimido” por “es reprimido”, permitiendo una mayor seguridad en cuanto a que la acción delictiva conllevará una sanción al responsable, evitando impunidad.
3. Señalamos que en definitiva, cualquier norma es perfectible y también criticable. Sin entrar en el debate profundo que le compete al Legislador, recomendamos que las partes desarrolladas por el proyecto sean adoptadas como parte del Código Penal del Perú.

CAPÍTULO VI: DELITOS CONTRA LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS DE PAGO EN EL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2015

RECOMENDACIONES:

1. En la realidad peruana, ciertas tecnologías han dado pie a el desarrollo de conductas perjudiciales para la sociedad, por lo que, el Estado peruano está comenzando a legislar sobre la materia. El Proyecto de Reforma del Código Penal pretende criminalizar conductas, que mediante el uso de tecnologías, buscan perjudicar bienes jurídicos. La pregunta que se genera es saber si todos los bienes jurídicos merecen la protección del Derecho Penal o cómo podemos determinar qué bienes jurídicos merecen o no la protección penal.
2. Se debe tener en cuenta que el Derecho Penal no es la única forma de protección de bienes jurídicos sino la más grave, con lo cual, su utilización se debe de dar en casos especiales. Lamentablemente nuestros legisladores no realizan su labor respetando los principios que sustentan al Derecho Penal, por lo que actualmente nos encontramos ante una inflación de conductas penadas, situación que complica la labor de los operadores judiciales.
3. En nuestra opinión consideramos que los artículos estudiados no están sustentados con un estudio previo ni análisis de los principios del Derecho Penal, dado que las conductas estudiadas podrían ser incluidas perfectamente en los delitos Contra el Patrimonio, y además el legislador continúa con la corriente de sancionar los actos preparatorios. Consideramos que es un error suponer que la única instancia que tiene el Estado para sancionar es el Derecho Penal, dejando al lado el Derecho Administrativo u otra rama similar, con lo cual concluimos que el Estado en vez de buscar la reforma del Código Penal debería buscar reformar todo el sistema sancionador, dejando las conductas más reprochables al Derecho Penal y las conductas de menor reproche al Derecho Administrativo, buscando generar un trabajo sistemático y coherente en el sistema sancionador.

CAPÍTULO VII: EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE EN EL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2015

RECOMENDACIONES:

1. Siendo el Perú un Estado social y democrático de derecho se tiene que ser respetuoso de los principios básicos del Derecho penal clásico cuando se pretenda punir conductas desvaloradas socialmente. Es por ello que las conductas reguladas por el marcaje o reglaje, que sancionan actos preparatorios (conductas neutrales o inocuas), no deben ser sancionadas si se quiere ser condescendiente con un derecho penal mínimo.
2. La actual sociedad de riesgo obliga a la flexibilización de los principios básicos del Derecho penal clásico, utilizando para ello a los delitos de peligro abstracto. Sin embargo, ello no debe llevar a los legisladores a la excesiva regulación de los delitos mediante el relajamiento de los principios básicos; por lo que su utilización debe darse de manera excepcional, para casos de extrema necesidad y utilidad.
3. La modernidad con la que actúa la delincuencia hace que se tenga que recurrir a técnicas legislativas consideradas como manifestación del Derecho penal del enemigo (derecho penal máximo o moderno), que en cierta forma son justificables por la ola de violencia que se viene viviendo. Pero el Estado no puede limitar la lucha contra la delincuencia solo a la creación de más tipos penales, como es el caso del marcaje o reglaje, por lo que debe recurrir a otros medios menos violentos.
4. En el caso del marcaje o reglaje, que buscar luchar contra la delincuencia organizada, consideramos un exceso su regulación (sobre-criminalización), puesto que ya existen delitos como la asociación ilícita, la ley contra la criminalidad organizada, la tenencia ilegal de armas, que buscan contrarrestar la delincuencia organizada con tipos penales que flexibilización los principios del derecho penal. Es por ello que el marcaje o reglaje debe ser derogado del Código penal.

CAPÍTULO IX: BIBLIOGRAFÍA

CAPÍTULO II: BREVE ANÁLISIS DEL INCISO 2 DEL ARTÍCULO VIII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL DEL 2015

BIBLIOGRAFÍA:

1. Betty Silveria HUARCAYA RAMOS. En su artículo: “*El principio de proporcionalidad en el Código Penal vigente y en nuevo Código Penal peruano*”, publicado en la Revista Jurídica Actualidad Penal, Volumen 13, Julio 2015.
2. Ramiro ÁVILA SANTAMARIA, en su artículo: “*El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces)*”, por la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador).
3. Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, “*Derecho Penal Parte General*”, Editorial Grijley, 2007.
4. José HURTADO POZO, José, “*Manual de Derecho penal. Parte general*”, 3º ed., Grijley, Lima 2005.
5. Claus ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tomo I: *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4a ed., Munchen 2006, cit .5/1.
6. José Antonio CARO JHON y Daniel O HUAMÀN CASTELLANO, “*El Sistema Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Editores del Centro, Edición 2014.

7. Diana Patricia ARIAS HOLGUIN. En su artículo: “*Proporcionalidad, pena y principio de legalidad*”, publicado en la Revista de Derecho, Numero. 38. Universidad del Norte. Barranquilla Colombia, julio-diciembre, 2012, p: 145. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85124997005>.
8. Manuel CALVO GARCIA, “*Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*”, Madrid, Tecnos, 1994.
9. Roberth ALEXI, “*Teoría de la argumentación jurídica*”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
10. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CAPÍTULO II: DIVERSIDAD CULTURAL Y JUSTICIA INDÍGENA

BIBLIOGRAFÍA:

1. ROXIN, Claus, El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen.
2. PRESCOTT COSTA, Dina Doris. Las Rondas Campesinas.- A Propósito De La Inseguridad Ciudadana En El Campo. Tratamiento Registral.
3. Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 sobre Rondas Campesinas y Derecho Penal.
4. Últimos precedentes en materia Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal. Jurisprudencia Penal de la Corte Superior (2006-2008). Dialogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica.
5. Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia. Comisión andina de juristas.

6. ¿Qué son las Comunidades Nativas? – Manual de Legislación Ambiental.
7. Raquel Yrigoyen Fajardo (1995). Constitución, Jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica. Lima: CEAS y Deshaciendo Entuertos.
8. Enrique Bernales. Constitución de 1993. Análisis Comparado. Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, Lima, Perú.
9. BORJA JIMENEZ, Emiliano. Sobre los Ordenamientos Sancionadores originarios de Latinoamérica. Proyecto I+D de la Universidad de Valencia.
10. Autoridades tradicionales. Iniciativa Territorio indígena y Gobernanza en América Latina.
11. CASTILLO DAVILA, William Paco. Teoría General del Hecho Punible. 1ª edic. Imprenta Grafica D'ayanis. Lima, Perú.
12. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Tratamiento Penal de la Diversidad Cultural por la Justicia Estatal.
13. JIMENEZ MOSTAZO, Antonio y ALVARADO RODRÍGUEZ, Pedro. NE BIS IN IDEM, Un principio constitucional de creación jurisprudencial.
14. Zaffaroni en Política criminal latinoamericana.
15. PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General.

CAPÍTULO IV: FUNCIONARIOS PUBLICOS

BIBLIOGRAFÍA:

1. ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública. 4ta edición. Grijley.
2. VILLAR NARRO, Víctor Andrés. La función Pública y la responsabilidad Administrativa en el ordenamiento jurídico peruano.
3. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (México, noviembre 2003).
4. Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 de fecha 16 de noviembre de 2010.
5. BACACORZO, Gustavo, Tratado de Derecho Administrativo, Lima, Gaceta Jurídica.

CAPÍTULO V: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2015

BIBLIOGRAFÍA:

1. MEINI MENDEZ, Ivan, *Imputacion y responsabilidad penal. Ensayos de derecho penal.* Ara, Lima, 2009.
2. CARO CORIA, Carlos. *Compliance y corrupción*, en *Revista foro FICP*, 2014. Disponible en: <http://www.ficp.es/wp-content/uploads/Foro-FICP-2015-2.pdf>
3. PRADO SALDARRIAGA, Victor, *Consecuencias accesorias aplicables a pesronas jurídicas y lavado de activos en el decreto legislativo 1106*, en *El Jurista del Fuero Militar Policial*, vol. 2. Lima, 2013.

4. GARCIA CAVERO, Percy. *Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal peruano*, en *Revista de derecho de la Universidad de Piura*, vol. 7, Piura, 2007.
5. GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Grijley, Lima, 2013.
6. NIETO MARTIN, Adan. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
7. VAN WEEZEL, Alex, *Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en *PPolitica Criminal*, vol. 5, N° 9, p. 135. Disponible en: <http://www.cscielo.cl/pdf/politcrim/v5n9/art03.pdf>.
8. ROBLES PLANAS, Ricardo, *¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hecho delictivos*, en Indret, Barcelona, 2006. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/344.pdf>
9. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Edisofer S.L., Madrid, 2013.
10. BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Bosch, Barcelona, 1998, p. 29-100.
11. GRACIA MARTIN, Luis. GRACIA MARTIN, L., “*La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*”, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, coord. por Mir Puig/Luzón Peña, Barcelona, 1996.

CAPÍTULO VI: DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (EJECUCIÓN ARBITRARIA, TORTURA Y DESAPARICIÓN FORZADA) EN EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2015

BIBLIOGRAFÍA:

1. Castañeda Mireya, (2012) *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional*, México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
2. Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003) *Informe Final*
3. Defensoría Del Pueblo (2002) *La Desaparición Forzada De Personas En El Perú (1980-1996)*, Lima, Perú
4. Desapariciones forzadas o involuntarias Folleto informativo N° 6/Rev.3 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
5. Henderson, Humberto (2006) *La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina*, Costa Rica: volumen 43 de la Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
6. Informe del Centro de atención psicosocial sobre las secuelas de la tortura en las víctimas y las características de este delito en nuestro país, (2010) *La tortura en el Perú a través de sus víctimas*, Lima: Editorial ROEL S.A.C
7. Jiménez de Archeaga, Eduardo (1994) *Responsabilidad Internacional*, en Max Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público*, México: Fondo de Cultura Económica.

8. El Comité Internacional de la Cruz Roja (2003). *Derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos Analogías y diferencias*. Recuperado de https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih_didh.pdf

9. Recuperado de <http://www.amnistia.org.pe/gobierno-peruano-ley-mecanismo-nacional-de-prevencion-de-la-tortura/>

10. Recuperado de https://www.frontlinedefenders.org/manual/sp/rexe_m.htm The Mandate of The Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary executions Informador especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, representante especial de Naciones Unidas.

CAPÍTULO VIII: EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE EN EL PROYECTO DE LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2015

BIBLIOGRAFÍA:

1. Bramont-Arias Torres, L. (2008) *Manual de derecho penal. Parte general*. 4° Edición. Perú: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
2. Bermúdez Tapia, L. *La criminalización de los actos de marcaje o reglaje*, en: http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/rxv5t4/1029474941/enl4ce/2012/abr/revges_1502.pdf [consulta: 15 de septiembre de 2015].
3. Burgos Mariño, Victor, *Quién marca a los marcas*, en: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido&com=contendio&id=4581> [consulta: 03 de septiembre de 2015Ñ].
4. Jo Villalobos, L. *La modernización del derecho penal por medio del tipo penal del marcaje-reglaje como una manifestación del derecho penal del enemigo conforme a la ley N° 30076*, en: <http://danielluisjovillalobos.blogspot.pe/2014/01/la-modernizacion-del-derecho-penal-por.htm> [consulta: 09 de septiembre de 2015]
5. Huacchillo Nunez, Y. *El delito de marcaje o reglaje: ¿Resulta justificable su incorporación en el nuevo código penal?*, en: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=2822>, [consulta: 06 de septiembre de 2015].
6. Mir Puig, S. (2011) *Derecho penal. Parte general*. 9° Edición. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, Julio César Faira editor.
7. Núñez Pérez, F. (2015) *El delito de marcaje o reglaje*. Perú: Ideas Solución Editorial S.A.C. pp. 167-168

8. Villa Stein, J. (2014) *Derecho Penal. Parte general*. 4º Edición. Perú: Aras Editores E.I.R.L.

9. Villavicencio Terreros, F. (2006) *Derecho penal. Parte general*. Perú: Grijley E.I.R.L.