

Comentarios a propósito de la reforma penal de los Decretos Legislativos al amparo de la Ley N° 30336

Alexei Dante Sáenz Torres*

*Departamento Académico de Derecho Público
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
alexeisaenz@gmail.com*

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Ámbito de aplicación. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

In memoriam de Zygmunt Bauman

* Profesor ordinario en la categoría de principal en la UNMSM, y profesor contratado en las universidades UIGV, UNFV y USMP.

1.- INTRODUCCIÓN

Empezaremos desarrollando algunas referencias a la política criminal a propósito de la reciente reforma de los decretos legislativos, lo cual amerita un elemento a apreciar de acuerdo a lo que inicialmente fue la ley de la delegación de facultades¹, Ley N° 30336, (vigente desde el 01 de julio del 2015, art. 2 literal a).

Es Indudable que un proceso de reforma siempre tiene sus altas y sus bajas, siempre tiene sus anécdotas, siempre tiene su lado cuestionable, y siempre tiene también su lado positivo, en algunos casos en mayor o menor grado.

De allí que siempre hay algo que decir sobre un proceso de reforma. Por ello, los procesos de reforma nunca son pacíficos, más aún cuando provienen del Poder Ejecutivo, en estas circunstancias la finalidad de la legislación delegada fue en principio el tema de la lucha contra la inseguridad ciudadana en cuanto al tema penal se refiere, y esto ha marcado la pauta para que se pueda observar los distintos cambios legislativos.

En la teoría algunos han postulado el sentimiento de inseguridad, al cual atribuyen cuatro dimensiones, la primera la política, la segunda la cognitiva, la tercera las emociones y la cuarta el terreno de las acciones². De allí que no se puede hablar de sentimiento de inseguridad como si se tratase de una terminología vacía.

Para nadie es un secreto que la inseguridad ciudadana tiene diversas formas de expresarse con un denominador en común nadie está seguro en ningún lugar. Creo que ahora la inseguridad es un problema global y no local, por ello cualquier estrategia que vea las cosas localmente fracasará, se requiere una visión global. Por ello el enfoque brindado por Zygmunt Bauman quien ha

1 El nombre con el que se denominó a esta ley es. **Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, fortalecer la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado**, la misma que fue dada por el Congreso de la República en el mes de julio del presente año.

2 Kessler, Gabriel (2009). El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito. Siglo XXI editores, 1ra. Edición, Buenos Aires-Argentina, p. 266 y siguientes.

formulado la idea de vigilancia líquida, que por ahora solo mencionaremos y que en otro trabajo desarrollaremos con mayor olgura.

Así David Lyon señaló que “se acepta mayoritariamente que la vigilancia es una dimensión central de la modernidad. Pero la modernidad no es una imagen fija. También tenemos que preguntarnos: ¿de qué tipo de modernidad estamos hablando? La situación actual puede ser descrita como de “última” modernidad, posiblemente “posmodernidad” o, de manera ilustrativa, como de modernidad “líquida”. Zygmunt Bauman sugiere que la modernidad se ha liquidado de nuevas y variadas maneras (superando la idea de Marx y Engels de la primera modernidad de que “todo lo sólido se desvanece en el aire”)”³.

Un colega que cotidianamente viaja a Colombia, decía que en ese país también se cometen delitos que afectan la seguridad ciudadana, pero precisó este colega que el tratamiento de parte de los medios de comunicación no enfatizan a estos delitos en las primeras planas, vale decir que los titulares no empiezan con las llamadas páginas rojas, sino que los hechos sobre estas noticias se encuentran en el interior del periódico, en cambio en el Perú existe mucho sensacionalismo, lo cual explica la tendencia de los medios de comunicación escritos y en algunos casos incluso la televisión, la radio y las redes sociales.

Ello se considera que incluso en el ejecutivo hubo algún momento en que un ministro de Estado señaló que lo que se vivía era una *sensación de inseguridad ciudadana*, luego en otro momento se usó el término *percepción de inseguridad ciudadana*, ello en razón que ya no solo parecía sentirse, sino ahora se visualiza, y en la actualidad se habla simplemente que el problema principal del Estado peruano en el año 2015 ha sido la inseguridad ciudadana.

Un detalle más de este proceso de reforma es que considerando la ley de delegación de facultades, es la primera vez que veo que la reforma no ha sido liderada por el sector correspondiente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, sino más bien ha sido liderada por el Ministerio del Interior, lo cual motivo que las distintas propuestas de ley, en ese momento, se discutan y debatan

3 Bauman, Z. y Lyon, D. (2013). *Vigilancia líquida* (Trad. A. Capel Tatjer). España: Paidós, p. 11.

arduamente, asimismo el debate inicial se dio dentro del mismo Ministerio del Interior con cada uno de los sectores involucrados en la problemática general.

Creo que la reforma ha ido más allá de la modificación de algunas reglas penales correspondientes al CP (Código Penal), CPP y CPsP (Código Procesal Penal y Código de Procedimientos Penales), CEJP (Código de Ejecución Penal), o de alguna legislación especial, pues cualitativamente ha abarcado otros campos que en anteriores reformas resultaban ser dejados de lado o ignorados, así se recuerda por ejemplo la reforma de Fujimori, luego del cinco de abril, con la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25475, y el sin número de decretos leyes que se dieron en este contexto, pero casi todos estos dispositivos tuvieron un enfoque puramente penal, otro ejemplo ha referenciar fue en la reforma del 2009 y allí lo que pudo apreciar fue un enfoque también puramente penal, sin embargo lo que se aconseja de acuerdo a la disciplina de la política criminal es que se tendría que hacer un proceso de planificación, y ese proceso de planificación empieza con el diagnóstico, aspecto que no se realizó, ya que en esa época no existía un solo observatorio.

Indudablemente no podíamos ni podemos negar que la inseguridad ciudadana es un problema, al punto que ahora forma parte de la agenda electoral de los candidatos a la Presidencia de la República, y se ha vuelto uno de los más álgidos problemas que incluso ha motivado la declaración del estado de emergencia en el Callao.

Así pues, considerado el problema de la inseguridad ciudadana como un problema de carácter nacional, ameritaba no solo tener una visión puramente de control penal estricto, sino una visión más amplia, es decir de orden social, de control social, ello significa entonces que la reforma tenía que abarcar no solo el campo penal, el campo procesal penal, el campo de ejecución penal, sino también el campo extrapenal, o sea que las medidas extrapenales podían ayudar al tema de la seguridad ciudadana. Por ello, la reforma contempla un sin número de decretos que no son puramente penales, pero que estrictamente alimentan las distintas medidas penales con el objetivo de hacer frente a la inseguridad ciudadana de manera más eficaz.

2.- ÁMBITO DE APLICACIÓN

Las medidas que se han dado a propósito de la reforma penal consideraron diversos sectores, uno fue construcción civil, otro fue la venta ilegal de terrenos, otro el tráfico de combustible, entre otros.

Por citar el caso de construcción civil: ¿Quién puede negar que muchos de los sindicatos perteneciente al sector de construcción civil, están en manos de personas violentas? y aclaro que cuando hablo de personas violentas, no me refiero a personas que puedan ser irascibles a la hora de reclamar un justo derecho o una reivindicación social o laboral, sino a aquellos que usan la violencia cotidianamente o mecanismos, más aún cuando un sindicato solicita cupos que le corresponde a otro sindicato, es decir viene un sindicato más grande y absorbe la obra y deja al sindicato que le corresponde a un lado, valiéndose de amenazas y acciones violentas, paralizando la obra grande, mediana o pequeña, o incluso cuando se producen hostigamientos a cualquiera de nosotros que en un distrito popular están construyendo su casa como es el “llenado de su techo”.

Es indudable que el Estado no podía ignorar esta situación, entonces allí se ha optado por un modelo en el que se regulen aspectos extrapenales y subsidiariamente aspectos penales, una muestra de ello es el D. Leg. N° 1187, denominado Decreto legislativo que previene y sanciona la violencia en la actividad de construcción civil.

Así en este D. Leg. N° 1187, las medidas penales se han regulado en las disposiciones finales y transitorias, las misma que contienen algunas modificaciones al delito de extorsión, estableciendo algunas circunstancias agravantes específicas ligadas a estos malos trabajadores, pero también se ha modificado en este mismo dispositivo no en la parte de disposiciones finales modificatorias, sino en la ley misma, los requisitos que debe tener que cumplir todo aquel que aspira a ser el secretario general de un sindicato.

Por ejemplo, cabe preguntarse: ¿Puede ser secretario general de un sindicato aquel que ha sido condenado por el delito de marcaje, secuestro, extorsión, robo agravado o cualquier otro delito similar que se valga de la violencia o amenaza? La respuesta sería afirmativa, ya que no se encontraba regulado

en la legislación vigente, ahora lo que se ha regulado es una formula consensuada con el sector del Ministerio de Trabajo, y de otros sectores del Ejecutivo.

Ahora, a partir de la vigencia del D. Leg. N° 1187, si alguien va a ejercer la representatividad laboral, ojo no el derecho de afiliación, tiene que cumplir con determinadas exigencias legales, así si alguien ha cumplido una condena a pena privativa de libertad, tiene derecho a ser resocializado y tiene derecho a un trabajo, y el Estado no tiene porqué cerrarle las puertas a nadie, así se trate por ejemplo de una persona que ha sido condenada por el delito de terrorismo, que quede claro entonces que esta persona mantiene su derecho a afiliarse a un sindicato.

En consecuencia, si una persona condenada por los delitos regulados en el art. 10 del D. Leg. N° 1187, es el representante del sindicato, ahora ya no podrá ejercer la representatividad de la organización sindical, ello siguiendo el modelo de la ley electoral vigente, pues en la ley electoral se establecen determinadas causales para quienes no pueden ser representantes a un cargo por elección popular, de la misma manera también se tomó en cuenta que aquí lo único que se está estableciendo son reglas para evitar que estas personas ocupen los cargos diligenciales considerando los antecedentes que han tenido, dejando en salvaguarda el derecho de afiliación a un sindicato, esto sí, reitero, no está en cuestión, su derecho al trabajo tampoco está en cuestión y tampoco ningún otro derecho laboral.

Entonces quiero reiterar que la reforma no se ha quedado únicamente en el campo penal, sino ha ido más allá, a abarcar otros campos extrapenales, dentro de los cuales la idea ha sido reforzar tanto el orden social como el control social.

Así podemos dividir el grupo de medidas en dos partes: uno de naturaleza jurídica en el que hay un núcleo central que es el campo penal y otro un núcleo intermedio que es el campo jurídico extrapenal.

Sin embargo, no se puede ignorar un aspecto que rodea la reforma, me refiero al caso de las acciones desplegadas por un grupo de la sociedad, debido a deficiencias del Estado, a través de la frase “chapa tu choro y déjalo paráliti-

co”, así como de las acciones desplegadas por las rondas urbanas o lo que ya hemos visto en los medios de comunicación en torno a si las Fuerzas Armadas pueden participar en el control del orden urbano, porque no se habla más que para ese aspecto.

La primera de las medidas de la reforma fue el D. Leg. N° 1181, que regula el delito de sicariato en un artículo independiente o autónomo (art. 108 C primer párrafo y segundo párrafo). De estos supuestos algunos han sido sancionados drásticamente con la pena de cadena perpetua, me refiero a los delitos de homicidio por la condición de la víctima (art. 108 A), el parricidio (art. 107), el feminicidio (art. 108 B) y el delito de sicariato en los casos regulados en el segundo párrafo numerales 1, 2, 3, 4, y 6)

Pero, hay un delito que también se ha regulado aquí en el último paquete, me refiero al D. Leg. N° 1233, que sanciona la conspiración para el delito de terrorismo, medida que se suma a la ya regulada conspiración para el delito de sicariato en el D. Leg. N° 1181 (art. 108 D), ambas figuras sancionan los actos preparatorios, aunque en la doctrina comparada algunas posiciones teóricas recurren a la justificación mediante otras figuras como la inducción, la tentativa entre otras⁴.

Sobre la recurrencia de sancionar los actos preparatorios, he señalado que esto no es seguir a Jakobs necesariamente, como algunos colegas ligeramente han deslizado e incluso más específico resulta hablar de un derecho penal simbólico, al estilo al profesor Hassemer, en el que se hace necesario sancionar medidas de actos preparatorios con la única finalidad expresa de evitar que estos delitos se sigan cometiendo.

En el derecho comparado la conspiración suele ser uno de las manifestaciones de sanción de los actos preparatorios, pues existen otras manifestaciones en la doctrina como lo hacen los españoles en la parte general: Así tenemos la conspiración, luego tenemos la proposición y la famosa provocación, cada

4 Al respecto sugiero lo escrito en la ponencia a propósito del homenaje al profesor Mario Amoretti Parchas en el Cusco, publicado en el Libro Bases para un Derecho Penal Latinoamericano, titulado “La regulación de los actos preparatorios punibles” de la editorial Ara Editores, en el año 2015.

una de estas tres fórmulas a su vez se combinan con otras en la parte especial, uno de ellos es el delito de asociación ilícita y otro de los delitos es el delito de apología,

En torno a la conspiración para el delito de terrorismo, qué tan viable va a resultar esta innovación, porque el decreto ley N° 25475 está plagado de sanciones de actos preparatorios de manera específica en los tipos penales, es más la conspiración ya la teníamos incluso para otros delitos como el tráfico ilícito de drogas, la traición a la patria, y otros, tales como el sicariato, por lo tanto la regulación de actos preparatorios no es nuevo, tal vez lo nuevo sea que se haya ampliado para el delito contra la vida la conspiración en el delito de sicariato cuyo objeto jurídico tiene al principal bien jurídico de todos los que nosotros tenemos desde el punto de vista individual en el Código Penal vigente, y para el caso del delito de terrorismo hay que tener mucho cuidado a la hora de aplicar conspiración para el terrorismo, pues en algunos casos puede colisionar con la apología para el terrorismo, porque en la práctica parecería que se está regulando lo mismo, pues tanto apología para el terrorismo como la conspiración para el terrorismo, son actos preparatorios, lo que va requerir una delimitación entre un supuesto y otro, ello aún va a ser materia de discusión o de debate, será la jurisprudencia la que tendrá que delimitar esto.

El segundo paquete de reformas penales reguló en el D. Leg. N° 1182, de alguna u otra manera este decreto legislativo ha sido tan cuestionado con el tema de la geolocalización. Y a eso voy, en el sentido de tener mucho cuidado, la geolocalización es una medida extrajudicial, porque la geolocalización o localización judicial ya existía en el Código Procesal Penal D. Leg. N° 957, así algunos como el magistrado, doctor José Neyra sostienen que incluso la localización extraprocesal también ya estaba en el Código Procesal Penal, cuando se habla de restricción de derechos, así es la interpretación que tiene dicho magistrado.

Lo que ahora regula el D. Leg. N° 1237 es el delito contra la intimidad que sanciona al funcionario que producto de la geolocalización o localización vulnera el bien jurídico intimidad.

A continuación señalo un ejemplo: Se acaba de cometer un delito de maltrato familiar, la víctima está en su casa, tiene la quijada rota, siendo auxi-

liada por su hermano, ya paso una hora, el hermano la lleva al hospital, luego llega la policía y le preguntan a la víctima ¿Señora qué le ha pasado, quién la ha agredido?, la señora no puede hablar, pero sí escribir, respondiendo por escrito, fue mi esposo, este es su número de teléfono; automáticamente la policía se comunica con el Fiscal y solicita vía los trámites correspondientes la geolocalización, a las cuatro horas la empresa de telefonía localizan el teléfono del marido de la víctima, por el celular, señalando que se encuentra en Ventanilla, en el asentamiento humano x, y va a las seis, siete horas restantes, porque recuerden que el marco de constitucionalidad es que tiene que ser en flagrancia y dentro de las veinticuatro horas nada más, entonces se le captura al agresor, más o menos a la hora dieciséis, o sea dentro de las veinticuatro horas, el policía que lo captura le retiene su smartphone, y en smartphone el policía lo que hace es revisar, ¡oh maravilla! encuentra videos íntimos de la afectada con el agresor y lo visualiza, luego no aguanta la curiosidad y va a su oficina y guarda el archivo en su laptop, muy bien luego lacra el celular y lo entrega al fiscal.

Toda la crítica a la geolocalización está dirigida a lo que va a pasar con el celular, si se va a tener acceso a la información que hay en el celular o aparato similar, a los mensajes, a las llamadas, etcétera.

En todo momento se ha señalado que la geolocalización sirve para la captura del delincuente flagrante, una vez que el policía incautó el celular, lo ideal era entregarlo, por decir lo menos, agárralo con pinzas y lacrarlo, respetando la cadena de custodia, y darle cuenta de inmediato al fiscal.

Bueno qué le va a pasar ahora al policía que accedió a la información del celular, ahora hay un tipo penal en art. 155 del Código Penal que sanciona esta conducta así como una sanción administrativa, por ello aquel policía que en adelante se atreva siquiera a revisar, a encender el celular si está apagado o a ingresar a su contenido, ese policía va a ser sancionado con una pena muy drástica de seis a ocho años de pena privativa de la libertad e inhabilitación, por afectar la intimidad, solo por el ingreso al contenido del celular y por tratarse de un funcionario público, además el reglamento interno de la policía ha establecido que este acto se sanciona con pase a retiro (D. Leg. N° 1218 disposición complementaria modificatoria única, código de la infracción MG 50-B).

Los decretos legislativos N° 1234 y N° 1237 se complementan, empero este último es el que contiene la modificación del artículo 155 del Código Penal donde se establece la sanción penal para aquel que realiza esta conducta.

También se ha regulado en el D. Leg. N° 1182, las sanciones para aquellos que hacen interferencia telefónica, es decir sanciones para aquellos que traen al Perú equipos de chuponeos o software de chuponeo. Así hay equipos que son importados ilegalmente de otros países para cometer ese tipo de actividades, ese ingreso indebido y también el tema de la clonación, ahora sí la clonación constituye un delito, que en algún momento con la reforma anterior que se dio y con todos los protocolos de Budapest no existía esta forma de delincuencia.

El tercer paquete de reformas está ligado al rubro de construcción civil, así se dieron dos bloques de normas, el primero ya lo desarrollé que es el tema vinculado a extorsión, pues la extorsión se ha regulado en dos decretos legislativos, en el decreto legislativo N° 1187 la norma es la legislación a propósito de los temas de construcción civil, pero también está el D. Leg. N° 1137 que salió posteriormente, esta modificación ha establecido un supuesto adicional en el art. 200 para el tema de uso de granadas, así ahora se sanciona con una pena no menor de 15 ni mayor de 25 años si la violencia o amenaza en la extorsión es cometida a mano armada, hasta allí estaba la agravante, agregándose ahora *el utilizar artefactos explosivos o incendiarios*.

La reforma al delito de usurpación comprende varios aspectos así en primer lugar, es difícil individualizar a los agresores sobre todo cuando son más de dos los sujetos activos, segundo que es un delito en el que se juega mucho con la temporalidad, el magistrado José Neyra señalaba haciendo un recuento histórico que el primer acuerdo de la Corte Suprema fue justamente el establecer la calidad del delito instantáneo de consumación permanente para el delito de usurpación, porque antes en estos delitos operaba la prescripción penal, es decir, el plazo de prescripción se iniciaba al día siguiente del primer día de la usurpación, lo cual ocasionaba que casi siempre todos estos procesos cuando eran denunciados, ya habían prescrito, o cuando llegaba a las manos del juez ya estaban prescritos.

En segundo lugar, el monto de pena era muy leve, así otro aspecto que se discutió y consideró fue el haber pasado por un boom económico hasta hace algunos años, y dentro de ese un boom el sector inmobiliario creció ostensiblemente, pero el boom inmobiliario no había, en absoluto, contemplado medidas drásticas para sancionar la usurpación inmobiliaria, así cuando aconteció el caso Orellana, recién se tomó consciencia que en el país era sumamente sencillo adquirir la propiedad inmobiliaria vía documentos fraguados con el delito previo de usurpación.

Como se saben son conocidos los lugares en los que los terrenos se venden y se revenden, se vuelven a vender y se vuelven a revender, total un terreno tienen diez o más propietarios y todos pagaron los mismo pero ¿quién está en posesión? el más fuerte, porque se venden un día y al día siguiente se vuelven a vender, entonces las personas toman posesión a través de sus chozas, empero al día siguiente aparecen matones y los desalojan, y aparece un nuevo posesionario, al cual el día subsiguiente vuelven los matones y también lo desalojan, y así sucesivamente, mientras tanto un solo terreno produjo el valor de diez ventas, esto obviamente está en manos de una organización criminal, porque no se puede decir de otra forma, por ello se ha considerado este factor.

En tercer lugar, se tiene el aspecto de considerar que no se sancionaban a los malos dirigentes, de allí que cabe preguntarse ¿en qué medida los dirigentes son los principales promotores de ventas y reventas? También, por el otorgamiento de las famosas constancias de posesión, cabe preguntarse ¿en qué medida los alcaldes o dirigentes otorgan dichas constancias de posesión? o ¿cómo ahora, un notario va a tener mucho cuidado a la hora de que en su notaria se realicen estas ventas o estas transacciones que involucren inmuebles productos de usurpación?, porque ahora hay una agravante para el caso del notario, el árbitro y el mal dirigente.

Además, la reforma del delito de usurpación contempla el incremento de sanción de diez a doce años, y por ello hay un incremento del plazo de prescripción para el delito de usurpación de inmuebles, pues el plazo ahora ha pasado a ser de dieciocho años, o sea si alguien sufre una usurpación en su inmueble el día de mañana, pues hasta que cese la usurpación tiene un plazo adicional de 18 años para pelear la recuperación de su inmueble, esto no era posible antes,

el tema penal era muy sencillo, ya lo dije, algo tenemos que aprender de casos como Orellana y otros.

Este tipo de casos han producido, indudablemente, los descontroles de la inseguridad ciudadana, bueno y cuando todos esperábamos que se sancione lo ocurrido en el distrito de Lince por la usurpación de un inmueble, ya estando vigente la norma reformada, se encontraron 50 personas que usurparon dicho inmueble, por lo cual correspondía entonces aplicar la nueva ley, donde en casi todos los supuestos que se realicen por más de una persona constituyen circunstancias agravantes, donde el monto de pena ahora es no menor de 5 años sin embargo se dispuso la comparecencia de los involucrados, por lo tanto estaban dadas las condiciones para aprobar la eficacia de la norma, no por fines mediáticos, sino porque correspondía aplicar la nueva norma, de allí que habrá que esperar cómo termina el proceso.

El cuarto paquete de reformas D. Leg. N° 1215, al cual algunos la han llamado ley del chatarreo o de la recuperación de bienes producto de delito o extravío, aclarando que no se trata de una ley penal, sino de una ley extrapenal que antes no se tenía y que ahora se tiene, la cual complementa lo que pasa cuando se ubican los bienes luego de haberse capturado a los delincuentes, hace dos días en San Juan de Lurigancho un menor conjuntamente con un mayor de edad, ese mismo día, habían realizado tres delitos, el menor a la hora de ser capturado tenía en su poder el reloj de la víctima del primer robo que realizaron ese día, que fue hace una hora y media.

Así ahora cabe preguntarse en qué medida hay mecanismos para prevalecer mejor los objetos materiales de las víctimas cuando se producen varios delitos o son capturados los delincuentes en fechas o condiciones distintas, mientras estas reformas son de carácter extra penal.

Desde la perspectiva penal se consideró que la inseguridad ciudadana es un tema de micro criminalidad y tal vez por eso aquellos que están proponiendo que el Ejército deba salir a las calles, aquí se tiene una perspectiva del robo de pacotilla, el robo del piraña, pero que quede claro que la inseguridad ciudadana no se da por el robo de pacotilla o el robo del piraña, sino se trata de un tema cometido por las organizaciones criminales, por ello en el delito de

receptación, por ejemplo se ha incorporado toda una legislación para sancionar con más drasticidad los mercados negros de aparatos de comunicación: laptops, celulares, tablets, phablets y todos estos objetos materiales que generan un gran mercado negro (Malvinas, Wilson y otros lugares). Esto ha sido una de las formas en que se ha considerado necesario para complementar esta legislación extrapenal.

Luego se publicó el paquete más grande, fue justamente este decreto legislativo, que se dio el día sábado 26 de septiembre, D. Leg. N° 1237, el cual reguló normas que permitan complementar la esfera de medidas contra la inseguridad ciudadana y conexos.

En este decreto N° 1237 se parte por una circunstancia agravante que no se tenía en el sistema de tercios. En el sistema de tercios, solo tenemos circunstancias agravantes para los sujetos activos cuando se utilizan a menores o inimputables, pero no tenemos circunstancias agravantes cuando las víctimas tienen determinadas cualidades de vulneración o indefensión. Ejemplo: Los niños. Hay algunos delitos de la parte especial que contemplan circunstancias de agravación por la condición de vulnerabilidad. Ejemplo: Violación, artículo 173, cadena perpetua para todos los menores de 10 años.

Pero hay una gran cantidad de delitos que no contemplan circunstancias de agravación para víctimas vulnerables. Por esa razón, aquí se acudió a un proyecto que se trabajó en el año 2010 en el congreso de la república y que fue materia de un proyecto que se le llamó “Ley de violencia familiar y protección contra la mujer”. De ese proyecto salió una primera reforma en el 2011: el feminicidio. Pero faltó salir otro más: Ahora, este artículo 46 numeral 2 literal n, las condiciones de la víctima. ¿Quiénes son las víctimas vulnerables, que podemos citar como referencia, para estos casos que ameritan protección? En primer lugar, mencionaremos a los niños, niñas, ancianos y mujeres en estado de vulnerabilidad y otros. A través de este artículo, cuando no haya circunstancia agravante en la parte especial que contemple las condiciones o cualidades de la víctima, por situación de oficio, el juez penal, el fiscal penal y el procurador del caso deberán aplicar este artículo 46, numeral 2, literal n, para cualquier delito que no contemple circunstancia agravante específica en la parte especial. Por ende, le corresponderá el tercio superior de la pena.

Entonces, mucho cuidado. ahora. con los ancianos, personas discapacitadas, enfermos terminales. bebés. Hace mucho tiempo se puso el caso de cómo las trabajadoras del hogar maltratan a los bebés en China, Cuba, Estados Unidos. Ahora si la madre recibe al bebé medio moribundo, y le dicen que está durmiendo y al cabo de 2 horas éste muere. ahora estos supuestos se sancionarán drásticamente. O también para aquellos que maltratan a los padres o a las madres cuando ya tienen un grado de ancianidad y los ven como una carga. O el tema de secuestro, los secuestran para que no tengan contacto con los otros hijos, etc. por un tema de herencia.

En parte general, esa era la última reforma que se ha planteado en el D. Leg. N° 1237. Luego están las condiciones de las víctimas, este artículo obedece a que se ha incorporado el artículo 108 A, de acuerdo al artículo 39 de la Constitución, que comprende al Defensor del Pueblo, así como también algunos otros cargos y funcionarios porque ahora la norma se ha extendido. Dice: “El que mata a uno de los altos funcionarios comprendidos en el artículo 39 de la constitución” y el artículo 39 de la constitución establece algunos supuestos adicionales que no están aquí: “Todos los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la nación, el presidente de la república tiene la más alta jerarquía, así como también los representantes al congreso...” y ahora se han incluido a los ministros ¿Por qué será que los ministros han promulgado su propia norma? También están aquí el defensor del pueblo, que antes no estaba, los consejeros de la magistratura también han sido comprendidos como elementos que no estaban en la norma.

Otra de las reformas realizadas es el tema de las lesiones graves, pues se ha incrementado la pena de 25 a 35 años de pena privativa de la libertad para los supuestos de aquellos que producen lesiones a miembros de la policía nacional. Curiosamente notamos algunos vacíos, pues no se ha contemplado la lesión a un alto funcionario, es decir, si alguien le rompe la cabeza al presidente de la república, comete una lesión agravada de primer orden o nivel, pero si alguien le rompe la cabeza a un policía, comete una lesión mucho más agravada, parece que allí hubo una deficiencia sistemática.

Otro de los casos que también se ve, es el tema del agravante por razón de la función en el artículo 155 del Código Penal, que establece lo que arriba

comentamos, pero es necesario hacer un alcance adicional en lo que a la localización y la geolocalización se refiere.

La temática y la ratio iuris del tipo penal contemplado del art. 155 del Código Penal es sancionar la geolocalización extrajudicial, pero en la forma que ha sido redactado el tipo se comprende también la geolocalización y localización judicial. ¿Qué quiere decir esto? ¿Qué es lo que pasa si un juez le desliza información que afecte la intimidad a un medio de comunicación? Comete el delito. Ahora ya está establecido. ¿Qué es lo que pasa si un secretario de juzgado, un secretario de fiscalía, un secretario de la corte suprema, etcétera, traslada la información?

También se tiene ahora siendo coherentes, entonces, con la afectación del artículo 155, que es obvio estos delitos no podía ser de acción privada, ahora es de acción pública, o sea puede intervenir de oficio el Ministerio Público.

La tenencia ilegal de armas de fuego también fue materia de la reforma, así primero, se ha regulado en el art. 279 un incremento de supuestos, ahora constituye delito la conducta de modificar las granadas, bombas, etc., así también la modificación de las armas es hoy una acción sancionada. También se han incorporado dos supuestos más con la misma pena del tipo base, el primero es el alquiler y el préstamo de armas, aquel que alquila y presta su arma sin haber estado autorizado, comete este delito, y el segundo agregado considerando la legislación internacional, al no haberse incorporado los aportes de la Convención Internacional del Tráfico de Armas que el Perú ha suscrito, pero aún no la ha ratificado, empero en el plano legislativo ahora el Perú se ha adelantado a regular el tráfico de armas.

El art. 279 del Código Penal ha incorporado en su último párrafo dos casos: primero, el de aquellos autos antiguos que hacen de colectivos y se les denomina coloquialmente lanchones, vehículos que antes circulaban por la avenida Colmena, ahora realizan el transporte de personas en la modalidad de colectivos, desde la frontera del Ecuador hasta la ciudad Tumbes, donde cada uno de estos vehículos han acondicionado la maletera para transportar combustible en la modalidad de tráfico, así los pasajeros suben y no saben que son transportados en un vehículo que constituye una bomba ambulante y clandestina.

Otro caso se encontró en el aeropuerto, en donde se descubrió que a veces queda combustible de avión de alto octanaje y de rápida combustión, la modalidad consistió en ir juntado poco a poco estos restos para luego juntarlos y venderlos a los grifos cercanos y camuflándolos con cilindros de basura, donde primero les bajan el octanaje y luego lo vendían, arriesgando a los consumidores de combustibles al no saber qué tipo de combustible le pusieron a su vehículo.

Estos tres casos no estaban contemplados en la legislación y ahora se han regulado en el art. 279 del Código Penal a propósito de la seguridad ciudadana. El que sin estar debidamente autorizado transporta materiales o residuos sólidos, líquidos, gaseosos, u otros que pongan en peligro la vida, la salud, patrimonio público privado y además el medio ambiente será sancionado con la misma pena del párrafo anterior no mayor de seis ni menos de quince años.

Es indispensable señalar que todos tienen derecho a transitar por zonas seguras, no tenemos porqué transitar al lado de bombas de tiempo. Estos supuestos no estaban regulados. Yo me acuerdo que en los años setentas y ochentas se transportaban kerosene y otros combustibles sin ningún tipo de cuidado, algunos incluso le colocaban trapos de franela roja como advertencia, mientras que otros escribían en inglés la palabra *danger o peligro*, en muchos casos estos vehículos al chocar generaban una explosión en cadena, por ello era necesaria su regulación penal.

Aquí básicamente, en drogas y tráfico ilícito de insumos, la idea ha sido reestablecer o reformular algunos nuevos supuestos vinculados específicamente al tema de insumos. Hay una fuerte legislación en materia de insumos que eso amerita, de por sí, esto lo desarrollaré en otro artículo dada su complejidad.

Otra de las reformas contenidas en el D. Leg N° 1237 es el referente a los delitos contra el medio ambiente, regulados en los artículos 308 al 314-C del Código Penal, los cuales sancionan dos grupos de delitos, por un lado, los llamados delitos de tráfico de especies de fauna y flora, y por otro lado, los delitos de tala ilegal.

¿Qué ha pasado en estos dos grupos de delitos contra el medio ambiente? Lo primero que se debe de recordar es que por técnica legislativa los delitos

contra el medio ambiente, inicialmente mal llamados delitos contra la ecología, fueron regulados con la técnica de la ley penal en blanco, o de remisión.

¿Qué significaba esto en materia de los delitos contra el medio ambiente? La respuesta a esta interrogante se da mediante un el siguiente ejemplo: Si X está en una zona protegida por el Estado, sea un bosque o un parque natural, y se encuentra ahí un animal silvestre que quiere llevárselo a su casa previamente se pregunta: “¿este animal está o no en el listado dado por el Ministerio de Agricultura?”, y si alguien le responde: “No, no está, en el listado, es libre”, de inmediato X se lo lleva, pues dicho hecho no constituye un delito contra el medio ambiente.

Pero, ¿qué pasó con ese listado, señores? El debate surgió debido a que las autoridades del Ministerio de Agricultura, que tienen a su cargo dicho listado no lo actualizaron desde el año 2006, por tanto, todos los objetos materiales “protegidos”, en peligro de extinción desde el año 2006 al 2015, siguen formalmente estando en peligro de extinción no importando que recién en los años posteriores como el 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 recién se encuentre en peligro de extinción.

Prevenir o sancionar el medio ambiente, sea que se trate de la flora, la fauna o la tala ilegal, resultaba un eufemismo en la práctica no era posible más aún si se toma en cuenta que estos delitos eran principalmente tratados como delitos de resultado material.

En esas condiciones, se replanteo el tratamiento de los delitos contra el medio ambiente, excluyéndose a los delitos de contaminación debido a no estar contemplados en la ley autoritativa de la reforma, por ello era necesario repensar el criterio existente y se formuló la siguiente interrogante: ¿Por qué no se establece el criterio de la tolerancia cero para la protección del medio ambiente?

Empero, ¿qué significa tolerancia cero? Significa la protección de todos los recursos del medio ambiente, toda afectación al mismo es delito y a partir de la reforma ya no interesa el listado para la configuración de los distintos tipos básicos. Sin embargo, existen algunos sectores que ya han planteado sus voces de protesta, empero al parecer primó una decisión de Estado, así la idea

es proteger al máximo el medio ambiente, lo cual se ha logrado ahora pues la protección del medio ambiente, la flora y la fauna y la lucha contra la tala ilegal ya no necesite de ningún listado para sancionar cualquier conducta delictuosa.

Por lo tanto, todo lo que está en un bosque y que goza de la protección del Estado, amerita protección penal. Entonces que quede claro que esta norma es para sancionar a las organizaciones criminales que proveen, sustentan y financien los delitos contra el medio ambiente, y en algunos casos que fomentan los desórdenes quemando los bosques o fomentando las invasiones. Así cabe preguntarse ¿qué pasa si el campesino X, o el poblador amazónico Y no tienen leña para cocer sus alimentos? X va a talar un árbol, se lo va a llevar y lo va a hacer leña, en estos casos la exclusión se produciría al amparo del principio de insignificancia, ya que cuando la afectación del bien jurídico es insignificante, es nimia, no cabe aplicar el derecho penal. Para esos casos no ha sido dado la norma penal, sino para aquellos casos en que un sujeto tiene una sierra eléctrica y acaba de cortar 10 árboles, acumulando detrás de su casa los diez troncos que van a ser recogidos, es obvio que esto no es para leña, sino para el tráfico de la madera.

Lo que debe quedar claro es que la actividad de la tala ilegal representa un negocio ilícito que incluye un conjunto de actividades o una cadena. La cadena empieza desde que se solicita la concesión, así si una persona va a una zona protegida y luego solicita la concesión en dicha zona de una determinada longitud y latitud, presentando todos los requisitos, incluso con las firmas de ingenieros de la zona en los expedientes técnicos. Otro eslabón lo constituye el funcionamiento de la burocracia, pues los funcionarios (de las distintas instancias del Estado, gobierno nacional, regional o local), no verifican o constatan lo declarado o peticionado en dichos expedientes. Y cuando es el turno del funcionario o servidor de hacer la constatación in situ, ello no se da por diversas razones, es el caso que ni siquiera van a conocer el lugar de lo peticionado en la concesión.

Los empresarios que se dedican a esta actividad delictuosa suelen señalar que van a talar determinados árboles, obviamente que no son las especies que figuran en la lista, pero cuando uno se realiza la constatación de la zona, hay algunas sorpresas, pues en la naturaleza los árboles no crecen uno al lado del otro.

Cuando se va hacer la tala de caoba y cedro en una determinada zona, solo se encuentran unos pocos árboles entre otros que no tienen valor económico, es selectivo. Pero en esa zona que yo acabo de pedir la concesión, solamente hay diez árboles de cedro y cien árboles de caoba y el empresario declaró que solamente hay eucaliptos ¿Qué está pasando? ¿Se responsabilizaba o no penalmente esto? No.

En esta reforma, además de la tolerancia cero, se ha empezado a establecer los mecanismos de sanción para el que suscribe, para el servidor que no va a verificar y certificar, y solamente le induce al error al funcionario. Ahora la conducta del servidor ha sido regulada en el tipo penal de manera expresa, también está el funcionario con en el tipo penal expreso, está el profesional que autoriza con su firma la petición de concesión por cien soles, pero ahora va a tener que ser muy cuidadoso, pues por cien soles puede recibir una pena de 6 años como mínimo. ¿Por qué? Porque la cadena empieza ahí es esta la razón de una pena drástica. ¿Y el financiamiento de estas actividades que afectan el medio ambiente? Ahora es una circunstancia agravante específica. ¿Y la utilización de documentos falsos? Es ahora otra circunstancia agravante específica.

En resumen, la orientación de la legislación se orienta por primera vez realmente a proteger el medio ambiente, y no depender de la ley penal en blanco, ni de los listados. ¿Y qué pasó finalmente con el listado? Ahora los objetos materiales incluidos en el listado, actualizado o no, constituye una circunstancia agravante específica. Por tanto, en el tipo base, se sanciona la afectación de cualquiera de las especies de la flora, fauna, esté o no esté en peligro de extinción, y es cierto que la protección penal se ha ampliado.

Por último, otra de las reformas que se dio fue en el delito de disturbio, debido a la desprotección en que quedaban las víctimas lesionadas o muertas, producto de un disturbio por razones de una protesta social o por el accionar de las barras bravas, pues en el anterior art. 315, antes de la reforma, se partía de asumir ficticiamente como delito de asesinato toda muerte, sea o no dolosa o culposa, o que se halle o no, la concurrencia de las circunstancias agravantes del delito de asesinato.

Así la víctima de las lesiones o sus familiares, ante el supuesto de muerte, tienen que pagar el entierro, la misa y luego buscar su abogado, es decir quedaban en una indefensión total, ya que la parte agraviada en el delito de asesinato siempre es la propia víctima o sus deudos por tratarse de un delito que afectaba un bien jurídico individual (vida humana independiente).

Ahora, el nuevo texto del art. 315 tiene las siguientes modificaciones: En primer lugar, se reordenaron las circunstancias agravantes, al enumerárselas y establecer escalonada y diferenciadamente la pena conforme a cada uno de los supuestos agravados.

En segundo lugar, el tipo penal básico ahora establece la pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años, y ahora si se causa la muerte la pena será privativa de la libertad no menor de quince años hasta treintaicinco años.

En tercer lugar, ahora el delito de disturbio es un delito complejo, donde no solo se protege la tranquilidad y la paz pública, sino también la salud y la vida, por ende toda muerte por disturbio es un delito complejo sigue siendo un delito completo, por lo cual se vulnera el orden interno propiamente más la vida de la persona, porque si se demuestra que se trata de un delito puramente contra la vida, corresponderá tratarse como un homicidio simple o agravado cuyo monto de pena es de quince a treinta y cinco años, por ende ahora ambos delitos el asesinato y el disturbio tiene el mismo rango de la pena pero con un bien jurídico diferente.

En cuarto lugar, toda afectación del orden interno exige la intervención del Ministerio del Interior, que ahora asume específicamente la representatividad de todas las víctimas de los disturbios el procurador del sector Interior, más aún si se trata de la muerte de esa persona, sea que se trate de un policía o de un civil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bauman, Z. y Lyon, D. (2013). *Vigilancia líquida* (Trad. A. Capel Tatter). España: Paidós.
- Bustos Ramírez, Juan Y Larrauri, Elena. (1993). *Victimología: Presente y Futuro*. Bogotá-Colombia: Ed. Temis.
- Hassemer, Winfried (1984). *Fundamentos del derecho penal*. Prólogo de Francisco Muñoz Conde; La Traducción y Anotación de los libros I, II y III (páginas 1 a 215) ha sido realizada por Luis Arroyo Zapatero (Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid), la de los libros IV y V (páginas 215 a 402) por Francisco Muñoz Conde; Casa Editorial Bosch S.A., Barcelona - España, 1984.
- Jakobs, Günther y Polaino Navarrete, Miguel (2006): *Derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política criminal*. Trad. por: Miguel Polaino Orts. Colección Pensamiento Penal Contemporáneo N° 4, Editora Jurídica Grijley, Lima – Perú, pp. 120. Nota.- El Autor es Catedrático Emérito de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, Alemania.
- Kessler, Gabriel (2009). *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito*. Siglo XXI editores, 1ra. Edición, Buenos Aires-Argentina.
- Peñaranda Ramos, E. (2014). *Estudios sobre el delito de asesinato* (Colección Maestros del derecho penal, N° 43). Argentina: IB de F.
- Roxin, Claus (1992): *Política criminal y estructura del delito*. Ed. Promociones y Publicaciones Universitario (PPU), Barcelona - España.
- Sáenz Torres, Alexei Dante (2015). “La regulación de los actos preparatorios punibles” publicado en Libro Bases para un Derecho Penal Latinoamericano, Perú, Ara Editores.

