

021351

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. JUSTIFICACION

El otorgamiento de facultades legislativas delegadas del Parlamento al Poder Ejecutivo genera dos criterios de corrección: a) la medida que se publique como Decreto Legislativo no vulnere los límites establecidos en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú; y b) el contenido de la medida sea subsumible dentro de los conceptos previstos en los artículos de la ley delegativa.

En relación al primer punto, el presente Decreto Legislativo no comprende lo que atañe a la reforma constitucional, la aprobación de tratados que requieran de habilitación legislativa, leyes orgánicas, la Ley del Presupuesto y la Ley de la Cuenta General de la República, por lo que no quebranta el mandato del constituyente respecto a estas medidas.

En atención al segundo punto, la Ley N° 30506, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., ha otorgado al Poder Ejecutivo las siguientes facultades:

- a) ***Precisiones y modificaciones normativas a la legislación penal, procesal penal y de ejecución penal, en particular en lo que respecta a la tipificación de nuevos delitos o agravantes, beneficios penitenciarios y acumulación de penas, para fortalecer la lucha contra el crimen organizado, terrorismo, narcotráfico, lavado de activos, delincuencia común, inseguridad ciudadana, y afectaciones a la infraestructura, instalaciones, establecimientos y medios de transporte de hidrocarburos en el país.***

Atendiendo a este condicionante se ha otorgado facultades legislativas para emplear la legislación penal como instrumento, eficaz y eficiente, para lucha contra el crimen organizado, terrorismo, narcotráfico, lavado de activos, delincuencia común, inseguridad ciudadana, afectaciones a la infraestructura, instalaciones, establecimientos y medios de transporte de hidrocarburos en el país. Esto implica una delimitación de posibles conductas a regular y castigar, siempre que las mismas posean un nexo conceptual con el término empleado.

Al respecto, el proyecto normativo cumple con realizar presiones a la legislación penal que permite mejorar el marco de protección punitivo, al incorporar modalidades agravantes o suprimiendo elementos normativos innecesarios por ser cuestiones probatorias o porque ya se encuentran protegidos por la legislación penal, y la elaboración de nuevos tipos penales que incluyen dentro del elenco de acciones típicas a escenarios que a la fecha se encontraban inmunes al efecto disuasivo de la acción penal, cuyo detalle se explicará líneas adelante.

La conexión conceptual entre estas conductas y la delegación reposa en que constituyen instrumentos que alcanzan el estado de cosas deseado en la lucha contra la delincuencia común, inseguridad ciudadana, en tanto, genera el reproche penal de actividades que son adversas al orden público, entendiéndose estas como el conjunto de normas imperativas que regulan la conducta. La implementación de estas medidas reducirá considerablemente el grado de afectación a bienes jurídicos que, al momento, poseen una protección insuficiente.



II. INTRODUCCIÓN

El código penal tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad. Para su cumplimiento es necesario que proponga herramientas hermenéuticas y marcos regulativos que permitan evaluar, administrar, corroborar y solucionar con eficiencia los conflictos seleccionados penalmente. Este contexto exige la revisión exhaustiva de reglas teóricas de imputación, modelos y alcances sancionatorios, incoherencias sistemáticas, espacios de desproporción y vacíos de impunidad.

El presente decreto pretende cubrir algunas falencias conforme a dichos parámetros, abarcando tanto la parte general como la parte especial del Código Penal. Para ello, se modifican estratégicamente algunos artículos y se insertan algunos otros con la finalidad de optimizar algunos criterios de administración de justicia penal, y fortalecer la censura penal de la grave afectación de la integridad personal, del fenómeno de la corrupción y de los daños al medio ambiente.

Al respecto, es necesario comprender que la severidad del control penal es un mecanismo gubernamental estrictamente excepcional cuyo uso estratégico no necesariamente debe consistir en sobre-criminalizar indiscriminadamente. La reconfiguración de algunas reglas de imputación, el fortalecimiento de medidas no punitivas, la mejora de la sistematización y homogeneización de tipos penales, o el direccionamiento punitivo para contribuir con mayor precisión de la censura penal de ciertos fenómenos, resultan saludables en tanto habilitan, potencialmente, una intervención estatal mucho más oportuna y efectiva.

III. SOBRE LOS CRITERIOS DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En este acápite consideramos el mejoramiento de las reglas de imputación y las alternativas de sanción o control, durante la corroboración del conflicto criminalizado en el proceso penal o al culminar la misma con la imposición de una sanción. El razonamiento para determinar la responsabilidad penal de una persona, y las medidas transitorias o definitivas en la gestión penal deben revisarse permanentemente, a efectos de cerciorar su efectividad para la resolución de conflictos, en el marco de los retos que de modo eventual exige la casuística. Con esta evaluación pueden identificarse modificaciones, complementos u otros ajustes que optimicen la regulación penal.

III.1. Responsabilidad penal del *extraneus*

Es posible encontrar diversos modos de contribuir a la comisión de un delito. Mientras el modo más básico es representado por el ejecutor o los ejecutores del acto, se identifican también intervenciones secundarias que colaboran o facilitan la realización del hecho principal sin participar de dicha fase ejecutiva. En las reglas de la teoría jurídico-penal de la "autoría y participación", tales actuaciones son denominadas participantes. Su rol complementario o accesorio hace que aquellas queden estrechamente vinculadas con la imputación que se carga al autor del delito; así, la denuncia, la calificación jurídica, el procesamiento, la sanción penal, entre otras situaciones, se encuentran conectadas por los sucesos materiales.

Una de las problemáticas más álgidas dentro de este eje temático es la imputación penal de los cómplices cuando el delito solo puede ser cometido por autores con algunas condiciones especiales; entre ellas, un vínculo con la víctima (familiar), una encargatura (funcionario público) o una condición jurídica (testigo procesal). A saber, existe una imprecisión en cuanto a la posibilidad de imputar responsabilidad penal a



los partícipes del delito en tanto no posean la condición especial que exige el tipo penal (*extraneus*).

Dentro de la teoría penal, dicho escenario ha sido abordado por dos vertientes; por un lado, la teoría de la "unidad del título de imputación" y, por otro, la teoría de la "ruptura de la unidad del título de imputación". La primera sugiere imputarle al *extraneus* el mismo delito del autor, y la segunda, desacreditando la anterior, señala que ello no es posible en tanto dicho cómplice no cumple con la condición especial requerida.

Al respecto, se hace evidente que la teoría de la unidad no presenta inconvenientes en la afirmación de la responsabilidad del *extraneus* pues la deriva de la imputación realizada al autor. Distinta situación se advierte con la teoría de la ruptura que necesita encontrar una imputación penal distinta.

Dicho escenario se acompleja aún más cuando el delito especial imputable no posee un delito subyacente que posibilite responsabilizar al *extraneus* al menos subsidiariamente. Delitos como el parricidio o el peculado tienen en el homicidio y en el hurto, respectivamente, delitos bases que permiten desvalorar la conducta de un eventual *extraneus* e imputarle responsabilidad al menos desde estas regulaciones básicas. Sin embargo, delitos como la malversación de fondos o los condicionamientos crediticios no tienen figuras penales análogas, con lo que se genera un espacio de impunidad para *extraneus* que colaboran con dichas conductas (testaferros, destinatarios, etc.)¹.

Por lo señalado, a efectos de cubrir los espacios de impunidad ante una eventual posición judicial o fiscal por la teoría de la ruptura del título de imputación, se considera pertinente adoptar expresamente la unidad de imputación como regla de la parte general del Código Penal. De este modo, se suma a su artículo 25 un tercer párrafo que afirma el vínculo de responsabilidad entre el cómplice y el autor del delito.

III.2. Ampliación de las reglas de conducta

Las reglas de conducta comprenden un escenario de restricciones orientadas a neutralizar cualquier atisbo de peligrosidad, a la vez de ser una estrategia de sometimiento a prueba para corroborar un grado considerable de reinserción por parte del procesado.

A decir de Prado Saldarriaga, las reglas de conducta deben guardar conexión con las condiciones particulares del delito y con la personalidad del agente². La psicología del agresor se convierte en una variable fundamental para diseñar los parámetros que deben exigírsele y prohibírsele a la vez. En todo caso, ante la fórmula abierta para la imposición de reglas conductuales expresada en la ley tanto para la suspensión de la ejecución de la pena como para la reserva del fallo condenatorio (incisos 6 de artículos 58 y 64), éstas han de ser análogas a las señaladas expresamente en el mismo articulado³.



¹ BACIGALUPO, Silvina (2007). Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios. Marcial Pons. Barcelona, p. 123 y ss.

² PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2000). Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Gaceta Jurídica, Lima, p. 199.

³ HURTADO POZO, José (1998). Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio en Anuario de Derecho Penal '97/'98, p. 249.

Una omisión cuestionable, en tales términos, es que no exista una regla de conducta que sugiera la intervención directa de problemas psicológicos o psiquiátricos que pudiera padecer el agente, más aún cuando las manifestaciones de violencia (física o sexual) o la subcultura de la delincuencia común (robos o extorsiones) suelen responder directa o indirectamente a esquemas mentales de especial compulsión.

Al respecto, el conocimiento psicológico y psiquiátrico demuestra que las alteraciones mentales, no necesariamente se manifiestan en un estado radical o sobreexpuesto de obnubilación, sino que muchas veces se presentan con leves desviaciones de personalidad que determinan alternativas de conducta⁴. Esta realidad exige un diagnóstico y una intervención especializados que puedan conectarse con los fines de reinserción social que orienta al sistema penal general.

III.3. Decomiso

A decir de nuestro Código Penal (artículo 102), los objetos pasibles de decomiso son los instrumentos que sirvieron para la ejecución del delito y los efectos o ganancias que se hubieren generado de tal perpetración.

Como bien señala Jorge Yacobucci, "el decomiso de los instrumentos del delito asocia físicamente los objetos utilizados para cometer el delito con los resultados perjudiciales que produce. El fundamento de la privación de esos bienes reside en que los objetos han sido utilizados de un modo perjudicial para la sociedad y que, por lo tanto, el Estado debe impedir que ello vuelva a ocurrir"⁵. En cuanto a los beneficios obtenidos a partir de este, se les concibe accesoriamente ilícitos por el origen de su producción.

Sobre ello, según se desprende del articulado en nuestro Código Penal, ante la imposibilidad de realizar el decomiso de los efectos o ganancias del delito por la eventual desaparición o restricción de los mismos, la afectación recae sobre los bienes o activos del titular o de un tercero involucrado. Si bien esta proyección se advierte como una estrategia regulativa necesaria para evitar cualquier atisbo de impunidad y permitir, a su vez, la retribución económica que repare efectivamente el daño, la técnica legislativa utilizada para definirla parece presentar una inconsistencia que podría resultar contraproducente.

Según lo estipulado, *el supuesto del decomiso de los bienes o activos del autor o del tercero involucrado solo será posible en tanto la desaparición o restricción de aquellos sean atribuibles al autor o al partícipe del delito*. Este condicionamiento supone tolerar que, a pesar de la detección y corroboración del hecho delictivo y sus potenciales ganancias o efectos, habrá casos en los que será inviable su recuperación. En teoría, cuando la desaparición sea accidental; y, en la práctica, cuando no haya las suficientes pruebas para atribuirles el hecho a los autores o partícipes.

Dicho escenario exige una reformulación que posibilite el decomiso de efectos y ganancias aun cuando la desaparición o restricción de ellos no sea atribuible a los autores o partícipes, y sea reemplazado por una fórmula abierta que permita incluir

⁴ REYES ECHANDÍA, Alfonso (2004). Imputabilidad. Editorial Temis. Bogotá, p. 38.

⁵ JORGE YACOBUCI, Guillermo (2008). Recuperación de Activos de la Corrupción, 1ra. Ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, p. 156.

cualquier supuesto similar a la destrucción, ocultamiento o transferencias. De manera subyacente, esta modificatoria puede ser también como mecanismo disuasivo, ya que el perjuicio económico en cuanto al decomiso tendrá ejecución inminente.

III.4. La multa como medida aplicable a las personas jurídicas

A decir de Blanco, existe consenso en la doctrina respecto a que la multa es la pena por excelencia en los sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas (*societas delinquere potest*); no solamente porque los costos estatales relativos a su ejecución son los menores, sino además porque las empresas prestan mucha atención al balance entre sus gastos y beneficios, y por tal motivo las multas correctamente graduadas pueden tener un alto poder disuasorio⁶.

En nuestro sistema, que nunca reconoció la responsabilidad penal de las personas jurídicas (*societas delinquere non potest*), las medidas que se imponen a las mismas se denominan consecuencias accesorias y hoy conviven con las medias impuestas a la persona jurídica por responsabilidad administrativa (Ley 30424).

Si bien estas las consecuencias accesorias no pueden considerarse penas en sí mismas, su imposición y ejecución son similares a las penas establecidas para la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas. La clausura, la disolución y la multa, son, entre otras, consecuencias jurídicas que suelen formar parte de ambos escenarios, ya que comprenden un perjuicio compatible con los intereses y la naturaleza de la persona jurídica.

Al respecto, resulta inexplicable que el Código Penal peruano no reconozca la multa como una medida accesoria aplicable a la persona jurídica que sirvió para la perpetración de un delito. El presente decreto, sugiere su inclusión, señalando un mínimo y máximo legal: no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas. Este margen es lo suficientemente amplio para adaptarse a las diversas magnitudes de daños sociales generados en el marco empresarial.

IV. SOBRE LA PROTECCIÓN PENAL DE LA INTEGRIDAD PERSONAL

IV.1. Exposición al peligro de persona dependiente con muerte subsecuente

El artículo 128 del Código Penal criminaliza la exposición al peligro de la vida o la salud de una persona colocada bajo autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia del agente. Precisa a su vez que la exposición consiste en privar a la víctima de alimentos o cuidados indispensables, someterla a trabajos excesivos o impropios, abusar de ella con medios de corrección o disciplina, u obligarla o inducirla a mendigar en lugares públicos

El tipo penal busca incidir en la protección de personas cuyo nivel de vulnerabilidad hace execrable cualquier intento de abuso sobre ellas. Puede afirmarse, incluso, que la conducta en análisis colinda con la explotación humana. No solo el deterioro



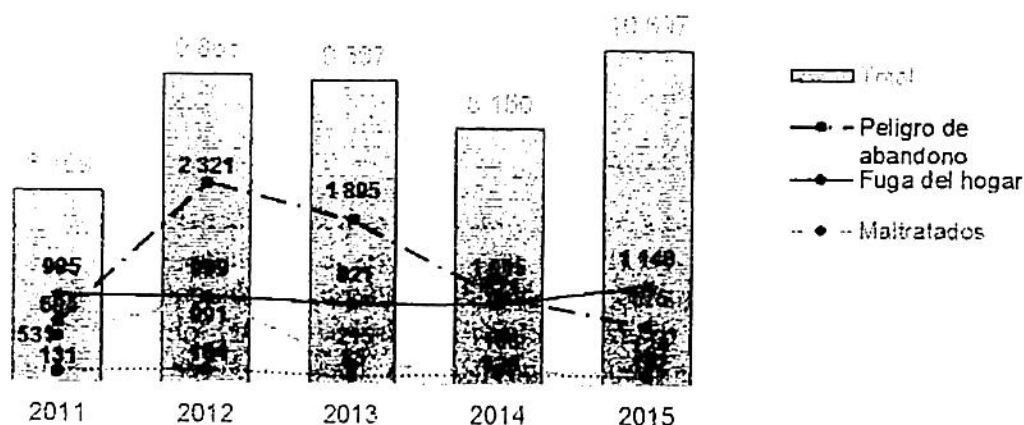
M. Latorre S.

⁶ BLANCO, Hernán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Pensamiento Penal, p. 18 recuperado de http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/art_304_responsabilidad_penal_de_las_personas_juridicas_1.pdf

inminente de la integridad personal afectada resulta deplorable, sino también la posición de garante que posee el agente que se encarga de la tutela.

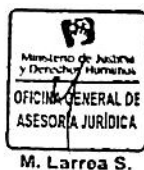
Las personas que normalmente son agredidas en dicho escenario son niñas, niños y adolescentes. Al respecto, según las cifras policiales, en los últimos años se han identificado gran cantidad de menores en especial situación de vulnerabilidad, siendo tres las circunstancias que más resaltan: peligro de abandono, fuga de hogar y maltratos físicos.

Niños y adolescentes expuestos a circunstancias difíciles, registrados por la PNP, 2011-2015



Nota: La PNP registra como circunstancias difíciles, adictos, proxenetismo, bandas juveniles, pirafias, maltratados, sin hogar, peligro de abandono, fuga de hogar, extraviados, violados, ausentismo escolar, frecuentar bares, frecuentar casas de juegos, otros.
Fuente: Anuario Estadístico de cada año de periodo 2011-2015, PNP.
Elaboración: Dirección General de Política Criminal y Penitenciaria (DGPCP) - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

El capital humano susceptible de sobreexposiciones peligrosas o aprovechamientos es considerable en la realidad peruana. Su concreción en afectaciones a la salud es denigrante e inminente, pudiendo llegar a concretarse en enfermedades crónicas, lesiones graves o, incluso, la muerte. El agente que, a pesar que conocer las condiciones agrestes en que somete a la víctima, insiste en tales prácticas, merece una censura penal mayor. En estos términos, resulta menester incluir las agravantes pertinentes.



Por otro lado, es necesario suprimir los supuestos de exposición al peligro por trabajos excesivos y mendicidad por ser conductas más cercanas a la trata de personas y sus forma de explotación, en este contexto a fin de no generar vacíos de punibilidad se debe de incluir una fórmula abierta que permita a la norma penal tener un mayor marco de protección.

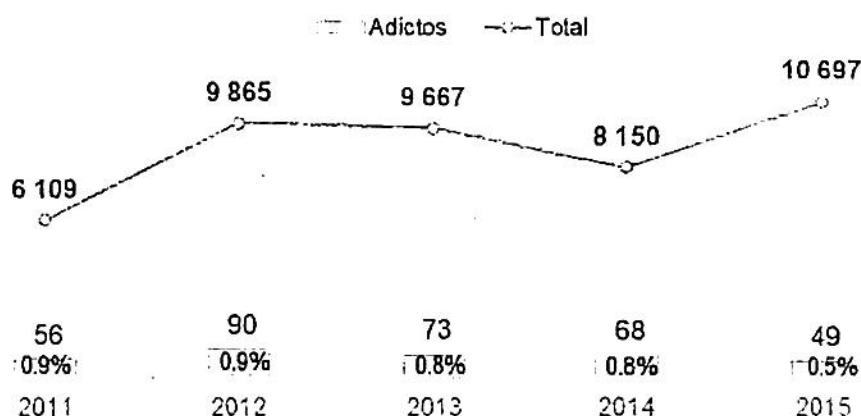
IV.2. Coacción al consumo de drogas

La manipulación o la exigencia del consumo de drogas sobre otra persona implican sometimiento y arbitrariedad. No solo se advierte una transgresión a la libertad de la víctima, sino también una agresión directa a su salud, lo cual puede degenerar, a su vez, en la cancelación de su proyecto de vida a través de la adicción o dependencia de la sustancia tóxica.

Dicho escenario se agrava si la persona presenta un grado de vulnerabilidad que la expone a mayor sufrimiento, consecuencias de mayor magnitud o afectaciones irreparables. Una mujer en gestación, menores de edad, adultos mayores entre otros, son algunas de las personas que merecen especial atención debido a que poseen características personales que sobredimensionan el daño. Precisamente, esta condición se convierte en una debilidad frente al potencial agresor, haciendo de tal alevosía un acto con mayor reproche.

Al respecto, uno de los fenómenos con presencia permanente en los reportes policiales es la drogadicción de menores de edad, específicamente, en forma de adicción. Si bien no se advierte una incidencia muy considerable, se trata de una muestra fiable de vulnerabilidad capaz de proyectarse en casos de inducciones o coacciones para el consumo compulsivo. Entre el año 2011 y el año 2015, se conocieron alrededor de 330 casos.

Niños y adolescentes expuestos a circunstancias difíciles, registrados por la PNP, 2011-2015



Nota: La PNP registra como circunstancias difíciles, adictos, proxenetismo, bandas juveniles, pirafías, maltratados, sin hogar, peligro de abandono, fuga de hogar, extraviados, violados, ausentismo escolar, frecuentar bares, frecuentar casas de juegos, otros.
Fuente: Anuario Estadístico de cada año del periodo 2011-2015, PNP.
Elaboración: Dirección General de Política Criminal y Penitenciaria (DGPCP) - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos



M. Larrea S.

Con la presente modificatoria se pretende proteger enfáticamente a las personas que presente especial vulnerabilidad frente a dichos actos de coacción. Asimismo, resulta un objetivo prioritario aumentar la censura penal en los casos en que se produce grave daño físico o mental.

IV.3. Desaparición forzada

Tanto la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo 3) como la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (artículo 4) establecen planteamientos para que los Estados parte prioricen la criminalización autónoma de esta situación dada su grave trascendencia y consecuencias funestas.

Ambos instrumentos internacionales parten de una definición similar de desaparición forzada, refiriéndose a ella como la privación de la libertad de una persona cometida por agentes estatales o personas que actúen con la autorización, el apoyo o la

aquiescencia del Estado, seguida de la omisión de informar dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, regula la desaparición forzada únicamente como delito de lesa humanidad (cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque), y su concepto no es alejado de los parámetros de las precitadas Convenciones: *"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"* (literal "i", numeral 1, artículo 7).

No obstante, los criterios señalados, el Código Penal peruano define el referido delito con deficiencias en su tipificación, al no incluir los parámetros básicos y mínimos citados precedentemente en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, según nuestra normativa penal solo los funcionarios o servidores públicos pueden ser sujetos activos de la desaparición forzada, y en ninguna circunstancia los particulares. De otro lado, la ley penal sustantiva exige que la conducta típica, cometida por tercero con aquiescencia del Estado o ejecutada por el propio funcionario o servidor público, debe estar debidamente comprobada, aspecto que plantea una exigencia probatoria innecesaria, sumamente compleja y en abierta contravención de las normas internacionales sobre la materia.

Precisamente, esta problemática fue advertida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en repetidas ocasiones ha exhortado al Estado peruano a corregir la tipificación de la desaparición forzada, y su adecuación a los parámetros correctos:

Nro.	Sentencia	Mandato de la Corte IDH
1	<i>Caso Gómez Palomino vs. Perú. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.</i>	Punto resolutivo 12: "12. El Estado debe adoptar las medidas necesarias para reformar, dentro de un plazo razonable, su legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas, en los términos de los párrafos 149 y 153 del presente fallo".
2	<i>Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Sentencia de 22 de Setiembre de 2009.</i>	Punto resolutivo 8: "8. El Estado debe adoptar las medidas necesarias para reformar, dentro de un plazo razonable, su legislación penal en materia de desaparición forzada de personas, a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales, con especial atención a lo dispuesto en la Convención Americana y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en los términos de los párrafos 165 a 167 y 191 de esta Sentencia".
3	<i>Caso Osorio Rivera y familiares vs Perú. Sentencia de 26 de noviembre de 2013.</i>	Punto resolutivo 12: "12. El Estado debe adoptar las medidas necesarias para reformar, dentro de un plazo razonable, su legislación penal a efectos de compatibilizarla con la tipificación de acuerdo a los parámetros internacionales en materia de desaparición forzada de personas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 271 de la presente Sentencia".

4	Caso <i>Tenorio Roca y otros vs. Perú</i> . Sentencia de 22 de junio de 2016.	Punto resolutivo 14: "14. El Estado debe reformar, a la mayor brevedad, su legislación penal a efectos de compatibilizarla con la tipificación de acuerdo a los parámetros internacionales en materia de desaparición forzada de personas, de conformidad con lo establecido en los párrafos 303 a 304 de la presente Sentencia".
---	---	---

A su vez, la Corte Suprema de la República, en el Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, también advirtió la necesidad de establecer con nitidez los elementos típicos de la desaparición forzada, señalando que el tipo legal de desaparición forzada es un delito complejo que requiere de dos conductas sucesivas: a) la privación de libertad de una persona, a quien se le oculta, y cuyo origen puede ser legal o ilegal, y b) la no información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se le ha privado de su libertad.

Para la Corte Suprema, la no información es el elemento esencial del tipo legal, "cuyo fin y efecto automático es sustraer a la persona privada de libertad de la protección de la ley, esto es, impedir o dificultar la protección jurídica del afectado, a quien se le sustrae".

Conviene añadir que los atributos y responsabilidades que entrañan el ejercicio de un cargo público, implican a su vez la tutela del poder para gestionar o administrar diversos ámbitos del orden social. Esta parcela de poder tiene a su disposición mecanismos autorizados (leyes, procedimientos, modelos organizativos, intervenciones fácticas, etc.) mediante los cuales se ejercen labores institucionales con capacidad de regulación y organización social vinculante. Este escenario deja en evidencia una ubicación privilegiada para imponer decisiones y concretizarlas, en el marco de un deber especial con los fines del Estado.

Tales premisas sirven de presupuesto para comprender el desvalor de la conducta en la desaparición forzada. Se trata del abuso de la posición dominante en cuanto al ejercicio directo o indirecto del poder coercitivo, en rigor, del poder punitivo que se encuentra conectado con el ejercicio de la función pública en sí misma.

Por ello, el delito de desaparición forzada se configura para evitar conductas que tendenciosamente impidan el hallazgo de una persona a la que se ha privado de libertad, lo cual, desde la esfera pública del funcionario que ostenta un deber especial para el correcto ejercicio de sus atribuciones, se concretiza con la omisión de brindar la información que se conoce sobre el destino o paradero de la víctima.

Dichas características exigen que el tipo penal integre los elementos necesarios para evitar cualquier espacio de impunidad. Para ello, aspectos como la posibilidad de actuar mediante una persona particular o la negación de la propia privación de libertad —que como hemos visto son elementos contenidos en los instrumentos internacionales—, deben incluirse en el tipo penal regulado por el artículo 320 del Código Penal.

De otro lado, resulta pertinente introducir supuestos de agravación de la conducta por la condición de la víctima, considerando que una privación de libertad que origina la desprotección legal de una persona, exige un reproche penal mayor como cuando ocurre contra un menor de edad, una persona adulta mayor, tiene una discapacidad o se encuentra en estado de gestación.

En tales supuestos, el aprovechamiento del poder para colocar en una situación de clandestinidad a una persona privada de libertad, sustrayéndola de cualquier modo de protección, evidencia un impacto negativo altamente significativo por parte del agente del delito, más aún cuando este ilícito tiene por finalidad el desaparecimiento absoluto de la persona y su ocultamiento estratégico para neutralizar cualquier movimiento o acción a su favor.

Por consiguiente, en tales circunstancias, la sanción debe situarse en el rango cercano al máximo de la pena privativa de libertad establecida en el tipo penal - esto es, cercana a los 35 años de pena privativa de libertad -, por lo que se propone que el rango en estos casos de agravación, fluctúe entre no menos de treinta ni mayor a treinta y cinco años de privación de la libertad.

De otro lado, considerando que el tipo puede ser realizado por un funcionario, quien tiene deberes especiales de protección hacia la sociedad, se hace necesario que la pena de inhabilitación se mantenga como pena principal tanto para el tipo base de la desaparición forzada, pero además para las formas agravadas que se plantean en la propuesta de modificación, esto es, conforme al artículo 36 incisos 1) y 2) del Código Penal. De este modo, se formula la siguiente modificación:

TEXTO VIGENTE	MODIFICATORIA
Desaparición comprobada 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 320.- Desaparición forzada de personas El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que de cualquier forma priva a otro de su libertad y se haya negado a reconocer dicha privación de libertad o a dar información cierta sobre el destino o el paradero de la víctima, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años ni mayor de treinta años, e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1) y 2). La pena privativa de libertad es no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1) y 2), cuando la víctima: - Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad. - Padece de cualquier tipo de discapacidad. - Se encuentra en estado de gestación.



M. Larrea S.

IV.4. Tortura

El artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos coinciden en que nadie debe ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Asimismo, el artículo 10 del Pacto, estipula que toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Con esa tónica agrega además que no se admite ninguna excepción en relación con el derecho a no ser sometido a tortura ni a otras formas de tratos crueles.

Por su parte, la "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes", comprende a la tortura como el acto por el cual se inflige 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 (artículo 1). La Convención precisa también que no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

De otro lado, utilizando un lenguaje penal más orientado a la regulación normativa, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional señala que la tortura consiste en causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control. Asimismo, en el mismo sentido de la Convención, aclara que no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

Los instrumentos internacionales y la propia fenomenología de la tortura permiten identificarla como una aflicción regularmente repetitiva cuyo nivel de hostigamiento busca vulnerabilizar o desestabilizar la condición individual de la víctima. Sin duda alguna, su integridad física o mental se coloca potencialmente en peligro, pudiendo desencadenar una afectación. No obstante, esta consecuencia resulta irrelevante para la consumación de la tortura en sí misma, ya que es el propio acto de aflicción el que es desvalorado penalmente.

Al respecto, si bien la norma penal peruana regula correctamente el supuesto de afligimiento -propio de los instrumentos internacionales- presenta una evidente falencia con el de sometimiento a condiciones o métodos "que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental". Esta descripción, precisamente, condiciona la consumación de la tortura a una consecuencia material que no forma parte del acto desvalorado.



La modificación para la subsanación correspondiente debe desvincular dicha consecuencia del sentido consumativo. Por ello, se considera pertinente que el sometimiento de la persona se materialice en la exposición a un método determinado, y este, a su vez, se encuentre orientado al menoscabo físico o mental. Así, el daño material a la capacidad mental o física solo se advierte potencial, logrando regresar el verdadero desvalor al acto aflictivo.

Asimismo, conforme al artículo 4.2 de la Convención, es necesaria una adecuación penal en razón a la gravedad del hecho, por lo cual resulta pertinente evaluar la inclusión de supuestos agravantes. Bajo este lineamiento, se ha considerado la vulnerabilidad de la víctima, la consecuencia del hecho y la situación especial de la ejecución como criterios definitorios. De este modo, la producción de lesiones graves y la muerte, son sancionadas con mayor severidad. Lo mismo ocurre cuando la víctima

es menor de dieciocho o mayor de sesenta años, padece alguna discapacidad o se encuentra en estado de gestación.

Sumado a los supuestos mencionados se encuentra la aflicción ocasionada a una persona detenida o reclusa cuando el agresor se aprovecha de su condición de autoridad. El vínculo de subordinación y disciplinamiento, sin duda, genera gran riesgo de arbitrariedad y sometimiento implícito. Así, la tortura del tutelado constituiría un aprovechamiento deplorable.

TEXTO VIGENTE	MODIFICATORIA
Tortura - Agravante 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.	Artículo 321.- Tortura El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que inflige dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, a otra persona o la somete a cualquier método tendente a menoscabar su personalidad o disminuir su capacidad mental o física, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de catorce años. La pena privativa de libertad es no menor de quince ni mayor de veinte años, cuando la víctima: a. Resulte con lesión grave. b. Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad. c. Padece de cualquier tipo de discapacidad. d. Se encuentra en estado de gestación. e. Se encuentra detenida o reclusa, y el agente abusa de su condición de autoridad para cometer el delito. Si se produce la muerte de la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.



M. Larrea S.

V. PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO

V.1. Agravante de la estafa

La estafa representa un engaño o inducción al error para apoderarse del patrimonio de otra persona. El ardid se concretiza en el aprovechamiento del interés de la persona agraviada, sumada a una cuota de desconocimiento de la realidad, basada en algún tipo de credulidad o escenario de falsedad previamente creado. Los perjuicios económicos pueden ascender a grandes sumas, pudiendo perjudicar severamente la economía de la víctima.

Dicha modalidad de despojo patrimonial posee una incidencia considerable en nuestro país. Según las cifras de victimización del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), si bien hubo un descenso entre los años 2013 y 2014; en el año 2015, las estafas aumentaron en 2%, a saber, el 9% de los peruanos mayores a 15 años de áreas urbanas, habría sido estafado al menos una vez en el año 2015.